



HAL
open science

L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques

Julie Tribolo

► **To cite this version:**

Julie Tribolo. L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques. Droit. Université d'Aix-Marseille, 2017. Français. NNT: . tel-03149165

HAL Id: tel-03149165

<https://shs.hal.science/tel-03149165v1>

Submitted on 21 Jul 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.

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

**L'EXPERTISE DANS LES PROCÉDURES
CONTENTIEUSES INTERÉTATIQUES**

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public
de l'Université d'Aix-Marseille

Présentée et soutenue publiquement par
Julie TRIBOLO

Le 28 mars 2017

Sous la direction de
M. le Professeur Yann Kerbrat

JURY

Mme Laurence Boisson de Chazournes, Professeur à l'Université de Genève (rapporteur)

Mme Albane Geslin, Professeur à l'Institut d'études politiques de Lyon (rapporteur)

M. Habib Ghérari, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

M. Alain Pellet, Professeur émérite à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

M. Yann Kerbrat, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

On ne voyage pas pour se garnir d'exotisme et d'anecdotes comme un sapin de Noël, mais pour que la route vous plume, vous rince, vous essore, vous rende comme ces serviettes élimées par les lessives qu'on vous tend avec un éclat de savon dans les bordels.

Nicolas Bouvier (Le poisson scorpion, 1982).

Table des sigles et abréviations

I. Publications périodiques

<i>Adv. Psych. Treat. :</i>	Advances in Psychiatric Treatment
<i>Afri. J. Int'l & Comp. Law :</i>	African Journal of International and Comparative Law
<i>AFDI :</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJIL :</i>	American Journal of International Law
<i>ALR :</i>	American Law Reports
<i>Am. J. Comp. Law :</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Am. Univ. Int'l L. Rev. :</i>	American University International Law Review
<i>Ann. AAA :</i>	Annuaire des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye
<i>Ann. IDI :</i>	Annuaire de l'Institut de droit international
<i>Ann. Surv. Int'l & Comp. Law :</i>	Annual Survey of International and Comparative Law
<i>Arb. Int'l :</i>	Arbitration International
<i>Ariz. J. Int'l & Comp. Law :</i>	Arizona Journal of International and Comparative Law
<i>Aust. YBIL :</i>	Australian Yearbook of International Law
<i>Berkley Tech. L. J. :</i>	Berkley Technological Law Journal
<i>Bost. Coll. L. Rev. :</i>	Boston College Law Review
<i>British J. Philo. Science :</i>	British Journal for the Philosophy of Science
<i>Bull. Acad. Nat. Méd. :</i>	Bulletin de l'Académie nationale de Médecine
<i>Bull. Civ. :</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles (France)
<i>BYBIL :</i>	British Yearbook of International Law
<i>CAA :</i>	Cour administrative d'appel (France)
<i>Cal. L. Rev. :</i>	California Law Review
<i>Cass. :</i>	Cour de cassation
<i>Chic. J. Int'l Law :</i>	Chicago Journal of International Law
<i>Colum. J. Env't'l Law :</i>	Columbia Journal of Environmental Law
<i>Colum. L. Rev. :</i>	Columbia Law Review
<i>Comp. L. Yb. of Int'l Bus. :</i>	Comparative Law Yearbook of International Business
<i>Conn. J. Int'l Law :</i>	Connecticut Journal of International Law
<i>Corn. Int'l L. J. :</i>	Cornell International Law Journal
<i>Dick. J. Int'l Law :</i>	Dickinson Journal of International Law

<i>Digit. Evid. & Elect. Sign. L. Rev. :</i>	Digital Evidence and Electronic Signature Law Review
<i>Disp. Res. J. :</i>	Dispute Resolution Journal
<i>East Afr. J. Peace & Hum. Rts :</i>	East African Journal of Peace and Human Rights
<i>Emory L. J. :</i>	Emory Law Journal
<i>Env't'l Law :</i>	Environmental Law
<i>Eur. Hum. Rts L. Rev. :</i>	European Human Rights Law Review
<i>Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. :</i>	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
<i>F. Supp. :</i>	Federal Reporter Supplement (États-Unis)
<i>Finn. Yb. of Int'l Law :</i>	Finnish Yearbook of International Law
<i>Fordham Int'l L. J. :</i>	Fordham International Law Journal
<i>Gaz. Palais :</i>	Gazette du Palais
<i>Geo. Int'l Env'tl L. Rev. :</i>	Georgetown International Environmental Law Review
<i>German Yb. of Int'l Law :</i>	German Yearbook of International Law
<i>GRUR :</i>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
<i>GRUR Int :</i>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
<i>Harv. Int'l L. J. :</i>	Harvard International Law Journal
<i>Hastings L. J. :</i>	Hastings Law Journal
<i>High Tech. L. J. :</i>	High Technology Law Journal
<i>ICLQ :</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>ICSID Reports :</i>	International Center for Settlement of Investment Disputes Reports
<i>ICSID Rev. :</i>	International Center for Settlement of Investment Disputes Review
<i>ILSA J. Int'l & Comp. Law :</i>	ILSA (International Law Students Association) Journal of International and Comparative Law
<i>Ind. J. Global Legal Stud. :</i>	Indiana Journal of Global Legal Studies
<i>Indian J. Int'l Law :</i>	Indian Journal of International Law
<i>Int'l Bus. L. J. :</i>	International Business Law Journal
<i>Int'l Com. L. Rev. :</i>	International Community Law Review
<i>Int'l Crim. L. Rev. :</i>	International Criminal Law Review
<i>Int'l Fin. L. Rev. :</i>	International Financial Law Review
<i>Int'l J. Evidence & Proof :</i>	International Journal of Evidence and Proof
<i>Int'l J. Marine & Coastal Law :</i>	International Journal of Marine and Coastal Law
<i>Int'l. Org. L. Rev. :</i>	International Organizations Law Review
<i>Int'l. Rev. L. Comp. & Tech. :</i>	International Review of Law, Computers and Technology
<i>Iran-US CTR :</i>	Iran-US Claims Tribunal Reports
<i>Israël Yb. on Hum. Rts :</i>	Israël Yearbook on Human Rights

<i>J. Am. Acad. Psych. & the Law :</i>	Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law
<i>JDI :</i>	Journal du droit international
<i>J. Int'l Arb. :</i>	Journal of International Arbitration
<i>J. Int'l de Bioeth. :</i>	Journal international de bioéthique
<i>J. Int'l Eco. Law :</i>	Journal of International Economic Law
<i>Jurid. Rev. :</i>	Juridical Review
<i>Leiden J. Int'l Law :</i>	Leiden Journal of International Law
<i>L'Obs. des NU :</i>	L'Observateur des Nations Unies
<i>Louis. L. Rev. :</i>	Louisiana Law Review
<i>Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J. (Rev.) :</i>	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal (ou Review)
<i>Marq. L. Rev. :</i>	Marquette Law Review
<i>Max Planck Yb UN Law :</i>	Max Planck Yearbook of United Nations Law
<i>Mich. J. Int'l Law :</i>	Michigan Journal of International Law
<i>Minn. J. L. Sc. & Tech. :</i>	Minnesota Journal of Law, Science and Technology
<i>Netherlands Int'l L. Rev. :</i>	Netherlands International Law Review
<i>Netherlands Yb. of Int'l Law :</i>	Netherlands Yearbook of International Law
<i>NordTIR :</i>	Nordisk Tidsskrift International Ret
<i>NY Univ. Env't'l L. J. :</i>	New York University Environmental Law Journal
<i>NY Univ. J. Int'l L. & Pol. :</i>	New York University Journal of International Law and Politics
<i>NW Univ. L. Rev. :</i>	Northwestern University Law Review
<i>Ohio State J. on Disp. Resol. :</i>	Ohio State Journal on Dispute Resolution
<i>Or. L. Rev. :</i>	Oregon Law Review
<i>Phil. & Pheno. Research :</i>	Philosophy and Phenomenological Research
<i>Pol. & Manag. Pub. :</i>	Politiques et Management Public
<i>Psy. Pub. Polic. & Law :</i>	Psychology, Public Policy and Law
<i>RBDI :</i>	Revue belge de droit international
<i>RCADI :</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>Rec. :</i>	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice
<i>Rec. Dalloz :</i>	Recueil Dalloz
<i>Rec. Lebon :</i>	Recueil des arrêts et avis du Conseil d'État (France)
<i>Rec. Mém., Plaidoiries & Doc. :</i>	Recueil des mémoires, plaidoiries et documents de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice
<i>Rec. TAM :</i>	Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix
<i>RDP :</i>	Revue du droit public
<i>Rev. Der. Puertorriqueño :</i>	Revista de Derecho Puertorriqueño

<i>Rev. Dt des Aff. Int'l :</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>Rev. Dt Int'l & Lég. Comp. :</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>Rev. Eur. Sc. Soc. :</i>	Revue européenne des sciences sociales
<i>Rev. Queb. Dt Int'l :</i>	Revue québécoise de droit international
<i>Rev. Rech. Jur. :</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RFAP :</i>	Revue française d'administration publique
<i>RGDIP :</i>	Revue générale de droit international public
<i>RICR :</i>	Revue internationale de la Croix Rouge
<i>RIDC :</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE :</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIEJ :</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RSA :</i>	Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies
<i>RTD civ. :</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Stan. Tech. L. Rev. :</i>	Stanford Technology Law Review
<i>Sth Afr. J. on Hum. Rts :</i>	South African Journal on Human Rights
<i>Sth Afr. L. J. :</i>	South African Law Journal
<i>Supreme Court L. Rev. :</i>	Supreme Court Law Review (Canada)
<i>Tenn. L. Rev. :</i>	Tennessee Law Review
<i>Texas Int'l L. J. :</i>	Texas International Law Journal
<i>The L. & Pract. Int'l Courts & Trib. :</i>	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
<i>The Modern L. Rev. :</i>	The Modern Law Review
<i>The Wayne L. Rev. :</i>	The Wayne Law Review
<i>TIDM Mém., PV & Doc. :</i>	Recueil des mémoires, procès-verbaux des audiences publiques et documents du Tribunal international du droit de la mer
<i>TIDM Rec. :</i>	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances du Tribunal international du droit de la mer
<i>Univ. Chic. L. Rev. :</i>	University of Chicago Law Review
<i>Univ. New Sth Wales L. J. :</i>	University of New South Wales Law Journal
<i>Univ. Penn. J. of Int'l Eco. Law :</i>	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
<i>Univ. Penn. L. Rev. :</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>Univ. Pittsb. L. Rev. :</i>	University of Pittsburgh Law Review
<i>Univ. SF L. Rev. :</i>	University of San Francisco Law Review
<i>UNTS :</i>	Recueil des traités des Nations Unies
<i>UWA L. Rev. :</i>	University of Western Australia Law Review
<i>Vanderb. J. Transn. Law :</i>	Vanderbilt Journal of Transnational Law
<i>Villanova L. Rev. :</i>	Villanova Law Review
<i>Wash. & Lee L. Rev. :</i>	Washington and Lee Law Review

<i>Wm & Mary Envtl L. & Polic. Rev. :</i>	William and Mary Environmental Law and Policy Review
<i>Wisc. Int'l L. J. :</i>	Wisconsin International Law Journal
<i>Yale L. & Polic. Rev. :</i>	Yale Law and Policy Review

II. Organisations, organes, institutions et sociétés savantes

AIEA :	Agence internationale de l'énergie atomique
AFSSET :	Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail
CIJ :	Cour internationale de Justice
CIRC :	Centre international de recherche sur le cancer
CIRDI :	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne
Cour EDH :	Cour européenne des droits de l'Homme
CPI :	Cour pénale internationale
CPJI :	Cour permanente de Justice internationale
FAO :	Organisation des NU pour l'alimentation et l'agriculture
FMI :	Fond monétaire international
GIEC :	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
JECFA :	Comité mixte d'experts OMS/FAO sur les additifs alimentaires
OIE :	Office international des épizooties (aujourd'hui Organisation mondiale de la santé animale)
OMC :	Organisation mondiale du commerce
OMPI :	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS :	Organisation mondiale de la santé
ONU :	Organisation des Nations Unies
ORD :	Organe de règlement des différends de l'OMC
PNUE :	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SDN :	Société des Nations
TIDM :	Tribunal international du droit de la mer
TPIR :	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY :	Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
UICN :	Union internationale pour la conservation de la nature

Sommaire

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I - L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF LIMITE D'ASSISTANCE AU JUGE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

TITRE 1 - LA RECHERCHE DE LA VERITE

Chapitre 1 L'expertise, un dispositif classique de recherche de la vérité dans le contentieux interétatique.

Chapitre 2 L'expertise, un dispositif bridé de recherche de la vérité dans le contentieux interétatique

TITRE 2 - LA QUETE DE LEGITIMITE

Chapitre 1 L'expertise, vecteur de légitimité pour le juge international

Chapitre 2 L'expertise et les risques de « délégitimation » du juge international

PARTIE II - L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF FONCTIONNEL D'ASSISTANCE AUX PARTIES DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

TITRE 1 - L'ELABORATION D'UN REGLEMENT OPERATIONNEL DU DIFFEREND

Chapitre 1 L'expert en tant que juge ou arbitre du différend

Chapitre 2 L'expert et la mise en œuvre de la décision

TITRE 2 - LA POURSUITE DU DIALOGUE *INTER PARTES*

Chapitre 1 L'expert comme vecteur de communication et d'échange dans les procédures contentieuses interétatiques

Chapitre 2 L'expert comme vecteur de réconciliation dans les procédures contentieuses interétatiques

INDEX ALPHABETIQUE

TABLE DES MATIERES

Introduction

1. – Le royaume de Janus. – Chez les romains, Janus est assimilable au passage ; il est plus précisément le Dieu des portes, qu'il ouvre (d'où l'épithète cultuelle *Patulcius*, « celui qui ouvre ») et qu'il referme (comme en témoigne sa seconde épithète cultuelle, *Clusius*, « celui qui clôt »)¹. Les temps troublés qui ont vu ériger son temple à Rome devaient lui conférer un rôle tout particulier lors de l'entrée en guerre de la cité, comme au demeurant lors de son retour à la paix. C'est ainsi que les portes du Temple de Janus étaient ouvertes en temps de guerre, pour alerter les citoyens romains et les inciter à prendre les armes, et fermées en temps de paix, pour leur signifier au contraire le retour à des relations paisibles avec les nations concernées². En l'espèce, c'est cependant moins pour son lien spécifique avec la problématique de la guerre et de la paix³ – bien que celle-ci demeure aujourd'hui encore l'une des meilleures justifications de l'existence d'un droit international – que pour le symbole qu'il représente à l'endroit du passage, de la transition, que la figure de Janus doit intéresser. Dieu des portes, il préside à toutes les transitions d'un état vers un autre, que celles-ci s'opèrent dans l'espace, dans le temps, ou au sein même de l'être. C'est là un premier motif de rapprochement avec l'expertise car celle-ci constitue par nature elle-même un outil de « passage » : depuis toujours, elle est celle qui permet l'intégration d'éléments d'extranéité dans un cadre donné, celle qui rend accessibles à des non-spécialistes des connaissances ne faisant pas partie de leur champ initial de compétence⁴. En jouant pour ces derniers le rôle de « décodeur », elle assure ainsi le passage d'une rationalité à l'autre et permet d'articuler dans un tout cohérent un ensemble de questions ou de considérations relevant de champs *a priori* étrangers les uns aux autres. Mais, parce qu'il ouvre et ferme des portes, Janus est aussi un symbole de la potentialité et des choix. C'est là un second trait que l'expertise partage avec cette figure mythologique. Si elle ouvre en effet des perspectives peu banales pour celui qui en est le destinataire – outre l'aide à la compréhension qu'elle représente, l'on verra plus loin dans cette étude qu'elle constitue par exemple une source indéniable de liberté d'une part, de légitimité d'autre part pour le juge – elle lui impose dans le même temps de se positionner à l'égard des questions qu'elle aborde, de faire des choix quant à la manière

¹ SCHILLING (R.), « Janus. Le Dieu introducteur. Le Dieu des passages » in *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire*, 1960, vol. 72, n°1, pp. 89-131.

² TITE-LIVE, *Histoire romaine*, I, 19. Pour de plus amples développements sur le culte de Janus à Rome, GRIMAL (P.), *Le Dieu Janus et les origines de Rome, Lettres d'humanité IV*, Paris : Berg International, 1999, 109 p.

³ Voir par exemple LEMPEREUR (A.), « Le droit est Janus. Dualité rhétorique entre coexistence et conflit », in FRYDMAN (B.), MEYER (M.) (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2012, pp. 99-129.

⁴ *Supra*, plus loin dans cette introduction pour une approche historique de l'expertise.

d'utiliser les connaissances ou compétences de l'expert et ce faisant, de former des décisions qui peuvent lui paraître, à juste titre, d'autant moins aisées qu'elles portent sur un domaine dont il ignore potentiellement tout. Si l'expertise élargit donc momentanément l'horizon de ses destinataires, c'est pour mieux leur permettre de choisir, de décider, et finalement d'exclure tout un ensemble de possibilités. Pour chaque porte qui s'ouvre à travers elle, d'autres, plus nombreuses encore, se ferment inévitablement.

Enfin, si les deux éléments précités – transition et choix ou encore potentialité – constituaient à n'en pas douter pour les romains des caractéristiques essentielles de cette divinité, c'est probablement davantage en tant que symbole de la dualité que Janus s'illustre aujourd'hui dans les sociétés contemporaines⁵. Traditionnellement représenté avec deux visages opposés – Ovide le décrit comme une figure *bifrons*, c'est-à-dire littéralement « à deux têtes » ou « à deux fronts »⁶ – Janus est par excellence le symbole du dédoublement de l'être, une figure qui, par sa représentation, brise l'unité qui caractérise d'ordinaire celui-ci en surface pour laisser apparaître ses contradictions internes. C'est là, on va le voir, le troisième – et sans doute aussi le plus évident – motif de rapprochement entre cette divinité centrale du panthéon romain et l'expertise, qui suscite généralement aujourd'hui chez ceux qui y ont recours au moins autant d'intérêt que de méfiance. Et pour cause car elle apparaît tout à la fois nécessaire (essentielle souvent même), rassurante, mais également puissante et potentiellement dangereuse. Si les derniers siècles ont été témoins d'avancées fondamentales dans le champ de la science et de la technique, les dernières décennies ont, elles, été marquées par un accroissement jusqu'alors sans précédent du degré de complexité du contentieux⁷, que ce soit dans les droits internes ou dans l'ordre international, qui intéresse plus particulièrement cette étude. La gestion de cette complexité accrue du contentieux peut alors s'envisager de

⁵ Pour divers exemples – juridiques ou non – utilisant Janus comme symbole de la dualité, *op. cit.* LEMPEREUR (A.), « Le droit est Janus. Dualité rhétorique entre coexistence et conflit », in FRYDMAN (B.), MEYER (M.) (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2012, pp. 99-129 ; COMMAILLE (J.), PERRIN (J.-F.), « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », *Droits et société*, 1985, vol. 1, n°1, pp. 95-110 ; NELSON (G.), *Janus : Authorial duality in the work of F. Scott-Fitzgerald and Bret Easton Ellis*, thèse, Université de Princeton, 2002, 156 p. ; VAN ELDIK (L. J.), WAINWRIGHT (M. S.), « The Janus face of glial-derived S100B : beneficial and detrimental functions in the brain », *Restorative Neurology and Neuroscience*, 2003, vol. 21, n°3-4, pp. 97-108.

⁶ OVIDE, *Les Fastes*, I.

⁷ Si la remarque est formulée spécifiquement à l'égard des décisions contentieuses (dans la mesure où ce sont celles qui intéressent à titre principal cette étude), l'on notera qu'elle vaut en revanche à l'égard de la décision en général. C'est le processus de décision – quel que soit le domaine dans lequel il est mis en œuvre – qui dénote aujourd'hui une complexité accrue, comme en témoigne par exemple le recours régulier à l'expert par les décideurs politiques, institutionnels ou autres. Pour de plus amples développements sur ce point, voy. par exemple ROQUEPLO (P.), *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Paris : Inra Éditions, 1997, 111 p. ; JASANOFF (S.), *Ordering Knowledge, Ordering Society, States of Knowledge : The Co-production of Science and the Social Order*, London/New York : Routledge, 2004, 336 p. ; LASCOURMES (P.), *Expertise et action publique*, Paris : La Documentation française, 2005, 120 p. ; ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Paris : Seuil, 2008, 367 p.

différentes manières ; pour ne s'en tenir qu'au cas de l'ordre international, l'une d'elles a par exemple consisté à encourager la création aux côtés de la Cour internationale de Justice – juridiction généraliste par excellence – de juridictions internationales permanentes spécialisées dans le traitement de tel ou tel type précis de contentieux. Mais de manière générale, la complexification des problématiques qui sont au cœur des différends (internes comme internationaux) a surtout eu pour effet de rendre plus prégnante la nécessité du recours à l'expert. Le contentieux interétatique fournit à nouveau nombre d'illustrations du phénomène : qu'il s'agisse d'évaluer le risque que présente une activité, l'impact de telle ou telle mesure sur l'environnement⁸ ou la santé⁹, de décider si tel produit est parfaitement substituable à tel autre¹⁰, d'élucider les causes d'un accident¹¹ etc...le degré de technicité qu'imposent ces opérations, la complexité des problématiques qui les sous-tendent, nécessitent le plus souvent d'en appeler aux lumières de l'expert, seul capable sur la base de ses connaissances ou compétences spécialisées, de rendre ces mêmes problématiques accessibles aux États et à toute personne ou organe chargé du règlement de leurs différends.

Si l'expertise tend donc à devenir un dispositif récurrent du contentieux et un outil qui peut apparaître à bien des égards rassurant pour ceux qui le sollicitent, comment ne pas prendre conscience dans le même temps du pouvoir qu'elle recèle dès lors qu'elle s'illustre de moins en moins comme une alternative, et de plus en plus comme un impératif ? S'il doit permettre le passage d'une rationalité à une autre, le recours à l'expert témoigne indubitablement, de par son caractère de plus en plus incontournable, de ce que les différents champs disciplinaires sont aujourd'hui profondément intriqués et les acteurs de la décision – qu'ils soient judiciaires ou non – de moins en moins autonomes. Dispositif séduisant, qui permet non seulement de « trancher » mais encore de pousser toujours plus loin la recherche de qualité et de spécificité dans la décision, l'expertise est en même temps inquiétante en ce qu'elle instille chez ses destinataires le sentiment d'une indéniable

⁸ CPJI, *Prises d'eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, arrêt du 28 juin 1937, *Rec.* Série A/B, n°70 ; CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 7 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 14 ; TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Rec.* 1999, p. 280 ; TIDM, *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, p. 10 ; *Affaire de la Fonderie du Trail*, États-Unis/Canada, sentence du 16 avril 1938, *RSA*, vol. III, p. 1905 ; *Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (Affaire du Rhin de fer)*, Belgique/Pays-Bas, sentence du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 35.

⁹ Voy. par exemple les célèbres affaires *CE – Hormones* et *CE – Amiante* (ORD, Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés* (DS26 et DS48), rapport du Groupe spécial du 18 août 1997 et ORD, Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (DS135), rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000).

¹⁰ ORD, Communautés européennes – *Désignation commerciale des sardines* (DS231), rapport du Groupe spécial du 29 mai 2002 ; ORD, Thaïlande – *Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines* (DS371), rapport du Groupe spécial du 15 novembre 2010.

¹¹ L'on pense notamment à l'affaire du *Détroit de Corfou* (CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 4) ou à celle du *Dogger Bank (Dogger Bank Inquiry, in SCOTT (J. B.) (ed.), The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, pp. 403-13).

dépendance à l'égard de l'expert¹². Au-delà de la gêne intellectuelle qui peut alors en résulter pour ces derniers, l'on trouve là un élément susceptible d'affecter la légitimité de la décision, voire même dans le cas des décisions judiciaires, de remettre purement et simplement en cause sa validité. Face à un dispositif au moins aussi inquiétant qu'il peut être rassurant, capable d'asseoir la décision comme de la rendre globalement (voire totalement) inopérante, l'on pressent – et la présente étude permettra de le confirmer – qu'étudier l'expertise, c'est bien souvent naviguer dans les eaux de l'ambiguïté et de la contradiction, le royaume de Janus.

2. – De l'intérêt d'étudier l'expertise dans le contentieux entre États. – Les développements ci-dessus ont permis d'entrevoir un certain nombre des ambivalences qui caractérisent aujourd'hui le recours à l'expert, un certain nombre des tensions aussi qui semblent de manière générale sous-tendre son utilisation. Néanmoins, le choix de tel ou tel cadre n'est pas neutre pour l'étude de l'expertise. Ainsi, le cadre contentieux permet de jeter sur celle-ci un éclairage particulier puisqu'il est tout entier animé par un objectif pragmatique de règlement du différend et de pacification des rapports entre les parties. L'expert intervient alors dans un cadre marqué par des antagonismes évidents et possiblement forts, son discours doit s'insérer dans le dialogue – plus ou moins rigide et formel selon le mode de règlement retenu – qui s'organise entre les parties. Ses connaissances ou compétences spécialisées ne sont en conséquence jamais appréhendées de manière neutre ou pour leur seule valeur informative ; elles sont considérées au travers du filtre particulier des thèses ou prétentions avancées par les parties et la façon dont elles seront utilisées est appelée à varier sensiblement en fonction du mode de règlement du différend choisi par celles-ci. Les attentes et les craintes que suscite l'expertise ne sont ainsi pas de même nature lorsqu'elle est sollicitée dans le cadre du procès, qu'il s'agisse pour les parties de faire la preuve de ce qu'elles avancent ou pour le juge de se faire une opinion sur la valeur des arguments que les parties s'opposent, ou au contraire

¹² Cette constatation n'est certes pas l'apanage exclusif des États et du juge international : il suffit d'observer la façon dont le code de procédure civile français appréhende l'expertise, la manière dont il l'agence avec les succédanés édulcorés – et partant sans doute moins inquiétants – que sont la constatation et la consultation, pour s'en convaincre. L'article 232 du code de procédure civile français dispose en effet que « [l]e juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien » tandis que l'article 263 précise, lui, que « [l]'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge ». L'expertise est ainsi conçue comme une mesure subsidiaire, dont l'utilisation est volontairement restreinte aux cas dans lesquels la constatation ou la consultation ne conviendraient pas. Or, outre les enjeux de temps et de coût, la principale différence entre les deux premières mesures et l'expertise tient au fait que cette dernière suppose que l'expert émette un avis écrit, dans le cadre d'une problématique jugée particulièrement complexe ou soumise à un fort degré d'incertitude. Au contraire, la constatation n'implique elle – comme son nom l'indique – qu'un simple constat du technicien (sans autre explication ou avis de sa part) tandis que la consultation est d'ordinaire réservée aux questions peu complexes ou pour lesquelles le degré d'incertitude est manifestement limité, ce qui justifie que le technicien puisse se contenter le plus souvent d'une simple présentation orale à l'instance. Sur ces différences, cf. HERON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Paris : LGDJ, 2015, §1128 et suivants ; Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, en ligne sur le site du Ministère de la justice : www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf (consulté le 20 avril 2016).

dans le cadre d'une procédure amiable qui, sans rejeter par principe l'objectif de production d'un discours unique, d'une « vérité » à propos du différend qui les oppose, vise d'abord et avant tout à faire émerger une solution consensuelle à ce différend. Quoi qu'il en soit, les procédures contentieuses – qu'elles soient juridictionnelles ou non – ne pouvaient manquer en l'espèce de retenir l'attention : elles constituent en effet, de par leur objet, leur caractère naturellement dialectique et propice aux antagonismes, un cadre particulièrement bien adapté pour mettre en lumière les tensions qui agitent aujourd'hui le recours à l'expert.

Quant au choix d'étudier l'expertise dans le contentieux interétatique plus spécifiquement, il trouve sa justification dans plusieurs éléments. Si le recours à l'expert dans le procès suscite depuis bien longtemps déjà l'intérêt de la doctrine et des praticiens dans les pays de tradition anglo-saxonne¹³ et s'il fait à l'heure actuelle l'objet de plus en plus d'études dans les pays de droit romano-germanique¹⁴, force est de constater que peu d'écrits ont en revanche jusqu'à présent été consacrés – à tout le moins d'un point de vue systémique – à l'expertise dans le procès international et plus largement dans le contentieux interétatique¹⁵. Cet état de fait, que rien ne paraît objectivement

¹³ ROGERS (H. W.), *The law of expert testimony*, St Louis : W. H. Stevenson, 1883, 1^{ère} éd., 297 p. ; HAND (B. L.), « Historical and practical considerations regarding expert testimony », *Harv. L. Rev.*, 1901, vol. 15, n°1, pp. 40-58 ; WIGMORE (J. H.), *Principles of judicial proof as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials*, Boston : Little Brown & Co., 1913, 1179 p. ; INBAU (F. E.), « Admissibility of scientific evidence in criminal cases », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 495-503 ; OSBORN (A. S.), « Reasons and reasoning in expert testimony », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 488-494 ; MUNDO (A. L.), *The expert witness : opinion evidence of expert and non-expert witnesses*, Los Angeles : Parker & Baird Company, 1938, 365 p. ; ROSENTHAL (L. L.), « The development of the use of expert testimony », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 403-435 ; TARANTINO (J. A.), *Strategic use of scientific evidence*, New York : John Wiley & Sons Inc, 1988, 628 p. ; CECIL (J. S.), WILLGING (T. E.), « Accepting Daubert's invitation : Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity », *Emory L. J.*, 1994, vol. 43, n°3, pp. 995-1070 ; BEECHER-MONAS (E.), *Evaluating scientific evidence, an interdisciplinary framework for intellectual due process*, Cambridge : Cambridge University Press, 2007, 254 p. ; DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 435 p. ; ERIKSSON (H.), *Experts in the Australian Hot Tub*, master thesis, University of Lund, 2008, 97 p.

¹⁴ Pour un échantillon des nombreuses études consacrées à la question en France au cours des dernières années, voy. ARNOUX (Y.), *Le recours à l'expert en matière pénale*, thèse, Université d'Aix-Marseille III, 2004, 336 p. ; BEAUVALLET (O.), *Le juge et l'expert : savoir et qualification*, thèse, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2001, 688 p. ; CHAUVAUD (F.), *Experts et expertises judiciaires, France XIX^e et XX^e siècles*, Rennes : PU Rennes, 2004, 284 p. ; LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, 471 p. ; MONGO (A.), *L'expertise et les autres mesures d'instruction en droit administratif*, thèse, Université de Tours, 2000, 1098 p. ; REISER (A.), *Le juge et l'expert dans le contentieux des brevets*, mémoire de DESS, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2000, 102 p.

¹⁵ À ce jour, une seule étude généraliste a été publiée sur la question, qui ne couvre d'ailleurs que le recours à l'expert dans le cadre juridictionnel et qui commence d'ores et déjà à dater : WHITE (G.), *The use of experts by international tribunals*, thèse, Université de Syracuse, 1965, 259 p. Pour le reste, l'expertise a certes fait l'objet au cours des dernières années de plus en plus d'écrits en droit international mais rarement dans une logique systémique. Les auteurs se focalisent en effet généralement sur un type précis d'experts ou sur l'utilisation de l'expertise devant une juridiction en particulier : ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, vol. 105, n°4, pp. 897-930 ; DANIEL (T.), « Expert evidence before the I.C.J. », Communication présentée à l'occasion de la conférence annuelle du Advisory Board on the Law of the Sea (ABLOS), Monaco, 28-30 octobre 2003, disponible à l'adresse www.gmat.unsw.edu.au/ablos/.../PAPER1-3.PDF (consulté le 20 janvier 2013) ; PAUWELYN (J.), « The use of experts in WTO dispute settlement », *ICLQ*, 2002, vol. 51, n°2, pp. 325-364. *A contrario*, pour deux très rares articles abordant l'expertise dans une logique systémique, SAVADOGO (L.), « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, vol. 50, pp. 231-258 ; TRUILHÉ-MARENGO (E.), « Le recours à l'expertise par les juridictions internationales », *Revue Experts*, 2010, n°91, pp. 11-15.

justifier, ne peut qu'être regretté car le contentieux des différends entre États présente sans aucun doute des caractéristiques peu banales, susceptibles de produire des effets intéressants lorsqu'elles se trouvent au contact d'un dispositif comme l'expertise. Les acteurs qui s'opposent dans ce cadre se démarquent en effet nettement des justiciables traditionnels – personnes physiques ou morales – de droit interne et le contentieux interétatique, dans sa logique comme dans ses traits, s'en ressent fortement. Pour ne s'en tenir qu'à quelques éléments de différenciation parmi les plus évidents peut-être, l'on notera bien sûr la dimension particulière que revêtent les différends entre États, dont les enjeux débordent souvent le cadre restreint de l'intérêt des parties. Au-delà de l'entité immatérielle à laquelle on se réfère le plus souvent, l'État prend appui sur un territoire qui constitue l'assise physique de nombreuses activités, et sur une population à l'égard de laquelle il exerce sa puissance publique¹⁶ ; aussi, loin de l'unicité qui le caractérise sur le plan juridique, il constitue dans les faits une collectivité complexe composée d'une multitude d'êtres qui se trouvent par nature tous potentiellement affectés par ses décisions. Par ailleurs, qu'il intervienne sur le plan politique, juridique, militaire, commercial, financier ou autre, l'État possède des moyens d'action très divers, qui semblent au surplus parfois largement illimités dans la poursuite de ses buts, ce qui contribue à conférer à ses décisions une portée encore plus large et des effets qui peuvent être particulièrement lourds de conséquences, à l'échelle interne comme internationale. Dès lors, le contentieux interétatique apparaît comme un cadre de choix pour l'étude de l'expertise : de par sa portée relativement exceptionnelle et l'importance de ses enjeux, il permet bien souvent de pousser celle-ci dans ses derniers retranchements. Il agit comme une loupe en rendant encore un peu plus visibles les craintes qu'elle suscite, les tensions dont elle est le lieu ainsi qu'un certain nombre de difficultés ou insuffisances qui, bien que réelles, peuvent demeurer plus délicates à percevoir et à analyser dans le cadre plus classique, moins ouvertement inquiétant, du contentieux interne.

Par ailleurs, si ces éléments permettent d'ores et déjà le plus souvent de prendre la mesure du particularisme du contentieux interétatique, l'on gagera que c'est encore au travers de sa souveraineté que l'État se singularise le plus. La notion de souveraineté renvoie classiquement à la puissance suprême de gouvernement dont ce dernier dispose à l'égard de tous les sujets de son ordre interne mais elle consacre également dans l'ordre international son aptitude légale pleine et entière et

¹⁶ L'on renverra au demeurant à cet égard à la définition communément admise de l'État en droit international, qui subordonne l'existence de ce dernier à la présence d'un territoire, d'une population et d'une autorité politique pour gouverner l'ensemble. Voy. par exemple notamment TAM germano-polonais, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Pologne*, sentence arbitrale du 1^{er} août 1929, *Rec. TAM*, tome IX, p. 344 ; avis n°1 de la commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie du 29 novembre 1991, *RGDIP*, 1992, p. 264 ; BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris : Sirey, 1960, p. 264 ; SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 454.

surtout sa « *non-soumission à une autorité supérieure* »¹⁷. Il dérive de cette qualité souveraine, qu'il est au demeurant le seul à posséder, des caractéristiques tout à fait originales pour l'ordre juridique international et au-delà, pour le contentieux des différends entre États. Cela est aisément perceptible dans les contentieux touchant directement à la souveraineté de l'État – tel le contentieux des délimitations territoriales et maritimes par exemple. Mais même en dehors de ces hypothèses, la qualité souveraine des parties est rarement un élément neutre dans l'étude du contentieux. S'il existe certes des domaines – notamment en matière de commerce ou d'investissement – dans lesquels le pragmatisme l'emportant, les États peuvent effectivement donner le sentiment de se comporter davantage comme des entités privées, leur nature souveraine ne s'efface pour autant jamais réellement. Les écrits nombreux consacrés par la doctrine à la question de l'immunité d'exécution dans le contentieux des investissements illustrent bien cette réalité¹⁸ ; les affaires *Hormones*¹⁹ et *Amiante*²⁰ confirment quant à elles que la logique largement transactionnelle qui anime d'ordinaire les États dans les contentieux commerciaux est susceptible de céder à tout instant lorsqu'est en cause la marge discrétionnaire d'appréciation dont bénéficie un État face à une situation incertaine et potentiellement dangereuse. Parce qu'elle influence la manière dont le juge et les parties elles-mêmes appréhendent leurs prérogatives dans le cadre du règlement du différend, la nature souveraine des parties constitue un élément supplémentaire de complexité, capable d'exacerber la sensibilité des différends, y compris sur la question particulière de l'expertise. Et inversement, parce qu'au travers de la notion de vérité, l'expertise met en tension la liberté des États et les contraintes qui s'imposent à eux, parce qu'elle questionne sur le rôle du juge et l'efficacité du règlement juridictionnel dans un ensemble très largement décentralisé, l'expertise constitue un angle d'approche original pour l'étude du contentieux interétatique.

3. – Précisions quant à la démarche et à la méthodologie. – Tel qu'il est délimité, le sujet a nécessité l'examen méticuleux de la jurisprudence de cinq juridictions internationales permanentes (Cour permanente de Justice internationale, Cour internationale de Justice, groupes spéciaux du GATT, groupes spéciaux de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, Tribunal international

¹⁷ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris : Montchrestien, 2014, 11^{ème} éd., p. 236.

¹⁸ Voy. par exemple POULAIN (B.), « L'arbitrage transnational et le droit français des immunités des Etats étrangers » in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, p. 967 et s. ; LALIVE (J.-F.), « L'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international », in DINSTEIN (Y.), TABORY (M.) (dir.), *International Law at a Time of Perplexity : Essays in honour of Shabtai Rosenne*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 380 et s. ; DELAUME (G.), « Le CIRDI et l'immunité des Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 143 et s.

¹⁹ ORD, CE – *Hormones* (DS26), rapport du groupe spécial du 18 août 1997 et rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998.

²⁰ ORD, CE – *Amiante* (DS135), rapport du groupe spécial du 18 septembre 2000 et rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001.

du droit de la Mer) ainsi que de trente volumes de sentences arbitrales. En croisant plusieurs critères relatifs à la qualification d'expert, à la fonction et aux modalités de l'expertise, ainsi qu'au statut de l'expert, l'on devait finalement retenir dix affaires jugées par la CPJI, trente-trois par la CIJ, huit par les groupes spéciaux du GATT, soixante par ceux de l'ORD, quatorze affaires du TIDM et soixante-quatre arbitrages comme base de nos constatations. À cela sont venues s'ajouter, une fois l'étude de la jurisprudence terminée, la lecture de nombreuses études doctrinales tant françaises qu'étrangères, sur le recours à l'expert lui-même, sur les questions transversales qui le sous-tendaient, ainsi que des interviews réalisées à La Haye à l'été 2011 avec plusieurs juges permanents ou ad'hoc de la CIJ et avec son greffier, M. Philippe Couvreur²¹.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le sentiment – à vrai dire parfaitement contradictoire – que l'expertise était tout à la fois incontournable, en ce qu'elle pouvait permettre de répondre à des besoins réels des acteurs du contentieux interétatique, et d'une utilité pourtant le plus souvent réduite dans la pratique s'imposait avec force à l'auteur de ces lignes. Ce décalage entre le potentiel de l'expertise et sa réalité assez décevante devait par la suite guider à titre principal notre démarche : s'il paraissait évidemment délicat de faire l'économie d'une réflexion théorique sur l'expertise, il n'était pas moins nécessaire d'inscrire notre recherche dans une perspective pratique pour faire face aux difficultés auxquelles elle se heurtait dans le prétoire international et dégager peut-être – tel était du moins notre espoir – quelques pistes permettant de lui rendre sa pertinence aux yeux des États et du juge international. Le plan proposé, qui sera présenté de manière plus détaillée dans les développements à venir, traduit ainsi la volonté qui était la nôtre de mener une recherche pratique, centrée sur les acteurs du contentieux interétatique, dans la mesure où ces derniers paraissaient, tant au regard du fonctionnement de l'ordre juridique international que de l'expertise elle-même, détenir très largement les clés du sujet.

Toutefois, cela imposait de dépasser le strict champ du droit pour intégrer à la réflexion les aspects tout à la fois historiques, philosophiques, sociologiques et psychologiques de l'expertise. Si ce caractère éminemment transversal explique sans nul doute la richesse du sujet, il n'en demeure pas moins un défi. Il fallait aborder chacune de ces dimensions de manière suffisamment poussée pour mettre en exergue les difficultés susmentionnées et permettre une compréhension précise des enjeux, en évitant toutefois soigneusement les détours non strictement nécessaires. Par ailleurs,

²¹ L'on précisera toutefois que le caractère sensible des questions abordées lors de ces rencontres n'a pas toujours permis d'obtenir autant d'éléments d'information que l'on aurait pu le souhaiter : qu'il s'agisse par exemple de la problématique du coût de l'expertise ou de la pratique dite des « experts fantômes », que l'on aura l'occasion d'aborder à plusieurs reprises dans la présente étude, les informations communiquées étaient souvent d'une grande généralité et lorsqu'il s'agissait d'éléments précis ou chiffrés, il fut expressément demandé à l'auteur de ces lignes d'en préserver le caractère confidentiel.

l'existence de différents niveaux d'analyse du sujet a encore complexifié la démarche : outre la pluralité d'acteurs et donc de positionnements à prendre en compte, il fallait confronter l'expertise telle qu'elle résultait des textes à celle qui se pratiquait effectivement dans le cadre du règlement des différends interétatiques et au-delà, à l'idée que les États et le juge international s'en faisaient, à la perception qu'ils en avaient. En dépit d'une gestion qui, sur le plan de la preuve, se veut manifestement objective et rationalisée dans la plupart des textes constitutifs des tribunaux internationaux, peu de questions font en effet autant appel à la subjectivité que celle de l'expertise, que ce soit au travers des représentations sociales qu'elle convoque – la figure du scientifique notamment – de l'enjeu politique qui la sous-tend – la science, comme la technique au demeurant, ne sont-elles pas traditionnellement pour les États les instruments d'une certaine domination politique ? – ou encore au travers de la relation spécifique que chacun entretient à la notion d'incertitude et de risque. À côté de l'étude des textes constitutifs des juridictions internationales et de la pratique de l'expertise dans le contentieux interétatique, l'on aura donc aussi recherché dans les travaux préparatoires, dans les opinions individuelles des juges, dans les déclarations des États, dans les échanges intervenus entre les parties et le juge sur les points de procédure, dans les actions ou au contraire les abstentions significatives des uns et des autres, des indices de la manière dont l'expertise était perçue par ces différents acteurs.

4. – La définition de l'expert, son lien avec l'expertise. – Il n'existe sans doute aujourd'hui que peu de termes qui paraissent aussi galvaudés que l'est dans les sociétés contemporaines celui « d'expert ». Il ne se passe pas un jour sans que les décideurs – fussent-ils politiques, juridiques, institutionnels, agissant tant au plan national, que régional ou international – n'en appellent aux « experts » pour anticiper, expliquer ou asseoir leurs décisions ; de même, ceux qui prétendent décrire ou éclairer un phénomène, une évolution, qu'ils soient journalistes, chercheurs, ou autres, trouvent en « l'expert » un allié objectif, une garantie de sérieux et d'exactitude quant à la restitution qu'ils opèrent de ce phénomène, de cette évolution. De manière générale, la figure de l'expert se veut partout un gage de justesse, de rigueur, d'objectivité et même, ainsi qu'on le verra plus loin dans cette étude, de vérité. Si l'expert est donc omniprésent dans la société, les réalités que recouvre le recours à l'expert sont en revanche si diverses aujourd'hui qu'elles ne permettent que difficilement d'entrevoir ce qu'est précisément un expert.

5. Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi. L'institution de l'expertise n'est pas nouvelle, elle possède une histoire millénaire qui permet de se rendre compte de ce que la notion « d'expert » a longtemps été relativement claire, correspondant même à des usages restreints et assez précis. Hérodote témoigne de l'existence, dans l'Égypte ancienne, de praticiens spécialisés dans la mesure

des champs et auxquels il était souvent fait appel après les crues du Nil afin de rétablir les cultivateurs dans leur ancienne situation²². Le droit romain prévoyait lui aussi l'intervention de l'expert dans le cadre d'opérations de mesure et d'évaluation ordonnées par le juge à l'occasion d'un litige. Dès le Vème siècle avant J.-C., la loi des XII Tables mentionnait par exemple la possibilité de recourir à un expert en cas de « *revendication contradictoire abusive devant le prêteur* » et pour faire estimer le montant de la réparation adéquate²³. Le *Corpus juris civilis* qui, à la demande de l'Empereur Justinien, a rassemblé par la suite l'ensemble des sources écrites du droit romain, prévoyait expressément, quant à lui, l'intervention de l'expert dans divers domaines tels les successions²⁴, les vérifications d'écritures²⁵, le bornage des terres²⁶, l'emphytéose des biens ecclésiastiques²⁷ ou enfin, de manière peut-être plus inattendue, en vue de l'évaluation de la production des jardiniers de Constantinople²⁸. Le plus souvent, comme l'explique Olivier Leclerc, l'expertise entretient dans l'Antiquité « *un lien indissoluble avec la mesure* »²⁹. Le champ d'intervention de l'expert, tout comme le nombre d'hypothèses dans lesquelles il peut y être recouru, sont alors limités. Quant au fondement de la légitimité de ce dernier à intervenir, il est à rechercher principalement dans l'expérience et l'habileté qu'il a acquises à titre personnel, le plus souvent par la pratique d'un art ou d'un métier. L'étymologie du terme « expert » reflète d'ailleurs parfaitement cette conception de l'expertise puisque le terme, dont l'existence est attestée dès le XIII^{ème} siècle, dérive du latin *expertus* signifiant « éprouvé » ou encore « qui a fait ses preuves »³⁰.

Dans l'ancien droit, le recours à l'expertise se généralise, notamment en matière conventionnelle. L'expert est désormais appelé à intervenir pour déterminer la teneur des conventions, quel qu'en soit l'objet. Domat écrivait ainsi :

²² HERODOTE, *Histoires*, Livre II, Paris : Charpentier, 1850, §109.

²³ HARMAND (L.), *Société et économie de la République romaine*, Paris : Armand Colin, 1993, p. 185.

²⁴ Renvoyant au Livre V, tome IX du code, Olivier Leclerc explique ainsi que « *la veuve qui convole en secondes noces jouit d'un droit de quasi-usufruit sur les choses mobilières dépendant de la succession de son conjoint décédé mais seulement après avoir donné caution et fait procéder à une estimation par des experts, astreints à un serment préalable* » (LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, p. 28).

²⁵ Nouvelle 49, Cod., livre IV, t. XXI, frag. 19.

²⁶ Digeste, Livre X, t. I, frag. 8.

²⁷ La Nouvelle 7 prévoyait semble-t-il que les contrats relatifs à l'emphytéose des biens ecclésiastiques devaient être conclus en présence d'un ou deux experts, habilités à déterminer la redevance à payer. Sur ce point, cf. LEFEVRE (A.), *L'expertise devant les juridictions civiles*, thèse, Université de Caen, 1913, p. 16.

²⁸ La Nouvelle 64, qui leur était consacrée, réserva cette évaluation à des experts, dont certains étaient jardiniers de métier eux-mêmes et d'autres étaient issus de corps de métiers différents afin d'assurer l'impartialité de l'expertise (*Novellae*, Pars Latina, t. IV, Milan : Cisalpino Galiardica, 1979, pp. 1577-1578).

²⁹ *Op. cit.*, p. 29.

³⁰ *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2007, p. 981 ; *Dictionnaire du Moyen français*, Paris : Larousse, 1992, p. 273 ; *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris : PUF, 1975, p. 247.

« Si tout ce qui doit être fait ou fourni par l'entrepreneur, n'est pas assez expressément réglé par la convention, comme si la qualité de la matière qu'il doit fournir, ou celle de l'ouvrage n'est pas exprimée, ou le temps marqué, toutes ces choses, et les autres semblables, seront réglées, ou par l'usage, s'il y en a, ou par l'avis de personnes expertes »³¹.

En dépit de cet élargissement du recours à l'expert, la majeure partie des missions d'expertise se ramène à quatre domaines seulement : les trois premiers – évaluation et/ou bornage des terres, vérifications d'écritures et servitudes – étaient d'ores et déjà connus du droit romain. Le dernier est en revanche nouveau : il s'agit du domaine médical³². En effet, comme le montreront les développements de la première partie de cette étude, la période de l'ancien droit va être témoin d'une évolution des sources et de la pratique de l'expertise en Europe qui allait de pair avec l'évolution des sciences et des techniques. Si celui qu'Olivier Leclerc qualifie « d'expert constatant »³³ continue d'exister, notamment en raison de l'importance des opérations de bornage et d'évaluation des terres qui déterminent à cette époque le statut social de l'individu, l'on voit peu à peu apparaître un expert qui s'appuie non plus sur un constat effectué au moyen de ses sens et de son expérience, mais sur un savoir normalisé et institutionnalisé. L'ancien droit sera donc incontestablement marqué par un certain nombre d'évolutions en matière d'expertise mais les usages de celle-ci demeurant néanmoins réservés à des domaines et opérations limitativement énumérés, il n'en résulta manifestement pas une importante déstabilisation quant à la manière de percevoir l'expert ni de comprendre son rôle.

C'est en fait seulement à partir du XVIII^{ème} siècle, sous l'influence des Lumières qui érigeaient la rationalité en unique mode d'accès valable au réel, que le doute fut peu à peu jeté sur les contours de la notion d'expert³⁴. Cette période, qui a vu naître une hégémonie certaine de la science et se développer l'affirmation de sa supériorité sur pratiquement tous les autres champs disciplinaires, n'a paradoxalement pas plaidé en faveur d'une définition nette de ce qu'est un expert. S'il est indéniable que les sources de l'expertise ont évolué, « l'expert constatant » laissant alors peu à peu la place à un « expert savant »³⁵, les mérites prêtés à la connaissance scientifique du monde ont conduit au cours des derniers siècles et surtout au cours des dernières décennies à une augmentation drastique des

³¹ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le legum delectus*, t. 1, Paris : Bauché, 1767, p. 162.

³² BRISSON (B.), *Le code du Roy Henry III, Roy de France et de Pologne*, Paris : Iamet, Mettayer et P. l'Huillier, Imprimeurs & Libraires ordinaires du Roy, 1601, titre 8, livre 16, p. 205.

³³ *Op. cit.*, pp. 27-39.

³⁴ *Infra*, chapitre 2 du titre 2 de la première partie.

³⁵ LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, pp. 39-44.

hypothèses de recours à l'expert. Si celui-ci intervient toujours dans le cadre judiciaire, il n'est désormais en revanche aucun contentieux susceptible de lui échapper dès lors que le juge ou, selon les cas, les parties souhaitent son assistance. Cela se vérifie, on le verra, tant au plan international que dans les ordres internes, indépendamment de la tradition juridique considérée³⁶. Au-delà de cette généralisation du recours à l'expert dans le procès, ce dernier s'est également vu solliciter dans des cadres nouveaux et très différents. Il n'est ainsi pas rare, on le soulignait plus tôt, de le voir aujourd'hui endosser un rôle de conseiller auprès de tous types de décideurs, qu'il s'agisse des États et de leurs démembrements³⁷, des entreprises et de leurs clients³⁸ ou des organisations internationales et de leurs institutions spécialisées³⁹. Si le savoir de l'expert peut évidemment être convoqué dans le cadre de véritables fonctions de recherche⁴⁰, il l'est encore dans la perspective de missions d'information et de vulgarisation⁴¹ ou même de lobbying⁴². Cette généralisation du recours à l'expert, qui s'est opérée à la faveur du poids considérable acquis par la science dans les sociétés contemporaines, a sans aucun doute induit une dilution de la notion telle qu'elle se concevait à l'époque romaine ou dans l'ancien droit. D'une figure qui paraissait alors relativement claire et qui répondait à des usages précis et limités, l'expert apparaît désormais comme un acteur aussi incontournable qu'indéfinissable.

6. L'ordre juridique international, dont il est plus particulièrement question dans cette étude, illustre parfaitement cet état de fait. Il n'est aujourd'hui pas une seule juridiction, fut-elle permanente ou ad hoc, généraliste ou spécialisée, qui ne mentionne l'expertise dans ses textes constitutifs ou qui n'y ait effectivement recours dans le cadre de ses décisions⁴³. Pourtant il est frappant de constater que

³⁶ *Infra*, chapitre 1 du titre 1 de la première partie.

³⁷ Pour quelques exemples récents de recours à l'expert par les États et leurs démembrements sur des questions tant politiques qu'économiques ou sanitaires, voy. notamment : http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/03/19/paris-et-berlin-pret-a-envoyer-600-experts-pour-les-migrants-en-grece_4886469_3214.html (consulté le 7 avril 2016); <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2015/12/30/lack-of-russia-experts-has-the-u-s-playing-catch-up/>; <http://www.theguardian.com/australia-news/2016/mar/29/capital-gains-and-negative-gearing-changes-manageable-independent-expert-says> (consultés le 9 avril 2016) et http://www.lemonde.fr/sante/article/2016/02/21/medecins-experts-et-chercheurs-reunis-pour-definir-le-burn-out_4869243_1651302.html (consulté le 10 avril 2016).

³⁸ Voy. notamment ces quelques illustrations rapides : <https://commercial.jpmorganchase.com/pages/commercial-banking/industry-expertise/financial-institutions>; <https://developers.google.com/experts/>; <https://travaux.edf.fr/nos-experts-edf>; <http://www.rh-solutions.com/actualites/trio-d-experts-pour-entreprises-en-difficult.html> (consultés le 10 avril 2016).

³⁹ RÍOS RODRÍGUEZ (J.), *L'expert en droit international*, Paris : Pedone, 2009, 359 p.

⁴⁰ <https://lejournal.cnrs.fr/dossiers/les-experts-du-climat> (consulté le 10 avril 2016).

⁴¹ Cf. https://www.washingtonpost.com/local/what-does-an-expert-on-the-human-brain-have-to-say-about-reality-tv/2016/02/28/e971479e-de2b-11e5-846c-10191d1fc4ec_story.html; <http://www.lefigaro.fr/sciences/2010/10/26/01008-20101026ARTFIG00819-antennes-relais-pas-de-risque-selon-des-scientifiques.php> (consulté le 10 avril 2016).

⁴² Voy. par exemple le recours à l'expert par le syndicat CGT en vue d'un lobbying économique et social, par le WWF pour un lobbying à visée écologique ou enfin par Amnesty International sur les questions de respect des droits humains : <https://nrt.revues.org/1320>; <http://www.sciencesetavenir.fr/nature-environnement/20140606.OBS9704/le-serpent-zorro-sitot-decouvert-deja-menace.html>; <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2016/02/republic-of-congo-refuses-entry-and-sends-back-amnesty-international-expert/> (consultés le 12 avril 2016).

⁴³ La pratique sera présentée dans le premier chapitre de l'étude.

l'immense majorité d'entre elles ne fournit à cette occasion aucune définition de ce qu'est un expert. Seul le Tribunal international du droit de la Mer semble se démarquer à cet égard, son accord de siège avec l'Allemagne stipulant que l'on

« [...] entend par expert toute personne appelée à la demande d'une partie à un différend ou du Tribunal à faire une déposition sous forme d'expertise, en raison de ses connaissances, de son expérience ou de sa formation particulières »⁴⁴.

Or, si rares sont donc les juridictions internationales qui définissent la notion d'expert, celles qui s'aventurent à questionner la qualification conférée en ce sens à un individu dans le cadre du procès le sont tout autant. À l'exception de quelques affaires comme celle de la *Harby steamship Cie* qui s'est avérée presque cocasse de ce point de vue⁴⁵, ou plus récemment de l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, qui fut l'occasion pour les juges de la Cour de la Haye de questionner les parties sur certaines des qualités qui devaient, selon elles, caractériser l'expert⁴⁶, les juridictions internationales s'abstiennent généralement de prendre position sur la question, préférant la traiter sous l'angle – à la fois plus large et plus restreint – de la force probante de l'expertise⁴⁷. Cet

⁴⁴ Article 1 de l'Accord de siège conclu le 14 décembre 2004 entre le TIDM et la République fédérale d'Allemagne, disponible à l'adresse : https://www.itlos.org/fileadmin/.../headquarters_agreement_eofn_fr.pdf (consulté le 12 avril 2016).

⁴⁵ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Harby Steamship Cie Inc (USA) c. Allemagne*, décision du 14 mai 1926, *RSA*, vol. VII, p. 324. Dans cette affaire, un navire de commerce appartenant à la Harby Steamship Cie avait été coulé en Méditerranée en 1916 par un sous-marin allemand. L'Allemagne ayant reconnu à l'issue de la première guerre mondiale sa pleine responsabilité relativement à l'incident, la question se posait de savoir quelle était la valeur dudit navire afin de permettre l'indemnisation de la perte subie par la société précitée. Les États-Unis présentèrent à cet effet deux experts à l'instance devant la Commission, dont l'un était – outre son incompétence manifeste pour évaluer la valeur du navire – le président de la société requérante ! Aussi, la Commission refusa de le laisser témoigner en considérant que « [t]his witness – an interested party – does not proffer any explanation whatever of his method [...] He has not qualified as an expert and [...] it appears that he is a cotton broker and exporter ».

⁴⁶ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 72.

⁴⁷ Sur ce point, voy. par exemple les déclarations du Président du TIDM dans l'*Affaire du thon à nageoire bleue* : « The point that I am making, and the point that Professor Crawford made, is that when it comes to whether the expert is capable of providing the scientific evidence, that is part of the evidence itself ». En conséquence, la procédure de vérification des qualifications de l'expert, si elle a bien eu lieu, s'est limitée à examiner son indépendance, critère qui, s'il peut paraître important, est de toute évidence insuffisant pour confirmer que l'intéressé est bien un expert (TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, procès-verbal des audiences publiques, matinée du 18 août 1999, p. 43, disponible sur le site du tribunal). De manière générale, on notera que la procédure de vérification des qualifications existe devant la plupart des juridictions internationales, bien qu'elle se limite le plus souvent à une étape procédurale purement formelle : voy. par exemple CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, audience publique du 30 octobre 1948 (exceptions préliminaires), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1948, vol. IV, p. 30 ; CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, audience publique du 5 février 1985, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1985, p. 232 et pp. 241-242 ; TIDM, *Affaire du Camouco*, Panama c. France, prompte mainlevée, audience publique du 27 janvier 2000 (matin), *TIDM Mém., P. V. & Doc.* 2000, vol. 5 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.00/1, p. 23) ; TIDM, *Affaire du Monte Confurco*, Seychelles c. France, prompte mainlevée, audience publique du 7 décembre 2000 (après-midi), *TIDM Mém., P. V. & Doc.* 2000, vol. 6 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.00/6, p. 3-4) ; TIDM, *Affaire du Grand Prince*, Belize c. France, prompte mainlevée, audience publique du 6 avril 2001 (matin), *TIDM Mém., P. V. & Doc.* 2001, vol. 7 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.01/3, p. 8) ; *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, Égypte/Israël, sentence du 29 septembre 1988, *RSA*, vol. XX, p. 85 ; *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 162 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 235 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 326 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 266.

état de fait rend dès lors nécessaire de s'interroger sur les traits qui sont susceptibles aujourd'hui de caractériser l'expert dans le contentieux interétatique et de préciser, à toutes fins utiles, la façon dont ce terme sera entendu dans le cadre de la présente étude. L'ordre juridique international ayant été essentiellement influencé depuis sa création par deux traditions juridiques, celle de droit romano-germanique⁴⁸ d'une part et celle de common law d'autre part⁴⁹, il conviendra en l'espèce de rechercher dans les ordres internes représentant respectivement l'une ou l'autre tradition les bases d'une définition de la notion d'expert devant les tribunaux internationaux. On notera que les modèles d'expert qui prévalent effectivement devant ces derniers (et dont il sera question dans la première partie de l'étude) constituent de bons indices de l'influence déterminante que les deux traditions précitées exercent sur la façon de percevoir et d'envisager l'expertise dans le contentieux interétatique.

7. Quels sont donc les éléments qui permettent, en droit romano-germanique et en common law, de qualifier un individu d'expert ? La première chose à noter est sans doute que les critères d'appréciation de la qualité d'expert apparaissent sensiblement identiques dans ces deux traditions. D'aucuns pourraient de prime abord s'en étonner mais il faut rappeler que celles-ci partagent pour l'essentiel les mêmes racines, la même histoire. Si la « révolution accusatoire » qui a frappé l'Angleterre à partir du XVIII^{ème} siècle a sans aucun doute contribué par la suite au développement de deux modèles et usages distincts de l'expertise dans le prétoire⁵⁰, les critères d'appréciation de la qualité d'expert prévalant aujourd'hui dans les deux traditions témoignent de ce que la compréhension même de la notion d'expert n'a sans doute pas été trop affectée par le schisme intervenu entre elles à cette époque. Les systèmes de droit latin comme ceux de common law posent ainsi une première exigence commune pour conférer à un individu la qualité d'expert : l'intéressé doit posséder des connaissances ou compétences dans un domaine particulier, clairement identifié, et c'est sur ce domaine précis que son intervention doit être sollicitée. En d'autres termes, la qualité d'expert implique d'abord une exigence de spécialité. Celle-ci résulte par exemple en France de l'article 2§4 du décret du 23 décembre 2004 pris en application de la loi du 29 juin 1971 relative aux

⁴⁸ L'on comprendra ici comme équivalents les termes « tradition romano-germanique » et « tradition continentale » ; de même, l'on utilisera indistinctement l'expression « tradition de common law » ou l'expression « tradition anglo-saxonne » pour renvoyer à la tradition juridique qui prévaut depuis le XVIII^{ème} siècle dans les pays de langue anglaise (mais dont le champ d'application déborde aujourd'hui largement ce simple critère linguistique).

⁴⁹ L'on renverra à cet égard aux développements du premier chapitre de la thèse.

⁵⁰ GOLAN (T.), « Revisiting the history of scientific expert testimony », *Brooklyn L. Rev.*, 2008, vol. 73, n°3, p. 879 et s. ; GOLAN (T.), *Laws of men and laws of nature. The history of scientific expert testimony in England and America*, Cambridge : Harvard University Press, 2007, 325 p.

experts judiciaires, qui renvoie à l'expérience de l'expert dans « *sa spécialité* »⁵¹. L'article 6 du même décret exige d'ailleurs du candidat à l'inscription initiale sur une liste d'experts judiciaires qu'il indique ses titres, diplômes, travaux scientifiques, techniques ou professionnels, et qu'il fournisse de manière générale une justification de sa qualification dans sa spécialité. De même, le code de procédure pénale italien prévoit, en son article 221, que l'expert est choisi sur les listes prévues à cet effet ou à défaut parmi des personnes « *dotées d'une compétence particulière dans la discipline spécifique* »⁵² dont il est question. Quant au code de procédure civile russe, il envisage le recours à l'expert « *[i]f questions arise in the course of considering the case which require special knowledge in various fields of science, technology, the arts and the handicrafts [...]* »⁵³. Les systèmes de common law ont eux aussi recours à ce critère en matière d'appréciation de la qualité d'expert devant leurs tribunaux. Aux États-Unis, la règle de preuve fédérale 702 dispose ainsi que « *[a] witness who is qualified as an expert [...] may testify thereto in the form of an opinion or otherwise if the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact [...]* »⁵⁴. Il ressort expressément de cet article que le savoir de l'expert, quelle que soit sa nature, doit porter sur un domaine spécifique et lui conférer des connaissances spécialisées. Les federal court rules australiennes prévoient de manière similaire que le terme expert « *means a person who has specialised knowledge based on the person's training, study or experience* »⁵⁵.

Si l'expert est donc qualifié comme tel en rapport avec un domaine précis qui constitue sa spécialité, il est ensuite un individu qui doit posséder des connaissances ou compétences approfondies dans ce domaine. L'article 2 du décret du 23 décembre 2004 précité subordonne par exemple la possibilité d'être inscrit sur les listes d'experts judiciaires en France au fait « *[d]'exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité* » et « *[d]'exercer ou avoir exercé cette profession ou activité dans des conditions*

⁵¹ Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, disponible à l'adresse <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000628809&dateTexte=20160413> (consulté le 13 avril 2016).

⁵² L'article 221 du code de procédure pénale italien se lit ainsi en version originale : « *Il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina* » (notre traduction).

⁵³ Article 79 du code de procédure civile de la Fédération de Russie (traduction : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle – OMPI). Dans le même sens, voy. encore l'article 57 du code de procédure pénale russe, le code de procédure civile allemand qui mentionne, en son paragraphe 414, la « *special technical competence* » de l'expert et l'article 340 du code de procédure civile sud-coréen qui évoque les « *special knowledge and experience* » de l'intéressé (traduction : OMPI).

⁵⁴ US federal rules of evidence, disponible à l'adresse <http://federalevidence.com/rules-of-evidence> (consultées le 13 avril 2016).

⁵⁵ Australia's federal court rules dictionary, disponible à l'adresse <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/rules-acts-and-regulations> (consultées le 13 avril 2016).

conférant une qualification suffisante»⁵⁶. Le code de procédure pénale italien exige lui aussi une « compétence particulière » de l'expert dans le domaine dans lequel son intervention à l'instance est sollicitée ; l'existence de listes d'experts par profession reflète au demeurant également cette préoccupation⁵⁷. Le *strafprozessordnung* allemand renvoie, certes de manière indirecte, à une exigence similaire de connaissances et/ou compétences approfondies pour l'expert en son article 75⁵⁸ tandis que le code de procédure civile sud-coréen décrit l'expert comme « [a]ny person who has knowledge and experience necessary for giving expert testimony »⁵⁹. Aux États-Unis, la règle de preuve fédérale 702 ne laisse, elle non plus, aucun doute sur le fait que l'expert se doit d'être particulièrement compétent et de posséder une véritable maîtrise des questions à l'égard desquelles il intervient au procès. Outre la mention de ses « knowledge, skill, experience, training or education », son témoignage ne saurait être recevable que s'il apparaît comme « the product of reliable principles and methods and [if] the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case »⁶⁰. Quant aux règles encadrant le recours à l'expert devant le juge australien, elles exigent expressément que celui-ci mentionne dans son rapport « [the] particulars of the training, study or experience by which the [...] expert has acquired specialised knowledge »⁶¹. Peu importe donc qu'il en appelle à ses titres et diplômes, à ses publications et recherches ou à son expérience – notamment professionnelle – l'expert ne peut être qualifié comme tel qu'à condition de prouver qu'il possède une connaissance du domaine ou une maîtrise des questions en cause qui va bien au-delà de celle dont un individu *lambda* pourrait disposer.

Enfin, si l'expert se définit manifestement dans les droits romano-germaniques comme dans ceux de common law comme un individu doté de connaissances et/ou compétences approfondies dans un domaine spécifique, il est encore et surtout en l'espèce un individu dont le savoir est

⁵⁶ Articles 2 §4 et 2 §5 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, disponible à l'adresse <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000628809&dateTexte=20160413> (consulté le 13 avril 2016).

⁵⁷ Article 221 du code de procédure pénale italien. Dans le même sens, voy. également l'article 19 §2 du code de procédure administrative italien qui dispose : « *L'incarico di consulenza può essere affidato a dipendenti pubblici, professionisti iscritti negli albi di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, o altri soggetti aventi particolare competenza tecnica* ».

⁵⁸ L'article 75 du code de procédure pénale allemand – qui aborde l'obligation de témoigner pour les experts inscrits sur les listes prévues à cet effet – prévoit en effet que « *[t]he person appointed as an expert must comply with the appointment if he has been publicly appointed to render opinions of the required kind, or if he publicly and commercially practises the science, art, or trade, the knowledge of which is a prerequisite for rendering an opinion, or if he has been publicly appointed or authorized to practise such profession* » (traduction : OMPI ; nous soulignons).

⁵⁹ Article 334 du code de procédure civile sud-coréen (traduction : OMPI).

⁶⁰ US federal rules of evidence, disponible à l'adresse <http://federalevidence.com/rules-of-evidence> (consultées le 13 avril 2016).

⁶¹ Australia's federal court rules, règles 23.02 (cas de l'expert du Tribunal) et 23.13 (cas du témoin-expert), disponible à l'adresse <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/rules-acts-and-regulations> (consultées le 13 avril 2016).

convoqué dans le cadre du règlement d'un différend. Si cette précision est le plus souvent implicite au regard de la nature et de l'objet des textes qui encadrent le recours à l'expert⁶², il n'est pourtant pas inutile de rappeler – eu égard à l'extrême diversité des usages de l'expertise en vigueur aujourd'hui – quelle est sa destination et dans quel cadre précis le savoir de l'expert se trouve ici convoqué. Cela est d'autant plus vrai que la présente étude permettra de mettre en lumière toute la spécificité du cadre contentieux – et peut-être plus particulièrement celle du procès – et l'importance qu'il revêt pour comprendre et appréhender l'expertise⁶³. L'on retiendra donc ici de la notion d'expert une définition qui s'articule autour de trois critères principaux : l'expert un individu dont l'intervention est sollicitée dans le cadre du règlement d'un différend en raison des connaissances et compétences étendues dont il dispose sur une question en cause dans le différend.

Cette définition, qui s'inspire tout à la fois de la tradition continentale et de celle de common law, a le mérite d'être suffisamment souple pour englober les différents modèles d'expert susceptibles d'intervenir dans le contentieux interétatique, et pour refléter tout à la fois la variété des fonctions qu'ils peuvent se voir confier et la diversité des savoirs qu'ils peuvent être amenés à mettre en œuvre à cette occasion⁶⁴. Dans le même temps, elle permet d'écarter les usages de l'expertise qui ne seraient pas spécifiquement liés au règlement des différends – notamment, bien que non exclusivement, le cas de l'expertise décisionnelle, qui s'illustre depuis un certain nombre d'années comme un autre usage majeur de l'expertise – et de laisser de côté les utilisations vulgarisatrices du terme « expert » qui, pour communes qu'elles soient aujourd'hui, reflètent le plus souvent assez mal la recherche de sérieux et de qualité qui est au cœur du recours à l'expert dans le cadre contentieux. Au demeurant, l'on notera que la définition retenue ici est parfaitement compatible (et même assez similaire) avec celle que mentionne l'Accord de siège précité entre le TIDM et la République

⁶² L'on notera toutefois que le code de procédure pénale russe renvoie, lui, de manière explicite au cadre dans lequel s'inscrit l'intervention de l'expert. Celui-ci apparaît même comme un élément de la définition de la notion d'expert puisque l'article 57 §1 dudit code affirme que l'expert est « *the person, possessing special knowledge and appointed in accordance with the procedure established by the present Code, for carrying out the court examination and for issuing the conclusion* » (traduction : OMPI ; nous soulignons). Dans le même sens, voy. également l'article 79 du code de procédure civile russe.

⁶³ Sur ce point, l'on renverra par exemple au chapitre premier du second titre de la première partie et de manière générale, aux développements de la seconde partie de la thèse.

⁶⁴ L'on soulignera que c'est d'ailleurs volontairement que le critère d'impartialité parfois retenu – notamment mais pas seulement dans les droits romano-germaniques – pour définir la notion d'expert se trouve en l'espèce écarté. En effet, il ne permettait que difficilement de traiter le cas du témoin-expert anglo-saxon qui constitue pourtant l'un des modèles et des usages majeurs de l'expertise devant les fors internationaux. S'il est vrai que certains droits de common law, tel le droit britannique, semblent aujourd'hui, on le verra plus loin, avoir intégré *de facto* cette exigence d'impartialité en imposant au témoin-expert d'assister le juge et non seulement les parties, il paraît délicat pourtant de considérer qu'il s'agisse là d'une exigence parfaitement réaliste étant entendu que sa désignation, sa préparation en vue de l'instance et sa rémunération relèvent toujours exclusivement des litigants. Aussi, l'on aura pris le parti en l'espèce de considérer que l'exigence d'impartialité se rapporte davantage à la question de la fonction de l'expert dans le procès qu'à la définition même de la notion d'expert.

Fédérale d'Allemagne⁶⁵ et qu'elle correspond sans doute assez bien à la pratique de l'expertise qui a cours effectivement devant les tribunaux internationaux. Pour ne s'en tenir qu'à quelques exemples à cet égard, dans l'*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, l'arbitre nomma comme expert pour évaluer le montant de la réparation le directeur des travaux d'électricité de la ville d'Amsterdam, qui possédait manifestement, au regard de son titre et de son expérience, une parfaite maîtrise des questions en jeu⁶⁶. Pareillement, dans le *Différend Bugalets « Mélinite et Lumière »* dans lequel la France soutenait que les navires acquis par le Sieur Lupo avaient été dérobés à la marine française pendant la guerre, l'on nomma comme experts deux ingénieurs navals, un colonel du génie naval italien et l'expert en chef du registre naval italien, c'est-à-dire là aussi des individus possédant de toute évidence des connaissances ou compétences approfondies et spécialisées relativement aux questions navales qui se posaient⁶⁷. L'arbitre chargé de statuer sur la délimitation territoriale entre l'Égypte et Israël souligna d'ailleurs lui aussi, à propos du Dr. Rushworth, témoin-expert israélien sur l'opinion duquel il souhaitait s'appuyer :

« [h]e is a graduate in civil engineering from London University and has a post-graduate diploma in geodesy from Oxford University. He is a Chartered Land Surveyor. He has much experience in surveying, cartography and demarcation [...] His experience relates to both the United Kingdom and overseas countries, including several Arab countries »⁶⁸.

De manière similaire, le Groupe spécial de l'affaire *États-Unis – Crevettes* a fait état, s'agissant du choix des experts, de « la nécessité de réunir les compétences qui soient de la plus haute qualité »⁶⁹

⁶⁵ L'on rappellera la définition mentionnée par l'Accord de siège, selon laquelle on « entend par expert toute personne appelée à la demande d'une partie à un différend ou du Tribunal à faire une déposition sous forme d'expertise, en raison de ses connaissances, de son expérience ou de sa formation particulières ».

⁶⁶ *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, France c. Pologne, sentence du 24 novembre 1932, RSA, vol. III, p. 1688.

⁶⁷ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Bugalets « Mélinite et Lumière »*, décision n°37 du 18 mars 1950, RSA, vol. XIII, p. 133.

⁶⁸ *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, Égypte/Israël, sentence du 29 septembre 1988, RSA, vol. XX, p. 85. Dans le même sens, la Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis entendit dans l'affaire de la *Lehigh Valley Railroad Cie* le témoignage du Dr. Esselen, expert présenté par la partie américaine, après avoir constaté que « [he] graduated at Harvard College with the degree of Bachelor of Science, Magna cum laude in chemistry in 1909. He taught chemistry at Harvard and continued his study in the Graduate School receiving the degree of Master of Arts in 1911 and of Doctor of Philosophy in 1912. At the time of making his affidavit he had, for fourteen years, practised as a consulting chemist in many fields of research and specialized in the practical application of chemistry of cellulose. He acted in an advisory capacity for manufacturers of paper [...] He helped translate from German into English Heuser's « Textbook of cellulose chemistry » ; prepared the chapter on « Cellulose and its Derivatives » in the book entitled « Colloidal Behavior » [...] He was a member of the Technical Association of the Pulp and Paper Industry, a Councillor-at-Large of the American Chemical Society, a Director of the American Institute of Chemical Engineers and a Fellow of the American Association for the Advancement of Science » (décision du 15 juin 1939, RSA, vol. VII, pp. 438-439).

⁶⁹ ORD, États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du Groupe spécial, p. 178.

tandis que l'Organe d'appel a implicitement reconnu, dans son traitement de la plainte formulée à cet égard par le Canada dans l'affaire *CE – Amiante*, qu'une exigence de connaissances spécialisées s'imposait bien aux experts⁷⁰. Quant à la Cour internationale de Justice, elle choisit dans l'affaire du *Détroit de Corfou* – la seule dans laquelle elle eut recours à des experts *proprio motu* – de confier l'expertise à deux capitaines de vaisseau, respectivement chefs de division dans la Marine royale norvégienne et dans la Marine royale suédoise, ainsi qu'à un capitaine de corvette de la Marine royale néerlandaise⁷¹. Ces derniers, au regard tant de leurs diplômes et de leurs grades que de leur longue expérience de marin et de militaire, paraissaient alors particulièrement bien placés pour comprendre dans quelles circonstances deux navires de la Royal Navy britannique avaient pu heurter un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises.

8. Si les développements ci-dessus proposent, dans une tentative de s'extraire du flou qui semble par trop souvent aujourd'hui régner en la matière, une définition de la notion d'expert qui paraît compatible avec la pratique des fors internationaux – et au-delà, une définition qui tente de n'exclure aucune problématique importante pour la compréhension des enjeux de l'expertise dans le contentieux interétatique – il faut encore aborder la question du lien entre l'expert et l'expertise. Ce dernier terme, d'utilisation peu courante en common law⁷², apparaît au contraire bien connu des droits romano-germaniques dans lesquels il se rapporte généralement à une « *[m]esure d'instruction consistant pour le technicien commis par le juge, l'expert, à examiner une question de fait qui requiert ses lumières [...] et à donner un avis purement technique sans porter d'appréciation d'ordre juridique* »⁷³. L'on fera ici régulièrement usage du terme « expertise », mais en retenant une vision plus large de la notion que celle qui prévaut habituellement dans les droits précités. D'une part, les

⁷⁰ ORD, Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, p. 73. L'on notera au demeurant, comme le souligne d'ailleurs l'Organe d'appel, qu'il est d'usage pour les groupes spéciaux de l'ORD de demander aux experts de ne traiter que les questions qu'ils estiment relever de leur spécialité.

⁷¹ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec.* 1948, p. 126.

⁷² Cela n'est au demeurant guère surprenant. Au-delà des pures questions de traduction, la tradition anglo-saxonne apparaît essentiellement centrée sur les acteurs du procès. Dès lors, l'on ne saurait véritablement s'étonner de ce qu'une notion comme l'expertise, qui se conçoit de manière très largement autonome par rapport à ces derniers, n'y soit pas d'usage courant. Pour quelques rares exemples de l'utilisation de ce terme par la doctrine anglo-saxonne, cf. KRAUSS (D. A.), LIEBERMAN (J. D.) (ed.), *Psychological expertise in court: Psychology in the courtroom, Volume II*, Farnham : Ashgate Publishing, 2012, 204 p. ; JOHNSTON (P. L.), « Court-appointed scientific expert-witnesses : unfettering expertise », *Berkley Tech. L. J.*, 1987, vol. 2, pp. 249-280. Il semble d'ailleurs qu'il soit davantage utilisé pour parler de la spécialisation du juge que des compétences et/ou connaissances de l'expert : cf. RAI (A. K.), « Specialized trial courts : Concentrating expertise on fact », *Berkley Tech. L. J.*, 2002, vol. 17, n°2, pp. 877-897 ; <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2015/07/14/patent-law-expertise-and-the-court-of-appeals-for-the-federal-circuit/> (consulté le 16 avril 2016).

⁷³ Voy. « Expertise » in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2016, 11^{ème} éd. Dans le même sens, Voy. « Expertise » in GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, Paris : Dalloz, 2015, 23^{ème} éd. ; MOUSSA (T.), *Dictionnaire juridique de l'expertise. Matières civile et pénale*, Paris : Dalloz, 1983 ; ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy/PUF, 2003 ; SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

fors internationaux ayant hérité de la tradition romano-germanique autant que de celle de common law leur manière de concevoir et d'utiliser l'expertise, il paraîtra sans doute plus juste de la définir en l'espèce comme le fruit de l'activité de l'expert, qu'elle consiste en une assistance au juge (comme dans la définition sus-évoquée) ou bien qu'elle s'analyse principalement en une aide au profit des parties (comme en common law)⁷⁴. D'autre part, laissant de côté cette fois la question de son objet et de la fonction qui peut être dévolue à l'expert dans le cadre restreint du procès, elle sera également entendue par référence à l'institution de l'expertise, *id est* par référence à l'ensemble des règles qui régissent le recours à l'expert devant les tribunaux internationaux et plus largement dans le contentieux interétatique.

9. – Le champ de l'analyse. – Ayant défini les termes « expert » et « expertise » qui se trouvent bien sûr au cœur de cette étude, l'on se doit encore de préciser le cadre de la réflexion qui va suivre. S'il va probablement de soi, en droit interne, d'envisager l'étude de l'expertise dans le cadre du procès, puisque ce dernier constitue un mode relativement banal – possiblement même dominant dans certains contentieux – de règlement des différends, les choses pouvaient sans doute paraître moins évidentes s'agissant de l'ordre international. L'État, qui demeure aujourd'hui encore le premier créateur et destinataire de la norme internationale, se définit d'abord et avant tout par sa qualité d'entité souveraine ; de fait, il est intuitivement construit sur une logique libertaire et s'il ne peut faire l'économie complète de la règle de droit dans les rapports qui le lient aux autres sujets de droit international, ce n'est certes pas sans difficulté qu'il admet la contrainte qu'elle représente, ni sans méfiance qu'il envisage l'intervention d'un tiers pour la faire appliquer dans le règlement des différends auxquels il est partie. Aussi, si le règlement juridictionnel apparaît relativement naturel et globalement bien accepté par les justiciables en droit interne, il demeure au contraire largement exceptionnel dans le contentieux interétatique, la préférence étant généralement donnée à la voie diplomatique. Prenant acte de cet état de fait, certains auteurs ont pu dénoncer « *l'abondance du commentaire doctrinal [qui] est en quelque sorte inversement proportionnelle aux réalités du droit* » et au-delà « *l'aura, à certains égards démesurée, dont ne cesse d'être entourée la justice internationale* »⁷⁵. Pourtant, eu égard aux caractéristiques originales que l'on soulignait précédemment, aux spécificités des enjeux et de la logique qui animent l'ordre international, aux différences structurelles fondamentales qui en résultent par rapport aux ordres internes, l'on ne saurait manquer de s'étonner de ce qu'une institution comme le procès ait finalement pu trouver sa

⁷⁴ L'on renverra à nouveau, sur ces questions, aux développements du premier titre de cette étude.

⁷⁵ VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », in GERARD (P.), VAN DE KERCHOVE (M.), OST (F.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*, Bruxelles : Publication des facultés universitaires de St Louis, 1983, p. 447 et 458 respectivement.

place, si limitée soit-elle, dans le règlement des différends interétatiques. Et non seulement le règlement juridictionnel a-t-il trouvé sa place de manière durable dans l'éventail des modes de règlement pacifique des différends entre États, mais il a prouvé au cours des dernières décennies, au travers de la multiplication et de la spécialisation croissante des juridictions, qu'il était capable de s'adapter aux besoins des États et de s'illustrer comme une alternative crédible en cas d'échec des modes diplomatiques de règlement des différends⁷⁶. L'institution de l'expertise, qui est au cœur de cette étude, se devait dès lors d'être examinée dans le cadre du règlement juridictionnel, qui constitue d'ailleurs historiquement, on l'a vu plus tôt, le cadre « naturel » dans lequel elle s'est développée. C'est précisément parce que le recours au juge ne va pas de soi dans l'ordre international qu'il est intéressant de l'examiner et de voir comment les caractéristiques et institutions comme l'expertise – *a priori* tout à fait inadaptées – qu'il a héritées des traditions romano-germanique et de common law permettent ou non de répondre aux attentes spécifiques des États en vue du règlement de leurs différends et comment elles s'y adaptent aussi parfois.

Ceci étant dit, s'il semblait nécessaire d'inclure le règlement juridictionnel dans le champ de la présente étude, la réalité du règlement des différends entre États imposait dans le même temps de le dépasser pour envisager les usages qui pouvaient être faits du recours à l'expert dans le cadre plus large des modes diplomatiques de règlement des différends. Pour cette raison, l'on aura décidé de privilégier une étude de l'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques, c'est-à-dire dans les procédures – juridictionnelles ou non – qui peuvent être mises en œuvre en cas de différend entre États⁷⁷. Cela englobera sans aucun doute la pratique d'un certain nombre de juridictions, fussent-elles *ad'hoc* comme les tribunaux d'arbitrage ou permanentes, généralistes comme la Cour internationale de Justice (CIJ) et sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), ou au contraire spécialisées comme le Tribunal international du droit de la Mer (TIDM). Si le cas de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce (ORD) suscite la controverse, comme en témoignent les débats nourris entre les auteurs, certains défendant sa qualité de juridiction

⁷⁶ Pour de plus amples développements, voy. par exemple les actes du colloque de la SFDI qui s'est tenu à Lille les 12, 13 et 14 septembre 2002 : SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris : Pedone, 2003, 552 p.

⁷⁷ L'adjectif « contentieuses » est en effet entendu ici dans son sens le plus large, par référence à l'existence d'un différend ou d'une contestation entre États, et non dans le sens plus restreint qui lui est parfois attribué en rapport direct avec le procès. À cet égard, voy. « Contentieux » in SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001 et GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Paris : Dalloz, 2013, 21^{ème} éd. Si l'on envisagera donc des modes de règlement des différends tant juridictionnels que diplomatiques, l'on précisera toutefois que le « différend » s'entendra en l'espèce conformément à la définition classique posée par la CPJI dans l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » (CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt du 30 août 1924 (exceptions préliminaires), *Rec. Série A*, n°2, p. 11).

ou de « quasi-juridiction »⁷⁸, d'autres s'y opposant radicalement⁷⁹, l'on aura pris le parti en l'espèce d'intégrer la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel au champ de l'étude. Outre que l'apport de ces derniers en matière d'expertise est, on le verra, non seulement substantiel mais sans doute même à l'heure actuelle l'un des plus innovants qui soient dans l'ordre international, la qualification de l'ORD en tant que juridiction (ou le rejet de pareille qualification) ne devait emporter en l'espèce aucune conséquence décisive pour le sujet, ce dernier étant examiné dans le cadre des « procédures contentieuses interétatiques ». Poussant tantôt les traits de la juridiction au-delà des standards en vigueur dans l'ordre international, en imposant par exemple à tous ses Membres la juridiction obligatoire des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, s'avérant tantôt en deça puisque les rapports de ces derniers ne sauraient en revanche avoir force de chose jugée qu'après adoption par l'organe plénier de l'ORD, l'on gagera que c'est moins la qualification de juridiction au sens strict qui importe aux fins de cette étude que le fait que l'expertise puisse éventuellement être convoquée dans un cadre mû par une logique juridictionnelle⁸⁰, ce qui est assurément le cas de l'ORD⁸¹. En conséquence, l'on étudiera la pratique de l'ORD au même titre que celles des juridictions internationales précitées.

Quant aux modes diplomatiques de règlement des différends, tous ne présentent manifestement pas le même intérêt pour le sujet : les bons offices par exemple, de par leur objet intrinsèquement

⁷⁸ ASCENSIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question », in SFDI, Colloque de Lille, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris : Pedone, 2003, pp. 163-202 ; RUIZ-FABRI (H.), « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire », *RGDIP*, 2006, n°1, p. 40 ; RUIZ-FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, pp. 303-334 ; CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 3^{ème} éd., pp. 31-50 ; CANAL-FORGUES (E.), « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du Commerce », *AFDI*, 1996, vol. 42, pp. 845-863 ; CANAL-FORGUES (E.), *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structure d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles : Bruylant, 1993, 687 p. ; FLORY (Th.), « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay », *JDI*, 1995, pp. 877-891 ; BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n°1, pp. 3-37.

⁷⁹ SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *AFDI*, 2000, vol. 46, pp. 58-81.

⁸⁰ Il n'y a là au demeurant rien de nouveau. Des auteurs ont ainsi constaté que le Conseil d'État français avait fonctionné selon la même logique juridictionnelle et les mêmes principes – en l'occurrence, ceux de l'ordonnance de 1806 – avant et après que la qualité de juridiction lui fut expressément reconnue : cf. MASSOT (J.), « La continuité de la procédure contentieuse administrative », in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1998, tome 156, pp. 77-89 et de manière générale, les travaux de Jean-Louis Mestre sur l'histoire de l'institution.

⁸¹ Les auteurs se retrouvent d'ailleurs sur ce point, quelle que soit leur position par ailleurs sur la nature exacte de l'ORD : depuis E. Canal-Forgues, qui affirme que « *l'esprit judiciaire et arbitral souffle à l'intérieur de l'OMC* » (in « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du Commerce », *AFDI*, 1996, vol. 42, p. 848) en passant par H. Ruiz-Fabri qui souligne « *des tendances dans le sens juridictionnel* » (in « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p. 313) et jusqu'à C. Santulli qui, au détour d'un parallèle entre les autorités administratives indépendantes françaises et l'ORD, admet que l'on trouve là des « *organes destinés à fonctionner comme des juridictions* » (in « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *AFDI*, 2000, vol. 46, p. 81). Les développements de la première partie de l'étude montreront alors les conséquences importantes qu'entraîne un tel cadre dans la manière d'appréhender le recours à l'expert.

limité, ne justifient que rarement le recours à un expert. Au demeurant, il ne fait guère de doute que la réussite d'une mission de bons offices repose davantage sur l'habileté des diplomates que sur celle des juristes, des experts ou de toute autre catégorie d'intervenants. La procédure de médiation ne constitue pas non plus un cadre naturellement propice à l'expertise : d'une part, la place et l'importance accordées à l'élucidation des faits y sont hautement variables ; d'autre part, le succès de la médiation dépend pour l'essentiel de l'autorité politique dont le médiateur est revêtu – d'où d'ailleurs l'image proposée par le juge Cot, qui la décrit comme un « *recours au Prince* »⁸². Or, s'il peut évidemment jouir d'une certaine autorité au titre de ses connaissances et/ou compétences spécialisées, l'expert ne possède généralement aucune autorité politique et il apparaît ainsi mal placé pour revendiquer un éventuel rôle de médiateur. Bien plus intéressants sont en revanche les cas de la négociation et de la conciliation. L'expert peut en effet trouver sa place dans les discussions – parfois hautement complexes ou techniques – qui prennent place entre les États en vue de la recherche d'une solution consensuelle à leur différend. De même, l'absence d'autorité politique qui le disqualifiait pour l'exercice de la fonction de médiateur apparaît au contraire comme un avantage indéniable dans le cadre de la conciliation, laquelle implique au surplus une enquête approfondie sur les faits de l'affaire avant toute constatation des conciliateurs⁸³. Par suite, la présente étude se bornera à examiner, au titre des modes diplomatiques de règlement des différends, le recours à l'expert dans le cadre de ces deux dernières procédures.

10. – Des problématiques de l'expertise dans le contentieux interétatique. – Comme souligné précédemment, l'expertise constitue une institution traditionnelle dans la plupart des droits internes, et elle est notamment bien connue des traditions romano-germanique et de common law, celles-là mêmes qui ont jusqu'à présent inspiré et influencé à titre principal les caractéristiques et le fonctionnement de l'ordre juridique international. Aussi, l'étude de cette institution ne peut guère en l'espèce s'envisager de manière totalement autonome par rapport à ces dernières : une simple observation de la pratique des tribunaux internationaux suffit en effet à se convaincre de ce que le contentieux interétatique est sans aucun doute largement redevable à l'une comme à l'autre dans la manière qu'il a eue d'appréhender le recours à l'expert. Mais observer ne suffit certes pas : à la lumière de l'importance croissante, du caractère de plus en plus incontournable des aspects scientifico-techniques dans les différends entre États, en gardant à l'esprit les coûts – en argent comme en temps – potentiellement élevés qu'implique le recours à l'expert et l'enjeu qu'il représente

⁸² COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 1.

⁸³ *Supra*, partie 2, titre 2.

donc invariablement pour les États, il faut encore vérifier si les « transplants »⁸⁴ issus en la matière de la tradition continentale et de la tradition de common law sont globalement fonctionnels ou non dans le contentieux interétatique et au-delà, tenter de comprendre pourquoi ils le sont ou pas.

11. L'on gagera que l'enjeu derrière ce questionnement réside bien sûr principalement dans l'adaptation de l'expertise aux besoins et aux spécificités du contentieux interétatique. Si les deux traditions précitées peuvent revendiquer une indéniable légitimité en l'espèce, tant par leur expérience millénaire en matière d'expertise que par l'influence déterminante qu'elles exercent de manière générale sur le contentieux interétatique, il est pourtant permis de s'interroger sur leur capacité à proposer en tant que telles des solutions véritablement pertinentes ou encore parfaitement adaptées à ce cadre, on l'a vu, si particulier. À supposer même que le recours à l'expert puisse être considéré aujourd'hui dans les droits internes tenant des traditions continentale et de common law comme un dispositif particulièrement efficace et largement consensuel – une affirmation qui justifierait d'autant plus que l'on s'en inspire mais qui n'est sans doute pas, elle-même, de nature à faire l'unanimité⁸⁵ – un tel résultat ne saurait en tout état de cause être appréhendé indépendamment du système dans lequel l'expertise s'insère, c'est-à-dire en dehors d'une lecture systémique et englobante du recours à l'expert. Par ailleurs, si la réception dans un ordre juridique donné de telle institution, de tels principes ou caractéristiques hérités d'une tradition juridique quelconque, ne va sans doute pas, on le voit, sans poser de difficultés, cela est vrai *a fortiori* lorsqu'il s'agit pour cet ordre de recevoir l'héritage non pas d'une seule mais de deux traditions juridiques, qui peuvent paraître à bien des égards divergentes. Pour toutes ces raisons, ce n'est pas tant le principe ou la réalité de l'héritage qu'il s'agira ici de questionner – ni l'un ni l'autre ne semblent à vrai dire réellement sujets à contestation – que la manière dont le contentieux interétatique se l'est ou non approprié et avec quels résultats.

⁸⁴ Le terme est emprunté au Professeur Damaška : DAMAŠKA (M. R.), « The uncertain fate of evidentiary transplants : Anglo-American and Continental experiments », *Am. J. Comp. Law*, 1997, vol. 45, n°4, pp. 839-852.

⁸⁵ L'on renverra sur ce point aux développements du titre premier de l'étude et à ces quelques auteurs : BERNSTEIN (D. E.), « Expert witnesses, adversarial bias and the (partial) failure of the Daubert revolution », *Iowa L. Rev.*, 2008, vol. 93, pp. 451-489 ; BLUMENTHAL (J. A.), « A wipe of the hands, a lick of the lips : the validity of demeanor evidence in assessing witness credibility », *Neb. L. Rev.*, 1993, vol. 72, pp. 1157-1204 ; BURK (D. L.), « When scientists act like lawyers : The problem of adversary science », *Jurimetrics Journal*, 1993, vol. 33, n°3, pp. 363-376 ; CAUDILL (D. S.), REDDING (R. E.), « Junk philosophy of science ? The paradox of expertise and interdisciplinarity in federal courts », *Wash. & Lee Law Rev.*, 2000, vol. 57, n°3, pp. 685-766 ; COPE (S.), « Ripe for revision : A critique of Federal Rule of Evidence 705 and the use of court-appointed experts », *Gonzaga Law Review*, 2003-2004, vol. 39, n°1, pp. 163-202. Les auteurs critiquant l'expertise ne sont pas non plus en reste dans les systèmes romano-germanistes : DE FONTBRESSIN (P.), ROUSSEAU (G.), « L'expert judiciaire, "fusible" du conflit, ou les pressions sur l'expert », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 109-110 ; DE MAXIMY (H.), « Les dérives de l'expertise. Impressions de la Biennale de Poitiers », *Revue Experts*, 2005, n°69, pp. 29-32 ; DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit & Société*, 2000, n°44-45, pp. 199-223 ; LECLERC (O.), « Les réformes du droit de l'expertise – Avancées partielles et occasions manquées », *Revue Experts*, 2006, n°71, pp. 12-15.

12. À cet égard, la première partie de l'étude mettra en exergue le lien existant entre expertise et conception du procès, la fonction et les modalités de la première étant traditionnellement déterminées par l'équilibre des forces existant entre les acteurs du procès. Si le modèle anglo-saxon du témoin-expert existe bien dans le contentieux interétatique, le choix silencieux fait au lendemain des deux guerres mondiales de privilégier, dans le cadre du mouvement de la paix par le droit, un juge international puissant et doté de larges pouvoirs implique que l'expertise devait se définir d'abord – si ce n'est exclusivement – dans son rapport à celui-ci : bien que les Etats puissent théoriquement faire comparaître des témoins-experts, l'expertise a ainsi été conçue prioritairement comme un dispositif visant à assister le juge international dans sa mission de recherche et d'établissement des faits. C'était sans compter en revanche sur la résistance manifestée par les États, qui demeurent eux attachés à une conception essentiellement volontariste du droit international et qui se reconnaissent donc bien davantage dans le modèle du témoin-expert de common law que dans celui de l'expert du tribunal. En l'absence de réflexion sur la conciliation des deux modèles au regard des spécificités du contentieux international, une situation de blocage s'est peu à peu fait jour et aucun d'entre eux ne semble aujourd'hui véritablement capable de donner des résultats satisfaisants. Cela est d'autant plus vrai que, du fait d'une compréhension globalement erronée dans l'espace public des possibilités offertes par la science et des limites auxquelles elle se heurte effectivement, l'expertise a tendance à susciter chez les acteurs du contentieux interétatique (comme au demeurant dans l'opinion publique internationale⁸⁶) des attentes irréalistes, souvent impossibles à satisfaire en pratique.

13. Prenant acte de cet état de fait, la seconde partie sera consacrée à la recherche de modalités qui, par la prise en compte des spécificités du contentieux interétatique et la promotion d'une vision plus réaliste de la science, permettraient de rassurer les acteurs dudit contentieux et de les convaincre de l'intérêt que présente pour eux une institution telle que l'expertise. Le caractère décentralisé de l'ordre juridique international et l'objet même du règlement pacifique des différends conduiront, à l'opposé du choix réalisé par les rédacteurs du statut de la CPJI puis de la CIJ, à privilégier à cet égard une conception de l'expertise qui soit non pas au service du juge mais au service des États. Si la démarche est bien sûr ici largement prospective, les cas évoqués témoigneront en revanche de ce qu'il est possible de dépasser les blocages identifiés dans la première partie et de faire de l'expertise un dispositif qui contribue utilement au règlement des différends entre États.

⁸⁶ Le vilipendage dont est régulièrement victime le Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) illustre bien cet état de fait : voy. par exemple FOUCART (S.), *Le populisme climatique. Claude Allègre et Cie, enquête sur les ennemis de la science*, Paris : Editions Denoël, 2012, 317 p. ; GODARD (O.), *Environnement et développement durable : une approche méta-économique*, Paris : De Boeck Supérieur, 2015, p. 355 et s.

PARTIE I

L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF LIMITE

D'ASSISTANCE AU JUGE DANS LE

CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

14. En matière d'expertise, comme d'ailleurs sur beaucoup d'autres points, le contentieux des différends entre États s'affiche clairement comme l'héritier des traditions juridiques continentale et de common law : en reprenant invariablement à son compte les modèles typiques, hautement caractéristiques, de l'expert du tribunal d'une part et du témoin-expert d'autre part, il cherche à tirer parti de l'expérience au long cours respectivement acquise par chacune d'elles en matière d'expertise. Cependant, la mise en œuvre de pareille solution ne laisse pas de questionner car chacun des deux modèles cache en fait une vision précise du rôle du juge, une philosophie singulière du procès et de manière générale une conception des buts de la justice qui lui est propre. Tout en optant formellement pour une coexistence des deux modèles, l'on verra dans cette première partie que les caractéristiques et les enjeux particuliers du contentieux interétatique semblent avoir conduit en pratique à privilégier la conception romano-germanique du procès et de l'expertise⁸⁷. De fait, celle-ci apparaît prioritairement tournée vers le juge : qu'il s'agisse d'assister ce dernier dans la recherche de la vérité matérielle des faits (titre 1) ou encore de l'aider à construire et à défendre la légitimité de ses décisions (titre 2), l'expertise s'entend d'abord et avant tout dans le contentieux interétatique comme un dispositif d'assistance au juge.

⁸⁷ L'on soulignera au passage que si le champ de la présente étude couvre, ainsi qu'expliqué dans l'introduction, l'ensemble du contentieux des différends entre États et non seulement l'hypothèse du règlement juridictionnel, les deux modèles d'expert en présence se sont eux, en revanche, développés dans le cadre exclusif du procès au sein de la tradition continentale et de celle de common law. Aussi, et puisque cette première partie aborde la question de l'héritage par le contentieux interétatique de ces conceptions traditionnelles de l'expertise, elle sera de fait essentiellement axée sur l'utilisation de l'expertise dans le procès interétatique.

LA RECHERCHE DE LA VERITE

15. Si l'ambition initialement affichée d'une coexistence fructueuse, d'un fonctionnement harmonieux des deux modèles d'expert précités au sein du contentieux interétatique paraît intellectuellement séduisante, elle ne pouvait de toute évidence se réaliser sans une réflexion préalable sur les modalités d'une possible conciliation desdits modèles et au-delà, de la philosophie du procès, de la justice, dont ils sont respectivement porteurs. Pourtant, ni les textes constitutifs des tribunaux internationaux ni même l'étude de leur pratique ne semblent jusqu'à présent garder trace d'une telle réflexion. En l'absence de précisions quant à la manière d'agencer, de coordonner l'utilisation du témoin-expert et de l'expert du tribunal, il semble que c'est la conception que les tribunaux internationaux ont retenu de l'office du juge qui, en pratique, aura constitué la clé de conciliation entre les deux modèles. L'on verra ainsi qu'en optant pour une conception continentale active de l'office du juge, les fors internationaux ont de fait privilégié le modèle d'un expert au service du juge et de la recherche de la vérité matérielle des faits, y compris lorsque celui-ci est formellement convoqué, choisi et rémunéré par les parties (chapitre 1). Cependant, si ce choix se justifie sans nul doute au regard des enjeux particuliers du règlement des différends entre États, d'autant plus d'ailleurs qu'il s'inscrivait dans le mouvement de la paix par le droit inauguré au lendemain de la seconde guerre mondiale, il semble se heurter à l'une des spécificités essentielles du contentieux interétatique qui réside dans la qualité souveraine des litigants. En conséquence, il apparaît que lorsqu'elle est entendue comme un dispositif d'assistance au juge en vue de la recherche de la vérité, l'expertise est le plus souvent d'une efficacité limitée du fait des velléités de contrôle manifestées à son égard par les États (chapitre 2).

Chapitre 1

L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF CLASSIQUE DE RECHERCHE DE LA VERITE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

16. Il est habituel de dire, comme le rappela souvent l'ancien Président de la CIJ Manfred Lachs⁸⁸, que la procédure internationale est un savant mélange des traditions juridiques continentale et anglo-saxonne. Il faut pourtant constater, tant à la lecture des textes constitutifs des tribunaux internationaux qu'à l'étude de leurs décisions, l'existence d'une prédominance indubitable du modèle continental quant à la façon de concevoir l'office du juge international (section 1). Il en résulte un certain nombre de conséquences puisque la conception large et active de l'office du juge que les tribunaux internationaux ont hérité de la tradition continentale devait par suite conférer à l'expertise des caractéristiques proches de celles qu'on lui connaît dans les droits internes romano-germaniques, qu'il s'agisse de sa fonction ou des modalités selon lesquelles sa mise en œuvre devait être envisagée devant ces tribunaux (section 2).

Section 1

LA CONCEPTION DE L'OFFICE DU JUGE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL : ILLUSTRATION DE LA PARENTE ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL ET LA TRADITION CONTINENTALE

17. L'examen de la conception retenue par un ordre juridique de l'office du juge est fondamental pour décrire la fonction et les modalités de l'expertise. Le rôle dévolu à l'expert est en effet intrinsèquement lié à la façon dont sont conçus la mission et le rôle du juge. Parce qu'elle traduit l'équilibre des forces existant entre les différents acteurs du procès et la philosophie globale qui anime l'ordre juridique en cause, la notion d'office du juge permet, mieux qu'aucune autre, de comprendre la fonction de l'expertise et partant, les modalités selon lesquelles elle pourra être mise en œuvre. À l'aune de cette constatation, il sera donc nécessaire d'étudier, dans un premier temps, la conception de l'office du juge qui prévaut dans le contentieux international (§1), avant d'en tirer, dans un second temps, les conséquences sur la fonction et les modalités de l'expertise dans ce même contentieux (§2).

⁸⁸ LACHS (M.), « Evidence in the procedure of the International Court of Justice : The role of the Court », in PÉREZ GONZÁLEZ (M.) (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid : Tecnos, 1993, p. 427.

§1 - L'office du juge, vecteur d'une conception du procès

18. La notion d'office du juge renvoie à l'ensemble des pouvoirs et devoirs qui s'attachent à la fonction juridictionnelle⁸⁹. En d'autres termes, elle désigne le rôle alloué au juge dans le cadre du procès, au travers des pouvoirs qui lui sont conférés mais aussi des limites et obligations qui lui sont imposées. Si elle se rapporte donc spécifiquement à la situation du juge, la notion renvoie également, *ipso facto*, au rôle qui échoit aux parties au cours de l'instance et à l'équilibre subséquent qui en résulte entre celles-ci et le juge. En cela, elle constitue un instrument privilégié d'analyse de la façon dont un ordre juridique donné conçoit le procès : en effet, loin d'être le produit du hasard ou des circonstances du moment, cet équilibre traduit invariablement un choix quant à l'objectif de la justice et au(x) but(s) qui doi(ven)t être atteint(s) au travers du procès⁹⁰.

19. À cet égard, il faut constater l'existence de divergences sensibles entre les différentes traditions juridiques. En se bornant à celles qui, jusqu'à présent, ont influencé de manière décisive le développement du droit international, à savoir la tradition romano-germanique et la tradition de common law, ces divergences peuvent être résumées en une phrase :

« [...] là où la culture juridique romaniste recherche la substance de la vérité en tentant d'établir un récit officiel au moyen du prononcé d'un jugement par un magistrat, la culture juridique de la common law, au contraire, organise la confrontation de deux versions pour faire triompher publiquement le récit le plus vraisemblable »⁹¹.

Comme le laisse deviner cette affirmation d'Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos, ces divergences procèdent en substance d'une conception très différente de la vérité⁹² et du rôle que celle-ci est appelée à jouer dans le règlement des différends. Ainsi, si la tradition continentale promeut la recherche d'une vérité « objective » des faits du litige, traduisant non pas la vision qu'en ont les parties, mais bel et bien une reconstruction des faits conforme au réel (théorie de la vérité-correspondance), la tradition de common law, quant à elle, postule qu'une telle vérité est inaccessible

⁸⁹ Voy. « Office » in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2016, 11^{ème} édition et GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, Paris : Dalloz, 2015, 23^{ème} édition.

⁹⁰ Sur les rapports entre l'office du juge et le(s) but(s) alloué(s) à la justice, voy. notamment DAMAŠKA (M. R.), *Evidence Law Adrift*, New Haven : Yale University Press, 1997, p. 110 et s.

⁹¹ GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France*, Paris : Odile Jacob, 2003, p. 123.

⁹² Quant aux raisons susceptibles d'expliquer cette divergence des deux traditions relativement à la notion de vérité, A. Garapon et I. Papadopoulos proposent plusieurs pistes et notamment, celle de la gestion très différente opérée par le catholicisme et le protestantisme de cette question (*ibid.* p. 124 et s.).

car l'opération de reconstruction des faits ne saurait échapper à la subjectivité de celui qui en a la charge, qu'il s'agisse du juge ou des parties⁹³. Un auteur explique en ce sens que

« [l]es faiblesses de la perception humaine, de la mémoire et des expressions rendent souvent la découverte de la vérité matérielle des faits impossible. Se préoccuper de vérité peut être à la fois naïf et futile. C'est l'avantage du système accusatoire de ne pas poursuivre ces objectifs d'une manière aussi absolue et irréaliste »⁹⁴.

À la vérité « objective » prévalant dans la culture romaniste s'oppose donc une vérité essentiellement procédurale (théorie de la vérité-cohérence), résultant de la confrontation des thèses des parties, en common law⁹⁵.

Cette divergence des deux traditions ne va pas sans induire d'importantes conséquences du point de vue de la conception du procès. S'agissant de l'objectif alloué à la justice, et plus spécifiquement ici au procès, si la vérité est perçue comme étant tout à la fois le but de l'instance et la clé de résolution du différend dans la tradition continentale, elle n'est en aucun cas le but ni la priorité du procès en droit anglo-saxon. Sur ce point, le lord chancelier anglais Kilmuir a rappelé avec vigueur, au cours du siècle dernier, que « [l]e premier caractère [du procès de common law], et

⁹³ Elisabetta Grande affirme ainsi : « *Starting from the idea that a third-party ascertainment of the truth is possible, the non-adversarial system pursues the discovery of an objective truth [...] based as it is on the belief that an objective reconstruction of reality is attainable. [...] By way of contrast, the adversarial system adopts the perspective that there is no such ontological truth that can be ascertained by a neutral party, because neutrality is simply impossible to achieve* » (in JACKSON (J.), LANGER (M.), TILLERS (P.) (dir.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Portland : Hart Publishing, 2008, pp. 146-147). *A contrario*, il semblerait que nombre des auteurs de la tradition dite « rationaliste » – dont la vision a jusqu'à récemment encore imprégné de manière prépondérante le droit anglo-saxon de la preuve – aient favorisé la théorie de la vérité-correspondance et non celle de la vérité-cohérence. Cependant, la doctrine contemporaine s'interroge sur la possibilité que ce modèle de vérité, de toute évidence peu adapté à une logique accusatoire, ait été envisagé *in abstracto* par les auteurs rationalistes comme un idéal (y compris politique) plutôt que comme une traduction fidèle de la pratique. Sur cette question, cf. TWINING (W.), *Rethinking evidence*, New York : Cambridge University Press, 2006, 2^{ème} éd., pp. 80-86.

⁹⁴ LANDSMAN (S.), *The Adversary System, A Description and Defense*, Washington D.C. : American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, p. 36 (traduction d'A. Garapon et I. Papadopoulos). Cette remarque paraît cependant procéder d'une appréciation essentiellement subjective des buts qu'il convient de conférer à la Justice et au procès car si c'est bien à une reconstruction des faits conforme au réel qu'exhorte la tradition continentale, ceci ne signifie pas que les difficultés – il serait même sans doute plus exact de parler d'impossibilité – pour le juge de parvenir à un tel résultat y soient ignorées. Ainsi, si Stephan Landsman voit se manifester dans cette exigence une certaine naïveté de la tradition continentale, il semble au contraire à l'auteur de ces lignes que celle-ci procède bien plutôt d'un choix quant aux objectifs qui doivent être ceux de la Justice et du procès, indépendamment du fait de savoir s'ils peuvent être concrètement atteints ou pas. Au demeurant, il n'est pas certain que ce dernier élément soit déterminant ou même tout simplement pertinent en vue d'assurer le bon fonctionnement et l'efficacité d'une institution vouée à garantir la coexistence paisible des individus par le respect de l'État de droit, c'est-à-dire d'une institution qui par nature puise son inspiration dans des idéaux, et ce, quelle que soit la tradition juridique envisagée.

⁹⁵ Il est cependant à noter qu'historiquement, cette divergence des deux traditions et les conséquences subséquentes qu'elle entraîne du point de vue de l'office du juge sont relativement récentes : ainsi, selon la conception classique du droit français, le juge se devait de maintenir une stricte passivité en matière probatoire afin de garantir son impartialité. Sur l'évolution du rôle du juge en matière de preuve dans les droits romano-germaniques, cf. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) (dir.), *Traité de droit civil : Introduction générale*, Paris : LGDJ, 1983, 2^{ème} éd., p. 477 et HEMARD (J.), « La preuve en Europe occidentale continentale aux XIX^e et XX^e siècles », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1965, tome 19, p. 23.

le plus frappant, est de placer la justice avant la vérité »⁹⁶. Ainsi, la vérité n'est pas ici au cœur du processus judiciaire : elle ne précède pas, comme dans la tradition continentale, le règlement du différend mais résulte au contraire de celle-ci au travers du jugement. Sa place est, en tout état de cause, secondaire face à l'objectif premier que constitue la pacification des rapports entre les parties.

Du point de vue procédural, cette divergence des deux traditions quant à la façon de concevoir le procès entraîne des conséquences significatives sur la répartition du pouvoir de conduire l'instance et d'administrer la preuve⁹⁷. Le choix de privilégier une conception exigeante de la vérité conduit en effet les droits romano-germaniques à faire preuve de méfiance à l'égard des parties, lesquelles sont considérées être prioritairement, sinon exclusivement, tournées vers la défense de leur intérêt propre⁹⁸. Dès lors, le juge, en sa qualité de tiers désintéressé, indépendant et impartial, apparaît comme le meilleur garant de la manifestation de la vérité. Cette prémisse, généralement perçue comme caractéristique du modèle de la procédure inquisitoire⁹⁹, implique par suite que « [...] le juge ne doit pas seulement se contenter de statuer sur la recevabilité de telle ou telle preuve (comme c'est le cas en common law), mais aller lui-même au-devant de la vérité, la débusquer et l'exposer officiellement »¹⁰⁰. Dans la tradition romano-germanique, l'office du juge ne saurait donc se réduire à trancher entre les prétentions concurrentes des parties : celui-ci se doit de faire toute la lumière sur les faits litigieux, de rechercher, au-delà de ce que défendent les parties, la « vérité objective » des

⁹⁶ *Op. cit.*, GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), p. 107. Dans le même sens, ces auteurs rappellent que le juge canadien Wilberforce a affirmé, à l'occasion de l'affaire *Air Canada v. Secretary of State for Trade* de 1983 que « le rôle de la Cour est de rendre la justice. Il n'existe pas de devoir supérieur qui consisterait à établir la vérité » (p. 107). Lord Denning avait exprimé une opinion comparable dans la même affaire estimant que « *when we speak of the due administration of justice, this does not always mean ascertaining the truth of what happened* ». Cette position est par ailleurs manifestement partagée par les juges australiens, comme l'illustre cette déclaration de Sir Anthony Mason : « *The principal reason why the European system has attractions for some critics of the adversarial system is that control lies more in the hands of the judges and because the European courts are said to have as their object the investigation of the truth. Within the adversarial system, despite some statements to the contrary, the function of the courts is not to pursue the truth but to decide on the cases presented by the parties* » in MASON (A.), « The future of adversarial justice », intervention du 7 août 1999 lors de la 17^{ème} conférence annuelle de l'AIJA à Adélaïde (6-8 août 1999), disponible à l'adresse : <http://www.aija.org.au/online/mason.rtf> (consulté le 26 septembre 2012).

⁹⁷ Le phénomène de globalisation du droit a toutefois conduit, au cours du siècle dernier, à une interpénétration plus ou moins prononcée des traditions romano-germanique et de common law, se traduisant le plus souvent sur ce point par l'émergence dans les droits nationaux, comme en droit international, d'un modèle hybride à la croisée des deux traditions. Voy. par exemple GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni », *Archives de politique criminelle*, 2004/1, n°26, pp. 139-188 et FAIRLIE (M.), « The marriage of Common Law and Continental Law at the ICTY and its progeny, due process deficit », *Int'l Crim. L. Rev.*, 2004, vol. 4, n°3, pp. 243-320.

⁹⁸ Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos remarquent à cet égard que « [l']imaginaire inquisitorial se mêle spontanément des preuves présentées par les parties privées. La culture juridique française [...] estime qu'un fonctionnaire est nécessairement meilleur serviteur de la vérité que les parties, qui ont toujours un point de vue intéressé » (*op. cit.* p. 144).

⁹⁹ Sur ce point, cf. ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris : Larose et Forcel, 1882, 596 p. et HEMARD (J.), « La preuve en Europe occidentale continentale aux XIX^e et XX^e siècles », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1965, tome 19.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), p. 144.

faits¹⁰¹. À cette fin, il est d'ailleurs doté de larges pouvoirs destinés à lui permettre d'établir la vérité matérielle des faits, indépendamment (ou à concurrence) des éléments qui ont pu lui être fournis par les parties lorsqu'il l'estime nécessaire¹⁰². Son rôle dans la conduite de l'instance et en matière d'administration de la preuve se conçoit ainsi de manière éminemment active.

La tradition de common law, quant à elle, s'est affranchie de l'idéal de vérité « objective » endossé par les droits romano-germaniques. Loin de se méfier des parties, les juristes anglo-saxons considèrent au contraire que celles-ci, en leur double qualité de protagonistes et de principales intéressées au jugement, sont les mieux à même de produire une reconstruction satisfaisante des faits du litige. Le juge est alors perçu comme un arbitre impartial chargé de veiller à la régularité du « combat » et de déclarer gagnante, à l'issue de celui-ci, celle des parties qui a présenté la version des faits la plus convaincante. Dans ces circonstances, traditionnellement associées au modèle de la procédure accusatoire, toute intervention de sa part dans l'opération de recherche et de reconstruction des faits suscite inévitablement la méfiance des parties : ainsi que l'explique le Professeur Damaška, lorsque l'arbitrage du différend et l'enquête sur les faits sont confiés aux mêmes personnes, ces dernières

« [...] begin much earlier to form tentative hypotheses about the reality they seek to reconstruct. And because people assimilate information selectively, their reality

¹⁰¹ Il faut toutefois signaler que, pour une partie de la doctrine, le contentieux civil fait figure d'exception sur ce point : la vérité qui y serait recherchée serait plus relative d'où le fait que ce contentieux se caractérise habituellement, même dans les pays de tradition continentale, par une large autonomie laissée aux parties dans la conduite de l'instance et dans la présentation des moyens de preuve. Sur cet aspect, cf. DAMAŠKA (M. R.), « The Common Law/Civil Law divide : Residual truth of a misleading distinction », *Supreme Court L. Rev.*, 2010, vol. 49, pp. 3-22. *A contrario* cependant, PINCHON (F.), MILLO (F.) (dir.), *L'expertise judiciaire en Europe. Études des systèmes Allemand, Anglais, Espagnol, Français et Italien en matière de procédure civile*, Paris : Éditions d'Organisation, 2002, pp. 233-237.

¹⁰² Il faut ici préciser, afin d'éviter un écueil que l'on retrouve parfois (mais pas uniquement) sous la plume des auteurs anglo-saxons, que le rôle actif du juge continental n'implique pas que les parties se trouvent déchargées de l'obligation de défendre leur cause et de prouver leurs allégations (sur ce point, voy. par exemple KAZAZI (M.), *Burden of proof and related issues : A study on evidence before international tribunals*, Boston : Kluwer Law International, 1996, p. 153 ou encore OBERTO (G.), « L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien », *RIDC*, vol. 50, n°3, p. 782). À cet égard, l'article 9 du code de procédure civile français prévoit par exemple qu'il « incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Une disposition similaire découle d'ailleurs de l'article 870 du code judiciaire belge, du paragraphe 130 du code de procédure civile allemand et de l'article 2697 du code de procédure civile italien. Il est également à noter que les droits continentaux font généralement interdiction au juge d'user de ses pouvoirs d'instruction pour compenser le manque de diligence fautif d'une partie dans la défense de ses allégations (ainsi, l'article 146 du code de procédure civile français affirme qu'« [u]ne mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve »). Aussi bien l'articulation entre le principe de l'allégation des faits par les parties et la mise en œuvre par le juge de ses pouvoirs d'instruction ne devrait-elle pas poser de problème particulier : alors que le principe de l'allégation s'applique de manière générale et automatique, la mise en œuvre par le juge de mesures d'instruction est réservée, subsidiairement, aux cas dans lesquels, en dépit des efforts satisfaisants déployés à cet égard par les parties, les éléments de preuve et explications qu'elles ont fournis ne lui paraissent pas suffisants afin d'établir la vérité objective des faits de la cause.

hypotheses – even if only tentative – make them more receptive to evidence that confirms these early-formed hypotheses »¹⁰³.

En d'autres termes, c'est la crainte de l'arbitraire, du préjugé, qui justifie que le juge soit exclu de l'opération de recherche des faits et plus largement de l'administration de la preuve dans le procès anglo-saxon. Sa passivité en la matière est supposée garantir son objectivité – sa « *virginité d'esprit* »¹⁰⁴ – dans le cadre du jugement final qu'il est appelé à rendre.

20. Au regard de ces développements, il faut donc constater l'existence d'un lien patent entre la conception retenue par un ordre juridique du procès d'une part et de l'office du juge d'autre part. En effet, la manière de concevoir le procès induit un équilibre des forces particulier entre le juge et les parties : lorsque l'objectif de l'instance s'analyse avant tout en une recherche de la vérité – au sens absolu du terme – comme clé de résolution du différend, c'est-à-dire lorsque la justice est perçue comme une résultante de la vérité, le juge se voit presque inévitablement confier un rôle prépondérant dans la conduite de l'instance et l'administration de la preuve. Il est alors doté de larges pouvoirs d'investigation qu'il utilise discrétionnairement, lorsque cela s'avère nécessaire à ses yeux pour atteindre cet objectif¹⁰⁵. À l'inverse, lorsque le but du procès est essentiellement axé sur le résultat que constitue le règlement du différend entre les parties, la recherche de la vérité substantielle n'étant à cet égard qu'accessoire, le pouvoir du juge se trouve secondarisé par rapport à celui des parties : son rôle se limite à celui d'un arbitre neutre et passif, face aux parties qui sont, quant à elles, chargées tout à la fois de la conduite de l'instance et de l'administration de la preuve. Bien que le phénomène de globalisation du droit ait peu à peu brouillé les canons originels en vigueur dans chaque tradition juridique, et notamment celui de la distinction entre les modèles accusatoire et inquisitoire¹⁰⁶, la façon dont se conçoit le procès paraît en revanche constituer un critère pleinement opérationnel pour caractériser, aujourd'hui encore, chacune des deux traditions. À l'aune de cette constatation, il nous faut désormais nous interroger sur la conception du procès

¹⁰³ *Op. cit.*, DAMAŠKA (M. R.), pp. 95-96.

¹⁰⁴ L'expression est d'A. Garapon et de I. Papadopoulos (*op. cit.*, p. 119).

¹⁰⁵ La matière pénale fait évidemment exception sur ce point puisque le juge se voit le plus souvent imposer, dans les droits romano-germaniques, l'obligation d'enquêter. À cet égard, PINCHON (F.), MILLO (F.) (dir.), *L'expertise judiciaire en Europe. Études des systèmes Allemand, Anglais, Espagnol, Français et Italien en matière de procédure civile*, Paris : Éditions d'Organisation, 2002, 449 p. Cependant, cette exception, au demeurant parfaitement concevable au regard des caractéristiques et des enjeux particuliers du procès pénal, ne doit pas être perçue à tort comme une règle générale valant indistinctement pour tous les types de contentieux dans les pays de tradition continentale.

¹⁰⁶ Sur le caractère désormais inadapté de l'opposition entre accusatoire et inquisitoire pour décrire les différences existant entre la tradition de common law et la tradition continentale, voy. notamment DAMAŠKA (M. R.), « Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure : A comparative study », *Univ. Penn. L. Rev.*, 1973, vol. 121, pp. 506-589.

retenue par l'ordre juridique international et sur la conception de l'office du juge qui en découle conséquemment.

§2 - La consécration d'une conception continentale de l'office du juge dans le procès international

21. Que l'on situe sa naissance durant l'Antiquité ou au cours du Moyen-Âge¹⁰⁷, le droit international a été très largement influencé par l'histoire du continent européen jusqu'à une période relativement récente de l'histoire¹⁰⁸. Il suffit pour s'en convaincre de constater à quel point son développement fut tributaire des événements marquants de l'histoire de ce continent et au-delà, à quel point il a été imprégné par les travaux des écoles de pensée européennes¹⁰⁹. En conséquence, il n'est pas surprenant que l'ordre juridique international ait hérité, dans une large mesure, des institutions et des conceptions du droit qui ont prévalu en Europe continentale tout au long de son développement et qui constituent la tradition juridique romano-germanique. Si le phénomène de globalisation n'a pas épargné le droit international, favorisant par-là même la réception au sein de cet ordre juridique d'autres traditions (à commencer par celle de common law), il reste que nombre des institutions du droit international contemporain portent encore les marques de cet héritage¹¹⁰. Il en va

¹⁰⁷ Il existe en effet une controverse doctrinale sur le point de savoir si le droit international contemporain trouve ses racines dans l'Antiquité ou si, au contraire, sa naissance serait intrinsèquement liée à celle de l'État, apparu selon la doctrine dominante vers la fin du Moyen-Âge. Le positionnement des auteurs à cet égard est manifestement fonction de la conception plus ou moins large qu'ils retiennent du droit international, soit qu'il s'agisse d'un droit voué à régir des communautés humaines, quel que soit leur mode d'organisation politique ou juridique, soit qu'il se limite à l'inverse à régir les rapports entre États souverains. À cet égard, voy. par exemple WHEATON (H.), *Commentaire sur les éléments du droit international et sur l'histoire des progrès du droit des gens*, Leipzig : F.A. Brockhaus, 1868, 445 p., GREWE (W. G.), *The Epochs of International Law*, Berlin : De Gruyter, 2000, 802 p. et NUSSBAUM (A.), *A concise history of the Law of Nations*, New York : MacMillan Co., 1947, 361 p. pour les « minimalistes » ; *A contrario*, voy. TENEKIDES (G.), « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités », *RCADI*, 1956-II, vol. 90, pp. 469-652; VINOGRADOFF (P.), *Historical types of international law*, Leiden : E. J. Brill, 1923, 70 p. ; LESAFFER (R.) (dir), *Peace Treaties and International Law in European History : From the Late Middle Ages to World War One*, New York : Cambridge University Press, 2004, 488 p. ; BEDERMAN (D. J.), *International law in Antiquity*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, 322 p., ou encore GAURIER (D.), *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développements de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes : PU Rennes, 2005, 525 p. pour les « maximalistes ».

¹⁰⁸ Les Professeurs Daillier, Pellet et Forteau notent d'ailleurs, en introduction à leur ouvrage sur la matière, que « [...] pendant une longue période, l'histoire du droit international, tel que nous le connaissons, s'est largement confondue avec l'histoire européenne : c'est en Europe qu'est apparu l'État moderne, avec l'avènement du mode de production capitaliste ; c'est en Europe que se sont développées et qu'ont été précisées les principales institutions du droit des gens contemporain ; et c'est du fait de l'expansionnisme colonial que les règles forgées en Europe ont été imposées au reste du monde » (DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, Paris : LGDJ, 2009, 8^{ème} édition, p. 51).

¹⁰⁹ Sur ce point, voy. KOSKENNIEMI (M.), *The gentle civilizer of nations. The rise and fall of international law, 1870 -1960*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, 569 p.

¹¹⁰ À cet égard, Gutteridge écrivait d'ailleurs, au milieu du siècle dernier : « *If we approach this question as comparative lawyers, there appears to be two main factors which govern the situation. In the first place, the basis on which the law of nations rests is made up of concepts taken from the civil law of Rome – however much these concepts may sometimes have been disguised in the garb of custom, reason or the law of nature. Secondly, there is the growing tendency – at least in modern times – to look beyond Roman law for any materials which may be required for the*

notamment ainsi de la conception du procès international et, par suite, de la conception de la fonction contentieuse et du rôle du juge dans l'ordre juridique international.

22. La parenté entre le droit international contemporain et la tradition romano-germanique paraît particulièrement évidente, sur ce point, lorsqu'on examine la procédure instituée dans le cadre de la Cour permanente de Justice internationale. En effet, c'est sans aucun doute le modèle continental qui a présidé, lors de la création de cette première juridiction internationale permanente à vocation universelle, à l'introduction de vastes pouvoirs de recherche et d'établissement des faits au profit du juge international. La Cour, instituée par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, s'inscrivait dans une démarche globale de paix par le droit, qui faisait suite au traumatisme de la première guerre mondiale¹¹¹. Elle devait marquer, selon les mots de son premier Président, M. Loder, « *l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale* »¹¹², celle du règlement juridictionnel des différends comme moyen de progrès pour la société internationale et comme garantie de la paix. L'on comprend dès lors le succès avec lequel le modèle romano-germanique a pu s'imposer s'agissant de la conception du procès et de l'office du juge international : les différends interétatiques ne pouvaient plus en effet être envisagés comme des affaires strictement privées ne concernant que les États qui s'y trouvaient directement impliqués, et ce en dépit du caractère par nature décentralisé de la société internationale. Par ailleurs, les États, responsables des dérives ayant amené à la première guerre mondiale, ne pouvaient désormais raisonnablement se voir confier à titre exclusif le maintien de la paix internationale. Seul un juge extérieur, indépendant et impartial, champion de la vérité, pourrait garantir la paix en rendant à chacun selon le fameux précepte romain¹¹³ ce qui lui revient et en constituant, au besoin, le garde-fou qui avait fait défaut en 1914.

Cette réalité se trouve illustrée tout à la fois dans le Statut de la Cour et dans son Règlement intérieur. Aux termes de ces deux textes, la Cour « *prend toutes les mesures que comporte*

purpose of filling gaps in international rules », in « Comparative law and the law of nations », *BYBIL*, 1944, vol. 21, p. 2. Pour des illustrations concrètes de cet héritage romano-germanique, voy. par exemple GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris : Domat-Montchrestien, 1972, 518 p. et DE TAUBÉ (M.), « Les origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen-Âge », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, pp. 5-115.

¹¹¹ Sur cet aspect, voy. par exemple M. O. Hudson, ancien juge à la CPJI : « *The perseverance of the effort which led to the establishment of the Court was possible only because it was closely linked with a desire to safeguard the maintenance of the world's peace. The effort had been kept alive during many years by men whose preoccupation was not so much with the organized administration of justice according to law as with the prevention of war. The Court was conceived of, therefore, as a great bulwark of peace [...]* », in HUDSON (M. O.), *International Tribunals, Past and Future*, Clark : The Lawbook Exchange Ltd, 2003, p. 238. Dans le même sens, cf. ROSENNE (S.), « The role of controversy in international legal development », in ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 559 et s.

¹¹² Cité par ROS (N.), « La Cour Internationale de Justice comme instrument de la paix par le droit », *Études internationales*, 1994, vol. 25, n°2, p. 274.

¹¹³ En droit romain, et plus précisément selon le livre premier des *Institutes*, la justice peut se définir comme « *la volonté ferme et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui revient* » (*Iusticia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).

l'administration des preuves »¹¹⁴. Plus précisément, elle est ainsi dotée du pouvoir de « *demander aux agents de produire tout document et de fournir toutes explications* » qu'elle juge utiles¹¹⁵, de « *faire procéder sur place à l'établissement de tout moyen de preuve* »¹¹⁶, de poser « *toutes questions utiles [...] aux témoins et experts* »¹¹⁷, d' « *inviter les parties à présenter des témoins ou demander la production de tous autres moyens de preuve sur des points de fait au sujet desquels les parties ne sont pas d'accord* »¹¹⁸, d'inviter *proprio motu* des témoins ou experts à témoigner devant elle¹¹⁹ et, bien sûr, aux termes de l'article 50 de son Statut, de « *confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix* ». Les articles 26 et 27 du Statut prévoient, par ailleurs, que la Cour est assistée, dans les affaires relatives au travail, d' « *assesseurs techniques* » qui siègent avec elle sans droit de vote, tandis qu'elle a la faculté, à la demande d'une partie ou à sa propre initiative, de s'adjoindre dans les mêmes conditions l'assistance de ces assesseurs dans le cadre des différends concernant le transit et les communications¹²⁰.

Si les pouvoirs ainsi conférés à la Cour ne procèdent pas d'une totale innovation, puisque les dispositions susmentionnées sont, à l'exception des articles 26, 27, 50 et 51 du Statut, inspirées de manière évidente des Conventions de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, Von Stauffenberg n'en insiste pas moins, dans son commentaire du Statut et du Règlement de la Cour, sur leur « *portée pratique considérable* »¹²¹. Renvoyant à fin d'interprétation à la Convention de 1899, il affirme ainsi que l'article 49 du Statut, qui permet au juge de requérir des parties tous documents et/ou explications qu'il estime utiles, « *est destiné à conférer à la Cour, comme la disposition correspondante de 1899, un droit d'information et de contrôle [...]* »¹²². Cette interprétation se trouve d'ailleurs confirmée par le rapport à la Conférence de 1899, qui mentionne que cette faculté du juge était « *dans l'ordre des pouvoirs à reconnaître à la juridiction arbitrale en*

¹¹⁴ Article 48 du Statut.

¹¹⁵ Article 49 du Statut.

¹¹⁶ Article 44 du Statut.

¹¹⁷ Article 51 du Statut et article 51 du Règlement intérieur.

¹¹⁸ Article 48 du Règlement intérieur.

¹¹⁹ Article 44 du Règlement intérieur.

¹²⁰ Il faut insister sur le fait que, si ces dispositions traduisent toujours la volonté de permettre au juge de parvenir à la « vérité objective » des faits en maîtrisant au mieux les enjeux scientifiques et techniques du cas, l'expertise dont il est question se distingue nettement de l'expertise habituellement diligentée par le Tribunal : en effet, il ne s'agit pas ici d'obtenir un avis ponctuel sur un aspect scientifique ou technique précis du cas – comme dans le cadre de l'article 50 du Statut – mais bien d'assurer à la Cour une « compétence intégrée » et continue dans ces domaines tout au long du procès.

¹²¹ VON STAUFFENBERG (B.), *Statut et Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale. Éléments d'interprétation*, Berlin : Carl Heymanns Verlag, 1934, p. 371. Dans le même sens, *op. cit.* SANDIFER (D. V.), pp. 107-108 : « *[b]roader power has been conferred upon the Permanent Court to require the production of further evidence than is usually the case with ad hoc tribunals* ».

¹²² *Ibid.* p. 372.

*vue d'arriver à la vérité [...] »*¹²³. De même, le pouvoir de la Cour d'opérer des descentes sur les lieux, qui illustre déjà par nature une conception active de l'office du juge, est indubitablement conçu de manière large : cette faculté de la Cour est en effet postulée non seulement à l'égard d'un ou plusieurs des États parties au différend (en vertu de l'article 50 du Statut)¹²⁴ mais également, selon Von Stauffenberg, à l'égard des États tiers au différend (en vertu de l'article 44 du Statut)¹²⁵. Toujours dans le même sens, l'auteur relève que

*« [L]ors de la session préliminaire, l'idée avait été émise que les enquêtes visées à l'article 50 du Statut et l'administration des preuves faite pendant la procédure orale étaient identiques ; mais on fit remarquer que le terme "enquêtes" employé à l'article 50 devait être compris dans un sens beaucoup plus large, comme une demande de renseignements en général »*¹²⁶.

Cette conception large et active du rôle du juge trouve encore écho dans la pratique de la Cour. Tout en consacrant l'obligation faite aux parties de prouver leurs allégations, la Cour a fréquemment mis en œuvre les pouvoirs que lui conféraient son Statut et son Règlement afin d'obtenir toutes les informations nécessaires à la manifestation de la vérité¹²⁷. C'est ainsi qu'elle a régulièrement rendu

¹²³ Remarque sous l'article 44 de la Convention de 1899, sur lequel est calqué l'article 49 du Statut de la Cour. Voy. SCOTT (J. B.), *Rapports faits aux conférences de La Haye de 1899 et 1907 comprenant les commentaires officiels annexés aux projets de conventions et des déclarations rédigées par les diverses commissions qui en étaient chargées ainsi que les textes des actes, conventions et déclarations dans leur forme définitive et des principales propositions présentées par les délégués des Puissances Intéressées aussi bien que d'autres pièces soumises aux commissions*, Oxford : Imprimerie de l'Université, 1920, p. 82.

¹²⁴ Selon certains auteurs, ce pouvoir de la Cour d'opérer des descentes sur les lieux ne trouverait pas son fondement dans l'article 50, qui ne concernerait que les enquêtes et les expertises, mais dans l'article 44 du Statut, et ce, qu'il soit mis en œuvre à l'égard des États parties au différend ou à l'égard d'États tiers (cette distinction n'étant d'ailleurs plus du tout évoquée). Il est cependant à noter que la CPJI s'est bien fondée, pour sa descente sur les lieux dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, sur l'article 50 de son Statut. Sur l'ensemble de cette question, voy. par exemple THOUVENIN (J.-M.), « La descente de la Cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros », *AFDI*, 1997, vol. 43, p. 334.

¹²⁵ *Op. cit.*, VON STAUFFENBERG (B.), p. 349. L'auteur s'appuie sur l'article 76 de la Convention de 1907, duquel est inspiré l'article 44 du Statut de la Cour, pour conclure que « [l]es précédents et l'histoire de l'article, ainsi que ses termes, indiquent qu'il ne s'applique pas à des États parties à un litige devant la Cour mais à des États tiers ». Une question évidente apparaît alors qui, par delà la consécration de principe, concerne l'applicabilité pratique de cette disposition : au sein d'un ordre juridique décentralisé, d'aucuns pourraient légitimement soutenir que ce pouvoir conféré au juge de procéder à une descente sur les lieux, si large soit-il, était essentiellement théorique puisque nécessairement soumis à l'accord préalable et à la coopération de l'État sur le territoire duquel la descente était envisagée. Si cette remarque paraît évidemment justifiée – elle l'est sans doute plus encore aujourd'hui, bien qu'elle ne semble pas avoir été totalement ignorée des rédacteurs du Statut de la CPJI – il reste qu'à l'époque des travaux ayant précédé la création de la Cour, le concept novateur et particulièrement séduisant de la paix par le droit devait théoriquement permettre d'éviter la survenance de telles situations. Aussi bien ne saurait-on s'étonner de ce que Von Stauffenberg considère manifestement peu concevable dans son commentaire le fait qu'un État qui aurait librement accepté cette obligation en devenant partie au Statut de la CPJI puisse par la suite la contester ou refuser de s'y soumettre (sauf dans le cas exceptionnel – et expressément envisagé lors des travaux préparatoires – où cela risquerait de porter une atteinte grave à sa sécurité nationale ou à sa souveraineté).

¹²⁶ *Op. cit.*, VON STAUFFENBERG (B.), p. 378.

¹²⁷ À cet égard, le Président Huber fit, lors de la dixième séance consacrée en 1926 par la Cour à la révision de son Règlement intérieur, une remarque assez significative dans laquelle il estimait qu'« on ne doit pas risquer qu'une instance entre deux États puisse être décidée sur la base d'une justice purement formelle » (CPJI, *Rec.* Série D, n°2 addendum, 1926, p. 101).

des ordonnances invitant les parties à fournir certains renseignements qui lui semblaient utiles pour la solution du procès, ou posant des questions aux agents, témoins et experts. À cet égard, l'ordonnance du 22 mars 1926, rendue dans l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, invitait par exemple les parties à fournir des compléments d'informations sur des points déterminés par la Cour, « *sous réserve du droit pour cette dernière, au cas où les données ainsi fournies seraient jugées par elle insuffisantes, d'y suppléer par les moyens que lui réserv[ait] le Statut* »¹²⁸. L'ordonnance du 30 juin 1930, rendue dans l'avis consultatif relatif aux *Communautés gréco-bulgares*, visait, quant à elle, à poser des questions au Président de la commission mixte et aux agents des gouvernements bulgare et hellénique¹²⁹. Les membres de la Cour ont encore exercé leur faculté de poser des questions aux agents des parties dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*¹³⁰, dans celle du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*¹³¹, dans le différend relatif à l'*Administration du Prince von Pless*¹³², dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*¹³³, et dans celle des *Écoles minoritaires en Albanie*¹³⁴, pour ne citer que quelques exemples¹³⁵. La Cour s'est par ailleurs reconnu le droit de demander des renseignements aux parties y compris après la fin des audiences, donnant ainsi naissance, dès 1925, à une pratique nouvelle : le Président, afin de réserver à la Cour le droit de poser des questions et d'obtenir des informations supplémentaires, ne prononçait plus, sitôt les audiences achevées, la clôture des débats. Il en fut notamment ainsi dans le cas de l'ordonnance susmentionnée du 22 mars 1926 ainsi que dans l'avis consultatif relatif à la *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, dans laquelle la Cour décida le 20 février 1928 – soit près de deux semaines après la fin des audiences publiques – de requérir des agents des parties des informations complémentaires¹³⁶. Commentant cette évolution, Witenberg dira que « *la procédure de preuve se trouve prolongée jusqu'au délibéré, c'est-à-dire jusqu'au seuil de la*

¹²⁸ CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, ordonnance du 22 mars 1926, *Rec. Série A*, n°7, annexe 2, p. 97.

¹²⁹ CPJI, *Question des « Communautés » gréco-bulgares*, ordonnance du 30 juin 1930, *Rec. Série C*, n°18/1, p. 1077 et s.

¹³⁰ CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, France/Suisse, audience publique du 29 avril 1932 (après-midi), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°58, p. 638 et s.

¹³¹ CPJI, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, audience publique du 31 juillet 1931 (après-midi), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°53, p. 480 et s.

¹³² CPJI, *Administration du Prince von Pless*, Allemagne c. Pologne, audience publique du 11 novembre 1932 (matin), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°70, pp. 287-289.

¹³³ CPJI, *Phosphates du Maroc*, Italie c. France, audience publique du 16 mai 1938 (après-midi), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°85, pp. 1320-1321.

¹³⁴ CPJI, *Écoles minoritaires en Albanie*, audience publique du 11 mars 1935 (matin), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°76, pp. 129-130.

¹³⁵ Pour une liste exhaustive des 23 affaires (contentieuses et consultatives confondues) où la Cour a fait usage de cette faculté, voy. NIYUNGEKO (G.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 214.

¹³⁶ CPJI, *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, correspondance du 20 février 1928, *Rec. Série C*, n°14/1, pp. 560-561.

sentence, jusqu'à l'extrême fin de la procédure » et en tirera la conclusion que, *de facto*, « le devoir d'investigation personnelle et d'office du juge international [...] survit même à la clôture des débats »¹³⁷.

S'agissant des autres pouvoirs que lui conféraient son Statut et son Règlement en matière de recherche et d'établissement des faits, la Cour eût notamment l'occasion de requérir des parties la production de documents complémentaires dans l'affaire des *Colons allemands en Pologne*¹³⁸, dans celle du *Statut juridique du Groenland Oriental*¹³⁹, des *Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*¹⁴⁰, de l'*Usine de Chorzów*¹⁴¹, ou encore dans l'*Affaire franco-hellénique des Phares*¹⁴². De même, la Cour décida d'effectuer, par une ordonnance en date du 13 mai 1937, une descente sur les lieux à l'occasion de l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*¹⁴³. Enfin, par une ordonnance du 13 septembre 1928 rendue dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la Cour décida d'ordonner, sur le fondement de l'article 50 du Statut, une expertise – dont les modalités furent fixées par le Président, sur délégation de la Cour – afin de déterminer le montant de l'indemnité qui devrait être versée par la Pologne à l'État allemand¹⁴⁴.

Ces divers éléments trahissent sans aucun doute une conception active de l'office du juge international : en effet, en dépit des différentes traditions qui ont pu inspirer les dispositions de son Statut et de son Règlement, la Cour était manifestement conçue comme une juridiction destinée à rechercher la vérité, et non pas simplement à choisir entre deux versions concurrentes et plus ou moins bien étayées du même différend¹⁴⁵. Comme le Jonkheer Van Eysinga le résuma fort bien à l'occasion de son opinion individuelle dans l'affaire *Oscar Chinn*,

¹³⁷ WITENBERG (J.-C.), « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1936-II, vol. 56, pp. 52-53.

¹³⁸ CPJI, *Colons allemands en Pologne*, demande de documents supplémentaires par la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°3/2, p. 295 et s.

¹³⁹ CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, Norvège/Danemark, demande de documents supplémentaires par la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°67, p. 4012 et s.

¹⁴⁰ CPJI, *Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, Estonie/Lituanie, demande de documents supplémentaires par le juge Van Eysinga, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°86, p. 664.

¹⁴¹ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, Allemagne c. Pologne, demande de documents supplémentaires par la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°15/2, pp. 537-538.

¹⁴² CPJI, *Affaire franco-hellénique des Phares*, France/Grèce, demande de documents supplémentaires par la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°74, pp. 421-423. Pour une liste complète des 12 affaires (contentieuses et consultatives confondues) dans lesquelles la Cour a demandé la production par les parties de documents supplémentaires, *op. cit.* NIYUNGEKO (G.), p. 219.

¹⁴³ CPJI, *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, ordonnance du 13 mai 1937, *Rec. Série C*, n°81, pp. 553-554.

¹⁴⁴ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnités)*, Allemagne c. Pologne, ordonnance du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, n°17, pp. 99-103.

¹⁴⁵ Sur ce point, l'on renverra par exemple au Jonkheer Van Eysinga qui affirma, dans son opinion dissidente rendue en l'affaire de la *Société Commerciale de Belgique*, que face à l'argument que la Grèce tirait de sa situation financière pour expliquer son impossibilité matérielle d'exécuter une sentence arbitrale, la mission de la Cour consistait à

« [s]a tâche est de collaborer à l'établissement de la vérité objective. Certes, il appartient naturellement aux parties à un compromis d'apporter autant que possible la preuve de leurs assertions [...]. Mais [...] la Cour ne saurait omettre aucun moyen lui permettant d'atteindre la vérité objective ; en matière de preuve, le Statut de la Cour prévoit, non pas une Cour passive, mais une Cour active »¹⁴⁶.

23. Il n'en allait initialement pas autrement du cas de la Cour internationale de Justice. Cette dernière a régulièrement été qualifiée d'héritière de la CPJI et pour cause, tant les conditions de sa création et les espoirs placés en elle rappellent l'histoire de sa devancière. En effet, c'est à la suite du second conflit mondial que la CIJ voit le jour, dans un contexte marqué par l'ampleur des pertes humaines et la barbarie de l'Allemagne nazie. Dans ces circonstances, la question du rôle du juge international se posait avec plus de prégnance encore que vingt-cinq ans plus tôt. Bien que n'ayant pas permis d'éviter la guerre, l'expérience de la CPJI n'en fut pas pour autant invalidée ; au contraire, le nombre d'affaires qui lui furent soumises – tant au titre de sa compétence contentieuse que consultative – les nombreux traités et instruments internationaux renvoyant à sa juridiction et, plus généralement, le prestige acquis par la Cour en un peu plus de vingt années d'existence, permirent de réfuter les craintes et le scepticisme qui avaient accompagné sa création¹⁴⁷. Il n'est donc pas étonnant que le comité interallié informel chargé, dès 1943, de réfléchir au futur de la justice internationale ait retenu comme point de départ pour ses travaux le postulat selon lequel « [a]n International Court in some form will be required in future » ... et qu'il ait très rapidement constaté à cet égard que « the Statute of the [Permanent Court of international Justice] has worked well and should be retained as the general structure of the future Court »¹⁴⁸.

Conformément aux conclusions du comité, le statut de la CIJ, adopté le 26 juin 1945 lors de la Conférence de San Francisco, fut donc essentiellement conçu comme une reproduction de celui de la CPJI. En conséquence, la nouvelle Cour a hérité une conception active de l'office du juge qui se traduit comme pour son ancêtre par l'importance des pouvoirs accordés à la Cour en matière de recherche et d'établissement des faits. Selon une disposition identique au Statut de la CPJI, la Cour

« constater un fait : la situation budgétaire et monétaire de la Grèce. Et à son tour, cette constatation exige une expertise ; en effet, la Cour ne saurait statuer sur la seule base de ce que les deux parties lui ont soumis au sujet de la capacité financière et monétaire de la Grèce [...] » (CPJI, *Affaire de la société commerciale de Belgique*, Belgique c. Grèce, op. diss. Van Eysinga sous arrêt du 15 juin 1939, Rec. Série A/B, n°78, p. 182).

¹⁴⁶ CPJI, *Affaire Oscar Chinn*, Belgique/Royaume-Uni, op. ind. Van Eysinga sous arrêt du 12 décembre 1934, Rec. Série A/B, n°63, pp. 146-147.

¹⁴⁷ À cet égard, voy. la chronique annuelle de la jurisprudence de la Cour effectuée par le juge Hudson dans l'*AJIL* et plus particulièrement HUDSON (M. O.), « The twentieth year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1942, vol. 36, n°1, pp. 4-7.

¹⁴⁸ Extraits du rapport du Comité Inter-Alliés cité par HUDSON (M. O.), « The twenty-third year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1945, vol. 39, n°1, pp. 2-3.

dispose du pouvoir de prendre « *toutes les mesures que comporte l'administration des preuves* »¹⁴⁹, de « *demander aux agents de produire tous documents et de fournir toutes explications* »¹⁵⁰ qu'elle estime utiles, de « *faire procéder sur place à l'établissement de tous moyens de preuve* »¹⁵¹, de « *confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix* »¹⁵², et de poser « *toutes questions utiles [...] aux témoins et experts [...]* »¹⁵³. L'article 30 du Statut pérennise, quant à lui, la faculté pour la Cour de s'adjoindre l'assistance d' « *assesseurs* » qui siègent avec elle sans droit de vote¹⁵⁴. Aux termes de son Règlement intérieur, la Cour peut encore « *indiquer les points ou les problèmes qu'elle voudrait voir spécialement étudier par les parties [...]* »¹⁵⁵, « *poser des questions aux agents, conseils et avocats [...]* »¹⁵⁶, « *inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires [...] ou [...] elle-même chercher à obtenir d'autres renseignements [...]* »¹⁵⁷, « *faire déposer un témoin ou un expert pendant la procédure* »¹⁵⁸, et enfin « *demander à une organisation internationale publique [...] des renseignements relatifs à une affaire portée devant elle* »¹⁵⁹.

Ici encore, les auteurs constatent l'étendue des pouvoirs conférés à la Cour : comme le note Foster dans son étude consacrée à la question, « *[f]rom this general outline of the law of evidence in international judicial proceedings, it is obvious that the World Court has a very wide scope for the ascertainment of the truth in the absolute sense* »¹⁶⁰. L'auteur manifeste même certaines inquiétudes à l'égard du large pouvoir d'enquête que la Cour tire de l'article 50 du Statut : « *[i]n view of the wide power of the World Court to order inquiries and expert opinions on any point of fact which may be raised in the pleadings, it may be asked : what safeguards exist to protect the fundamental rights of*

¹⁴⁹ Article 48 du Statut.

¹⁵⁰ Article 49 du Statut.

¹⁵¹ Article 44 du Statut. Voy. également l'article 66 du Règlement en vertu duquel la Cour peut « *à tout moment décider, d'office ou à la demande d'une partie, d'exercer ses fonctions relatives à l'établissement des preuves sur les lieux auxquels l'affaire se rapporte [...]* ».

¹⁵² Article 50 du Statut.

¹⁵³ Article 51 du Statut.

¹⁵⁴ Il est toutefois à noter, à cet égard, que le terme d' « *assesseur* » a ici été préféré à celui, plus précis, d' « *assesseur technique* » utilisé dans les articles 26 et 27 du Statut de la CPIJ. De même, cette faculté ouverte à la Cour ne l'est plus en référence à un type de contentieux particulier (contentieux du travail, du transit et des communications précédemment) mais peut être exercée dans toute affaire dans laquelle la Cour l'estimerait utile. On remarque donc une volonté d'élargir sensiblement le champ des possibilités couvertes par ces articles.

¹⁵⁵ Article 61 §1 du Règlement.

¹⁵⁶ Article 61 §2 du Règlement. Le paragraphe 3 précise quant à lui que les juges peuvent également poser des questions à titre individuel aux agents, conseils et avocats.

¹⁵⁷ Article 62 §1 du Règlement.

¹⁵⁸ Article 62 §2 du Règlement.

¹⁵⁹ Article 69 §1 du Règlement.

¹⁶⁰ FOSTER (W. F.), *Fact-finding and the World Court*, thesis submitted for the degree of Master of Laws, Université de Colombie Britannique, 1968, p. 20.

the parties [...] ? »¹⁶¹. Ruth Teitelbaum, après avoir décrit les pouvoirs de la Cour, constate quant à elle, par exemple, que les articles 49 du Statut et 62 du Règlement « *equip the Court with powerful tools for collecting evidence, ones that could be used at any time, whether during the written stage of the proceedings, during the oral proceedings, or even during deliberations if the Court so wishes* »¹⁶². Et le même auteur d'en conclure qu'au regard de son Statut et de son Règlement, la Cour est « *equipped with power and tools similar to those of civil law judges* », et qu'elle est, de ce fait, placée « *at the center of the fact-finding process [...]* »¹⁶³.

La conception active de l'office du juge qui découle ainsi du Statut et du Règlement a encore parfois été soulignée par les déclarations de la Cour et de ses membres. C'est ainsi que, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a estimé que

« [...] pour parvenir à la vérité, elle p[ouvait] aussi prendre acte de propos tenus par les représentants des parties (ou d'autres États) dans des organisations internationales, ainsi que des résolutions adoptées ou discutées par ces organisations dans la mesure où elles se rapportent aux faits, et cela, que cette information lui ait ou non été signalée par les parties »¹⁶⁴.

De même, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a choisi de mettre en œuvre son pouvoir d'établissement des faits parce qu'elle souhaitait « *s'entourer de tous les renseignements d'ordre technique susceptibles de la guider dans la recherche de la vérité [...]* »¹⁶⁵. Dans son opinion individuelle rendue dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, le juge Vereshchetin affirme quant à lui que

« [...] dans le cadre d'une procédure contentieuse internationale, la Cour n'est pas censée se fonder passivement sur les éléments de preuve produits par les États en litige. Aux fins de déterminer objectivement l'existence ou l'inexistence d'un différend d'ordre juridique et, plus encore, de statuer sur le fond d'un différend, la Cour peut être appelée

¹⁶¹ *Ibid.* p. 40.

¹⁶² TEITELBAUM (R.), « Recent fact-finding developments at the International Court of Justice », *The L. & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2007, vol. 6, n°1, p. 122.

¹⁶³ *Ibid.* pp. 122-123.

¹⁶⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 44. La Cour affirme encore, un peu plus tôt dans le même arrêt, qu'elle « *ne perd pas de vue [...] que son rôle n'est pas passif et qu'elle dispose, dans les limites de son Statut et de son Règlement, d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve [...]* » (p. 40).

¹⁶⁵ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 20.

à jouer d'office un rôle plus actif, notamment à poser des questions aux parties, à se procurer des moyens de preuve de sources indépendantes, etc... »¹⁶⁶.

Le juge Bustamante rappelle pour sa part, à l'occasion de son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que « les intérêts supérieurs de la justice donnent à la Cour la faculté de faire tout son possible pour amener les parties à préciser les faits non suffisamment éclaircis »¹⁶⁷. Dans la pratique, cela s'est notamment traduit par le fait que la Cour a très fréquemment adressé des questions aux agents, conseils et experts des parties afin d'obtenir des précisions ou des informations complémentaires. Il en fut par exemple ainsi dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*¹⁶⁸, dans celle du *Plateau continental de la Mer du nord*¹⁶⁹, des *Essais nucléaires*¹⁷⁰, de la *Compétence en matière de pêcheries*¹⁷¹, de la *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen*¹⁷², de même que dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*¹⁷³, du *Sahara Occidental*¹⁷⁴, de l'*Anglo-Iranian Oil Company*¹⁷⁵, des *Plates-formes pétrolières*¹⁷⁶ ou encore du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹⁷⁷. La Cour a par ailleurs fait usage, dans plusieurs affaires, de la faculté que lui ouvre l'article 49 du Statut de demander aux parties la production de tous documents qu'elle estime utiles. À cet égard, nous pouvons citer à nouveau l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle la Cour a demandé à l'agent du Royaume-Uni de produire des documents relatifs aux ordres

¹⁶⁶ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, op. ind. Vereshchetin sous arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 343. *A contrario*, et bien que cette lecture des prérogatives conférées à la Cour par le Statut et le Règlement intérieur semble manifestement minoritaire, voy. par exemple CIJ, *Sahara Occidental*, op. ind. Castro sous avis consultatif du 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p. 138.

¹⁶⁷ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, op. ind. Bustamante sous arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1964, p. 80.

¹⁶⁸ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis, audience publique du 13 mai 1954 (après-midi), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1954, p. 156.

¹⁶⁹ CIJ, *Plateau continental de la Mer du nord*, RFA c. Pays-Bas et RFA c. Danemark, audience publique du 25 octobre 1968, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1968, pp. 63-66.

¹⁷⁰ CIJ, *Affaire des essais nucléaires*, Australie et Nouvelle-Zélande c. France, audience publique du 11 juillet 1974, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 291.

¹⁷¹ CIJ, *Compétence en matière de pêcheries* (fond), Royaume-Uni c. Islande, audience publique du 25 mars 1974, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, pp. 451-452 et RFA c. Islande, audience publique du 2 avril 1974, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 358 et p. 367.

¹⁷² CIJ, *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen*, Danemark c. Norvège, compte-rendu de l'audience publique du 21 janvier 1993 (CR1993/8), pp. 61-62 (disponible sur le site de la Cour).

¹⁷³ CIJ, *Affaire des Minquiers et des Ecréhous*, France/Royaume-Uni, audience publique du 5 octobre 1953, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1953, p. 343.

¹⁷⁴ CIJ, *Sahara Occidental*, audiences publiques des 12 et 14 mai 1975, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1975, p. 31 et pp. 80-81 respectivement.

¹⁷⁵ CIJ, *Affaire de l'Anglo-iranian oil Company*, Royaume-Uni c. Iran, audience publique du 17 juin 1952, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1952, p. 582.

¹⁷⁶ CIJ, *Affaire des plates-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, compte-rendu de l'audience publique du 20 septembre 1996 (CR1996/15), pp. 64-65 (disponible sur le site de la Cour).

¹⁷⁷ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, États-Unis c. Iran, audiences des 18, 19 et 20 mars 1980, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1980, p. 268, pp. 298-299 et p. 312 respectivement. Pour une énumération exhaustive des quelques 60 affaires (contentieuses et consultatives confondues) dans lesquelles la Cour a posé des questions ou demandé des informations complémentaires, *op. cit.* NIYUNGEKO (G.), pp. 214-216.

militaires suivis par les deux navires britanniques touchés¹⁷⁸ ; ou bien l'affaire du *Plateau continental de la Mer Égée*, dans laquelle elle demanda au gouvernement grec de lui fournir tous les éléments dont il disposait sur l'interprétation que la Grèce avait entendu donner à la réserve qu'elle avait formulée à l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux¹⁷⁹. La Cour a encore fait usage de cette faculté dans l'affaire *Ambatielos*¹⁸⁰, dans celle du *Plateau continental de la Mer du nord*¹⁸¹, des *Essais nucléaires*¹⁸² et dans celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* entre autres¹⁸³. Sur le fondement de l'article 50 de son Statut, la Cour a par ailleurs ordonné deux expertises dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la première visant à éclaircir certains points de fait qui opposaient les parties¹⁸⁴ et la seconde devant permettre de déterminer le montant des réparations à allouer au Royaume-Uni¹⁸⁵. Elle ordonna de même, dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans le Golfe du Maine*, une expertise sur le fondement des articles 48 et 50 du Statut¹⁸⁶. Enfin, la Cour a par deux fois usé de sa faculté d'effectuer ou de faire effectuer une descente sur les lieux : dans l'affaire du *Détroit de Corfou* tout d'abord, elle ordonna aux experts navals qu'elle avait préalablement désignés de se rendre à Sibenik (Yougoslavie) et Saranda (Albanie) afin de « vérifier, compléter et, s'il y a lieu, modifier les réponses données dans leur rapport [...] »¹⁸⁷ ; dans l'affaire du *Projet Gabcikovo-Nagymaros* ensuite, elle décida, par une ordonnance en date du 5 février 1997, de se rendre elle-même sur les lieux et de visiter plusieurs sites en bordure du Danube¹⁸⁸. Que l'on considère donc les dispositions de son Statut et de son Règlement, ou bien même les exemples susmentionnés issus de sa pratique, il ne fait guère de doute

¹⁷⁸ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 32.

¹⁷⁹ CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, arrêt du 19 décembre 1978 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1978, p. 29.

¹⁸⁰ CIJ, *Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, demande de documents supplémentaires par la Cour dans le cadre de l'exception préliminaire (correspondance du 14 mai 1952 et audience du 15 mai 1952), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1952, p. 275 et p. 547 respectivement.

¹⁸¹ CIJ, *Plateau continental de la Mer du nord*, RFA c. Pays-Bas et RFA c. Danemark, documents déposés par les parties à la demande de la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1968, p. 303 et s.

¹⁸² CIJ, *Affaire des essais nucléaires*, Australie et Nouvelle-Zélande c. France, demande de documents supplémentaires par la Cour (correspondance du 27 mars 1974), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 415.

¹⁸³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, demande de documents supplémentaires par la Cour (correspondance du 14 octobre 1985), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1985, pp. 423-424. À noter qu'il est possible de dénombrer une quinzaine d'affaires (qu'elles soient contentieuses ou consultatives) dans lesquelles la Cour a demandé aux parties de produire des documents supplémentaires. Pour une liste exhaustive de ces affaires, *op. cit.* NIYUNGEKO (G.), p. 219, GUYOMAR (G.), *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice adopté le 14 avril 1978. Interprétation et Pratique*, Paris : Pedone, 1983, pp. 412-413.

¹⁸⁴ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec.* 1948, pp. 124-127.

¹⁸⁵ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, ordonnance du 19 novembre 1949, *Rec.* 1949, pp. 237-239.

¹⁸⁶ CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, ordonnance du 30 mars 1984, *Rec.* 1984, pp. 165-167. Il est toutefois à noter que l'expertise ainsi ordonnée procédait d'une demande expresse formulée par les parties dans le compromis par lequel elles avaient saisi la Cour.

¹⁸⁷ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 9, 21 et 151.

¹⁸⁸ CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 14. Ici aussi, il faut souligner que les parties avaient elles-mêmes invité la Cour à procéder à cette descente sur les lieux.

que la Cour internationale de Justice fut originellement conçue elle aussi comme une juridiction destinée à rechercher la vérité objective des faits et non simplement à choisir entre deux versions concurrentes du même différend respectivement défendues par les parties. Pour ses créateurs, elle se voulait à n'en pas douter l'héritière d'une conception continentale active de l'office du juge.

24. Au-delà de ces premières expériences de justice institutionnalisée, lesquelles furent à vrai dire entreprises dans les circonstances peu communes évoquées plus avant, l'on eût pu s'attendre à ce que le modèle anglo-saxon de la passivité du juge, de plus en plus répandu et sans doute de nature à rassurer les États, l'emporte lors de la création de nouvelles juridictions internationales. Cependant, il n'en fut rien. En dépit du phénomène de mondialisation et de la pression très forte exercée par la tradition de common law sur le développement du droit international contemporain, cet héritage romano-germanique transparait encore dans la conception de l'office du juge retenue lors de la création de nouvelles juridictions internationales spécialisées.

25. C'est ainsi que le Tribunal international du droit de la Mer, juridiction instituée par l'annexe VI de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer de 1982, dispose, aux termes de son Règlement intérieur, de pouvoirs sensiblement identiques à ceux de la CPJI et de la CIJ en matière de recherche et d'établissement des faits¹⁸⁹. Le Tribunal, qui « *prend toutes les mesures que comporte l'administration des preuves* »¹⁹⁰ peut, en effet, indiquer aux parties, avant ou durant les débats, les points ou les problèmes sur lesquels il souhaiterait obtenir plus d'informations¹⁹¹ ; il peut poser, de même que les juges à titre individuel, des questions aux agents, conseils¹⁹², témoins et experts¹⁹³ et faire déposer *proprio motu* un témoin ou un expert s'il le souhaite¹⁹⁴. Le Tribunal peut encore inviter les parties à produire les moyens de preuve et informations qu'il estime nécessaires, ou chercher à obtenir par lui-même ces éléments¹⁹⁵. Aux termes de l'article 81 de son Règlement intérieur, il peut décider une descente sur les lieux, tandis qu'en vertu de l'article 82, il peut faire procéder à une enquête ou à une expertise. Enfin, en vertu de l'article 84 de son Règlement, le

¹⁸⁹ Sur ce point, voy. TREVES (T.), « Le Règlement du Tribunal International sur le droit de la mer, entre tradition et innovation », *AFDI*, 1997, vol. 43, pp. 341-367. Le juge Treves note que « [l]es dispositions contenues dans le corps de la Convention [de 1982] et dans le Statut dessinent en effet un Tribunal qui ressemble, dans ses grandes lignes, y compris dans sa procédure, à la Cour Internationale de Justice [...] » (p. 342). Dans le même sens, voy. ROSENNE (S.), « International Tribunal for the law of the sea : 1996-97 Survey », *Int'l J. Marine & Coastal L.*, 1998, vol. 13, n°4, p. 501 : « [i]n many respects (but not always) [the Tribunal's Rules] follow closely, mutatis mutandis, the Rules of the International Court of Justice, both in their structure and in their content. They depart from them only where the Statute of ITLOS departs from the Statute of the International Court of Justice ».

¹⁹⁰ Article 27 du Statut.

¹⁹¹ Article 76 §1 du Règlement.

¹⁹² Article 76 §2 et §3 du Règlement.

¹⁹³ Article 80 du Règlement.

¹⁹⁴ Article 77 §2 du Règlement.

¹⁹⁵ Article 77 §1 du Règlement.

Tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, obtenir des renseignements auprès d'une organisation intergouvernementale de son choix. À ces pouvoirs, conférés au Tribunal dans des termes presque identiques à ceux employés dans le Statut et le Règlement de la CIJ, s'ajoute la disposition visée à l'article 289 de la Convention sur le droit de la mer, en vertu de laquelle, pour tout différend portant sur des questions scientifiques ou techniques, le Tribunal peut « [...] à la demande d'une partie ou d'office, et en consultation avec les parties, choisir [...] au moins deux experts scientifiques ou techniques qui siègent [...] au Tribunal sans droit de vote »¹⁹⁶. Le Tribunal est ainsi doté, comme la CPJI et la CIJ avant lui, de très larges pouvoirs d'investigation qui doivent lui permettre de rechercher, s'il l'estime nécessaire, des éléments de preuve en sus de ceux que les parties lui auront présentés, et ce, en vue de parvenir à la vérité.

La pratique du TIDM, bien qu'encore assez limitée¹⁹⁷, semble elle aussi abonder dans le sens d'une conception large et active de l'office du juge, ainsi qu'en témoigne la référence explicite faite par le Tribunal « [...] à la latitude [dont il dispose] pour prendre connaissance des faits litigieux et rechercher des éléments de preuve lui permettant de se prononcer sur le bien-fondé des allégations formulées par les parties »¹⁹⁸. Le Tribunal n'a ainsi pas hésité à poser des questions aux agents et conseils des parties. Il en fut notamment ainsi dans l'affaire du *Camouco*, dans laquelle le Tribunal posa des questions à l'agent français en vue d'obtenir des précisions sur l'interprétation et l'application de plusieurs dispositions de droit interne français¹⁹⁹, mais également dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* dans laquelle le Tribunal demanda aux parties de fournir des informations sur leurs quotas de pêche, sur le moment du début ainsi que sur la durée de la saison de la pêche, et sur la question de savoir en combien de temps, en moyenne, elles atteignaient leurs quotas de pêche autorisée²⁰⁰. De même, dans l'affaire de l'*Usine Mox*, le Tribunal a demandé un complément d'informations sur l'intention de l'Irlande de saisir, parallèlement à la procédure devant lui, la Cour

¹⁹⁶ Cette disposition ne va pas sans rappeler les articles 26 et 27 du Statut de la CPJI et l'article 30 du Statut de la CIJ qui prévoyaient que des assesseurs (« assesseurs techniques » pour la CPJI) pouvaient siéger à la Cour ou dans ses chambres sans droit de vote (*a contrario*, sur la spécificité – et la nouveauté – de cette disposition, *op. cit.* ROSENNE (S.), p. 502). En revanche, comme devant la CPJI et la CIJ, cette procédure se distingue nettement de l'expertise habituellement diligentée par le Tribunal : cette dernière est prévue, ainsi que mentionné plus tôt, à l'article 82 du Règlement du TIDM et elle vise à obtenir un avis ponctuel – et extérieur – sur un aspect scientifique ou technique précis du cas. Quant à l'article 289 de la Convention de 1982, il entend permettre au Tribunal, lorsqu'il l'estime nécessaire, de bénéficier tout au long du procès d'une compétence scientifique et technique « intégrée » à la formation de jugement.

¹⁹⁷ Le Tribunal a jugé à peine plus de 20 affaires à l'heure où nous écrivons (19 au titre de sa compétence contentieuse et 2 au titre de sa compétence consultative).

¹⁹⁸ TIDM, *Affaire du Monte Confurco*, Seychelles c. France, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000, *TIDM Rec* 2000, p. 86 et s.

¹⁹⁹ TIDM, *Affaire du Camouco*, Panama c. France, prompte mainlevée, audience publique du 28 janvier 2000 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2000, vol. 5 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.00/4, p. 3)

²⁰⁰ TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, audience publique du 20 août 1999 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1999, vol. 4 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.99/24, p. 6).

de Justice de l'Union Européenne de son différend avec le Royaume-Uni ; il s'est encore enquis des éléments de preuve fondant l'affirmation de la délégation irlandaise selon laquelle la mer d'Irlande serait la mer la plus radioactive au monde, ainsi que des retombées probables de la mise en service de l'usine Mox sur la fréquence des transports maritimes de matières radioactives en provenance de Sellafield²⁰¹. Le Tribunal a encore usé de sa faculté de poser des questions aux agents et conseils des parties dans les affaires du *Navire Saïga*²⁰², du *Volga*²⁰³, du *Grand Prince*²⁰⁴, du *Juno Trader*²⁰⁵, et du *Tomimaru*²⁰⁶ tandis qu'il a, par l'intermédiaire de son Président, invité les États parties ainsi que l'Autorité des Fonds Marins et certaines organisations intergouvernementales à « *fournir des informations sur les questions soumises à la Chambre pour avis consultatif* »²⁰⁷ dans l'affaire des *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*. Le Tribunal a par ailleurs pris l'habitude de requérir des agents et conseils des parties qu'ils demeurent à sa disposition, y compris après la fin des débats, pour toute information complémentaire dont il pourrait avoir besoin durant ses délibérations²⁰⁸, pérennisant

²⁰¹ TIDM, *Affaire de l'Usine MOX*, Irlande c. Royaume-Uni, mesures conservatoires, audience publique du 20 novembre 2001 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2001, vol. 9 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.01/09, pp. 17-18).

²⁰² TIDM, *Affaire du navire Saïga (N°1)*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, prompte mainlevée, audience publique du 28 novembre 1997 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1997, vol. 1 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.97/2, p. 3).

²⁰³ TIDM, *Affaire du Volga*, Fédération de Russie c. Australie, prompte mainlevée, audience publique du 13 décembre 2002 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2002, vol. 10 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.02/03, p. 16).

²⁰⁴ TIDM, *Affaire du Grand Prince*, Belize c. France, prompte mainlevée, audiences publiques du 6 avril 2001 (matin et après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2001, vol. 7 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.01/3, p. 2 et ITLOS/PV.01/4, p. 5).

²⁰⁵ TIDM, *Affaire du Juno Trader*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau, prompte mainlevée, audience publique du 7 décembre 2004 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2004, vol. 12 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.04/05, p. 11).

²⁰⁶ TIDM, *Affaire du Tomimaru*, Japon c. Fédération de Russie, prompte mainlevée, audience publique du 23 juillet 2007 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2007, vol. 14 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.07/7, p. 15).

²⁰⁷ TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, Avis consultatif rendu le 1^{er} février 2011 par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, *TIDM Rec.* 2011, p. 9. Voy. également dans le même sens le compte-rendu de l'audience publique du 14 septembre 2010 (après-midi), ITLOS/PV.10/1, pp. 6-7.

²⁰⁸ Cette constatation se vérifie dans chacune des instances que le Tribunal a jugées jusqu'à présent : voy. par exemple l'*Affaire du navire Saïga (N°1)*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, prompte mainlevée, audience publique du 28 novembre 1997 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1997, vol. 1 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.97/2, pp. 23-24) et l'*Affaire du Navire Saïga (N°2)*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, fond, audience publique du 20 mars 1999 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1999, vol. 3, (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.99/18, p. 51) ; celle du *Monte Confurco*, Seychelles c. France, prompte mainlevée, audience du 8 décembre 2000 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2000, vol. 6 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.00/8, p. 100) ; celle du *Grand Prince*, Belize c. France, prompte mainlevée, audience publique du 6 avril 2001 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2001, vol. 7 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.01/4, p. 13) ; l'*Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, audience du 27 septembre 2003 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2003, vol. 11 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.03/05, p. 156) ; et celle du *Tomimaru*, Japon c. Fédération de Russie, prompte mainlevée, audience du 23 juillet 2007 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2007, vol. 14 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.07/7, p. 69), entre autres.

ainsi la pratique qui s'était instituée devant la CPJI et qui a semblablement cours devant la CIJ depuis sa création.

Conformément à l'article 76 §1 de son Règlement intérieur, le Tribunal a également indiqué aux parties, dans le cadre d'une recommandation en date du 2 mars 1999, qu'il souhaitait les voir aborder « *la question de l'applicabilité de la loi guinéenne dans la zone économique exclusive* » dans l'affaire du *Navire Saïga (N°2)*²⁰⁹. Il a, de même, indiqué aux parties les points ou problèmes particuliers qu'il voulait les voir traiter dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*²¹⁰ et dans celle de la *Frontière maritime entre le Bangladesh et Myanmar dans le Golfe du Bengale*²¹¹. S'agissant de sa faculté d'interroger les témoins et experts, le Tribunal a, par l'intermédiaire de son Président, interrogé MM. Stewart et Sow, témoins respectivement présentés par Saint-Vincent-et-les-Grenadines et par la Guinée, dans l'affaire du *Navire Saïga (N°2)*²¹². Enfin, le Tribunal a affirmé, dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Bengale* qu'il était compétent pour interpréter et appliquer l'ensemble des dispositions de la Convention de 1982, y compris celles nécessitant des compétences scientifiques. Conformément au pouvoir qu'il tire expressément de l'article 82 de son Règlement intérieur, il relève qu'« [à] ce titre, il peut traiter de données scientifiques non contestées ou faire appel à des experts »²¹³. Au vu de ces divers éléments, et bien que la pratique du Tribunal en soit encore à ses balbutiements, il est indéniable que le TIDM a reçu en héritage de ses devancières, CPJI, CIJ et au travers d'elles de la tradition romano-germanique elle-même, une conception large et active de l'office du juge.

26. La même conclusion s'impose s'agissant d'un autre mécanisme spécialisé de règlement des différends entre États, créé en 1995 dans le cadre de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce. En effet, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, qui jouit quant à lui d'ores et déjà d'une abondante pratique à son actif, illustre une fois encore la prégnance de la tradition romano-germanique au travers de la conception active de l'office du juge qui prévaut tant dans les textes qui encadrent son fonctionnement que dans sa pratique. Aux termes

²⁰⁹ TIDM, *Affaire du navire Saïga (N°2)*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, fond, audience publique du 11 mars 1999 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1999, vol. 3 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV/99/7, p. 10).

²¹⁰ TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon et Australie c. Japon, mesures conservatoires, audience publique du 18 août 1999 (matinée), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1999, vol. 4 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.99/20, p. 9).

²¹¹ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, audience publique du 22 septembre 2011 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 2011, vol. 16 (compte-rendu sur le site du Tribunal, ITLOS/PV.11/14, pp. 22-23).

²¹² TIDM, *Affaire du navire Saïga (N°2)*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, fond, audiences publiques des 10 et 15 mars 1999 (après-midi), *TIDM Mém., PV & Doc.* 1999, vol. 3, pp. 36-37 et pp. 31-32 respectivement.

²¹³ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, arrêt du 14 mars 2012, *TIDM Rec.* 2012, p. 126.

de l'article 11 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, un groupe spécial doit ainsi « *procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause [...]* » et il dispose pour ce faire, en vertu de l'article 13 du Mémorandum, du droit de « *demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques* ». Le paragraphe 2 de l'article 13 précise encore que le groupe spécial pourra « *consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question* » et « *demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts* »²¹⁴. Les pouvoirs d'investigation ainsi conférés aux groupes spéciaux sont très larges : ils couvrent à la fois les questions et demandes de renseignements – qu'elles soient adressées aux parties, à d'autres membres de l'OMC, ou même à toute personne ou institution susceptible d'aider les groupes spéciaux – ainsi que les enquêtes et les expertises. Joost Pauwelyn note d'ailleurs que l'article 13 du Mémorandum « *grants panels the almost unfettered right to seek information and technical advice [...]* »²¹⁵ tandis que Matthias Oesch estime que cette disposition « *[...] is crucial in assisting panels to engage in an inquiry of the 'raw' evidence as intrusively and comprehensively as deemed necessary* »²¹⁶. Et ce dernier auteur de poursuivre : « *[i]n general, this provision endows panels with a virtually unlimited power to undertake and control the process by which they inform themselves of the relevant facts* »²¹⁷.

L'Organe d'appel a par ailleurs confirmé le rôle actif dévolu aux groupes spéciaux en matière de recherche et d'établissement des faits ainsi que l'étendue des pouvoirs qu'ils tirent de l'article 13 du Mémorandum. C'est ainsi qu'il a affirmé, dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*,

qu' « *en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord, un groupe spécial a pour fonction de déterminer les faits de la cause et d'établir des constatations de fait. Pour s'acquitter de cette tâche, un groupe spécial a l'obligation d'examiner tous les éléments*

²¹⁴ Voy. également les articles 11 §2 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), 14 §2 et §3 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), et 4 §5 de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC) qui renvoient tous à ce pouvoir des groupes spéciaux. S'agissant du GATT, le paragraphe 15 du Mémorandum d'accord de 1979 prévoit lui aussi dans le même sens que « *[c]haque groupe spécial devrait avoir le droit de demander à toute personne privée ou à tout organisme qu'il jugerait approprié des renseignements et des avis techniques* ». Le Mémorandum d'accord ainsi que l'ensemble des accords soumis au mécanisme de règlement des différends sont disponibles sur le site de l'OMC, www.wto.org.

²¹⁵ PAUWELYN (J.), « The use of experts in WTO dispute settlement », *ICLQ*, 2002, vol. 51, n°2, p. 329.

²¹⁶ OESCH (M.), *Standards of review in WTO dispute resolution*, New York : Oxford University Press, 2003, p. 111.

²¹⁷ *Id.* Dans le même sens, voy. encore GHERARI (H.), « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris : Pedone, 2007, pp. 69-95.

de preuve [...], et pas seulement ceux qui sont présentés par l'une ou l'autre des parties »²¹⁸.

En conséquence, il a estimé dans les affaires *CE – Hormones* et *Argentine – Chaussures* que les dispositions de l'article 13 du Mémoire d'entente confèrent aux groupes spéciaux un pouvoir discrétionnaire d'investigation, que ceux-ci sont libres de mettre en œuvre lorsqu'ils estiment nécessaire d'obtenir des renseignements supplémentaires et selon les modalités qui leur paraissent les plus appropriées²¹⁹. Au-delà, il a également affirmé, à l'occasion de l'affaire *Canada – Aéronefs*, que toute demande de renseignements adressée à un Membre de l'OMC par un groupe spécial devait être considérée comme obligatoire par celui-ci, qu'il soit ou non partie au différend pendant devant le groupe spécial²²⁰. Et l'Organe d'appel de tirer pleinement les conclusions de cette affirmation en estimant qu'un Membre qui ne satisferait pas à une telle demande violerait ses obligations au titre de l'Accord de Marrakech et, s'agissant d'une des parties au différend, s'exposerait à ce que le groupe spécial en tire des conclusions défavorables à son égard²²¹. Ces divers éléments ont amené Éric Canal-Forgues à conclure que « [d]ans la consultation de sources extérieures d'information, et en particulier d'experts scientifiques, l'Organe d'appel a donc accordé une grande latitude aux groupes spéciaux »²²².

En pratique, les groupes spéciaux utilisent très régulièrement les pouvoirs d'investigation qui leur sont conférés par l'article 13 du Mémoire d'entente. C'est ainsi qu'ils ont adressé, de manière presque systématique, des questions aux États parties au différend pendant devant eux, comme en témoignent notamment les affaires *Guatemala – Ciment I*²²³, *États-Unis – Plomb et bismuth II*²²⁴, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*²²⁵, *États-Unis – Bois de construction III*²²⁶, *CE – Morceaux de poulet*²²⁷, *Corée – Navires de commerce*²²⁸, ou encore *Thaïlande – Cigarettes*

²¹⁸ ORD, *Corée – Produits laitiers* (DS98), rapport de l'Organe d'appel, p. 49 (§137).

²¹⁹ ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport de l'Organe d'appel, p. 65 (§147) et *Argentine – Chaussures* (DS56), rapport de l'Organe d'appel, p. 35 (§84). Tous les rapports rendus par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont disponibles sur le site de l'OMC, www.wto.org.

²²⁰ ORD, *Canada – Aéronefs* (DS70), rapport de l'Organe d'appel, p. 58 (§188-189).

²²¹ ORD, *États-Unis – Gluten de froment* (DS166), rapport de l'Organe d'appel, pp. 62-65 (§170-176) et *Canada – Aéronefs* (DS70), rapport de l'Organe d'appel, p. 62 (§198).

²²² CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 3^{ème} éd., p. 80.

²²³ ORD, *Guatemala – Ciment I* (DS60), rapport du Groupe spécial, pp. 67-68 notamment.

²²⁴ ORD, *États-Unis – Plomb et bismuth II* (DS138), annexes 1.3 et 1.7 au rapport du Groupe spécial.

²²⁵ ORD, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (DS222), annexes A9, A11, A14 et A15 au rapport du Groupe spécial.

²²⁶ ORD, *États-Unis – Bois de construction III* (DS236), annexe B au rapport du Groupe spécial.

²²⁷ ORD, *CE – Morceaux de poulet* (DS269), annexe C au rapport du Groupe spécial.

²²⁸ ORD, *Corée – Navires de commerce* (DS273), annexe G au rapport du Groupe spécial.

(Philippines)²²⁹. De même, des questions ont fréquemment été posées à des Membres de l'OMC tiers au différend que le groupe spécial devait résoudre : il en fut par exemple ainsi dans les affaires *CE – Amiante*²³⁰, *États-Unis – Acier laminé à chaud*²³¹, *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*²³², *CE – Produits biotechnologiques*²³³, *CE – Certaines questions douanières*²³⁴ et *Chine – Services de paiement électronique*²³⁵. Enfin, les groupes spéciaux ont régulièrement posé des questions aux experts, que ce soit par écrit ou même lors de la procédure orale, ainsi que le démontre notamment l'affaire *Japon – Produits agricoles II*²³⁶, dans laquelle le Groupe spécial a par exemple questionné les experts oralement sur le fait de savoir si une nouvelle variété d'un produit pouvait être considérée comme un « produit modifié » et si elle impliquait un changement dans les « spécifications » du produit. Les experts ont encore été interrogés dans les affaires *CE – Hormones*²³⁷, *États-Unis – Crevettes*²³⁸, *Australie – Pommes*²³⁹, et *CE – Produits biotechnologiques*²⁴⁰ entre autres.

S'agissant des autres pouvoirs qu'ils tirent de l'article 13, les groupes spéciaux ont notamment fait usage de l'expertise. C'est ainsi que, dans l'affaire *CE – Hormones*, des experts ont été consultés à titre individuel par le Groupe spécial sur plusieurs questions, notamment celle de savoir s'il était possible pour les consommateurs de différencier physiquement la viande produite avec hormones de celle produite sans hormones, celle de savoir s'il existait des différences entre les résidus d'hormones naturelles et d'hormones de synthèse, ou encore celle de savoir s'il existait des preuves scientifiques de l'effet cancérigène des résidus d'hormones de synthèse²⁴¹. De même, dans l'affaire *Japon – Film*²⁴², le Groupe spécial, qui avait reçu de très nombreux documents en langue japonaise, a eu recours à des experts en traduction, tandis que dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, des experts individuels furent consultés sur la question de savoir si les tortues marines étaient en voie d'extinction et dans l'affirmative, sur les causes susceptibles d'expliquer cet état de fait²⁴³. Les groupes spéciaux ont encore fait appel à des experts individuels dans les affaires *Australie –*

²²⁹ ORD, *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)* (DS371), rapport du Groupe spécial, pp. 58-59 notamment.

²³⁰ ORD, *CE – Amiante* (DS135), annexe II au rapport du Groupe spécial.

²³¹ ORD, *États-Unis – Acier laminé à chaud* (DS184), annexe E au rapport du Groupe spécial.

²³² ORD, *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* (DS202), annexe B au rapport du Groupe spécial.

²³³ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), annexe G au rapport du Groupe spécial.

²³⁴ ORD, *CE – Certaines questions douanières* (DS315), annexe A au rapport du Groupe spécial.

²³⁵ ORD, *Chine – Services de paiement électronique* (DS413), rapport du Groupe spécial, p. 26.

²³⁶ ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), annexe A au rapport du Groupe spécial.

²³⁷ ORD, *CE – Hormones* (DS26), annexe au rapport du Groupe spécial.

²³⁸ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), annexe IV au rapport du Groupe spécial.

²³⁹ ORD, *Australie – Pommes* (DS367), annexe B-1 au rapport du Groupe spécial.

²⁴⁰ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), annexes H et J au rapport du Groupe spécial.

²⁴¹ ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, §6.1 et s.

²⁴² ORD, *Japon – Film* (DS44), rapport du Groupe spécial, §1.10 et 1.11.

²⁴³ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, §5.1 et s.

*Saumon*²⁴⁴, *Japon – Produits agricoles II*²⁴⁵, *CE - Amiante*²⁴⁶, *Japon - Pommes*²⁴⁷, *CE – Produits biotechnologiques*²⁴⁸, *États-Unis – Maintien de la suspension*²⁴⁹, et *Australie - Pommes*²⁵⁰. Par ailleurs, ils ont usé des pouvoirs que leur confère l'article 13 du Mémorandum afin de demander des renseignements et/ou des avis à différentes institutions telles que le Fond monétaire international (FMI)²⁵¹, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)²⁵², le secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux²⁵³, la Commission du Codex Alimentarius²⁵⁴, l'Organisation mondiale de la santé (OMS)²⁵⁵ et l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG)²⁵⁶ entre autres. Comme Markus Benzing, qui évoque les « *inquisitorial characteristics of WTO Dispute Resolution under the DSU* »²⁵⁷, il faut donc constater que le mécanisme de règlement des différends mis en place dans le cadre de l'OMC est destiné, au regard des pouvoirs dont sont dotés les groupes spéciaux, à faire toute la lumière sur les faits de la cause pendant devant lui. À cet égard, l'héritage romano-germanique du droit international transparaît sans nul doute dans la conception active de l'office du juge qui prévaut devant l'ORD.

27. Enfin, et contrairement à ce que pouvaient laisser présager sa philosophie et ses principes de fonctionnement, l'arbitrage interétatique ne fait pas nécessairement figure d'exception s'agissant de la conception de l'office du juge que les États retiennent généralement dans le cadre de leurs compromis. En effet, ce mode désormais traditionnel de règlement des différends est habituellement très apprécié des États dans la mesure où, outre des garanties de rapidité et de discrétion, il offre à

²⁴⁴ ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111 et s.

²⁴⁵ ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 82 et s.

²⁴⁶ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 263 et s.

²⁴⁷ ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 91 et s.

²⁴⁸ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 324 et s. et annexe H.

²⁴⁹ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 171 et s. et annexe D.

²⁵⁰ ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 7 et s. et annexe B.

²⁵¹ ORD, *Inde – Restrictions quantitatives* (DS90), rapport du groupe spécial, p. 111 et s. Pour un autre exemple de consultation du FMI, voy. l'affaire *États-Unis – Jeux* (DS285), décision de l'arbitre au titre de l'article 22 §6 du Mémorandum d'accord, p. 11 et s.

²⁵² ORD, *États-Unis – Loi portant ouverture de crédits* (DS176), rapport du Groupe spécial, p. 72 et s.

²⁵³ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 328.

²⁵⁴ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 2 et annexe E. Dans cette affaire, le Groupe spécial a également consulté le Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) et le Comité mixte FAO/OMS d'experts des additifs alimentaires (JECFA).

²⁵⁵ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 328. Dans cette affaire, le Groupe spécial a encore consulté la Commission du Codex Alimentarius, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique et l'Office international des Epizooties (OIE).

²⁵⁶ ORD, *Chine – Services de paiement électronique* (DS413), rapport du Groupe spécial, p. 3.

²⁵⁷ BENZING (M.), « Community interests in the procedure of international courts and tribunals », *The L. & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2006, vol. 5, n°3, pp. 386-387. Dans le même sens, voy. notamment CASS (D. Z.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization : Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, New York : Oxford University Press, 2005, p. 195.

ces derniers l'entière maîtrise des modalités de règlement de leur différend par le Tribunal. L'on eût donc pu escompter que les États useraient de cette liberté afin de circonscrire les pouvoirs du juge à un rôle essentiellement passif, perçu comme sans danger pour eux, et consistant le plus souvent à trancher entre deux versions concurrentes du différend qui lui seraient présentées par les parties. Cependant, un examen rapide de la pratique arbitrale permet d'écarter l'hypothèse d'une validité générale et absolue de cette affirmation.

C'est ainsi qu'indépendamment de la tradition juridique héritée par les États parties au différend, de très nombreux compromis ou règlements d'arbitrage confèrent expressément au tribunal le pouvoir de poser des questions aux parties et de leur demander la communication d'informations complémentaires. Cette constatation résulte en premier lieu de l'article 47 de la Convention de La Haye de 1899 pour le règlement pacifique des conflits, en vertu duquel « *[l]es membres du tribunal ont le droit de poser des questions aux agents et aux conseils des parties et de leur demander des éclaircissements sur les points douteux* »²⁵⁸. Dans le même sens, l'article 3 du compromis conclu le 22 novembre 1900 entre l'Italie et le Pérou prévoit qu'il « *sera toutefois loisible [à l'Arbitre], s'il le juge opportun, de requérir de nouvelles explications et des informations complémentaires [...]* »²⁵⁹, tandis que le règlement d'arbitrage dans l'affaire de la délimitation frontalière dans la baie de Walfish dispose, en son article 5, que l'arbitre « *shall have the right to ask for such explanations from the parties as he may deem necessary [...]* »²⁶⁰. Pareillement, l'article 14 des règles de procédure de la Commission arbitrale américano-japonaise sur la propriété prévoit que « *[t]he Commission may, on its own initiative or at the request of either Agent, call on either or both Agents for an oral or written argument, or an oral or written explanation on particular factual or legal matters pertinent to the dispute* »²⁶¹. L'arbitre s'est encore vu conférer ce pouvoir de poser des questions aux parties et de demander des renseignements complémentaires dans de nombreuses autres affaires, parmi lesquelles l'*Affaire des propriétés religieuses*²⁶², l'*Affaire Aboilard*²⁶³, l'*Affaire*

²⁵⁸ Une disposition parfaitement identique est insérée à l'article 72 de la Convention de La Haye de 1907. Il est également à noter que le Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958 prévoit lui aussi, en son article 17 §2, que « *[l]e Tribunal peut, en outre, requérir des parties la production de tous actes et demander toutes explications nécessaires* » (*Annuaire de la CDI*, 1958, vol. II, p. 88).

²⁵⁹ Convention Italie – Pérou du 22 novembre 1900, *Affaire de l'interprétation de l'article 18 du Traité d'amitié et de Commerce conclu entre l'Italie et le Pérou le 23 décembre 1874*, *RSA*, vol. IX, p. 85.

²⁶⁰ Convention Allemagne – Grande-Bretagne du 30 janvier 1909, *The Walfish Bay Boundary Case*, *RSA*, vol. XI, p. 266.

²⁶¹ Rules of Procedure of the United States – Japanese Property Commission, 31 mars 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 469.

²⁶² Convention Espagne – France – Portugal – Royaume-Uni du 31 juillet 1913, *Affaire des propriétés religieuses*, *RSA*, vol. I, p. 10.

²⁶³ Convention France – Haïti du 10 juin 1904, *Affaire Aboilard*, *RSA*, vol. XI, p. 90.

de Casablanca²⁶⁴, l’Affaire Savarkar²⁶⁵, celle de la *Délimitation frontalière en Alaska*²⁶⁶, celle relative à l’*Acquisition de la nationalité polonaise*²⁶⁷, ou encore celle de l’*Ile des Palmes*²⁶⁸. Du point de vue de la pratique, et comme le note Gérard Niyungeko, « *les tribunaux arbitraux ne font pas faute d’user de la faculté qui leur est accordée de poser des questions aux agents des parties et de recueillir auprès d’elles tous les renseignements nécessaires* »²⁶⁹. Cette constatation se vérifie aussi bien à l’égard de la pratique récente que pour des cas anciens²⁷⁰ : le tribunal arbitral n’a ainsi pas hésité à soumettre des questions aux parties dans l’*Affaire George Croft*²⁷¹, dans celles du *Cape Horn Pigeon*²⁷² et du *James Hamilton Lewis*²⁷³, mais également dans l’affaire précitée de l’*Ile des Palmes*²⁷⁴, dans celle du *Canal de Beagle*²⁷⁵, dans celle relative au *Filetage dans le golfe du Saint-Laurent*²⁷⁶, ou encore, plus récemment, dans l’*Affaire du plateau continental de la mer d’Iroise*²⁷⁷ et dans celle relative à la *Délimitation maritime entre l’Érythrée et le Yémen*²⁷⁸.

Au-delà des demandes d’informations, les tribunaux arbitraux se sont régulièrement vus conférer le pouvoir exprès de requérir la production de tous documents nécessaires à l’établissement et à la compréhension des faits de la cause. L’article 44 de la Convention de La Haye de 1899 dispose ainsi que « *[l]e Tribunal peut, en outre, requérir des agents des parties la production de tous actes et demander toutes explications nécessaires* »²⁷⁹. Dans le même sens, l’article 8 §2 du compromis du 31 juillet 1896 entre la Colombie et la Grande-Bretagne prévoit que « *[t]he Arbitrators may call upon*

²⁶⁴ Convention Allemagne – France du 24 novembre 1908, *Affaire de Casablanca*, RSA, vol. XI, p. 125.

²⁶⁵ Convention France – Grande-Bretagne du 25 octobre 1910, *Affaire Savarkar*, RSA, vol. XI, p. 250.

²⁶⁶ Convention États-Unis – Grande-Bretagne du 24 janvier 1903, *The Alaska Boundary Case*, RSA, vol. XV, p. 487.

²⁶⁷ Protocole Allemagne – Pologne du 20 mai 1924, *Affaire relative à l’acquisition de la nationalité polonaise*, RSA, vol. I, p. 404.

²⁶⁸ Convention États-Unis – Pays-Bas du 23 janvier 1925, *Affaire de l’Ile des Palmes*, RSA, vol. II, p. 832.

²⁶⁹ *Op. cit.* NIYUNGEKO (G.), p. 216.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 217.

²⁷¹ *Affaire Croft*, Portugal/Royaume-Uni, sentence du 7 février 1856, in LAPRADELLE (A. G. de), POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris : Pedone, 1905, vol. II, p. 21.

²⁷² *Affaire du Cape Horn Pigeon*, États-Unis c. Russie, sentence du 29 novembre 1902, RSA, vol. IX, p. 64.

²⁷³ *Affaire du James Hamilton Lewis*, États-Unis c. Russie, sentence du 29 novembre 1902, RSA, vol. IX, p. 67.

²⁷⁴ *Affaire de l’Ile des Palmes*, Pays-Bas/États-Unis, sentence du 4 avril 1928, RSA, vol. II, p. 851.

²⁷⁵ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, p. 214.

²⁷⁶ *Affaire concernant le filetage à l’intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, p. 238.

²⁷⁷ *Affaire du plateau continental de la mer d’Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, RSA, vol. XVIII, pp. 135-136 et 152-153.

²⁷⁸ *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, RSA, vol. XXII, p. 380 et s.

²⁷⁹ Une disposition comparable est insérée à l’article 69 de la Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux : « *[l]e Tribunal peut, en outre, requérir des agents des Parties la production de tous actes* ». Voy. également l’article 17 §2 précité du Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958.

the parties to the suit to produce in Court any and all papers and documents the examination of which, in their opinion, would promote the ends of justice »²⁸⁰. Des dispositions similaires résultent de nombreux autres règlements d'arbitrage et notamment du mémorandum Grande-Bretagne – Portugal du 14 mai 1855²⁸¹, de la convention États-Unis – Mexique du 1^{er} mars 1889²⁸², du compromis Chili – États-Unis dans l'*Affaire Alsop*²⁸³, de la convention France – Mexique du 2 août 1930²⁸⁴, de l'article 17 des règles de procédure de la Commission américano-japonaise sur la propriété²⁸⁵ ou encore de l'article 18 des règles de procédure du tribunal dans l'*Affaire relative aux redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow*²⁸⁶. Loin de demeurer d'affirmation exclusivement théorique, ce pouvoir a également été mis en œuvre par les tribunaux arbitraux internationaux à de nombreuses reprises, et notamment par les tribunaux arbitraux mixtes²⁸⁷. L'arbitre Thornton a ainsi estimé, dans l'affaire *Pradel* de 1868, que le tribunal mixte États-Unis – Mexique était fondé à requérir tous documents « *[which] may tend to throw light upon any particular case [...]* ». Et l'arbitre Zamacoma d'ajouter, dans son opinion rendue dans la même affaire :

« *[t]o provide themselves with all the information and data which might contribute to the enlightening of their judgments and the formation of their legal opinions, is a prerogative properly belonging to every judge, and those conducting this arbitration have made use of it without stint* »²⁸⁸.

En outre, les États ont généralement conféré à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des expertises *propio motu*. Le modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958 dispose d'ailleurs, en son article 18 §1, que le tribunal arbitral « *a le pouvoir, à toutes les phases de la procédure, d'ordonner des expertises [...]* »²⁸⁹. Des dispositions similaires découlent de nombreux compromis et

²⁸⁰ *Op. cit.* NIYUNGEKO (G.), p. 218.

²⁸¹ Convention Grande-Bretagne – Portugal du 14 mai 1855, *Affaire Croft*, *op. cit.* LAPRADELLE (A. G. de), POLITIS (N.), vol. II, p. 12.

²⁸² Convention États-Unis – Mexique du 1^{er} mars 1889, in LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale : Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, Berne : Stämpfli & Co., 1902, p. 334.

²⁸³ Convention Chili – États-Unis du 1^{er} décembre 1909, *Affaire Alsop*, *RSA*, vol. XI, p. 356.

²⁸⁴ Convention France – Mexique du 2 août 1930, *Commission franco-mexicaine des réclamations*, *RSA*, vol. V, p. 319.

²⁸⁵ Rules of Procedure of the United States – Japanese Property Commission, 31 mars 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 469.

²⁸⁶ Rules of Procedure of the United Kingdom – United States arbitral Tribunal, *RSA*, vol. XXIV, p. 13.

²⁸⁷ Sur ce point, voy. par exemple le Tribunal mixte franco-allemand dans l'affaire *Auguste Chamant* de 1921, le Tribunal mixte Bulgarie – Grèce dans l'affaire *Grigoriou* de 1924, la Commission de conciliation franco-italienne dans le différend *Joseph Ousset* de 1951 ou encore le Tribunal Allemagne – Belgique dans l'affaire de la *Société anonyme Ghent Lloyd et Cts* de 1924...*op. cit.* NIYUNGEKO (G.), p. 219.

²⁸⁸ *Op. cit.* SANDIFER (D. V.), *Evidence before International Tribunals*, p. 106.

²⁸⁹ *Annuaire de la CDI*, 1958, vol. II, p. 88. Il faut également signaler l'article 27 du Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre États, adopté par la Cour permanente d'Arbitrage (CPA) en 1992, lequel dispose que « *[l]e tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points qu'il*

règlements d'arbitrage. Il en va ainsi notamment de la convention Royaume-Uni – Éthiopie du 13 septembre 1927 qui énonce, en son article 6 : « [i]f it is found necessary to make an estimate of the missing goods, The Court of Arbitrators shall have the right to choose experts for the purpose »²⁹⁰. L'article 14 des règles de procédure de la Commission de conciliation franco-italienne prévoit, quant à lui, que « [l]a Commission peut décider de se transporter sur les lieux et faire procéder devant elle à toutes expertises d'office avec le concours de tous techniciens, interprètes ou traducteurs nécessaires »²⁹¹. Un pouvoir similaire fut expressément conféré à l'arbitre dans l'affaire de la *Délimitation frontalière en Alaska*²⁹², dans l'affaire du *Canal de Beagle*²⁹³, dans celle de la *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*²⁹⁴, dans celle de la *Délimitation territoriale entre l'Argentine et le Chili*²⁹⁵, mais également dans les règles de procédure de la Commission américano-japonaise sur la propriété²⁹⁶ et de la Commission de conciliation Italie – États-Unis²⁹⁷ entre autres.

28. Forts de l'influence déterminante dont jouit aujourd'hui la tradition de common law dans le développement du droit international, certains auteurs ont défendu l'idée que l'office du juge y serait conçu de manière passive, la procédure et la conception du procès prévalant devant les tribunaux internationaux étant directement issues selon eux de la tradition anglo-saxonne²⁹⁸. À l'aune des constatations qui précèdent, il est cependant permis de douter de la justesse d'une telle affirmation : que l'on considère en effet la lettre des textes constitutifs des juridictions

déterminera [...] » (disponible sur le site de la CPA, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1204, consulté le 30 mai 2016).

²⁹⁰ Convention Éthiopie – Royaume-Uni du 13 septembre 1927, *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, *RSA*, vol. II, p. 823.

²⁹¹ Règlement de procédure de la Commission de conciliation franco-italienne, *RSA*, vol. XIII, p. 27.

²⁹² Convention États-Unis – Grande-Bretagne du 24 janvier 1903, *The Alaska Boundary Case*, *RSA*, vol. XV, pp. 485-486.

²⁹³ Convention Argentine – Chili du 22 juillet 1971, *The Beagle Channel Case*, *RSA*, vol. XXI, p. 68.

²⁹⁴ Compromis Guinée-Bissau – Sénégal du 12 mars 1985, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, *RSA*, vol. XX, p. 123.

²⁹⁵ Convention Argentine – Chili du 31 octobre 1991, *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, *RSA*, vol. XXII, p. 8.

²⁹⁶ Rules of Procedure of the United States – Japanese Property Commission, 31 mars 1959, article 13, *RSA*, vol. XIV, p. 469.

²⁹⁷ Rules of Procedure of the Italian – United-States Conciliation Commission, 29 juin 1950, article 10(e), *RSA*, vol. XIV, p. 83.

²⁹⁸ Voy. par exemple dans ce sens KAZAZI (M.), *Burden of proof and related issues : A study on evidence before international tribunals*, Boston : Kluwer Law International, 1996, p. 27 et s. et p. 153 et s. L'auteur prend certes acte du fait que le juge international dispose de pouvoirs destinés à lui permettre de rechercher lui-même les faits de la cause mais il estime qu'il s'agit seulement là d'exceptions au principe général de la passivité du juge. L'on peut cependant s'étonner dans ce cas que la rédaction des statuts et règlements intérieurs des tribunaux internationaux ne laisse rien paraître de ce caractère d'exception : en effet, loin d'être conçus de manière restrictive, les pouvoirs d'investigation conférés au juge international sont au contraire formulés en termes généraux. Aussi bien paraît-il difficile de se convaincre qu'il s'agirait seulement d'exceptions.

internationales, les éléments susmentionnés de leur pratique ou même, lorsque cela est possible, le texte des travaux préparatoires ayant abouti à leur création, le rôle du juge international est indubitablement conçu de manière active. Il faut dès lors envisager les conséquences que cela emporte sur l'expertise devant ces tribunaux.

Section 2

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION CONTINENTALE DE L'OFFICE DU JUGE SUR LA FONCTION ET LES MODALITES DE L'EXPERTISE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

29. Comme il a été démontré plus tôt, la notion d'office du juge est susceptible d'être entendue de manière plus ou moins large, dessinant par là même un équilibre des forces dans le procès qui s'exprime globalement, selon les cas, au bénéfice du juge ou au contraire au bénéfice des parties. Cependant, sa portée, loin d'être limitée aux seuls juge et litigants, s'étend également aux autres acteurs du procès, et en tout premier lieu à l'expert, dont elle influence fondamentalement le rôle et la mission. Il faudra dès lors, dans un premier temps, mettre en lumière d'un point de vue général le lien qui existe entre la conception de l'office du juge retenue par un ordre juridique et les caractéristiques de l'expertise dans cet ordre, notamment la fonction qui lui est dévolue et les modalités de sa mise œuvre (§1). Il s'agira ensuite, dans un second temps, de comprendre au travers de ce lien les caractéristiques spécifiques induites en matière d'expertise par la consécration dans l'ordre juridique international d'une conception continentale de l'office du juge (§2).

§1 - Les caractéristiques de l'expertise, résultante directe d'un choix quant à la manière de concevoir l'office du juge

Comme vu précédemment, la conception qu'un ordre juridique retient de l'office du juge est déterminante de la fonction et des modalités de l'expertise dans ce même ordre. Olivier Leclerc relève à cet égard que

« [l]a conception de l'expertise s'affine à mesure que se précise la spécificité de la fonction de juger. En ce sens, la compréhension de l'expertise juridictionnelle est indissociable de la pensée sur le procès. Le contexte procédural dans lequel l'expertise prend place imprime sur elle une marque indélébile. Aussi serait-il vain de prétendre rendre compte de la fonction qu'elle remplit sans considérer son articulation au procès

[...] La fonction de l'expertise et l'office du juge se renvoient mutuellement une image du procès »²⁹⁹.

Il n'est dès lors pas surprenant de constater que la fonction – et, partant, les modalités – de l'expertise diffèrent sensiblement selon la conception de l'office du juge retenue par l'ordre juridique considéré.

30. Ainsi qu'on l'aura illustré dans les développements précédents, la tradition de common law attribue essentiellement à la justice une fonction de pacification des rapports entre individus. Le procès, conçu avant tout comme « la chose des parties », ne vise pas tant à atteindre la vérité, au sens absolu du terme, qu'à parvenir à un règlement définitif du différend entre les deux parties. Dans ce cadre, l'office du juge se réduit à son expression la plus modeste : celle d'un arbitre passif, chargé de veiller au respect des règles de procédure et de désigner, à l'issue du procès, celle des deux parties qui aura présenté la thèse la plus convaincante. Les pouvoirs dont le juge de common law est traditionnellement investi constituent donc des garde-fous destinés à encadrer l'action des parties et à éviter les atteintes à l'équité de la procédure ; en aucun cas, ils ne lui confèrent un pouvoir d'initiative ou de contrôle de la procédure, ni ne lui permettent de revendiquer un rôle actif dans le processus de recherche des faits³⁰⁰. Renvoyant à cette conception très restrictive de l'office du juge, Thayer se montrait d'ailleurs, à la fin du 19^{ème} siècle, assez critique à l'égard des cours américaines, estimant que

« [i]n our own administration of the law of evidence, too many abuses are allowed, and the power of the courts is far too little exercised in controlling the eager lawyer in his endeavors to press to an extreme the application of the rules. Sharply and technically used, these rules enable a man to go far in worrying an inexperienced or ill-prepared adversary, and in supporting a worthless case »³⁰¹.

Face à ce juge « effacé », dont l'action se conçoit presque exclusivement en réponse à la leur, les parties jouissent au contraire de nombreuses prérogatives et d'une position centrale dans le procès :

²⁹⁹ LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, p. 67.

³⁰⁰ Le juge canadien Wilberforce a d'ailleurs affirmé dans ce sens que le juge de common law présente « *the character of a referee. He is always telling himself 'I must keep out of the dispute ; my only job is to see fair play, to blow the whistle when the rules are broken'* ». Et l'auteur de souligner le contraste avec la situation du juge romano-germanique qui n'est pas « *afraid to intervene and to take an active part ; he listens more actively than the Englishman, he thinks that it is his duty [...] to unveil untruths so that his behaviour on the bench seems to us sometimes rather unjudicial. In his idiom, it is of course not unjudicial at all – the function is simply a different function* » (Lord WILBERFORCE, « Legal listening », *The J. Royal Coll. of Gen. Practitioners*, 1967, vol. 13, n°62, suppl. 3, p. 5).

³⁰¹ THAYER (J. B.), *A preliminary treatise on evidence at the Common Law*, Boston : Little Brown & Co., 1898, p. 528.

elles conduisent l'instance, décident quels faits devront être prouvés devant la Cour et assument traditionnellement à titre exclusif les opérations de recherche des faits et de présentation des preuves³⁰². Cette répartition très inégale des rôles et des pouvoirs trouve d'ailleurs une illustration concrète dans les nombreux ouvrages consacrés, tant par la doctrine que par les praticiens de la common law, à la preuve. Ces derniers traitent en effet à titre principal des prérogatives et des modes de preuve à la disposition des parties pour prouver un fait, les pouvoirs du juge n'étant abordés qu'en référence à la sanction de la méconnaissance par celles-ci des règles et principes relatifs à la preuve³⁰³.

En conséquence, il n'est guère surprenant de constater que dans les droits de common law, l'expertise s'entend traditionnellement comme un instrument à la disposition des parties, que celles-ci emploient afin de s'acquitter du fardeau de la preuve et plus largement, afin de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions³⁰⁴. Il est d'ailleurs révélateur que l'expert y soit considéré comme un témoin (« *expert witness* ») intervenant au soutien de l'une ou l'autre des parties. Ainsi, les *Federal Rules of Evidence* américaines affirment, à la règle 702 : « *[a] witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training or education may testify in the form of an opinion or otherwise [...]* ». De même, la règle 52.1 des *Federal Courts Rules* canadiennes et la règle 23.11 des *Federal Court Rules* australiennes reconnaissent le droit qu'à chaque partie de présenter devant la Cour un témoin-expert, tandis que la règle 35.4 des *Civil Procedure Rules* britanniques encadre l'utilisation par les parties du témoignage ou du rapport d'un expert.

D'aucuns pourraient cependant relever qu'à l'heure actuelle, et d'un point de vue théorique au moins, il n'est pas rare que l'expert ne soit plus exclusivement envisagé comme un instrument à la disposition des parties dans les droits d'origine anglo-saxonne. S'il est vrai que le phénomène de

³⁰² Cette réalité du procès anglo-saxon est rappelée par Greenleaf, qui écrit à la fin du 19^{ème} siècle dans son manuel consacré à la preuve : « *[i]t will be observed, that, by the common law, the issue is formed by the parties themselves through their attorneys, the court having nothing to do with the progress of the altercation except to see that it is conducted in the forms of law* » in GREENLEAF (S.), *A treatise on the law of evidence*, Boston : Little Brown & Co., 1876, 13^{ème} éd., vol. 2, p. 4.

³⁰³ Voy. à titre d'exemples STARKIE (T.), *A practical treatise on the law of evidence*, Philadelphie : Johnson & Co., 1860, 8^{ème} éd., 828 p. ; GREENLEAF (S.), *A treatise on the law of evidence*, Boston : Little Brown & Co., 1876, 13^{ème} éd., 3 vol., et WIGMORE (J. H.), *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at Common Law*, Boston : Little Brown & Co., 1923, 2^{ème} éd., 1913 p.

Wigmore fait ainsi référence au pouvoir du juge d'écarter des débats un témoignage qui n'aurait pas été soumis au contre-interrogatoire de la partie adverse (vol. 1, p. 49). Il renvoie également au pouvoir de la Cour d'interdire, dans le cadre du contre-interrogatoire des témoins, les questions vexatoires, intimidantes, abusives ou d'une autre manière non justifiées (vol. 1, pp. 65-70 et p. 367 et s.). Greenleaf fait, quant à lui, référence au pouvoir de la Cour d'écarter des débats la déposition d'un témoin ayant volontairement dissimulé à la partie qui le fait témoigner son parti pris en faveur de son contradicteur (vol. 1, p. 485). Il mentionne encore le pouvoir du juge d'ordonner une procédure de discovery lorsqu'une partie refuse à son contradicteur l'accès à certains documents essentiels à sa défense (vol. 1, p. 603).

³⁰⁴ Pour une illustration de cette utilisation de l'expertise en common law, cf. WALTON (D.), *Witness testimony evidence : argumentation, artificial intelligence and the law*, New York : Cambridge University Press, 2007, pp. 247-251.

globalisation du droit a pu conduire au cours du siècle dernier à l'apparition, sous une forme ou une autre dans ces droits, d'experts mandatés par le juge ou liés à la mission de celui-ci³⁰⁵, il faut toutefois constater que ces « transplants » de la tradition continentale vers les droits de common law se sont révélés très largement ineffectifs et décevants³⁰⁶. Ainsi, évoquant un amendement apporté en 1934 aux règles de la Cour Suprême britannique afin de permettre au juge de nommer un expert indépendant sur demande de l'une des parties, Déirdre Dwyer note que « *[u]ntil the mid 1990s, Ord. 40 r.1 was only applied where all parties consented and, in consequence, was hardly ever used. Ord. 40 r.2, which dealt with medical experts, appears never to have been used at all* »³⁰⁷. De même, renvoyant à la réforme récente des *Civil Procedure Rules* opérée, conformément aux recommandations de Lord Woolf³⁰⁸, en faveur de l'extension du recours aux assesseurs scientifiques ou techniques par le juge britannique (y compris de droit commun), elle constate que

« *[u]nder the CPR, the proposed extension of the use of assessors was implemented, in that mechanisms were put in place [...], but the full extent of these mechanisms has not been utilized by the judiciary, and the scope of assessors has not extended beyond Admiralty and Patents actions [...]* »³⁰⁹.

Et l'auteur de conclure : « *[w]ith the exception of the use of assessors in the High Court of Admiralty, the party expert has been the dominant mode of expertise in the English civil courts since records began* »³¹⁰. Les mêmes constatations s'imposent s'agissant de la faculté ouverte au juge américain par la règle 706 des *Federal Rules of Evidence* de nommer un « *court-appointed expert witness* ». En effet, une étude publiée en 2012 et portant notamment sur l'utilisation faite par les juges, dans les

³⁰⁵ À cet égard, on peut citer le cas des « *assessors* » qui peuvent être nommés par le juge britannique ou canadien au titre de la règle 35.15 des règles de procédure civile du Royaume-Uni et de la règle 52 des *Federal Courts Rules* canadiennes respectivement ; de même, on peut renvoyer au « *court expert* » envisagé par la règle 23.01 des *Federal Court Rules* australiennes, et à la possibilité ouverte au juge américain de nommer un « *court-appointed expert witness* » conformément à la règle 706 des *Federal Rules of Evidence*.

³⁰⁶ Sur les échecs et déceptions suscités par les transplants légaux opérés entre les deux traditions juridiques, et sur les causes susceptibles de les expliquer, voy. par exemple DAMAŠKA (M. R.), « The uncertain fate of evidentiary transplants : Anglo-American and Continental experiments », *Am. J. Comp. Law*, 1997, vol. 45, pp. 839-852.

³⁰⁷ DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 272.

³⁰⁸ Cf. Lord Woolf, Master of the Rolls, *Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible à l'adresse : <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> (consulté le 11 mars 2013).

³⁰⁹ *Op. cit.*, DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, p. 316. Il est au demeurant peu surprenant que le modèle continental de l'expert nommé par le tribunal prévale devant la haute cour d'amirauté puisque les cours maritimes britanniques, tenantes au Moyen-Âge de la tradition romano-germanique, sont demeurées, au cours des siècles, très largement réfractaires à la tradition de common law. Sur cette dernière question, voy. par exemple DONLAN (S. P.), « Our laws are as mixed as our language : Commentaries on the laws of England and Ireland 1704 – 1804 », *Elect. J. Comp. Law*, 2008, vol. 12.1.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 332.

Etats fédérés, de la règle 706 révèle que 78% du panel testé ne recourt jamais à cette possibilité³¹¹. En 2002, une autre étude avait démontré que la proportion de juges fédéraux qui n'usaient jamais de cette faculté était de 74%³¹². Cette tendance générale est d'ailleurs aisément illustrée par les nombreuses jurisprudences affirmant le caractère tout à fait exceptionnel et globalement inapproprié à la logique accusatoire du procès de la nomination par le juge d'un expert³¹³. La même conclusion doit encore être tirée de la réticence manifeste des juges australiens à nommer des experts de la Cour³¹⁴, comme le leur permettent pourtant expressément la règle 23.11 des *Federal Court Rules* et la règle 39.1 des *Supreme Court Rules*. Ainsi, loin de constituer une remise en cause du modèle traditionnel d'expertise prévalant dans les droits de common law, ces transplants légaux confirment au contraire que l'expert y est toujours très majoritairement perçu comme un instrument à la disposition des parties, le juge ne s'estimant autorisé à intervenir dans le processus de recherche et d'établissement des faits que de manière tout à fait exceptionnelle, en cas d'insuffisance avérée (et non autrement compensée) de la procédure accusatoire.

31. À l'inverse, la tradition continentale repose sur l'idée, évoquée plus tôt, que la justice découle de l'établissement de la vérité « objective » des faits de la cause. Dès lors, et afin de s'affranchir de la nécessaire subjectivité des parties, elle s'en remet à cet égard au juge, en sa qualité de tiers indépendant et impartial. À cette fin, celui-ci dispose traditionnellement de larges pouvoirs qui doivent lui permettre, lorsqu'il l'estime nécessaire pour atteindre la vérité, d'enquêter sur les faits et de rechercher des éléments de preuve, indépendamment de ceux qui lui ont été soumis par les parties. L'office du juge continental est ainsi conçu de manière large et active tandis que le rôle des

³¹¹ Voy. l'étude de JURIS (A. W.), « Questions from the bench and independent experts : A study of practices of state court judges », *Univ. Pittsb. L. Rev.*, 2012, vol. 74, pp. 47-83. Il est également à noter que la raison majoritairement invoquée pour expliquer cet état de fait était, pour 77% des juges concernés, la peur d'interférer avec la procédure accusatoire.

³¹² KRAFKA (C.) (dir.), « Judge and Attorney experiences, practices and concerns regarding expert testimony in federal civil trials », *Psy. Pub. Polic. & Law*, 2002, vol. 8, n°3, pp. 309-332. Ce résultat confirme la tendance très nette (80%), qui avait déjà été mise en lumière dans une précédente étude publiée en 1994, des juges fédéraux américains à éviter le recours à la règle 706. Voy. à cet égard CECIL (J. S.), WILLGING (T. E.), « Accepting Daubert's invitation : Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity », *Emory L. J.*, 1994, vol. 43, n°3, pp. 995-1070.

³¹³ Sur ce point, l'on renverra notamment à la décision *Mavity v. Fraas*, 456 F., Sup. 2d 29, 34 n.4 (DDC 2006), selon laquelle « [a]ppointment of an expert is an extraordinary activity that [is] appropriate only in rare instances » ; *Tangwall v. Robb*, 2003 US Dist., Lexis 27128, (ED Mich. 2003) §9 : « [t]he enlistment of court-appointed expert assistance under Rule 706 is not commonplace » ; *In re Joint E. & S. Dist. Asbestos Litig.*, 830 F., Sup. 686, 693 (EDNY 1993) : « [r]ule 706 should be reserved for exceptional cases in which the ordinary adversary process does not suffice » ; *Monolithic Power Sys. v. O2 Micro. Int'l Ltd.*, 558 F. 3d, 1341-1346 (Fed. Cir. 2009) : « [d]istrict courts rarely make Rule 706 appointments [...] » ; *Carranza v. Fraas*, 471 F. Sup. 2d, 8-9 (D.D.C. 2007) : « [c]ourt invocation of [Rule 706] typically occurs in exceptional cases in which the ordinary adversary process does not suffice » ; *Leblanc v. PNS Stores*, 1996 U.S. Dist., Lexis 15909, (E.D. La, 1996), §4 : « [r]ule 706 [...] is appropriate in only rare circumstances and cannot be utilized as an alternative to communication and the adversary process » ; *McCracken v. Ford Motor Co.*, 392 F. App'x 1, 4 (3rd. Cir. 2010).

³¹⁴ À cet égard, voy. par exemple FRECKELTON (I.), REDDY (P.), SELBY (H.), *Australian judicial perspectives on expert evidence : An empirical study*, Carlton : Australian Institute of judicial administration, 1999, 168 p.

parties, bien qu'essentiel, est généralement minoré dans le cadre de l'opération de recherche et d'établissement des faits³¹⁵. En conséquence, l'expertise s'analyse non pas ici comme un instrument à la disposition des litigants, mais comme une mesure d'instruction par laquelle le juge peut s'adjoindre, à la demande des parties ou *proprio motu*, l'assistance d'un spécialiste lorsqu'il manque des connaissances et/ou des compétences nécessaires pour appréhender de manière satisfaisante certains aspects techniques ou scientifiques des faits de la cause.

C'est ainsi que l'article 232 du code de procédure civile français dispose que « [l]e juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». Le pendant pénal de cette disposition est contenu à l'article 156 du code de procédure pénale, en vertu duquel « [t]oute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise [...] »³¹⁶. Le juge administratif français dispose, quant à lui, de cette même faculté au titre de l'article R.621-1 du code de justice administrative³¹⁷ qui affirme, dans le cadre du Livre VI sur l'instruction, que « [l]a juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision ». Que ce soit devant les juridictions de l'ordre judiciaire ou devant celles de l'ordre administratif, l'expert est donc traditionnellement perçu en France comme un acteur qui « [...] collabore à la découverte de la vérité, qui est l'œuvre judiciaire par excellence, [...] en donnant une opinion scientifiquement raisonnée sur des faits qui lui sont soumis [...] En ce sens, il est l'auxiliaire du juge dans la découverte de la vérité »³¹⁸.

De la même manière, l'expert est considéré comme un auxiliaire du juge en Italie, ainsi qu'en témoigne le chapitre III du Titre I du Livre premier du code de procédure civile italien intitulé « *De*

³¹⁵ Cette constatation ne remet pas en cause la très grande diversité des situations en la matière, que ce soit entre les différents types de contentieux au sein d'un même État ou même entre les différents États de tradition continentale.

³¹⁶ Pour de plus amples précisions au sujet de l'expertise devant le juge judiciaire français, voy. notamment MESTRE (P.), *Les experts auxiliaires de la justice civile*, thèse, Université de Paris, 1937, 295 p. ; YANAMADJI TOLNGUEDJI (G.), *L'expert judiciaire dans le procès civil*, thèse, Université de Poitiers, 1992, 521 p. ; ARNOUX (Y.), *Le recours à l'expert en matière pénale*, thèse, Université d'Aix-Marseille III, 2004, 336 p. ; VAISSIERE (A.), *L'expertise judiciaire en matière pénale : problématiques et prospectives*, thèse, Université de Montpellier I, 2005, 447 p.

³¹⁷ Pour une présentation générale de l'expertise devant les juridictions administratives françaises, voy. PASTOREL (J.-P.), *L'expertise dans le contentieux administratif*, Paris : LGDJ, 1994, 160 p. Pour aller plus loin, l'on renverra également aux travaux d'A. Noury et A. Mongo sur la question : NOURY (A.), *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse, Université de Nantes, 1996, 622 p. et MONGO (A.), *L'expertise et les autres mesures d'instruction en droit administratif*, thèse, Université de Tours, 2000, 1098 p.

³¹⁸ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 1, Paris : L. Larose & L. Tenin, 1907, p. 592.

l'expert, du gardien et des autres auxiliaires du juge »³¹⁹. L'article 61 du même code précise d'ailleurs que « [c]haque fois que nécessaire, le juge peut se faire assister, pour l'accomplissement d'actes individuels ou pendant toute la procédure, d'un ou plusieurs experts ayant une compétence technique particulière »³²⁰. Pareillement, les experts belges sont considérés comme des « *auxiliaires indispensables du juge [...] participant au service public de la justice* »³²¹. En effet, le code judiciaire belge affirme, en son article 962, que « [l]e juge peut, en vue de la solution d'un litige porté devant lui [...], charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique ». Les mêmes constatations découlent encore de l'examen des procédures allemande, néerlandaise et autrichienne. Les paragraphes 404 à 407 du code de procédure civile allemand confèrent ainsi au juge le pouvoir de commettre un expert, sur demande des parties ou d'office, lorsqu'il l'estime nécessaire afin d'appréhender certains aspects du différend dont il n'a pas la maîtrise³²². La même prérogative bénéficie dans des conditions similaires aux juges néerlandais et autrichien en vertu de l'article 194 du code de procédure civile néerlandais et du paragraphe 363-2 du code de procédure civile autrichien respectivement. Enfin, il nous faut constater que l'expertise est également qualifiée de mesure d'instruction à la disposition du juge dans les pays ayant hérité, même récemment, d'un système juridique d'origine romano-germanique. Il en va par exemple ainsi du cas de la Corée du Sud³²³ ou de celui de la Fédération de Russie³²⁴.

Une fois encore cependant, le phénomène de globalisation du droit pourrait, *a priori*, conduire à une certaine relativisation de la distinction entre les traditions continentale et de common law

³¹⁹ Notre traduction. En version originale, le chapitre s'intitule « *Del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice* ».

³²⁰ Notre traduction. Les articles 220 et suivants du *codice di procedura penale* et l'article 19 du *codice del processo amministrativo* prévoient des dispositions similaires au bénéfice du juge pénal et du juge administratif italiens. Sur la fonction d'assistance au juge de l'expertise, voy. encore C. Cass. italienne, 3^{ème} sec., 6 avril 2005, n°7097.

³²¹ LAMBERT (P.), « L'expertise judiciaire en Belgique », *Revue Experts*, 2003, n°58, p. 4. La Cour de Cassation belge affirme ainsi que « *l'expert judiciaire est une personne qualifiée en raison de ses compétences, qui [...] est désignée par le juge pour lui donner en toute indépendance et impartialité un avis d'ordre technique en vue de l'exercice de la mission dont ce juge est saisi* » (C. Cass., 15 février 2006, RC 062F2_7).

³²² Ces dispositions s'appliquent non seulement au juge civil mais également, aux termes de la section 98 du code de procédure administrative allemand, au juge administratif. Celui-ci dispose donc des mêmes prérogatives en matière d'expertise que son homologue civil. Par ailleurs, les sections 72 à 93 du code de procédure pénale confèrent la même prérogative au juge pénal allemand.

³²³ Voy. les articles 333 à 342 du code de procédure civile sud-coréen, et notamment l'article 335 qui se lit comme suit : « *[a]n expert witness shall be designated by the court of a lawsuit, a commissioned judge or an entrusted judge* » (traduction : OMPI). Le pendant pénal de ces dispositions est contenu aux articles 169 à 179-2 du code de procédure pénale sud-coréen. Pour plus d'informations sur l'expertise en République de Corée, cf. par exemple ILHYUNG LEE (E.), « Expert evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence : A comparative study », *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1997, vol. 19, pp. 585-632.

³²⁴ L'article 79 §1 du code de procédure civile russe affirme ainsi : « *[i]f questions arise in the course of considering the case which require special knowledge in various fields of science, technology, the arts and the handicrafts, the court shall appoint an expert opinion. The performance of the expertise may be entrusted to a legal expert agency, to a particular expert or to several experts* » (traduction : OMPI). Les articles 57 et 58 du code de procédure pénale confèrent la même prérogative au juge pénal russe. Sur l'expertise dans la Fédération de Russie, voy. notamment GUYOT (D.), « L'expertise judiciaire dans la procédure civile russe », *Revue Experts*, 1998, n°39, p. 13 et s.

s'agissant de la fonction et des modalités de l'expertise. En effet, tout comme le juge anglo-saxon a pu se voir doter récemment de la faculté de nommer ses propres experts, la possibilité existe le plus souvent pour les parties dans les droits continentaux de faire effectuer des expertises privées et d'en présenter les résultats devant la Cour à titre de preuve³²⁵. Toutefois, si l'existence théorique de cette possibilité pour les parties de nommer et de présenter à l'instance leurs propres experts paraît difficilement contestable, il nous faut d'emblée constater là aussi son caractère globalement très décevant dans la pratique. Ainsi, en France, si l'expertise amiable³²⁶ est, selon une jurisprudence désormais bien établie, admissible à titre de preuve, elle ne se voit que très exceptionnellement accorder la même valeur probante qu'une expertise judiciaire. La Cour de Cassation a d'ailleurs affirmé, dans un arrêt du 28 septembre 2012, que

« [...] si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement [afin de rendre sa décision] sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties »³²⁷.

³²⁵ Ainsi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation française a rappelé, dans un arrêt du 17 mars 2011, que conformément à l'article 16 NCPC, un rapport d'expertise amiable peut être présenté à titre de preuve par l'une des parties et être valablement opposé à l'autre partie dès lors que celle-ci a la possibilité de le discuter lors de l'audience (sur ce point, voy. MARTEL (J.-J.), « Le rapport amiable comme élément de preuve lors du procès », *Revue Experts*, 2012, n°103, pp. 14-15). Voy. également par exemple l'article 161 NCPC, sur la base duquel les parties peuvent se faire assister de leurs propres experts lors de l'exécution d'une mesure d'expertise diligentée par le juge, ou encore les dispositions de la loi du 15 juin 2000, insérées dans le code de procédure pénale, qui prévoient que les avocats et conseillers techniques des parties peuvent poser directement des questions à l'expert nommé par le juge lors de l'audience.

Pareillement, en Italie, l'article 87 du code de procédure civile et l'article 225 du code de procédure pénale prévoient tous deux la possibilité pour les parties de nommer leurs propres experts. Cette possibilité découle aussi implicitement, pour les parties, des articles 976 et 985 du code judiciaire belge ou encore des articles 187 al. 1 et 188 al. 4 du code de procédure civile russe. Enfin, en Autriche, cette faculté est expressément prévue par le paragraphe 363-1 du code de procédure civile.

³²⁶ Il existe un débat doctrinal sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par « expertise amiable ». En effet, une partie des auteurs considère qu'il y a lieu de distinguer entre l'expertise amiable d'une part, qui renverrait au cas où les parties se mettent d'accord conventionnellement pour désigner un expert commun (ou même parfois, pour désigner chacune son expert) afin d'obtenir un rapport d'expertise commun et unique, et l'expertise officieuse (ou unilatérale) d'autre part, qui désignerait quant à elle les cas où une partie fait effectuer une expertise par son propre expert et pour son compte seulement. Sur ce point, cf. par exemple MOUSSA (T.) et BEAUCHARD (J.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 2004, hors série n°3 ou encore DAVID (J. M.), BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE (J.), « L'expertise privée », *Revue Experts*, 1991, n°12, p. 4 et s. Cependant, il est à noter que la jurisprudence judiciaire, elle, distingue seulement entre l'expertise ordonnée par le juge (expertise judiciaire) et celle qui ne l'est pas (expertise amiable, sans considération du fait de savoir si elle résulte du commun accord des parties ou d'une décision unilatérale de l'une des parties seulement).

³²⁷ Cass. mixte, 28 septembre 2012, 11-18710. Dans le même sens, voy. encore à propos de la valeur probante limitée d'un rapport d'expertise amiable : Cass. Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, 10-25770 ; Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, 10-22749 ; Civ. 3^{ème}, 3 février 2010, 09-10631 ; Civ. 2^{ème}, 14 septembre 2006, 05-14333 ; Civ. 2^{ème}, 3 février 2005, 04-11216 ; Civ. 1^{ère}, 13 avril 1999, 96-19733 : « [m]ais attendu que, tout en relevant que ce rapport n'avait pas valeur d'expertise, la Cour pouvait s'y référer à titre d'élément de comparaison avec les autres documents soumis à son appréciation, dès lors qu'il avait été régulièrement versé aux débats et donc susceptible d'être contradictoirement débattu » (souligné par nos soins).

A contrario, Cass. Com., 30 octobre 2000, 98-12671 et Com., 15 février 2000, 97-17415 et 97-16770. Dans ces derniers cas cependant, l'expertise dite « amiable », qui a pu fonder à elle seule la décision du juge, avait en fait été ordonnée par un juge-commissaire. En effet, la Cour de Cassation ayant jugé que les dispositions du code de procédure civile gouvernant l'expertise judiciaire n'étaient pas applicables dans les procédures collectives, l'expertise est réputée être amiable, bien que cela paraisse assez contestable eu égard aux modalités de nomination et de rémunération de

Cette solution est d'autant plus révélatrice que, dans un second arrêt rendu le même jour mais à propos d'une expertise judiciaire cette fois, la Cour a estimé au contraire que le juge pouvait valablement fonder sa décision sur cette seule expertise judiciaire³²⁸. Cette discrimination, qui trouve sans nul doute son explication dans la crainte du juge de s'appuyer sur les éléments fournis par des experts éventuellement partiels (eu égard à leur mode de désignation et de rémunération), est pointée du doigt par Jean Beauchard, qui souligne « [...] qu'il y avait, et qu'il y a toujours, une réticence certaine des juges du fond à admettre une expertise officieuse ou amiable contre une expertise judiciaire »³²⁹.

Ce phénomène, loin d'être une « exception culturelle » française, est également observé dans les autres États de tradition juridique romano-germanique. Ainsi, si la Cour Suprême autrichienne admet que les expertises diligentées par les parties puissent être reçues par le juge en tant que preuves documentaires, Remme Verkerk note que :

*« [the] courts have been very hesitant to ascribe significant evidential value to such reports. The Court of Appeal of Vienna has, for instance, quashed a decision by a lower court as the lower court had based its decision solely on the report of a party-appointed expert »*³³⁰.

À l'inverse, l'auteur relève que non seulement le juge autrichien peut se fonder à titre exclusif sur une expertise judiciaire dans sa décision, mais qu'au surplus, en cas d'opposition entre le rapport de l'expert judiciaire et ceux des experts présentés par les parties, la Cour peut d'office décider d'écarter ces derniers, et ce, sans avoir à motiver sa décision sur ce point³³¹. Cette méfiance affichée du juge continental à l'égard de l'expertise privée (ou de partie) transparait aussi clairement dans la pratique des juridictions belges. La Cour de Cassation belge, tout en acceptant qu'une partie puisse présenter au soutien de ses allégations le rapport de son propre expert, considère que ledit rapport ne saurait se voir attribuer de valeur probante autre que celle d'une simple information, excluant par là même la possibilité pour le juge de fonder sa décision à titre principal – et encore moins exclusif – sur cet

l'expert, ainsi qu'au fait que son rapport puisse être retenu à titre de preuve (voire comme en l'espèce, de preuve prépondérante ou exclusive) lors de l'engagement d'une procédure judiciaire subséquente par l'administrateur ou le mandataire judiciaire.

³²⁸ Cass. mixte, 28 septembre 2012, 11-11381. Sur les conclusions à tirer des deux arrêts rendus par la Cour le 28 septembre 2012, cf. par exemple HUGON (C.), « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », *Gaz. Palais*, Chronique Droit civil des affaires, janvier 2013, n°10, pp. 19-20.

³²⁹ *Op. cit.* MOUSSA (T.) et BEAUCHARD (J.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 2004, hors série n°3.

³³⁰ VERKERK (R.), « Comparative aspects of expert evidence in civil litigation », *Int'l J. Evidence & Proof*, 2009, vol. 13, p. 183.

³³¹ *Ibid.*, p. 182.

élément³³². Cette solution contraste très fortement avec celle retenue par la Cour s'agissant de la valeur probante des expertises judiciaires. En effet, la Haute Cour de Bruxelles a estimé, dans un arrêt du 5 mars 2002, que l'expertise judiciaire ordonnée par le juge civil dans une précédente instance entre les deux parties pouvait se voir accorder valeur probante par le juge pénal, quand bien même ladite expertise aurait été menée en violation de toutes les obligations imposées à l'expert par le code judiciaire relativement au caractère contradictoire de l'expertise³³³. La même juridiction est allée encore plus loin en affirmant, dans un arrêt de 1999, que l'expertise judiciaire non contradictoire réalisée à la demande du juge pénal pouvait être retenue par le juge, dans une instance civile subséquente entre les deux parties, à titre de présomption³³⁴. Pareillement, en Allemagne, Sven Timmerbeil constate qu'une partie peut bien soumettre au juge le rapport de son expert privé³³⁵ mais qu'en revanche, celui-ci

« [...] *does not have the same value as the opinion of a court expert* »³³⁶. Et l'auteur d'expliquer : « [*c*]ourts usually doubt the reliability of partisan experts who are hired by the parties and have discussed the case with counsel. Therefore, the opinion of the partisan expert is considered only as the assertion of a party and is not evidence »³³⁷.

Enfin, et en dépit du fait que les Pays-Bas constituent sans doute l'un des États d'Europe continentale ayant l'approche la plus favorable à l'expertise privée, le juge néerlandais manifeste lui aussi une réticence persistante à l'égard des témoins-experts des parties. Illustrant cet état de fait, Remme Verkerk souligne qu'en général, le juge néerlandais n'accepte d'accorder de valeur probante aux rapports d'expertise privée que lorsque celle-ci est commanditée d'un commun accord par les deux parties et réalisée contradictoirement. Par ailleurs, l'auteur relève que même dans ces cas, le juge n'accepte que très rarement d'entendre les experts des parties, malgré l'existence de dispositions expresses prévues en ce sens par le code de procédure civile néerlandais³³⁸.

³³² C. Cass. belge, 11 décembre 1997, C960374N. La Cour de Cassation italienne s'est prononcée dans le même sens : C. Cass., 3^{ème} sec., 18 avril 2001, n°5687 ; C. Cass., sec. soc., 6 mai 2002, n°6432 ; C. Cass., 2^{ème} sec., 19 mai 1997, n°4437.

³³³ C. Cass. belge, 5 mars 2002, P. 00.1165.N/3.

³³⁴ C. Cass. belge, 24 décembre 1999, C970218F.

³³⁵ Le paragraphe 414 du code de procédure civile allemand fait d'ailleurs directement référence à la possibilité pour les parties de présenter à l'instance leurs témoins-experts.

³³⁶ TIMMERBEIL (S.), « The role of expert witnesses in german and U.S. civil litigation », *Ann. Surv. Int'l & Comp. Law*, 2003, vol. 9, n°1, pp. 177-178.

³³⁷ *Id.* Dans le même sens, voy. LANGBEIN (J. H.), « The german advantage in civil procedure », *Univ. Chic. L. Rev.*, 1985, vol. 52, n°4, p. 840.

³³⁸ Il s'agit de l'article 200 du code de procédure civile néerlandais, qui autorise les parties à solliciter de la Cour qu'elle entende leurs témoins-experts lors de l'audience. Le fait toutefois que cette disposition laisse à la Cour une entière discrétion pour décider si elle souhaite ou non entendre les témoins-experts des parties (alors qu'elle ne peut jamais refuser d'entendre leurs témoins) traduit bien les hésitations du législateur néerlandais sur la question de la valeur

Dans ces circonstances, le recours par les parties à l'expertise privée entendue, conformément à la pratique anglo-saxonne, comme moyen de preuve dans le cadre d'une instance judiciaire, demeure non seulement faible mais aussi peu efficient dans les États de tradition romano-germanique. Lorsque l'expertise privée y est utilisée, il semblerait qu'elle s'analyse le plus souvent non pas comme un moyen de preuve à la disposition des parties mais comme une mesure extra-judiciaire à laquelle ces dernières ont recours dans le cadre d'une conciliation³³⁹. En conséquence, si l'expertise diligentée par les parties existe bien dans les droits continentaux, l'utilisation qui en est faite la distingue nettement du modèle du témoin-expert de common law et n'aboutit manifestement pas à une remise en cause du modèle continental de l'expertise ordonnée par le juge à titre de mesure d'instruction³⁴⁰.

32. À l'aune de cette pratique, il faut admettre l'existence d'un lien évident entre la conception de l'office du juge (ainsi que du procès) prévalant dans un ordre juridique et les caractéristiques de l'expertise dans cet ordre. Qu'il s'agisse du témoin-expert de common law, symbole de la place prépondérante dont jouissent les parties dans le procès anglo-saxon, ou bien de l'expert du tribunal, auxiliaire d'un juge doté, sinon d'une hégémonie, à tout le moins d'une incontestable primauté dans la recherche et l'établissement des faits, il paraît clair que la fonction et les modalités de l'expertise dérivent inmanquablement de la place, du rôle et des pouvoirs conférés au juge dans le cadre de sa mission. Ce constat n'est cependant pas limité aux droits nationaux ; il dérive aussi, comme le démontreront les développements à venir, de la pratique des tribunaux internationaux.

probante de l'expertise privée. Sur ce point voy. par exemple JONGBLOED (A. W.), *Inleiding nieuw burgerlijk procesrecht*, Den Haag : Boom Juridische Uitgevers, 2002, §9.2 et VERKERK (R.), « Comparative aspects of expert evidence in civil litigation », *op. cit.*, pp. 189-190.

³³⁹ Selon les chiffres avancés lors d'un colloque organisé le 24 novembre 2010 par la Compagnie nationale des Ingénieurs-diplômés experts près les Cours d'appel et les juridictions administratives (CNIDECA) et intitulé « *La possibilité d'une expertise amiable sous contrôle judiciaire* », 20% seulement des expertises amiables s'inscriraient en France dans le cadre d'une instance judiciaire, tandis que 80% d'entre elles viseraient à la conciliation extra-judiciaire des parties. Cela est d'autant moins étonnant que l'article 240 du code de procédure civile français prohibe expressément aux experts judiciaires de mener des missions de conciliation entre les parties. Les actes du colloque du 24 novembre 2010 sont disponibles sur le site de la CNIDECA, à l'adresse : <http://www.cnideca.fr/Fiches.asp> (consultés le 18 avril 2013).

³⁴⁰ Si besoin est, il suffit pour s'en convaincre de consulter les actes du colloque précité du 24 novembre 2010. À cette occasion, il a été constaté que, même dans les cas où les parties souhaitent s'engager sur la voie de la conciliation en recourant à une expertise amiable en dehors de toute instance judiciaire, celles-ci expriment régulièrement le besoin de voir intervenir le juge lorsqu'elles rencontrent une difficulté dans la mise en œuvre de l'expertise ou même afin de garantir l'opposabilité du rapport de l'expert amiable.

§2 - Les caractéristiques de l'expertise dans le contentieux interétatique, fruit d'une conception continentale active de l'office du juge international

33. Les tribunaux internationaux ont hérité, ainsi qu'illustré précédemment, d'une conception continentale de l'office du juge. Le procès international n'est en effet pas conçu comme un simple outil de règlement des différends, mais doit au contraire permettre d'établir la vérité matérielle (ou objective) des faits, en tant que préalable au règlement de ces différends. Dans ce cadre, l'office du juge international ne saurait se concevoir de manière restrictive : le juge est appelé à jouer un rôle actif, à rechercher lui-même les faits de la cause dans toute la mesure nécessaire à la découverte de la vérité. Il s'ensuit que, dans l'ordre juridique international comme dans les droits d'origine romano-germanique, l'expertise est envisagée comme une mesure destinée à assister le juge dans le cadre de sa mission de recherche et d'établissement des faits et ce, qu'elle soit confiée à un expert du tribunal ou même, de manière plus surprenante, à un témoin-expert.

Cette fonction d'assistance au juge est d'ailleurs aisément perceptible à la lecture des statuts et règlements intérieurs des tribunaux internationaux. Ainsi, sans la moindre équivoque, l'article 50 du Statut de la CIJ fait de l'expertise une prérogative de la Cour, que celle-ci peut mettre en œuvre « *à tout moment* ». Il en allait de même pour sa devancière, l'article 50 du Statut de la CIJ étant une reproduction à l'identique de celui du Statut de la CPJI. L'article 82 du Règlement intérieur du TIDM envisage lui aussi l'expertise comme une mesure à la disposition du juge, mise en œuvre par voie d'ordonnance sur « *décision du Tribunal* ». Pareillement, l'article 13 du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends, intitulé « *Droit de demander des renseignements* », présente l'expertise comme une faculté conférée aux groupes spéciaux d'obtenir, lorsqu'ils l'estiment nécessaire, des renseignements et des avis sur les aspects scientifiques ou techniques du différend pendant devant eux³⁴¹. Enfin, lorsqu'elle est expressément envisagée par les compromis d'arbitrage, l'expertise est là aussi perçue comme l'un des pouvoirs conférés au tribunal, et par lequel celui-ci peut s'adjoindre l'assistance d'un spécialiste sur les aspects factuels, scientifiques ou techniques du différend qu'il doit trancher³⁴². Cela peut notamment être observé dans le compromis

³⁴¹ Voy. également l'article 14 §2 de l'Accord OTC : « [à] la demande d'un Membre qui est partie à un différend, ou de sa propre initiative, un groupe spécial pourra établir un groupe consultatif d'experts techniques qui lui fournira une assistance en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique [...] ». De même, l'article 4 §5 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires se lit comme suit : « [l]orsqu'il aura été établi, le groupe spécial pourra demander l'assistance du Groupe d'experts permanent pour ce qui est de savoir si la mesure en question est une subvention prohibée ». Le paragraphe 15 du Mémoire d'accord du GATT (1979) prévoit quant à lui, toujours dans le même sens, que « [c]haque groupe spécial devrait avoir le droit de demander à toute personne privée ou à tout organisme qu'il jugerait approprié des renseignements et des avis techniques ».

³⁴² Il est d'ailleurs à noter que le Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958 confère lui aussi à l'expertise une fonction d'assistance au juge puisque son article 18 confère au tribunal « la faculté, à tous les

Guatemala – Honduras du 16 juillet 1930, qui prévoit en son article 13 que « [t]he High Contracting Parties authorize the Tribunal [...] to employ the services of experts and to use any other means of information it may deem necessary to elucidate the facts »³⁴³, ou encore dans la convention passée entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne en vue de la délimitation de leur frontière commune dans la Baie de Walfish, et qui affirme en son article 6 que :

« [t]he Arbitrator may employ any necessary help and in particular, if he thinks fit, either with or without the previous request of one of the parties, he may appoint an expert officer to [...] make any survey or receive any oral evidence which he may consider necessary to enable him to arrive at a decision »³⁴⁴.

34. Cette fonction d'assistance au juge conférée à l'expertise est également illustrée par les décisions des fors internationaux et les déclarations des juges qui les composent. La CIJ a par exemple affirmé, à l'occasion de son arrêt en révision et en interprétation dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Tunisie et la Libye que « le but de l'expertise doit être d'aider la Cour à se prononcer sur les questions qu'elle est appelée à trancher »³⁴⁵. Son ordonnance du 17 décembre 1948 rendue en l'affaire du *Détroit de Corfou* afin de faire procéder à une expertise précise pareillement que :

« [l]es experts auront présent à l'esprit que l'objet de leur mission n'est pas de faire un exposé scientifique ou technique des problèmes qu'ils rencontreront, mais de donner à la Cour une opinion précise et concrète sur les points qui leur sont soumis [...] ils devront également, dans toute la mesure nécessaire pour éclairer pleinement la Cour sur la

stades de la procédure, de faire appel à des experts [...] ». Il en va encore de même dans le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux États, dont l'article 27 prévoit que « [l]e Tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera » ou encore dans le Règlement de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), dont l'article 27 §7 f) indique que « [l]e Tribunal dispose de tous les pouvoirs d'instruction et d'investigation nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. Il peut notamment : [...] commettre des experts ».

³⁴³ Compromis Guatemala – Honduras du 16 juillet 1930, *Honduras borders Case*, RSA, vol. II, p. 1312.

³⁴⁴ Convention Allemagne – Grande-Bretagne du 30 janvier 1909, *The Walfish Bay boundary Case*, RSA, vol. XI, p. 266. Pour d'autres illustrations de cette fonction d'assistance à l'arbitre conférée à l'expertise dans le cadre des compromis d'arbitrage, voy. entre autres la Convention États-Unis – Grande-Bretagne du 24 janvier 1903, *The Alaska Boundary Case*, RSA, vol. XV, pp. 485-486 ; Rules of Procedure of the Italian – United-States Conciliation Commission, 29 juin 1950, article 10 (e), RSA, vol. XIV, p. 83 ; Rules of Procedure of the United States – Japanese Property Commission, 31 mars 1959, article 13, RSA, vol. XIV, p. 469 ; Compromis Égypte – Israël du 11 septembre 1986, *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, RSA, vol. XX, pp. 110-111 ; Compromis Argentine – Chili du 22 juillet 1971, *Affaire du Canal de Beagle*, RSA, vol. XXI, p. 68 ; Accord d'Alger du 12 décembre 2000 instituant la Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Article 5 §6 (disponible sur le site internet de la CPA, consulté le 30 mai 2016).

³⁴⁵ CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental*, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 10 décembre 1985, Rec. 1985, p. 228. La Cour a par la suite réitéré dans les mêmes termes cette affirmation à l'occasion d'une ordonnance rendue en l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali (voy. l'ordonnance du 9 avril 1987, *Désignation d'experts*, Rec. 1987, p. 8).

portée de leurs conclusions, exposer les motifs qui les auront conduits à adopter celles-ci »³⁴⁶.

Les juges de la Cour ont par ailleurs régulièrement fait référence au rôle de l'expertise dans le cadre de leurs opinions individuelles ou dissidentes. Ainsi, le juge Wellington Koo a estimé, dans son opinion dissidente en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, qu'en raison du caractère technique des questions que la Cour devait résoudre, une expertise aurait pu être ordonnée au visa de l'article 50 du Statut afin d'obtenir un rapport détaillé sur ces questions. Le juge justifie sa position sur ce point en expliquant que « *[s]uch a report would have been of great assistance to the Court in deciding the case by law on the basis of all the relevant facts of a technical as well as other character* »³⁴⁷. De même, dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili-Sedudu*, le juge Oda, abordant les questions techniques à résoudre en vue de la détermination par la Cour de la frontière entre le Botswana et la Namibie, note que :

*« [f]or this purpose, the Court needs the assistance of a hydrological expert [...] who could first inform the Court what criteria were most suitable for the definition of the main channel in this particular geographical situation and, second, which of the two channels would in reality meet those criteria »*³⁴⁸.

Les juges Simma et Al-Khasawneh ont, quant à eux, exposé plus clairement encore cette fonction d'assistance au juge dans leur opinion dissidente commune en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. Comme l'expliquent les deux juges,

*« [t]he Court on its own is not in a position adequately to assess and weigh complex scientific evidence of the type presented by the parties. To refer to only a few instances pertinent for our case, a court of justice cannot assess, without the assistance of experts, claims as to whether two or three-dimensional modelling is the best or even appropriate practice in evaluating the hydrodynamics of a river [...] »*³⁴⁹.

³⁴⁶ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, fond, ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec.* 1948, pp. 126-127. L'on renverra également, dans le même sens, à la déclaration faite par la Cour dans son arrêt au fond selon laquelle « *being anxious to obtain any technical information that might guide it in its search for the truth, the Court submitted the following questions to experts appointed by it [...]* » (arrêt du 9 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 20) ainsi qu'à la seconde ordonnance rendue par la Cour dans cette affaire visant à faire procéder à une expertise pour déterminer le montant des réparations dues par l'Albanie au Royaume-Uni (ordonnance du 19 novembre 1949, *Rec.* 1949, p. 238).

³⁴⁷ CIJ, *Temple de Préah Vihéar*, Cambodge c. Thaïlande, op. diss. Wellington Koo sous arrêt du 15 juin 1962 (fond), *Rec.* 1962, p. 98.

³⁴⁸ CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, op. ind. Oda sous arrêt du 13 décembre 1999 (fond), *Rec.* 1999, pp. 1130-1131.

³⁴⁹ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, op. diss. commune Simma et Al-Khasawneh sous arrêt du 20 avril 2010 (fond), *Rec.* 2010, p. 110.

Et les juges de conclure : « *[i]n short, in a scientific case such as the present dispute, the insights to make sound legal decision necessarily emanate from experts consulted by the Court [...]* »³⁵⁰. Par ailleurs, la CPJI avait d'ores et déjà illustré cette conception de la fonction de l'expertise dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, dans laquelle la Cour avait affirmé qu'« *afin d'éclairer sa religion, avant toute détermination de l'indemnité que le Gouvernement polonais doit payer au Gouvernement allemand, [elle] fera[it] procéder [...] à une expertise* »³⁵¹.

Les groupes spéciaux de l'OMC ont eux aussi explicité la fonction de l'expertise, telle qu'elle est envisagée par le Mémoire d'accord et les différents accords applicables entre les États membres de l'organisation. Ainsi, dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a estimé que « *[l]es opinions exprimées par les experts que nous avons consultés nous aideront à comprendre et à évaluer les preuves présentées et les arguments avancés par les parties* »³⁵². Pareillement, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'arbitre nommé au visa de l'article 22 §6 du Mémoire d'accord³⁵³ a justifié sa décision de consulter pour leur expertise le FMI et la Banque centrale des Caraïbes orientales (ECCB) en expliquant que « *[...] le but de l'arbitre était de rechercher une clarification supplémentaire de certains des éléments factuels qui lui avaient été présentés par les parties pour faire sa détermination en se fondant sur les meilleurs renseignements possibles* »³⁵⁴. Le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* a encore estimé qu'il « *juge[ait] important de consulter des experts afin de procéder à une évaluation objective de la question dont il [était] saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause* »³⁵⁵. S'agissant des experts ayant travaillé pour le Comité mixte d'experts OMS/FAO sur les additifs alimentaires (JECFA) et

³⁵⁰ *Ibid.* p. 113.

³⁵¹ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnités)*, Allemagne c. Pologne, arrêt du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, n°17, p. 51. Dans le même sens, voy. par exemple l'opinion individuelle du juge Anzilotti dans l'affaire *Oscar Chinn*, dans laquelle il explique que la Cour aurait dû « *conformément aux articles 48 et 50 de son Statut, ordonner les preuves nécessaires pour établir la vérité objective des faits et pour se procurer les connaissances techniques indispensables à leur juste appréciation* » (CPJI, *Affaire Oscar Chinn*, Belgique/Royaume-Uni, op. ind. Anzilotti sous arrêt du 12 décembre 1934, *Rec. Série A/B*, n°63, p. 114). Voy. encore l'opinion dissidente du juge Van Eysinga dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique* : « *[i]l s'agit de constater un fait : la situation budgétaire et monétaire de la Grèce. Et, à son tour, cette constatation exige une expertise* » (CPJI, *Affaire de la société commerciale de Belgique*, Belgique c. Grèce, op. diss. Van Eysinga sous arrêt du 15 juin 1939, *Rec. Série A/B*, n°78, p. 182).

³⁵² ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 229. Cette conception de la fonction de l'expertise est d'ailleurs (sans grande surprise cependant) partagée par les Communautés européennes qui ont affirmé, à l'occasion de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), qu'il « *ressort implicitement de la fonction d'aide des avis d'experts que le pouvoir de faire des constatations juridiques, en tant que telles, demeure une prérogative du Groupe spécial [...] Les experts permettent aux groupes spéciaux de bien comprendre les faits scientifiques et techniques d'une cause* » (rapport du Groupe spécial, p. 211).

³⁵³ L'article 22 §6 du Mémoire d'accord vise l'arbitrage qui peut intervenir, après que le Groupe spécial initial a statué sur la violation alléguée, entre le Membre auteur de la violation et le Membre lésé dans le cas où le premier conteste les mesures prises par le second en réponse à la poursuite de la violation (et donc à l'absence de mise en œuvre de la décision rendue par le Groupe spécial initial dans le délai raisonnable indiqué).

³⁵⁴ ORD, *États-Unis – Jeux* (DS285), arbitrage au titre de l'article 22 §6 du Mémoire d'accord, décision du 21 décembre 2007, p. 11.

³⁵⁵ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 172.

que ce même Groupe spécial a décidé de consulter en dépit de l'opposition des parties, il a précisé ne pas avoir voulu se priver

« [...] de la contribution de spécialistes reconnus sur le plan international et [...] bien placés pour aider le Groupe spécial à comprendre les travaux du JECFA auxquels les parties, en particulier les Communautés européennes, avaient beaucoup fait référence dans leurs communications »³⁵⁶.

Enfin, cette fonction d'assistance de l'expertise est également illustrée par la pratique et les déclarations des tribunaux arbitraux. La Commission de conciliation franco-italienne a ainsi déclaré, pour justifier sa décision de recourir à l'expertise dans l'affaire *IVEM*, que « [l]es éléments nécessaires faisant défaut à la Commission de conciliation pour déterminer le dommage indemnisable, il est nécessaire d'ordonner une expertise »³⁵⁷. La Commission mixte des réclamations États-Unis – Allemagne a quant à elle estimé, dans l'affaire de la *Lehigh Valley Railroad Cie*, que « perhaps it would need the assistance of an impartial expert to be retained by it to assist it in appraising certain documentary evidence filed by the American Agent »³⁵⁸. De même, le Tribunal arbitral, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre l'Érythrée et le Yémen* (seconde phase), a précisé qu'il avait désigné un expert parce qu'il « souhait[ait] prendre conseil pour les calculs relatifs aux frontières maritimes et l'établissement technique de la carte correspondante »³⁵⁹. Par ailleurs, faisant face à une accusation portée par le Chili à son encontre, selon laquelle il aurait délégué sa compétence à l'expert qu'il avait nommé, le Tribunal arbitral, dans l'affaire de la délimitation de la frontière entre l'Argentine et le Chili (sentence en révision), a lui aussi explicité la fonction de l'expertise et sa décision d'y avoir recours. Il a ainsi affirmé que :

« [t]his is what happens, moreover, in any dispute, be it national or international, when a technical question (physical, biological, mechanical, chemical, geographical, etc...) is

³⁵⁶ *Ibid.* p. 179. Dans le même sens, voy. encore notamment : ORD, *Inde – Restrictions quantitatives* (DS90), rapport du Groupe spécial, p. 159 ; ORD, *Australie – Saumon* (DS18), annexe II au rapport du Groupe spécial de 1998, p. 247 (procès verbal de la réunion conjointe tenue avec les experts le 4 février 1998) ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), annexe A au rapport du Groupe spécial, p. 187 (procès verbal de la réunion tenue avec les experts le 23 juin 1998) et rapport de l'Organe d'appel, p. 40 (§129 et 130) ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), annexe VI au rapport du Groupe spécial, p. 149 et 222 (procès verbal de la réunion tenue avec les experts le 17 janvier 2000) ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 251.

³⁵⁷ Commission de conciliation France – Italie, *Affaire IVEM*, décision n°125 du 1^{er} mars 1952, *RSA*, vol. XIII, p. 349.

³⁵⁸ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 15 décembre 1933, *RSA*, vol. VII, p. 183.

³⁵⁹ *Affaire du différend territorial et maritime entre l'Érythrée et le Yémen*, Érythrée/Yémen, sentence rendue le 17 décembre 1999 dans la deuxième étape de la procédure (Délimitation maritime), *RSA*, vol. XXII, p. 337.

the subject of the argument. [...] the judge has recourse to an expert on the subject and asks him to make analyses and studies and produce conclusions »³⁶⁰.

35. Au regard de ces éléments, tirés tant des statuts et règlements des tribunaux internationaux que de leur pratique, il paraît clair que la prérogative qui leur est conférée d'ordonner une expertise vise, comme dans les droits d'origine romano-germanique, à leur permettre d'obtenir l'assistance dont ils pourraient avoir besoin en vue de l'établissement et de la bonne compréhension des faits du différend. Cependant, comme évoqué plus tôt, ces constatations quant à la fonction de l'expertise ne se limitent pas au cas de l'expertise ordonnée par le tribunal : au contraire, l'analyse des textes constitutifs des tribunaux internationaux et de leur jurisprudence démontre que le modèle anglo-saxon du témoin-expert se veut ici partiellement renouvelé puisqu'il n'y est pas tant conçu comme un moyen de preuve à la disposition des parties que comme une source supplémentaire d'aide à la décision du juge et d'assistance en matière d'établissement des faits.

En effet, si l'article 63 du Règlement intérieur de la CIJ affirme le droit qu'ont les parties de « *faire entendre tous les témoins et experts* » qu'elles jugent nécessaires à l'appui de leurs allégations, les articles 61 et 62 du même texte viennent d'emblée subordonner l'exercice de ce droit au contrôle du juge. Aux termes de l'article 61, la Cour dispose ainsi de la faculté d' « *indiquer les points ou les problèmes qu'elle voudrait voir spécialement étudiés par les parties ou ceux qu'elle estime suffisamment discutés* ». Il en résulte pour la Cour un pouvoir de direction qui a vocation à s'exprimer non seulement dans le choix des problématiques à aborder par les parties, mais également dans l'appréciation de la quantité d'informations et de preuves nécessaires selon elle pour chacune des problématiques abordées. L'article 62 du Règlement intérieur confère quant à lui à la Cour le pouvoir d'inviter les parties à produire tous moyens de preuve et explications complémentaires qui lui paraîtraient utiles y compris, aux termes du second alinéa de l'article, la faculté de faire déposer les témoins et experts des parties. Sur le fondement de ces deux articles combinés, il est donc parfaitement loisible à la Cour de refuser d'entendre un témoin-expert lorsque son témoignage ne lui semble pas réellement utile – soit qu'il paraisse superflu ou redondant, soit qu'il soit présenté au soutien d'une allégation non pertinente selon elle en vue du règlement du différend – et d'ordonner, à

³⁶⁰ *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, Argentine/Chili, sentence du 13 octobre 1995 en révision et en interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 162. Voy. encore dans le même sens : *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, France/Grèce, sentence des 24/27 juillet 1956, *RSA*, vol. XII, p. 228 ; *Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 301 ; *Affaire de la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago*, La Barbade/Trinité-et-Tobago, sentence du 11 avril 2006, *RSA*, vol. XXVII, p. 160 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, §108 (disponible sur le site de la CPA).

l'inverse, l'audition d'un expert dont le témoignage lui semblerait propre à l'aider dans sa tâche³⁶¹. Il est d'ailleurs parfois fait explicitement référence à cette fonction d'assistance du témoin-expert dans les décisions de la Cour. Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a par exemple affirmé qu'il lui était « *difficile de mesurer la portée exacte des documents reproduits [...] sans le concours d'experts des États-Unis qui auraient pu être cités comme témoins si les États-Unis avaient comparu* »³⁶². Elle a de même estimé, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, que « *même en s'aidant des rapports d'experts de l'une et l'autre des parties* »³⁶³, elle n'était pas en mesure de déterminer si le missile qui avait touché le pétrolier Sea Isle City avait été lancé depuis une zone placée sous contrôle iranien. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie, elle a également écarté un rapport d'expertise de 1937 présenté par le Nicaragua au motif que, réalisé plusieurs décennies auparavant, il lui était « *de peu d'utilité pour l'aider dans sa tâche* »³⁶⁴. Mais c'est sans doute à l'occasion de son arrêt en l'affaire des *Usines de pâte-à-papier sur le fleuve Uruguay* que la Cour a manifesté le plus clairement ses attentes à l'égard des experts des parties. Prenant acte du fait que l'Argentine et l'Uruguay avaient toutes deux choisi de présenter plusieurs experts en qualité de conseils, la Cour affirme qu'elle « *aurait trouvé plus utile que les Parties [...] les présentent en tant que témoins-experts [...] afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse et à celles de la Cour elle-même* »³⁶⁵. Au-delà de ces quelques références expresses, les attentes de la Cour transparaissent plus généralement dans son comportement à l'égard des expertises soumises par les parties : si elle ne s'oppose pas à ce que celles-ci s'appuient sur leurs témoins-experts et les fassent comparaitre – parfois longuement – au cours de l'instance, la Cour conclut *in fine* très régulièrement à l'inutilité des expertises ainsi soumises qui s'avèrent, pour les raisons qui seront évoquées dans le prochain chapitre, incapables de lui fournir les informations dont elle a besoin pour statuer³⁶⁶. La CIJ, héritière

³⁶¹ Cette constatation est encore confirmée par l'article 63 du Règlement de la Cour qui affirme que lorsque l'une des parties veut faire entendre un expert qui ne figure pas sur la liste qu'elle avait initialement communiquée à la Cour en vue de l'audition de ses témoins et experts, l'expert en cause pourra néanmoins être entendu « *si la partie adverse ne s'y oppose pas ou si la Cour considère que la déposition sera vraisemblablement pertinente* ».

³⁶² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 78.

³⁶³ CIJ, *Plates-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, p. 189.

³⁶⁴ CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 décembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 644.

³⁶⁵ CIJ, *Usines de pâte-à-papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 72, §167.

³⁶⁶ Voy. par exemple CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, pp. 35-36 ; CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1063 ; CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 98 ; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, pp. 189-190 ; CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, Malaisie/Singapour, arrêt du 23 mai 2008, *Rec.* 2008, p. 60 ; CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 novembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 644.

d'une conception continentale de l'office du juge, ne semble donc pas retenir de la fonction du témoin-expert une vision limitée à celle qui lui est traditionnellement dévolue dans les droits anglo-saxons d'acteur au service de la défense des intérêts d'une partie. Au contraire, la conception large et active qui caractérise l'office du juge devant la Cour induit un renouvellement partiel de la fonction de l'expertise de partie, qui doit aussi – et peut être même avant tout – répondre aux besoins du juge en matière de compréhension et d'établissement des faits. La même constatation tendait d'ailleurs déjà à s'imposer pour sa devancière, le Règlement intérieur de la CPJI prévoyant par exemple, en son article 48, que la Cour pouvait « *inviter les parties à présenter des témoins ou demander la production de tous autres moyens de preuve sur des points de fait au sujet desquels les parties ne sont pas d'accord* »³⁶⁷.

Le Règlement intérieur du TIDM vient quant à lui confirmer, dans des termes presque parfaitement identiques à ceux du Règlement intérieur de la CIJ, les attentes qui pèsent sur les parties et leurs experts en matière d'assistance au juge. Ainsi, si l'article 78 du Règlement garantit la possibilité pour les parties de faire comparaître tous les témoins et experts de leur choix, les articles 76 et 77 posent comme limite à cette faculté une exigence d'adéquation aux besoins du juge, qui peut d'une part refuser d'entendre un expert dont le témoignage ne lui paraîtrait pas utile, et d'autre part, exiger des parties qu'elles fassent comparaître leurs témoins-experts et qu'elles produisent un ou plusieurs experts supplémentaires³⁶⁸. Le Tribunal est donc à même lui aussi d'orienter sensiblement le processus de production des preuves afin qu'il réponde à ses besoins en matière d'information, de compréhension et d'établissement des faits. Le juge Lucky a en outre évoqué de manière particulièrement claire cette fonction « renouvelée » de l'expertise de partie dans son opinion dissidente rendue en l'affaire de la *Délimitation maritime dans le Golfe du Bengale*. Renvoyant sur ce point au droit interne de Trinité-et-Tobago, lequel reflète selon le juge les règles prévalant en la matière devant les juridictions internationales, il affirme que « *[i]t is the duty of an expert witness to*

³⁶⁷ Pour confirmer ce point s'agissant de la CPJI, l'on renverra par exemple utilement à l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, à l'occasion de laquelle la devancière de la CIJ avait d'ores et déjà requis des parties qu'elles lui soumettent, au travers de leurs témoins-experts respectifs, des informations supplémentaires (CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Allemagne c. Pologne, ordonnance du 22 mars 1926, *Rec. Série A*, n°7, annexe 2, p. 96).

³⁶⁸ Cela résulte des articles 76 et 77 du Règlement intérieur du TIDM, qui se lisent comme suit : « *[l]e Tribunal peut, à tout moment avant ou durant les débats, indiquer les points ou les problèmes qu'il voudrait voir spécialement étudiés par les parties ou ceux qu'il estime suffisamment discutés* » et « *[l]e Tribunal peut, à tout moment, inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'il juge nécessaires à l'éclaircissement de tout aspect des problèmes considérés [...]* ». L'article 77 §2 affirme quant à lui « *[l]e Tribunal peut, s'il y a lieu, faire déposer un témoin ou un expert pendant la procédure* ».

help the Court impartially on matters relevant to his expertise. This duty overrides any obligations to the person from whom he has received instructions »³⁶⁹.

Le contentieux arbitral recèle lui aussi quelques illustrations intéressantes à cet égard. Ainsi, dans l'affaire des *Réclamations découlant des décisions du Tribunal mixte gréco-allemand*, l'arbitre a pu affirmer que

*« [t]he Tribunal has been greatly assisted by the submissions of the parties. The carefully prepared and detailed pleadings [...] and the expert opinions have sharply defined the issues. In addition, they have provided the Tribunal with a panoramic view of the historical setting in which the present controversy arose »*³⁷⁰.

Pareillement, dans l'affaire précitée de la *Lehigh Valley Railroad Cie*, la Commission mixte des réclamations États-Unis – Allemagne a également estimé, à propos des témoignages d'experts soumis par les parties : *« [e]xpert evidence is often an aid in determining questions of the sort here presented »*³⁷¹. En conséquence, face à la décision de l'Allemagne de ne pas produire le rapport d'un expert hautement reconnu qui ne lui était, selon toute vraisemblance, pas favorable, la Commission affirme que *« the impression remained that there had been a withholding of a report which might have shed light on the question argued before the Commission »*³⁷². L'arbitre américain, à l'occasion d'une décision rendue ultérieurement dans la même affaire, a encore mis en lumière les attentes de la Commission à l'égard des experts des parties :

*« [...] more than a thousand pages of expert evidence in the form of reports and exhibits were produced before the Commission. As the Commissioners are not experts, the question before the Commission now, as formerly, is whether, from this logomachy, any definite and tangible results may be deduced which will assist the Commission in deciding the question as stated above »*³⁷³.

³⁶⁹ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, op. diss. Lucky sous arrêt du 14 mars 2012, pp. 10-11.

³⁷⁰ *Affaire concernant des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles*, Allemagne/Grèce, sentence du 26 janvier 1972, RSA, vol. XIX, p. 51.

³⁷¹ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 3 décembre 1932, RSA, vol. VII, p. 121.

³⁷² Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 3 juin 1936, RSA, vol. VII, p. 223.

³⁷³ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 15 juin 1939, RSA, vol. VII, p. 432.

Par ailleurs, après avoir entendu les experts présentés par les parties dans l'affaire *Mannella*, la Commission de conciliation italo-américaine a quant à elle décidé d'ordonner à ces derniers « *to meet and submit further findings on the question of damages* »³⁷⁴, s'assurant par là même leur assistance sur la question de l'évaluation des dommages.

Au-delà des quelques illustrations susmentionnées, cette fonction d'aide à la décision conférée au témoin-expert a également pu transparaître dans le cadre du GATT et devant l'ORD. En effet, dans l'affaire *Japon – Bois d'œuvre*, le Groupe spécial avait par exemple expressément demandé aux parties de prendre les dispositions nécessaires pour que leurs délégations soient accompagnées d'experts techniques lors des réunions³⁷⁵. Le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Coton Upland* a également affirmé :

« [n]ous soulignons que, dans le présent différend, nous considérons que la participation des experts, dans le cadre des communications présentées par les parties et les tierces parties, a contribué de manière constructive à la tâche qui nous incombait de procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis »³⁷⁶.

De la même manière, à l'occasion des audiences tenues en l'affaire *CE – Hormones*, le Président du Groupe spécial a remercié « *en particulier [...] les scientifiques qui ont siégé avec la délégation des CE et qui sont venus ici pour exposer leurs points de vue, leurs convictions et informer [le Groupe spécial] aussi* »³⁷⁷. Dans l'affaire précitée *États-Unis – Coton upland*, le Groupe spécial constitué au titre de l'article 21 §5 du Mémoire d'accord³⁷⁸ a quant à lui indiqué que

« [l]es études citées par les États-Unis et le Brésil dans la présente procédure sont pertinentes dans la mesure où elles fournissent de nouveaux renseignements dont ne disposait pas le Groupe spécial initial »³⁷⁹. En conséquence, « [l]e Groupe spécial a [...] soupesé avec soin les constatations des experts »³⁸⁰.

³⁷⁴ Commission de conciliation États-Unis – Italie, *Affaire Mannella*, décision n°168 du 5 avril 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 310-311.

³⁷⁵ GATT, *Japon – Bois d'œuvre* (BISD 36S/167), rapport du Groupe spécial, p. 3.

³⁷⁶ ORD, *États-Unis – Coton upland* (DS267), rapport du Groupe spécial initial (2004), p. 334, note 1325.

³⁷⁷ ORD, *CE – Hormones* (DS48), procès verbal des réunions tenues avec les experts les 17 et 18 février 1997 (en annexe au rapport du Groupe spécial, p. 447).

³⁷⁸ L'article 21 §5 du Mémoire d'accord prévoit la possibilité de constituer un groupe spécial en vue d'examiner la compatibilité avec les accords de l'OMC des mesures prises par un Membre pour se conformer à une décision rendue à son encontre par un précédent groupe spécial.

³⁷⁹ ORD, *États-Unis – Coton upland* (DS267), rapport du Groupe spécial constitué au titre de l'article 21 §5 du Mémoire d'accord (2007), p. 100.

³⁸⁰ *Id.*

36. Ainsi, si le modèle anglo-saxon du témoin-expert, qui est admis devant la totalité des tribunaux internationaux, est de toute évidence une institution bien intégrée aux procédures de règlement juridictionnel des différends interétatiques, son assimilation par l'ordre juridique international s'est faite, semble-t-il, au prix d'une adaptation aux caractéristiques de ce dernier, et notamment à la conception continentale de l'office du juge qui y prévaut. Les textes constitutifs des tribunaux internationaux affirment en effet clairement, comme démontré plus avant, cette conception large et active de l'office du juge héritée de la tradition romano-germanique. Il en résulte pour l'expert, que celui-ci agisse directement à la demande du juge ou même à la demande d'une partie, une fonction plus ou moins explicite d'assistance au juge dans le cadre de la mission qui lui incombe de rechercher la vérité « objective » des faits du différend. Toutefois, si la lecture des statuts et règlements intérieurs des tribunaux internationaux de même que leur pratique révèlent sans aucun doute une volonté de voir les témoins-experts dépasser leur allégeance – réelle ou présumée – à la partie qui les emploie pour endosser ce rôle d'assistant au juge, force est de constater que ce souhait n'a jusqu'à présent sans doute pas été véritablement entendu.

CONCLUSION DU CHAPITRE

37. La compréhension de l'expertise, qu'il s'agisse de sa fonction ou de ses caractéristiques, exige une remise en contexte de cette mesure au regard de la philosophie globale qui anime l'ordre juridique considéré et plus particulièrement, au regard de la conception de l'office du juge qui y prévaut. Cette dernière notion paraît en effet fondamentale pour appréhender l'expertise dans la mesure où elle traduit l'équilibre des forces existant entre les différents acteurs du procès, équilibre dont découlent tout à la fois le rôle alloué à l'expertise et les modalités selon lesquelles elle sera mise en œuvre. Qu'en est-il alors de la conception de l'office du juge devant les fors internationaux ? En dépit des controverses doctrinales suscitées à ce sujet par l'influence grandissante de la tradition de common law, l'étude des textes constitutifs des tribunaux internationaux, des travaux préparatoires qui les ont précédés, ou même de la jurisprudence internationale démontre sans aucun doute possible que l'office du juge international est conçu de manière active, le juge étant voué à rechercher la vérité objective des faits de la cause comme préalable nécessaire au règlement du litige, suivant le modèle qui prévaut dans les droits internes de tradition romano-germanique.

Cette conception large et active du rôle et des pouvoirs du juge international devait par suite conférer à l'expertise des caractéristiques très proches de celles qu'on lui connaît dans les droits

continentaux : celle-ci est en effet conçue devant les tribunaux internationaux comme une mesure à laquelle le juge peut avoir recours pour obtenir toutes les informations qu'il estime nécessaires au règlement du différend. Elle est mise à sa disposition, que ce soit au travers de la nomination d'un expert du tribunal ou, plus rarement, par l'utilisation des témoins-experts des parties, afin de l'assister dans la recherche de la vérité et de lui permettre de statuer en toute connaissance de cause. Cependant, si telle est bien la façon dont l'expertise fut initialement pensée par les rédacteurs des statuts et règlements des tribunaux internationaux, c'était compter sans les spécificités propres à l'ordre juridique dans lequel elle devait s'insérer, et qui ne pouvaient manquer d'influer fortement sur la fonction et les modalités de l'expertise devant ces tribunaux. La conception continentale active de l'office du juge, qui prévaut originellement devant eux et qui confère à l'expertise les caractéristiques sus-évoquées, se heurte ainsi à une spécificité essentielle de l'ordre juridique international qui tient à la souveraineté des acteurs étatiques et qui s'accommode bien mieux quant à elle du modèle du juge passif prévalant en common law. De cette tension entre les deux traditions résulte inévitablement, comme il sera démontré dans le chapitre suivant, une remise en cause des caractéristiques initialement conférées à l'expertise devant les tribunaux internationaux et surtout, une diminution importante de son efficacité.

Chapitre 2

L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF BRIDE DE RECHERCHE DE LA VERITE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

38. Si la possibilité pour le juge international de recourir à l'expertise semble théoriquement acquise, la pratique révèle une réalité sensiblement plus complexe : en effet, bien que la recherche de la vérité s'avère souvent être un enjeu fondamental dans le contentieux international, la tendance naturelle des États à craindre d'éventuelles atteintes à leur souveraineté et plus largement à leurs intérêts les conduit à envisager l'expertise avec méfiance (section 1). En conséquence, il n'est pas rare qu'ils tentent d'exercer un contrôle sur les décisions du juge en matière d'expertise, ce qui est susceptible d'engendrer d'importantes conséquences du point de vue de la recherche de la vérité et ultimement, de la capacité du juge à résoudre de manière satisfaisante et durable le différend qui oppose les parties (section 2).

Section 1

LE DILEMME DES ETATS FACE A L'EXPERTISE

39. Du fait des enjeux très particuliers du contentieux interétatique, que l'on pointait d'ores et déjà du doigt dans l'introduction de cette étude, la recherche de la vérité s'avère bien souvent essentielle pour garantir l'exactitude et la qualité de la décision qui sera rendue par le juge et permettre *in fine* le règlement paisible et durable du conflit qui oppose les États. Aussi l'expertise, qui s'analyse dans l'ordre juridique international comme une mesure mise à la disposition du juge en vue de la recherche de la vérité, paraît-elle particulièrement indiquée en vue d'atteindre ce but (§1). Cependant, la liberté et le large pouvoir qu'elle confère au juge international, tout autant que l'impact important et peu prévisible qu'elle est susceptible d'avoir sur le jugement qu'il rendra constituent des risques intrinsèques pour la défense de la souveraineté et plus largement des intérêts des États. Par conséquent, l'expertise inspire presque inévitablement à ces derniers une méfiance importante et difficile à juguler (§2).

§1 - L'expertise et l'importance de la recherche de la vérité dans le contentieux interétatique

40. Comme le démontrent les développements du chapitre premier, la recherche de la vérité semble avoir été placée au cœur de l'instance internationale, que l'on s'intéresse aux premières juridictions internationales permanentes telles la CPJI et la CIJ ou même aux juridictions permanentes spécialisées créées au cours des dernières décennies. Cet état de fait n'est en rien le fruit du hasard : au-delà des circonstances particulières et tragiques ayant abouti à la création de la CPJI et de son héritière, c'est sans doute dans les spécificités mêmes du contentieux interétatique que résident les raisons expliquant ce choix. Ce contentieux présente en effet une dimension tout à fait particulière de par ses enjeux. S'il n'est pas contesté que le contentieux de droit interne ou le contentieux international non-interétatique présentent bien un enjeu – qui peut d'ailleurs s'avérer fondamental pour les litigants et qui est en tout état de cause suffisamment important à leurs yeux pour justifier l'engagement d'une procédure juridictionnelle – les différends entre États dépassent eux, de par leurs incidences potentielles, le cadre des intérêts subjectifs des États concernés. Cela trouve à s'expliquer par la conjonction de plusieurs facteurs. Tout d'abord, les moyens à la disposition des États dans le cadre des conflits qui les opposent sont virtuellement illimités : qu'il s'agisse de ressources économiques et financières, de moyens humains, technologiques, militaires ou politiques, la palette des choix qui s'offrent aux États en la matière ne connaît guère de restrictions pratiques. Ensuite, et c'est là indubitablement un facteur aggravant, le caractère décentralisé de l'ordre juridique international ne permet que très imparfaitement de contrôler les actes des États et de juguler leurs éventuelles dérives. L'État, qui demeure sans aucun doute aujourd'hui encore au cœur de l'ordre juridique international, se définit en effet au travers de sa souveraineté : celle-ci implique un monopole dans l'exercice de l'autorité sur son territoire et sa population au plan interne mais surtout, elle implique qu'aucune entité quelle qu'elle soit ne puisse théoriquement lui imposer sa volonté de manière unilatérale. Il en résulte un pouvoir important pour l'État, qui ne saurait admettre de contrainte qui n'aurait pas été préalablement acceptée par lui. Enfin, et bien que cela paraisse évident, il faut rappeler qu'au-delà de l'entité politique abstraite à laquelle on se réfère le plus souvent, l'État recouvre une réalité concrète, celle d'un groupement humain de plusieurs milliers, millions voire milliards d'individus vivant sur un même territoire ; aussi ses décisions sont-elles susceptibles d'affecter un très grand nombre de personnes – et plus largement d'êtres vivants – surtout lorsqu'elles sont prises dans la sphère internationale. La combinaison de ces trois facteurs

laisse aisément deviner la gravité et l'ampleur des conséquences susceptibles de découler des conflits qui opposent les États.

41. Face à cette réalité, plusieurs modes de règlement pacifiques des différends interétatiques furent développés, parmi lesquels le règlement juridictionnel occupe une place particulière. S'il constitue un mode traditionnel de solution des litiges en droit interne, sa transposition en droit international – tout particulièrement sous une forme institutionnalisée – n'allait pas de soi en raison à nouveau du caractère décentralisé et très faiblement intégré de la société des États. Pourtant, celui-ci constitue parfois indubitablement un outil précieux pour résoudre les différends interétatiques. Le règlement juridictionnel repose en effet sur la prééminence de la règle de droit, qui tire sa force contraignante de la volonté librement exprimée par l'État de se lier par cette règle. Est ainsi déjouée la problématique de la souveraineté étatique puisque, comme l'a affirmé la CPJI dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*,

« [l]a Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté [...] la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »³⁸¹.

Toutefois, et cette constatation s'avère plus vraie encore dans le cadre du règlement des différends, l'efficacité de la règle de droit est toujours subordonnée à la restitution exacte des faits de la cause : parce que le droit s'applique aux faits, une erreur sur les faits est susceptible d'aboutir à une solution juridiquement erronée qui sera à son tour incapable de permettre le règlement pacifique et durable du différend. Pointant du doigt la gravité d'une telle hypothèse au regard des enjeux particuliers des différends interétatiques, Sandifer affirme ainsi que

« [...] the consequences of error or a failure to ascertain the facts in reaching a decision are, in many instances, more far reaching in their effect than in litigation between ordinary private parties in municipal tribunals. The vital interests of states, directly concerning the welfare of thousands of people, may be adversely affected by a decision based upon a misconception of the facts. The maintenance of friendly relations between

³⁸¹ CPJI, *Affaire du Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne, arrêt du 17 août 1923, Série A, n°1, p. 25.

the states involved may well depend upon the fairness and thoroughness of the proceedings through which a decision is reached »³⁸².

Aussi, la recherche de la vérité objective des faits par le juge international revêt-elle une importance fondamentale en ce qu'elle conditionne l'application correcte de la règle de droit et par-là même, la capacité du juge à résoudre effectivement le conflit opposant les États.

42. Cela est d'autant plus vrai que le règlement juridictionnel constitue un mode relativement exceptionnel de règlement des différends interétatiques. Loin d'être un automatisme au plan international, le recours au juge ne concerne en effet qu'une part très limitée des différends qui surviennent quotidiennement entre les États. Ceux-ci donnent le plus souvent leur préférence à des mécanismes flexibles, qui permettent un règlement rapide, discret et peu coûteux des conflits, tels les bons offices, la médiation ou la conciliation³⁸³. Comme le note très justement (bien qu'à l'égard du corpus plus restreint du droit international de l'environnement) Sandrine Maljean-Dubois,

« [o]n retrouve là une tendance générale de la société internationale qui donne la préférence à des procédures souples et politiques de règlement des différends, plutôt qu'au règlement juridictionnel. Les mécanismes diplomatiques classiques ont l'avantage de la souplesse et souvent de la discrétion, et permettent de lisser les différends tout en ménageant les susceptibilités »³⁸⁴.

Dès lors, et puisqu'il ne va manifestement pas de soi, le choix des États de porter un différend devant le juge international semble sous-tendu par des attentes particulières, qui ne peuvent être satisfaites par le recours aux mécanismes diplomatiques sus-évoqués. Un examen rapide des différends soumis au juge international laisse à penser que ces attentes seraient le plus souvent liées au caractère sensible du différend, soit qu'il s'agisse d'un contentieux sensible par nature pour les États tel celui des délimitations territoriales et maritimes³⁸⁵, soit que le différend en cause présente ponctuellement

³⁸² SANDIFER (D. V.), *Evidence before international tribunals*, Charlottesville : University Press of Virginia, 1975, p. 3.

³⁸³ Il est d'ailleurs révélateur que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC fasse la part belle aux mécanismes des bons offices, de la médiation et de la conciliation préalablement et en parallèle à la possibilité pour les États de demander l'institution d'un groupe spécial.

³⁸⁴ MALJEAN-DUBOIS (S.), Synthèse du rapport du GIP Droit & Justice, « *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : Place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles* », mai 2008, p. 3, disponible sur le site du GIP à l'adresse http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/syntheses/170-Maljean-Dubois_Droit_environnement.pdf (consulté le 13 octobre 2013).

³⁸⁵ Il s'agit sans doute là d'un des contentieux les plus fréquemment soumis au juge international puisque, selon nos calculs, il représente à lui seul plus d'un tiers des affaires tranchées par la CIJ (43 affaires sur les 123 déjà jugées par la Cour au 17 juin 2016) et plus d'un quart des arbitrages recensés dans le recueil des sentences arbitrales des Nations Unies (environ 60 affaires sur les près de 220 répertoriées).

des enjeux importants pour ces derniers³⁸⁶. Enfin, il existe aussi des exemples dans lesquels les États, ayant échoué à résoudre leur différend par le recours aux mécanismes diplomatiques, décident de s'en remettre au juge³⁸⁷. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, le caractère généralement sensible des différends soumis au juge international implique des attentes d'autant plus fortes des États en matière d'administration de la justice, d'intégrité du processus de règlement des différends et *in fine*, de qualité et de justesse de la décision. Or, ces attentes ne sauraient de toute évidence être comblées en cas d'erreur sur les faits. Rappelant cet état de fait, Manfred Lachs explique que « *[t]he Court must be fully informed of all the relevant elements, so as to be able to evaluate them properly and decide the dispute, or reply to the question, in a way that is satisfactory* »³⁸⁸. Renvoyant au Règlement intérieur de 1978 et aux pouvoirs étendus qu'il confère à la Cour « *to enquire into all circumstances of the case and to obtain whatever information is necessary* »³⁸⁹, l'ancien président de la Cour conclut que « *[t]his gives the Court the power to pursue what is so important in the administration of justice : the objective truth* »³⁹⁰.

43. Une dernière caractéristique du contentieux interétatique doit encore être évoquée qui explique, outre les raisons précédemment mentionnées, l'importance que revêt la recherche de la vérité dans ce cadre. À la différence des procédures contentieuses de droit interne qui garantissent en principe un double degré de juridiction, le juge international statue lui en premier et dernier ressort. Les États parties au différend ne peuvent donc pas en principe interjeter appel de ses décisions³⁹¹, qui

³⁸⁶ Cf. notamment CIJ, *Anglo-iranian Oil Co.*, Royaume-Uni c. Iran, arrêt du 22 juillet 1952 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1952, p. 93 et s. ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt du 5 février 1970 (fond), *Rec.* 1970, p. 3 et s. ; CIJ, *Eletronica Sicula S.p. A. (ELSI)*, États-Unis c. Italie, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 15 et s. ; CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, Djibouti c. France, arrêt du 4 juin 2008, *Rec.* 2008, p. 177 et s. ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 14 et s. Quant aux arbitrages, voy. entre autres l'*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, France c. Pologne, sentences du 30 novembre 1929 et du 24 novembre 1932, *RSA*, vol. III, p. 1669 et s. ; *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1455 et s. ; *Affaire des phares de l'Empire Ottoman*, Grèce/France, sentence des 24/27 juillet 1956, *RSA*, vol. XII, p. 155 et s. ; *Affaire concernant l'accord relatif au service aérien du 27 mars 1946*, France/États-Unis, sentence du 9 décembre 1978, *RSA*, vol. XVIII, p. 417 et s. ; *Différend concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la convention OSPAR*, Irlande/Royaume-Uni, sentence du 2 juillet 2003, *RSA*, vol. XXIII, p. 59 et s. ; *Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (Affaire du Rhin de fer)*, Belgique/Pays-Bas, sentence du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 35 et s.

³⁸⁷ Voy. par exemple à cet égard CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1045 et s. et CIJ, *Différend frontalier entre le Cameroun et le Nigéria*, Cameroun/Nigéria, arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 275 et s.

³⁸⁸ LACHS (M.), « Evidence in the procedure of the International Court of Justice : The role of the Court », in PÉREZ GONZÁLEZ (M.) (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid : Tecnos, 1993, p. 427.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 430.

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ Il faut sans doute mentionner ici le cas de l'Organe d'appel institué dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et que les États peuvent saisir pour contester les décisions des groupes spéciaux. Toutefois, l'Organe d'appel étant exclusivement juge du droit, il ne possède pas le pouvoir de procéder à de nouvelles constatations factuelles. En conséquence, comme le note très justement Éric Canal-Forgues, « *[m]algré son nom trompeur [...]*

sont finales et contraignantes à leur égard. Cette spécificité du contentieux interétatique, qui implique qu'il ne puisse guère être remédié à une éventuelle erreur sur les faits, confère une fois encore à la recherche et à l'établissement de la vérité matérielle des faits une importance capitale, comme le soulignent le Professeur Rosenne³⁹² ou le Professeur Franck. Renvoyant à cette nécessité impérative pour le juge international de rechercher et – dans toute la mesure du possible – de parvenir à la vérité, ce dernier affirme d'ailleurs que la juridiction internationale

« [...] as both trial court and court of ultimate jurisprudential recourse, is in a far more difficult position than domestic courts, where it is customary to make fact-determination the principal concern of the lower court while leaving it to a higher tribunal to devote itself almost exclusively to the jurisprudential issues applicable to predetermined facts »³⁹³.

44. Au regard des caractéristiques sus-évoquées et de la nécessité souvent impérative qui en découle tant pour le juge que pour les États de parvenir à restituer aussi fidèlement que possible les faits de la cause, l'on ne saurait raisonnablement contester l'intérêt d'une mesure telle que l'expertise dans le cadre du contentieux interétatique. Pourtant, et si les États ne semblent pas ignorer cet état de fait, force est de constater que cette mesure suscite chez eux bien plus de crainte que d'assurance, et pour cause puisque les avantages qu'elle peut présenter en matière de recherche de la vérité semblent contrebalancés par un risque évident et non négligeable d'atteinte à la souveraineté et/ou aux intérêts de l'État.

§2 - L'expertise et les risques d'atteinte à la souveraineté et aux intérêts de l'État

45. Ainsi qu'illustré dans le chapitre précédent, les juridictions internationales ont hérité dans une large mesure des principes et de la conception du procès qui prévalent dans la tradition romano-germanique. Cependant, il eut sans doute été excessivement naïf d'escompter que l'ordre juridique

*l'Organe d'appel ne constitue pas un deuxième degré de juridiction, mais s'apparente plutôt à une instance de cassation [...] » (CANAL-FORGUES (É.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 3^{ème} éd., p. 88).*

De manière générale, comme le note Élisabeth Zoller, « *[e]n droit international, l'appel est une voie de recours tout à fait exceptionnelle* » (ZOLLER (É.), « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *AFDI*, 1978, vol. 24, p. 327). Seules deux voies de recours semblent concrètement envisageables suite à une décision internationale : le recours en interprétation et le recours en révision. Or, le premier est subordonné à la découverte d'un fait nouveau qui, s'il avait été connu du juge, aurait pu influencer de manière décisive sa décision tandis que le second consiste en principe dans une simple explication de la décision du juge. Cet état de fait laisse peu de chance de pouvoir effectivement faire constater et remédier à une erreur sur les faits commise à l'occasion d'une précédente décision.

³⁹² ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 242.

³⁹³ FRANCK (T. M.), « Fact-finding before the ICJ », in LILLICH (R. B.) (dir.), *Fact-finding before international tribunals. Eleventh Sokol Colloquium*, New York : Transnational Publishers Inc, 1992, p. 21.

international se contenterait de transposer, dans sa globalité – y compris ses effets – et sans autre forme d'adaptation à ses spécificités, le contenu de cet héritage. En effet, si l'importation au sein d'un système juridique d'une norme ou d'une institution issue de tel ou tel autre système juridique ne pose *a priori* pas de problème insoluble, les effets que celle-ci est à même de produire dépendent en revanche essentiellement du contexte procédural et institutionnel dans lequel elle s'insère. Aussi n'est-il guère étonnant de constater que les effets qui étaient induits par l'institution ou la norme dans son système d'origine peuvent différer sensiblement de ceux qu'elle est susceptible de produire dans le système dans lequel elle est importée. Le Professeur Damaška a d'ores et déjà mis en lumière ce phénomène de corrélation entre la norme et son environnement, déterminant les effets spécifiques qui lui sont attachés :

« [...] the success of most procedural innovation depends less than lawyers like to think on the excellence of the rules [and] most directly on the institutional context in which justice is administered in a particular country. If imported rules are combined with native ones in disregard of this context, unintended consequences are likely to follow in living law »³⁹⁴.

En conséquence, il était inévitable que les principes reçus en héritage de la tradition continentale subissent une certaine érosion au contact des caractéristiques propres à l'ordre juridique international au sein duquel ils allaient trouver à s'intégrer. Parmi ces caractéristiques, il en est une qui ne pouvait manquer de contribuer fortement à ce phénomène d'érosion tant elle imprègne la logique, la structure, et de manière plus générale chacun des aspects de l'ordre juridique international : il s'agit bien évidemment de la notion de souveraineté de l'État, qui constituait et qui constitue toujours la pierre angulaire de cet ordre juridique. Si la souveraineté étatique ne peut jamais être entendue dans un sens absolu du fait de l'existence d'une pluralité d'États, elle garantit en revanche théoriquement à chacun d'entre eux qu'il n'existe aucune autorité qui lui soit supérieure ni qui puisse lui imposer unilatéralement sa volonté. Il n'est dès lors guère surprenant que les États affichent une tendance nette à la protection de leur souveraineté et plus largement de leurs intérêts et qu'ils conçoivent avec méfiance tout élément susceptible d'y porter atteinte.

46. Prenant acte de cette réalité, l'on voit déjà se profiler l'antagonisme potentiel entre les principes hérités par les juridictions internationales de la tradition continentale – en premier lieu sa conception large et active de l'office du juge – et la propension des États à tenter de se prémunir

³⁹⁴ DAMAŠKA (M. R.), « The uncertain fate of evidentiary transplants : Anglo-American and Continental experiments », *op. cit.* p. 839.

contre toute atteinte à leurs intérêts. En effet, ces derniers se montrent déjà naturellement peu enclins, comme expliqué précédemment, à déléguer à un tiers indépendant le règlement de leurs différends ; à plus forte raison craignent-ils sans doute une mesure telle que l'expertise, qui a pour effet de conférer au juge une liberté et un pouvoir étendus dans le cadre de l'accomplissement de sa mission. Outre que ses modalités ne laissent habituellement pas ou peu de place à l'exercice par les parties d'un éventuel contrôle sur le choix de l'expert et le contenu de sa mission, le recours à un expert du tribunal ne saurait manquer de susciter la méfiance des États puisqu'il est destiné à permettre au juge d'enquêter sur les faits et de se forger sa propre opinion, au-delà des éléments de preuve fournis par les parties et par là même, d'un point de vue théorique au moins, en dehors de toute influence de leur part. Bien qu'il apparaisse généralement plus rassurant pour les États dans la mesure où il leur offre un meilleur contrôle des modalités de l'expertise, le modèle anglo-saxon du témoin-expert n'en est parfois pas moins susceptible, ainsi que l'a exposé le chapitre précédent, d'être utilisé par le juge pour obtenir les informations dont il a besoin et ce, indépendamment du rôle que le témoin-expert est appelé à jouer auprès des parties. Symbole de l'indépendance et des larges pouvoirs dont jouit le juge dans le cadre de l'instance internationale – et partant, du contrôle et des pouvoirs comparativement restreints dont les parties sont supposées disposer dans le même cadre – l'expertise est indubitablement source d'inquiétude pour les États, qui y voient un risque non négligeable d'atteinte à leur souveraineté et par dessus tout, à leurs intérêts.

47. Par delà cet élément, dont l'impact psychologique suffit sans doute à lui seul à expliquer la méfiance des États à l'égard de l'expertise, un second élément lié à la nature même de la mesure rajoute encore à cet *a priori* négatif. Que le juge fasse appel à un expert du tribunal ou qu'il s'en remette aux témoins-experts des parties, l'expertise n'a lieu d'être en tout état de cause que parce qu'il ne dispose pas des connaissances ou des compétences nécessaires pour trancher tel ou tel aspect du cas qui lui est soumis. La première conséquence qui résulte de cet état de fait est que l'expertise repose sur un déséquilibre fondamental entre le juge, ignorant et démuné face aux aspects en cause, et l'expert, savant aux connaissances spécialisées dont le juge est tributaire pour mener à bien sa mission. Ce déséquilibre fait indubitablement de l'expertise un instrument dangereux pour les États : la situation de dépendance plus ou moins avancée dans laquelle se trouve le juge à l'égard de l'expert confère à ce dernier une influence non négligeable – et même régulièrement déterminante – sur la décision qui sera prise par le juge. Comme l'affirme l'Organe d'appel de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* :

« les experts consultés par un groupe spécial peuvent avoir un rôle décisif dans une affaire, en particulier quand elle met en jeu des questions scientifiques très complexes

*comme c'est le cas en l'espèce [...] Les experts désignés par un groupe spécial peuvent fortement influencer sur le processus de prise de décision »*³⁹⁵.

Cela est d'autant plus vrai que, du fait de son ignorance sur les questions faisant l'objet de l'expertise, l'évaluation par le juge de la valeur de l'expertise fournie peut s'avérer largement hasardeuse. Il s'agit là de la seconde conséquence – à vrai dire étroitement imbriquée avec la première – qui résulte de la nature même de l'expertise. Si le juge doit faire appel à un expert pour obtenir les connaissances et/ou compétences nécessaires pour se prononcer sur un aspect de la cause pendant devant lui, une question se pose alors inévitablement qui met à rude épreuve les exigences de la logique : le juge ne possédant pas ces connaissances et étant forcé de s'en remettre à l'expert sur les questions en cause, comment serait-il par suite en mesure d'apprécier de manière rationnelle et efficace la valeur des rapports qui lui sont soumis ? Ce paradoxe a été mis en lumière de longue date par la doctrine et les praticiens anglo-saxons. Ainsi, au début du siècle dernier, le juge Learned Hand écrivait-il que

*« [t]he whole object of the expert is to tell the jury, not facts, as we have seen, but general truths derived from his specialized experience. But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own ? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all »*³⁹⁶.

Jennifer Mnookin a également insisté sur ce problème de compétence épistémologique du juge : *« Experts are necessary precisely because of what the jury does not know [...] But if the jury lacks the knowledge that the expert provides, how, then, can it rationally evaluate the expertise on offer ? »*³⁹⁷. Sans doute le juge peut-il tenter en pareils cas de recourir à des critères purement formels d'appréciation de l'expertise fournie, tels ceux relatifs aux qualifications de l'expert, au respect par celui-ci d'une méthodologie scientifique, à l'existence d'une évaluation de cette méthodologie par ses pairs ou encore à ses capacités d'argumentation et à son comportement global, notamment lors des interrogatoires et contre-interrogatoires etc³⁹⁸. Mais comme le note Jennifer Mnookin, parce que

³⁹⁵ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport de l'Organe d'appel, p. 229, §480. Et l'Organe d'appel de mentionner encore dans son rapport que : *« [l]es experts scientifiques et la façon dont leurs avis sont demandés et évalués peuvent avoir une forte incidence sur l'étude des éléments de preuve par un groupe spécial [...] en particulier dans les affaires comme celles-ci où des questions scientifiques très complexes sont en jeu »* (p. 207, §436).

³⁹⁶ HAND (B. L.), « Historical and practical considerations regarding expert testimony », *Harv. L. Rev.*, 1901, vol. 15, n°1, pp. 54-55.

³⁹⁷ MNOOKIN (J. L.), « Expert evidence, partisanship and epistemic competence », *Brooklyn L. Rev.*, 2008, vol. 73, n°3, pp. 1012-1013.

³⁹⁸ Sur ce point, une bonne illustration est fournie par les juridictions américaines et l'expérience – largement insatisfaisante – des jurisprudences *Frye v. United States* de 1923 (selon laquelle les nouvelles techniques et formes

ces critères formels constituent des « *mechanisms for assessing expertise outside of one's domain of knowledge* », ils sont par nature « *secondary indicia, proxies* » et ils ne permettent en aucun cas au juge d'évaluer réellement la valeur des affirmations contenues dans le rapport d'expertise³⁹⁹. Un expert renommé peut par exemple défendre une analyse qui s'avère erronée tandis qu'un expert possédant des qualifications de prime abord moins impressionnantes peut présenter un travail de grande valeur, caractérisé par la rigueur et l'exactitude. Pareillement, l'on peut douter que des critères aussi superficiels s'avèrent efficaces à départager entre un expert peu éloquent dont la thèse est parfaitement bien étayée sur le plan scientifique et un second expert qui, bien que défendant une thèse affectée de certaines insuffisances sur ce point, apparaît particulièrement charismatique et convaincant. Tout au mieux ces critères formels peuvent-ils donc permettre d'identifier et de dénoncer les insuffisances les plus grossières et les vices les plus flagrants dont l'expertise peut se trouver affectée. Dans ces circonstances, l'on conçoit aisément que les États puissent nourrir des craintes à l'égard de l'expertise : celle-ci est en effet susceptible d'influencer fortement la décision du juge international, y compris dans un sens qui leur est défavorable, sans que les États puissent nécessairement anticiper ou contrôler cette influence et l'impact effectif qu'elle aura sur la décision finale.

48. Un dernier élément doit encore être mentionné qui est en partie lié aux limitations auxquelles le juge est confronté d'un point de vue épistémologique et qui contribue sans aucun doute à accroître la méfiance des États s'agissant du recours par le juge à l'expert. Il réside dans l'impact non négligeable que l'expertise peut avoir sur la compétence du juge et ses limites. Ainsi que l'exposera plus longuement le chapitre deux du titre prochain⁴⁰⁰, la conjonction entre ce problème de compétence épistémologique du juge d'une part et l'extrême fragilité de la distinction entre le fait et le droit d'autre part induit un risque évident de délégation par le juge de son office à l'expert. Par ailleurs, et bien que cette hypothèse semble plus rare, l'expertise comporte aussi le risque de voir le juge dépasser à travers elle les limites de la compétence qui lui a été attribuée par les États. Dans un

d'expertise doivent être admises comme probantes dès lors qu'elles sont généralement acceptées par la communauté scientifique) ou plus récemment *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc* de 1993 (qui explique que le juge, pour apprécier la valeur de l'expertise, doit prendre en compte divers éléments : les affirmations de l'expert peuvent-elles et ont-elles été scientifiquement démontrées ? Ont-elles été soumises à une évaluation par ses pairs ? Quel est le taux d'erreur de la technique employée par l'expert pour parvenir au résultat et l'importance des contrôles dans le cadre de sa mise en œuvre ? etc...).

³⁹⁹ *Op. cit.* MNOOKIN (J. L.), « Expert evidence, partisanship and epistemic competence », p. 1013 ; BERNSTEIN (D. E.), « Expert witnesses, adversarial bias and the (partial) failure of the Daubert revolution » ; BLUMENTHAL (J. A.), « A wipe of the hands, a lick of the lips : the validity of demeanor evidence in assessing witness credibility », *Neb. L. Rev.*, 1993, vol. 72, pp. 1157-1204 ; GIANNELLI (P. C.), « Junk science : The criminal cases », *J. Crim. L. & Criminology*, 1993, vol. 84, n°1, pp. 105-128. *A contrario*, HAACK (S.), « Inquiry and advocacy, fallibilism and finality : Culture and Inference in Science and Law », *Law Prob. & Risk*, 2003, vol. 2, pp. 205-214 ; *op. cit.*, DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, pp. 108-109.

⁴⁰⁰ *Infra*, §93 et s.

cas comme dans l'autre, il paraît inévitable que l'expertise suscite une fois de plus les craintes et la méfiance des États : qu'elle offre au juge l'opportunité d'acquérir une liberté toujours plus grande en méconnaissance de la volonté des États ou bien qu'elle le conduise à déléguer son pouvoir de juger à l'expert en dehors de toute acceptation et de tout contrôle de leur part, elle présente en tout état de cause un risque important d'atteinte à la souveraineté des États.

49. À l'issue de ces développements, l'on ne peut guère que constater les dangers multiples que comporte l'expertise pour les États. Ces derniers, farouchement attachés à la défense de leurs intérêts, aspirent tout naturellement à un degré de contrôle élevé dans le cadre de l'instance internationale. Or, que ce soit parce qu'il confère au juge une grande liberté et le pouvoir de s'informer indépendamment de la contribution des parties, parce qu'il est susceptible d'influencer lourdement et de manière peu prévisible la décision qui sera rendue ou encore parce qu'il peut aboutir à un effacement des limites de la compétence du juge, le recours à l'expert se traduit au contraire le plus souvent par un contrôle restreint – voire très restreint – des États sur la procédure et le déroulement de l'instance. Ce faisant, il implique nécessairement un risque pour la défense de leurs intérêts. L'on comprend dès lors la volonté des États de limiter le risque que représente pour eux l'expertise en tentant de restreindre la liberté du juge international en la matière.

Section 2

LA SOUVERAINETE DE L'ETAT, LIMITE STRUCTURELLE A L'EFFICACITE DE L'EXPERTISE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE

50. Face aux risques que présente pour eux le recours par le juge à l'expertise, les États ont manifesté la volonté non équivoque et assez prévisible d'en contrôler le cours. Celle-ci se manifeste à tous les stades de la procédure d'expertise, depuis l'appréciation que fait le juge de la nécessité et/ou de l'opportunité de cette mesure jusqu'au choix de l'expert et à la détermination des modalités pratiques d'organisation de l'expertise (§1). Si cela est sans doute de nature à rassurer les États, c'est souvent au prix d'une efficacité diminuée – voire totalement annihilée – de l'expertise et partant, au prix de concessions potentiellement importantes en matière de recherche de la vérité (§2).

§1 - La volonté de contrôle de l'expertise par l'État

51. La conception active de l'office du juge qui caractérise la tradition romano-germanique influence fondamentalement, ainsi que montré plus avant, la fonction de l'expertise. Mais elle ne

saurait déterminer la fonction conférée à cette mesure sans, dans le même temps, en influencer fortement les modalités. En effet, l'expertise s'envisage dans les droits romano-germaniques comme une mesure visant à aider le juge dans la mission qui lui incombe de rechercher la vérité matérielle des faits du différend. Le corollaire immédiat de cette constatation réside dans le fait que l'expertise se trouve entièrement subordonnée aux besoins du juge, besoins que ce dernier est par ailleurs seul capable d'identifier puisqu'ils sont fonction de sa compréhension (plus ou moins partielle) des problématiques factuelles, scientifiques ou techniques du litige ainsi que de l'étendue des connaissances ou compétences dont il dispose pour y faire face. L'expertise est par suite une mesure intrinsèquement dépendante des appréciations que porte le juge à un moment « T » sur le litige qui lui est soumis. Elle constitue d'ailleurs en ce sens un reflet de la subjectivité du juge : elle dévoile la façon spécifique dont il comprend les éléments tant factuels que juridiques mis à sa disposition, la lecture sélective qu'il en opère pour faire émerger la ou les problématiques qui lui paraissent contenir la solution du différend et enfin, l'évaluation qu'il porte sur sa propre capacité à comprendre – dans leur ensemble, y compris leur complexité – ces problématiques et à envisager un ou plusieurs éléments de solution propres à les résoudre. De par la fonction qui lui est conférée d'assister le juge, de le seconder dans la mission qui lui incombe de parvenir à la vérité « objective » des faits, l'expertise est ainsi nécessairement déterminée dans chacun de ses aspects par la subjectivité du juge.

En conséquence, il est généralement admis dans les droits de tradition romano-germanique que le juge est seul capable d'apprécier la nécessité de l'expertise, qui ne constitue d'ailleurs qu'une faculté mise à sa disposition par le tribunal ou plus rarement par les parties⁴⁰¹. S'il est donc libre de décider d'y recourir, que ce soit en diligentant lui-même une expertise ou en acceptant de recevoir les rapports et témoignages des experts des parties, il peut tout aussi bien s'en abstenir lorsque cela ne lui paraît pas nécessaire. Ce principe, qui confère au juge un monopole, une compétence exclusive et discrétionnaire dans l'appréciation de la nécessité de l'expertise, trouve d'ailleurs à s'incarner dans

⁴⁰¹ Pour une illustration de ce principe dans les droits internes de tradition continentale, *op. cit.* LECLERC (O.), pp. 278-288 et PINCHON (F.), MILLO (F.) (dir.), *L'expertise judiciaire en Europe. Etudes des systèmes Allemand, Anglais, Espagnol, Français et Italien en matière de procédure civile*, Paris : Éditions d'Organisation, 2002, 449 p. On peut cependant relever un nombre de cas restreints dans lesquels le juge se voit, par exception, privé en totalité ou en partie de cette liberté d'appréciation. Le législateur français est ainsi intervenu pour imposer au juge de recourir à l'expertise avant de prononcer l'ouverture d'une tutelle (art. 493-1 C. Civ.), ou la lésion des 7/12^{ème} du prix de vente d'un immeuble (art. 1678 C. Civ.), ou encore dans le cadre de l'estimation d'un immeuble lors du partage d'une indivision successorale (art. 824 C. Civ.). À l'inverse, le juge de l'expropriation s'est vu interdire le recours à l'expertise dans le cadre de l'article R.13-28 du code de l'expropriation. Des exceptions comparables existent dans les autres pays de tradition continentale, telle l'obligation imposée au juge belge de pourvoir à une expertise antérieurement à toute vente de fonds de commerce (art. 1199 C. judiciaire belge). Le caractère dérogatoire et strictement limité de ces exceptions met d'autant mieux en exergue la vigueur du principe initial de l'entière liberté laissée au juge en la matière.

La Cour EDH a quant à elle confirmé dans l'arrêt *H. c. France* du 24 octobre 1989 que, sous réserve des cas exceptionnels dans lesquels la loi ou le règlement prévoient expressément le contraire, il n'existait aucune obligation pour le juge de diligenter une expertise (et partant, qu'il n'existait aucun « droit à l'expertise » en faveur des parties) : FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 20 décembre 1996, p. 1014.

une expression sans équivoque, que les juges continentaux connaissent bien : la décision de recourir ou non à l'expertise procède en effet, comme le réaffirme régulièrement la jurisprudence, d'une « *appréciation souveraine* » du juge⁴⁰². Au-delà de cette première décision sur la nécessité et/ou l'opportunité de la mesure, le choix de l'expert est lui aussi traditionnellement laissé à la discrétion du juge⁴⁰³. En dépit de la méfiance que peut susciter, chez les anglo-saxons notamment, cette prérogative qui lui est conférée, cela peut sans aucun doute trouver à s'expliquer au regard de la

⁴⁰² Le juge français semble ainsi particulièrement attaché à la défense de son pouvoir exclusif d'appréciation en la matière : Cass. Civ. 3^{ème}, 29 juin 1976, *Bull. Civ. III*, n°288 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 avril 1979, *Bull. Civ. I*, n°120 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 30 janvier 1980, *Bull. Civ. II*, n°17 ; Cass. Com., 3 juillet 1984, *Bull. Civ. IV*, n°211 ou encore, CAA Lyon, 7 juillet 1995, *SCI Le Clos Faure* : « *en s'abstenant de se prononcer explicitement sur les conclusions à fin d'expertise [...] qui relevait de son seul pouvoir d'appréciation, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'une omission de statuer* » (*Rec Lebon*, p. 975). À l'exception de la matière pénale, il est également à relever que la décision du juge de recourir ou non à une expertise n'est soumise à l'obligation de motivation des décisions que depuis un décret du 24 décembre 2012 (venu intégrer cette exigence à l'article 265 NCPC). Pour la jurisprudence antérieure sur cette question : Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1976, *Bull. Civ. I*, n°102 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1985, *Bull. Civ. I*, n°153 ; Cass. Soc., 20 janvier 1994, *Rec. Dalloz* 1994, p. 229.

En Belgique, la nécessité de l'expertise relève également de « *l'appréciation souveraine* » du juge, qui est en revanche soumis à l'obligation de motiver sa décision : C. Cass. belge, 22 février 1996, n°A940002F ; C. Cass. belge, 17 novembre 1988, n°7848 ; C. Cass. belge, 25 octobre 1983, n°3143. Ce pouvoir du juge s'exprime aussi à l'égard des expertises présentées par les parties, qu'il peut librement accepter ou refuser : C. Cass. belge, 16 juin 1999, n°P990310F. Le juge italien apprécie quant à lui « *discrétionnairement* » la nécessité d'avoir recours à une expertise, bien qu'il doive motiver sa décision sur ce point : C. Cass. italienne, 3^{ème} sec., 4 juin 2007, n°12930 ; C. Cass. italienne, 1^{ère} sec., 16 avril 2008, n°10007 ; C. Cass. italienne, 3^{ème} sec., 8 janvier 2004, n°88 ; C. Cass. italienne, 1^{ère} sec., 5 juillet 2007, n°15219. La même constatation s'impose à l'égard du juge allemand : cf. par exemple Cour fédérale, *Metronidazol*, GRUR 1975, pp. 425-427 ; Cour fédérale, *Neuhaus*, GRUR Int 1987, p. 485.

Quant à la Cour de Justice des Communautés européennes (désormais devenue la Cour de Justice de l'Union européenne ou CJUE), elle a confirmé elle aussi, sur le fondement de l'article 44 §2 de son règlement de procédure, l'entière liberté qui était la sienne dans l'appréciation de la nécessité et/ou de l'opportunité d'ordonner une expertise : CJCE, 26 novembre 2002, *Communauté européenne c/ First NV et Franex NV*, aff. C-275/00, *Rec. 2002*, p. I-10943, §45 et CJCE, 7 octobre 2004, *Mag Instrument Inc. c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. C-136/02 P, *Rec. 2004*, p. I-9165, §76-77.

⁴⁰³ Ainsi, l'article 232 NCPC prévoit que le juge civil français « *peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer [...]* ». La même faculté est reconnue au juge administratif et, dans une mesure un peu plus encadrée, au juge pénal. Il faut signaler l'existence de listes d'experts judiciaires, qui ne sont toutefois destinées qu'à « *l'information des juges* » (loi n°71-498 du 29 juin 1971, art. 2) et dont ces derniers peuvent donc s'écarter (l'article R. 222-5 CJA prévoit d'ailleurs que l'établissement de ces listes est purement facultatif s'agissant de la juridiction administrative). La même situation est observée en Allemagne où l'article 404 du code de procédure civile affirme que « *[l]e choix de l'expert commis [...] est effectué par le tribunal chargé de l'instance* ». Il existe là aussi des listes d'experts constituées par les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres des métiers que le juge peut utiliser pour s'aider dans son choix. En Italie aussi, le juge est libre de choisir lui-même l'expert qu'il souhaite nommer (art. 61 et 191 C. Proc. Civ. et art. 221 C. Proc. Pén. italiens) sur les listes préétablies à cet effet ou en dehors. La même affirmation se vérifie à l'égard du juge sud-coréen (art. 341 C. Proc. Civ.). Le juge belge dispose quant à lui aux termes de l'article 962 du code judiciaire d'une entière liberté en la matière et s'il n'existe à ce jour pas de listes officielles d'experts judiciaires (les mesures d'application du texte les prescrivant n'ayant jamais été adoptées), les tribunaux belges ont semble-t-il pris l'habitude de dresser des listes officieuses afin d'aider les juges qui le désireraient dans leur choix. Cette liberté du juge romano-germanique dans le choix de l'expert ne connaît donc que peu de limites en dehors du droit conféré aux parties, dans chacun de ces États, de récuser l'expert choisi sur le fondement d'un nombre limité et strictement contrôlé de causes (qui s'avèrent d'ailleurs être le plus souvent identiques à celles qui justifient la récusation des juges). S'agissant du cas de l'Allemagne, on peut cependant noter l'apparition d'une atteinte plus substantielle à la liberté du juge puisque celui-ci peut désormais (art. 404 C. Proc. Civ.) se voir imposer le choix d'un expert lorsque ce choix résulte d'un consensus entre les parties (alors qu'il est seulement *loisible* au juge belge de choisir de désigner un expert qui aurait recueilli l'accord des deux parties par exemple). Une nouvelle illustration, si besoin était, du phénomène de globalisation du droit mentionnée plus avant (les auteurs semblent cependant dire que cela reste une pratique tout à fait exceptionnelle, la règle demeurant en pratique celle du libre choix par le juge : *op. cit.* LANGBEIN (J. H.), p. 837).

Sur cette question du choix de l'expert, voy. en général PINCHON (F.), MILLO (F.) (dir.), *L'expertise judiciaire en Europe. Etudes des systèmes Allemand, Anglais, Espagnol, Français et Italien en matière de procédure civile*, Paris : Éditions d'Organisation, 2002, 449 p. Dans le cas de la Belgique, cf. RENARD (B.), *Le statut de l'expert judiciaire en matière pénale*, rapport final de recherche de l'Institut national de criminalistique et de criminologie, 2004-2005, pp. 51-60.

relation particulière qui le lie à l'expert : dans la mesure où le juge n'a pas la maîtrise des aspects qui justifient l'intervention de l'expert, ce dernier constitue son unique moyen de rendre une décision satisfaisante en fait comme en droit. Le juge s'en remet donc entièrement à l'expert pour pouvoir mener à bien sa mission et leur collaboration ne saurait réussir sans l'établissement d'une relation de confiance mutuelle, ou à tout le moins sans que le juge ait acquis la conviction personnelle que l'expert est digne de confiance et présente toutes les garanties nécessaires à l'accomplissement de l'expertise. Les appréciations portées par le juge sont décisives à cet égard au point que la relation juge-expert est bien souvent établie *intuitu personae*⁴⁰⁴. Par ailleurs, le juge jouit encore d'un pouvoir d'appréciation le plus souvent exclusif dans la détermination des modalités de l'expertise : parce que celle-ci est supposée pallier les insuffisances du juge et que ce dernier est donc le mieux à même de déterminer ce qu'il attend de cette mesure, il n'est guère surprenant que le mandat de l'expert, notamment les questions et éléments précis qu'il devra envisager dans le cadre de son analyse, soient définis par le juge lui-même⁴⁰⁵. Pour les mêmes raisons, le juge détermine encore discrétionnairement les modalités pratiques d'organisation et de contrôle de l'expertise⁴⁰⁶, tels le nombre et le type d'experts appropriés selon lui à la mission, le délai qui leur est imparti, les modalités selon lesquelles ils pourront demander des renseignements aux parties ou rendront compte au juge de l'avancée de leurs opérations... Ainsi, les droits de tradition romano-germanique donnent de l'expertise la vision d'une mesure souple destinée au juge et entièrement modelée par lui afin de correspondre au mieux à ses besoins.

52. Qu'en est-il de l'expertise dans le contentieux interétatique ? Les tribunaux internationaux, héritiers de la tradition romano-germanique, ont une conception active de l'office du juge qui les conduit à envisager l'expertise, ainsi qu'il a été vu plus tôt, comme une mesure vouée à assister le juge dans sa mission de recherche de la vérité objective des faits de la cause. Dans ce cadre, et puisque les modalités de l'expertise semblent très largement dépendre de la fonction qui lui

⁴⁰⁴ Dans ce sens, *op. cit.* LANGBEIN (J. H.), pp. 838-839. L'auteur a en effet mené en 1984 une série d'interviews auprès de plusieurs juges allemands auxquels il a notamment demandé comment et pourquoi ils sélectionnaient un expert. Au regard des réponses obtenues, il estime que « *[a]mong the judges with whom I spoke, I found unanimity on the proposition that the most important factor predisposing a judge to select an expert is favorable experience with that expert in an earlier case. Experts thus build reputations with the bench. Someone who renders a careful, succinct and well-substantiated report and who responds effectively to the subsequent questions of the Court and the parties will be remembered when another case arises in his specialty* ».

⁴⁰⁵ Cela résulte souvent expressément des dispositions réglementant l'expertise dans les droits internes de tradition continentale. *Cf.* en France, article 265 NCP (la jurisprudence française estime là aussi que la détermination de l'entendue et du contenu de la mission confiée à l'expert relève du « *pouvoir souverain* » du juge : C. Cass., Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1980, *Bull. Civ. I*, n°308 ; C. Cass., Civ. 2^{ème}, 16 décembre 2004, *Bull. Civ. II*, n°529 ; C. Cass., Civ. 2^{ème}, 18 septembre 2008, *Bull. Civ. II*, n°199. Pour la Belgique, *cf.* article 972 du code judiciaire. Dans le même sens, voy. les articles 62 et 191 du code de procédure civile italien et l'article 404 (a) du code de procédure civile allemand.

⁴⁰⁶ *Cf.* art. 264 à 273 du code de procédure civile français ; art. 191 et 194 à 196 du code de procédure civile italien ; art. 404(a) du code de procédure civile allemand ; art. 972 à 974 du code judiciaire belge ; art. 339 à 342 du code de procédure civile de la Corée du Sud.

est allouée, on aurait pu s'attendre à ce que le juge international se soit vu confier, comme son homologue de droit interne continental, l'entière maîtrise de l'opération d'expertise. Cependant, il n'en est rien compte tenu de la très grande méfiance qu'inspire cette institution aux États. Comme l'illustreront les développements à venir, l'étude de la pratique ne laisse en effet pas longtemps subsister de doute sur la position généralement adoptée par ces derniers à cet égard et qui vise manifestement, si ce n'est à annihiler, tout le moins à tempérer très fortement la liberté théoriquement conférée au juge en matière d'expertise.

53. Quoique les textes constitutifs des tribunaux internationaux envisagent l'expertise comme une faculté mise à la disposition du juge⁴⁰⁷, l'appréciation de la nécessité d'y recourir semble en revanche, quant à elle, devoir compter avec l'avis des États parties au différend. Le Règlement intérieur de la CIJ précise par exemple en son article 67 que les décisions de la Cour visant à faire procéder à une expertise sont prises « *les parties entendues* »⁴⁰⁸. Une formulation sensiblement

⁴⁰⁷ L'article 50 du Statut de la CIJ, de même que celui – identique – du Statut de la CPJI, affirment par exemple que la Cour « *peut* » confier une expertise à toute personne ou institution de son choix. De la même manière, l'article 13 §2 du Mémoire d'accord de l'OMC prévoit que les groupes spéciaux « *pourront* » demander des renseignements et des avis d'experts (voy. aussi en faveur de cette liberté d'appréciation conférée aux groupes spéciaux l'article 11 §2 de l'Accord SPS, l'article 14 §2 de l'Accord OTC, et l'article 4 §5 de l'Accord SMC). Le paragraphe 15 du Mémoire d'accord du GATT (1979) prévoit encore dans le même sens que « *[c]haque groupe spécial devrait avoir le droit de demander à toute personne privée ou à tout organisme qu'il jugerait approprié des renseignements et des avis techniques* » (souligné par nos soins). L'article 27 §1 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États mentionne lui aussi l'expertise comme une simple faculté offerte au tribunal (« *[l]e Tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera* »), tout comme l'article 18 §1 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale de 1958 qui se lit comme suit : « *[le Tribunal] a la faculté, à tous les stades de la procédure, de faire appel à des experts [...]* ». De nombreux compromis d'arbitrage affirment encore expressément ce principe, tels celui conclu par le Guatemala et le Honduras le 16 juillet 1930 (Compromis Guatemala – Honduras, article 13, *Honduras borders Case, RSA*, vol. II, p. 1312), la convention Éthiopie – Royaume-Uni dans l'affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch (Compromis du 13 septembre 1927, article 6, *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch, RSA*, vol. II, p. 823), les déclarations échangées par les États-Unis et la Russie en vue de l'arbitrage de leur différend relatif aux navires *Cape Horn Pigeon et alli* (Compromis conclu par échange de lettres en date du 26 août et du 8 septembre 1900, *Affaire du Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White et Kate and Anna, RSA* vol. IX, p. 58 et 72), le compromis Allemagne – Royaume-Uni dans l'affaire de la *Délimitation frontalière dans la Baie de Walfish* (Compromis du 30 janvier 1909, article 6, *The Walfish Bay boundary Case, RSA*, vol. XI, p. 266), ou encore plus récemment le compromis conclu par les Pays-Bas et la France en l'affaire de l'*Apurement des comptes relatifs à la lutte contre la pollution du Rhin* (Compromis conclu par échange de notes les 21 octobre et 17 décembre 1999, article 14, *Affaire de l'apurement des comptes relatifs à la lutte contre la pollution du Rhin, RSA* vol. XXV, p. 293). S'agissant en revanche de l'hypothèse d'expertises présentées par les parties, la liberté du juge se traduit essentiellement par la faculté – qui lui est le plus souvent expressément reconnue, comme évoqué dans le paragraphe précédent – d'indiquer aux parties les points qui lui paraissent nécessiter de plus amples développements et ceux qui au contraire ne lui paraîtraient pas pertinents ou sur lesquels il s'estimerait suffisamment informé.

A contrario, pour quelques rares exemples dans lesquels le recours à l'expertise était expressément imposé au juge, voy. CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 253 ; Convention d'arbitrage du 3 novembre 1916 entre la Colombie et le Venezuela, article 3, *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes, RSA*, vol. I, p. 226 ; Compromis Canada – France du 30 mars 1989, article 2, *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française, RSA*, vol. XXI, p. 271 ; Compromis Érythrée – Yémen du 3 octobre 1996, article 2 §3b), *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime), RSA*, vol. XXII, p. 375. Pour un cas où la question du recours obligatoire à l'expertise est discutée, cf. ORD, *Inde – Restrictions quantitatives (DS90)*, rapport du Groupe spécial, pp. 158-159.

⁴⁰⁸ Sur ce point, il est à noter que le Règlement intérieur de la CIJ diverge de celui – moins favorable aux États – de sa devancière, qui se limitait en son article 53 à affirmer le droit des parties de se voir « *immédiatement communiquer* » les décisions de la Cour relatives au recours à l'expertise et notamment, les rapports et procès-verbaux des expertises réalisées à sa demande.

identique résulte d'ailleurs de l'article 82 du Règlement intérieur du TIDM, dont on sait qu'il fut très largement inspiré par celui de la Cour. Plusieurs conventions arbitrales illustrent également explicitement cette tendance. À titre d'exemple, le compromis conclu dans l'affaire du *Litige frontalier entre l'Argentine et le Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy* prévoit que le Tribunal pourra ordonner une expertise « *following prior consultation of the Parties* »⁴⁰⁹. Pareillement, les règles de procédure du Tribunal arbitral institué dans l'affaire de la *Délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre la Barbade et Trinité-et-Tobago* disposent en leur article 11 §4 que « *[a]fter having obtained the views of the Parties, the Arbitral Tribunal may upon notice to the Parties appoint one or more experts [...]* »⁴¹⁰. Le compromis entre Israël et l'Égypte conclu en 1986 en vue de la délimitation de leur frontière commune à Taba semble aller plus loin encore puisqu'il affirme certes la faculté du Tribunal de recourir à des experts mais la subordonne immédiatement pour sa mise en œuvre à la condition que « *[t]he Tribunal shall hear and take the views of the parties into consideration before any such engagement* »⁴¹¹.

Outre ces quelques illustrations résultant de dispositions expresses, la pratique ne semble pas démentir la tendance susmentionnée des États à vouloir garder autant que possible sous contrôle la décision du juge de faire appel à un expert. À cet égard, le contentieux de l'ORD semble particulièrement révélateur puisque les groupes spéciaux ont pris l'habitude de « *consulte[r] les parties sur la nécessité de demander l'avis d'experts* »⁴¹², alors même qu'aucune disposition des accords de l'OMC ou du Mémoire sur le règlement des différends ne leur prescrit d'opérer ainsi. L'attitude du Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Pommes* semble plus parlante encore dans la mesure où il affirme avoir choisi de recourir à l'expertise après avoir procédé à cette consultation et constaté qu'« *aucune des parties n'a[vaient] opposé d'objection à [son] intention de solliciter*

⁴⁰⁹ Convention Argentine – Chili du 31 octobre 1991, *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, RSA, vol. XXII, p. 8.

⁴¹⁰ Rules of procedure for the Arbitral Tribunal in the *Case concerning the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, La Barbade/Trinité-et-Tobago, disponibles sur le site internet de la CPA (consulté le 30 mai 2016). Dans le même sens, voy. encore l'article 11 §3 des Règles de procédure du Tribunal arbitral dans le cadre de la délimitation maritime entre le Guyana et le Suriname (*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, Règles de procédure disponibles sur le site internet de la CPA, consulté le 3 juin 2016) et l'article 19 des règles de procédure du Tribunal arbitral dans l'affaire de l'*ARA Libertad* qui opposait l'Argentine au Ghana – du moins, avant le règlement amiable intervenu entre les litigants et qui a conduit le tribunal arbitral à rendre une ordonnance de clôture de la procédure en date du 11 novembre 2013 (*ARA Libertad Arbitration*, Argentine c. Ghana, règles de procédure disponibles sur le site internet de la CPA ici aussi).

⁴¹¹ Compromis Égypte – Israël du 11 septembre 1986, article 8 al. 3) d) 5), *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, RSA, vol. XX, p. 111.

⁴¹² ORD, *Australie – Saumons* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111.

l'avis d'experts »⁴¹³. De manière générale, il semble que les groupes spéciaux fassent montre d'une grande hésitation lorsqu'il s'agit pour eux d'imposer à l'une ou aux deux parties au différend leur décision de recourir à l'expertise⁴¹⁴. Cet état de fait paraît d'autant plus surprenant que dans le même temps, l'Organe d'appel n'a de cesse quant à lui de proclamer l'entière liberté des groupes spéciaux en la matière, estimant que l'appréciation de la nécessité de l'expertise relève clairement « *d'un pouvoir discrétionnaire* » des groupes spéciaux⁴¹⁵. Cependant, si les décisions de l'ORD constituent à n'en point douter une source d'interrogations et d'étonnement au sujet des modalités d'appréciation

⁴¹³ ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 98. Dans le même sens, cf. ORD, *Australie – Saumons* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111 et ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 82.

⁴¹⁴ Sur ce point, l'attitude du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Amiante* (DS135) attire l'attention puisque celui-ci a indiqué aux parties qu'il souhaitait consulter des experts « *sauf si, au vu des réfutations écrites des parties, il devait conclure qu'une telle procédure n'était pas nécessaire* » (rapport du Groupe spécial, p. 263). Cependant, la procédure suivie par le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* (DS291) interroge plus encore. Suite au dépôt des communications écrites des parties et au vu des questions scientifiques débattues, celui-ci leur « *a donné [...] un délai pour demander au Groupe spécial de demander des avis scientifiques et techniques appropriés conformément aux dispositions [des articles 11 §2 de l'Accord SPS, 14 §2 et 3 de l'Accord OTC et 13 §1 du Mémoire d'accord]* » (rapport du Groupe spécial, p. 324). Le Groupe spécial semble par là-même suggérer que, selon lui, un recours à l'expertise pourrait s'avérer utile mais il délègue dans le même temps aux parties l'initiative de lui demander de mettre en œuvre cette mesure. Une opposition s'est alors faite jour entre les parties, les Communautés européennes étant favorables à la consultation d'experts par le Groupe spécial tandis que les États-Unis et les États intervenant en tant que tierces parties s'y opposaient. Suite à quoi, le Groupe spécial, manifestement embarrassé, a estimé conformément à ce qui semblait de toute façon être son avis initial sur ce point, que « *les communications des parties soulevaient des questions scientifiques et/ou techniques au sujet desquelles l'avis d'experts pourrait lui être utile* » (p. 325) et décidé de consulter ces derniers. Les hésitations du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320) semblent avoir abouti aux mêmes errements dans la procédure suivie pour l'appréciation de la nécessité de recourir à l'expertise (rapport du Groupe spécial, pp. 11-12).

Il est à noter que ce phénomène se vérifie également s'agissant des mémoires d'*amici curiae*. En effet, les États membres de l'OMC ont manifesté une très grande réticence à l'idée que les groupes spéciaux puissent recevoir des informations scientifiques, techniques ou factuelles supplémentaires de la part d'acteurs privés extérieurs au différend (cf. par exemple les arguments de l'Inde, de la Malaisie, de la Thaïlande et du Pakistan dans l'affaire ORD, *États-Unis – Crevettes*, rapport du Groupe spécial, pp. 78-79). Cela est d'autant plus vrai que, comme ces « *amis de la Cour* » ne sont normalement pas intéressés au différend, leur contribution est susceptible de se voir conférer un poids important par les groupes spéciaux. En conséquence, ces derniers ont là aussi fait preuve d'une grande réserve sur la question : par une interprétation particulièrement restrictive et sans doute peu conforme à l'esprit des dispositions du Mémoire d'accord, le Groupe spécial dans l'affaire précitée *États-Unis – Crevettes* a par exemple estimé que « *[n]ous n'avons pas demandé les renseignements figurant dans les documents susmentionnés. Nous notons que, conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord, l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source revient au Groupe spécial. Dans toute autre situation, seules les parties et les tierces parties sont autorisées à communiquer des renseignements directement au Groupe spécial. Accepter des renseignements non demandés émanant de sources non-gouvernementales serait, à notre avis, incompatible avec les dispositions du Mémoire d'accord [...]* » (rapport du Groupe spécial, p. 316). En revanche, ayant manifestement estimé que les mémoires en cause pouvaient présenter un intérêt, le Groupe spécial se presse d'ajouter que les parties, elles, ont en tout état de cause la faculté d'intégrer ces documents dans leurs communications (ce que firent en l'espèce les États-Unis). En dépit de l'intervention de l'Organe d'appel ayant par la suite infirmé, dans la même affaire, cette lecture du Mémoire d'accord et clairement consacré le pouvoir global des groupes spéciaux de demander et/ou de recevoir (y compris sans les avoir préalablement demandés) des informations supplémentaires (rapport de l'Organe d'appel, pp. 36-41), l'attitude des groupes spéciaux traduit toujours une certaine valse-hésitation : Cf. ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, pp. 190-191 ; ORD, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (DS265), rapport du Groupe spécial, pp. 150-151 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, pp. 323-324. L'on remarquera dans ce dernier cas que si le Groupe spécial a bien accepté les mémoires en cause, il affirme ensuite ne pas avoir « *jugé nécessaire d'[en] tenir compte* » pour se prononcer. Outre que l'on puisse dans ce cas s'interroger sur le bien-fondé de la décision par laquelle il les avait acceptés, la présence d'une telle affirmation laisse songeur.

⁴¹⁵ ORD, *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements* (DS56), rapport de l'Organe d'appel, p. 35. Voy. aussi ORD, *CE – Sardines* (DS231), rapport de l'Organe d'appel, §302, pp. 98-99 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport de l'Organe d'appel, p. 65 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport de l'Organe d'appel, pp. 38-40.

de la nécessité de l'expertise, elles ne sont certes pas les seules pertinentes pour illustrer la volonté d'intervention des États à cet égard.

S'agissant de la CIJ, les États se sont employés – généralement avec succès – à convaincre la Cour que les données scientifiques ne seraient pas une base appropriée sur laquelle fonder sa décision dans le contentieux très sensible des délimitations territoriales et maritimes. Ainsi, agissant en tant que conseil de l'État maltais dans l'affaire du *Plateau continental* qui opposait cet État à la Libye, Prosper Weil a-t-il engagé la Cour à écarter purement et simplement les aspects scientifiques du différend au profit d'une base « politico-juridique » de solution. Selon le Professeur Weil, « [c]omme les frontières terrestres, les frontières maritimes sont le fruit de la volonté politique des États ou de la décision juridique du juge international ; et ni les gouvernements ni le juge international ne bornent l'exercice de leur pouvoir à un constat scientifique »⁴¹⁶. Cette affirmation, dont on constate qu'elle ne postule en rien l'absence de pertinence intrinsèque et définitive des éléments scientifiques dans le cadre d'une délimitation⁴¹⁷, doit sans doute être comprise à la lumière de la déclaration faite par le conseil de Malte un peu plus tôt dans sa plaidoirie : « [q]ue deux États négocient la délimitation de leur plateau continental en tenant compte d'une fosse, dépression, chenal ou canyon, est une chose [...] Que le juge ou l'arbitre leur imposent une telle délimitation au nom du droit en est une autre »⁴¹⁸. Il faut d'ailleurs remarquer que le Professeur Brownlie, conseil du Botswana dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili-Sedudu*, avait pris le même parti en estimant que « *the inclinations and hypotheses of scientists do not provide a reliable foundation for the judicial determination of a boundary* »⁴¹⁹. À l'occasion de son opinion dissidente en la même affaire, le juge Oda ne semble toutefois pas, lui, relever l'incompatibilité des éléments scientifiques avec le processus de délimitation territoriale ou maritime. Notant, non sans un certain pragmatisme, que le choix des critères de délimitation relève effectivement de la volonté des États lorsqu'il s'agit de déterminer le tracé d'une frontière, le juge estime en revanche que rien ne justifiait que la Cour s'abstienne de recourir à des experts dans le cadre de la tâche plus limitée qui lui incombait de

⁴¹⁶ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, plaidoirie de Prosper Weil, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, p. 394.

⁴¹⁷ Cette position eut du reste été assez difficile à soutenir sachant que les délimitations maritimes font régulièrement appel à ce type d'éléments et notamment que le critère géologique du « prolongement naturel » dont il était question ici constituait, antérieurement à la Convention de Montego-Bay, la base unique utilisée pour délimiter l'étendue d'un plateau continental.

⁴¹⁸ Plaidoirie de Prosper Weil, *op. cit.* p. 393.

⁴¹⁹ CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, plaidoirie de Ian Brownlie, *CR 1999/6*, p. 49. Une fois encore, cette déclaration faite au nom du Botswana peut surprendre dans la mesure où les deux États avaient précisément choisi, antérieurement à la saisine de la Cour, de confier à une commission d'experts techniques nommés par leurs soins la tâche d'opérer cette délimitation.

déterminer quels critères scientifiques pouvaient être utilisés pour définir sur un plan général le « chenal principal ». Il affirme ainsi que :

« [l]es critères permettant de déterminer le chenal principal peuvent très bien être définis par le droit, avec le concours de connaissances scientifiques » et regrette d'ailleurs à cet égard que « la Cour tente de se prononcer à ce sujet en s'appuyant exclusivement sur les informations données par les parties [...] mais sans bénéficier de connaissances scientifiques objectives qu'elle aurait pu obtenir elle-même mais qu'elle a refusé de demander »⁴²⁰.

D'autres exemples concrets de ce phénomène peuvent encore être décelés dans le contentieux international. À l'occasion de l'arbitrage relatif à la *Délimitation des sphères d'influence de la Grande-Bretagne et du Portugal en Afrique de l'Est*, l'arbitre a par exemple déclaré : « in order to reassure our conscience, we recognized the extreme propriety of having recourse, with the consent of the two parties, to the opinion of an expert [...] »⁴²¹. Pareillement, le Tribunal arbitral chargé d'opérer la délimitation des frontières maritimes entre l'Érythrée et le Yémen affirme avoir décidé de faire appel à un expert « after consultation with the Parties »⁴²², et ce alors même que l'article 7 §4 du compromis d'arbitrage lui imposait seulement de leur notifier sa décision sur ce point. Mais au-delà de cette première phase que constitue l'appréciation de la nécessité du recours à l'expert, c'est sans aucun doute au stade de la détermination des modalités de l'expertise que s'exprime le plus clairement la volonté de contrôle des États. En effet, si leur intervention en amont, au stade de la prise de décision par le juge de recourir ou non à l'expertise, paraît certainement l'option la plus sécurisante pour eux, elle est également celle qui va le moins de soi puisqu'elle interfère alors directement avec le rôle actif que les textes constitutifs des tribunaux internationaux confèrent au juge en matière de recherche et d'établissement des faits. Par suite, c'est le plus souvent sur la maîtrise des modalités de l'expertise que se concentrent les efforts des États.

54. En pratique, cela se traduit principalement de deux manières. Tout d'abord, il faut relever la nette préférence exprimée par les États pour le modèle anglo-saxon du témoin-expert – choisi, préparé et rémunéré par les parties – par rapport au modèle continental de l'expert du tribunal. Et

⁴²⁰ CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, op. diss. Oda sous arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1119. Dans le même sens, et sur la pertinence des éléments scientifiques dans le cadre des délimitations maritimes, voy. encore l'opinion dissidente du juge Lucky dans le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale* (TIDM, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, op. diss. sous arrêt du 14 mars 2012, p. 16 et pp. 60-64 notamment).

⁴²¹ *Affaire de la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 301.

⁴²² *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 337 et 376.

pour cause puisqu'à l'opposé de ce dernier, il donne traditionnellement de l'expertise la vision d'une mesure destinée à servir non pas le juge, mais les parties dans le cadre de l'obligation qui leur incombe de prouver leurs allégations et plus largement, de convaincre le juge. Plusieurs éléments laissent alors entrevoir la volonté des États d'encourager prioritairement, si ce n'est exclusivement, l'utilisation par le juge des témoins-experts des parties. Il faut remarquer par exemple que, si la faculté pour le juge international de recourir à un expert du tribunal semble devoir faire l'objet d'une consécration expresse pour être reconnue par les États⁴²³, la possibilité pour ces derniers de présenter des témoins-experts paraît en revanche garantie qu'elle soit ou non prévue dans le compromis, la convention, le statut, ou tout autre texte encadrant l'activité et le fonctionnement du tribunal⁴²⁴. Par ailleurs, les États manifestent parfois ouvertement leur volonté de voir le juge se limiter à la consultation des experts des parties. Ainsi, dans l'*Affaire concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow*, les règles de procédure du Tribunal arbitral ouvraient seulement au juge la possibilité « [to] call upon the Parties to produce documents, witnesses and experts »⁴²⁵. Pareillement, aux termes du compromis conclu entre la Norvège et les États-Unis dans l'*Affaire des*

⁴²³ Christian J. Tams affirme certes dans son commentaire de l'article 50 du Statut de la CIJ que « *there is considerable authority for the view that international courts and tribunals, irrespective of any express provision, have an inherent power to appoint independent experts* ». Il renvoie notamment sur ce point à l'affirmation du juge Anzilotti qui, durant les débats préalables à l'amendement du Règlement de la Cour en 1936, avait estimé que l'article 50 du Statut reflétait un principe général de la procédure (*in* ZIMMERMANN (A.), TOMUSCHAT (C.), OELLERS-FRAHM (K.), THIENEL (T.) (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : A commentary*, Oxford : Oxford University Press, 2006, p. 1110). Cependant, cette affirmation du juge Anzilotti, qui traduit bien une fois encore la volonté des rédacteurs des textes constitutifs de la CPJI puis de son héritière d'en faire une Cour active en matière de preuve, ne semble plus étayée par la pratique depuis plusieurs décennies déjà. Il peut ainsi être renvoyé sur ce point à l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* dans laquelle, faute d'autorisation expresse en ce sens émanant du compromis d'arbitrage et « [*l*]es deux gouvernements n'ayant pas pourvu à une expertise commune », Max Huber « *écarte la possibilité de nommer lui-même des experts* » (*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne c. Royaume-Uni, sentence du 1^{er} mai 1925, RSA, vol. II, p. 734). Les exemples se sont par la suite encore raréfiés dans lesquels le juge aurait eu recours à des experts en l'absence de disposition lui conférant *a priori* ce pouvoir ou à défaut, en l'absence d'autorisation expresse obtenue ponctuellement des parties. Pour quelques-uns de ces rares exemples, voy. *Argentine-Chile Frontier Case*, Argentine/Chili, sentence du 9 décembre 1966, RSA, vol. XVI, p. 124 et l'*Affaire des phares de l'Empire Ottoman*, Grèce/France, sentence des 24 et 27 juillet 1956, RSA, vol. XII, p. 155 et s. (la jurisprudence du CIRDI, bien qu'elle ne concerne pas les différends interétatiques, a également pu s'illustrer en ce sens : *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence du 8 août 1980, ICSID Reports, vol. 1, p. 342 ; *LETCO c. Liberia*, sentence du 31 mars 1986, ICSID Reports, vol. 2, p. 348 et 353). Cela est d'autant plus vrai encore une fois que le juge n'est souvent pas entièrement libre de sa décision de faire appel à un expert même lorsqu'il dispose expressément de cette faculté. Voy. encore sur ce point GATT, *Corée – Viande de bœuf* (BISD 36S/202), rapport du Groupe spécial, p. 17 ; ORD, *Inde – Restrictions quantitatives* (DS90), rapport du Groupe spécial, p. 49 et 180 ; et pour un parallèle intéressant, bien que les *amici curiae* ne soient pas à proprement parler des experts du tribunal, cf. ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, pp. 78-79 et p. 316.

⁴²⁴ Cf. entre autres *Affaire de l'Île des Palmes*, Pays-Bas/États-Unis, sentence du 4 avril 1928, RSA, vol. II, p. 860 ; Commission de conciliation États-Unis – Italie, *Affaire MacAndrews & Forbes Co.*, décision n°29 de décembre 1954, RSA, vol. XIV, p. 225 ; *Affaire du Plateau continental de la mer d'Iroise*, France/ Royaume-Uni, sentences du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978, RSA, vol. XVIII, p. 8 et 135 ; *Affaire concernant des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles*, Allemagne/Grèce, sentence du 26 janvier 1972, RSA, vol. XIX, p. 49 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, RSA, vol. XX, pp. 125-126 ; Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Prisonniers de guerre – réclamation de l'Érythrée n°17, sentence partielle du 1^{er} juillet 2003, RSA, vol. XXVI, pp. 41-42. Cela est évidemment encore favorisé par le principe de liberté de la preuve qui prévaut devant les juridictions internationales.

⁴²⁵ *Affaire concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow*, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 30 novembre 1992, RSA, vol. XXIV, p. 13.

réclamations norvégiennes, il était exclusivement loisible à l'arbitre d'exiger « *des explications orales de la part des agents des deux parties ainsi que des experts et témoins dont il p[ouvait] estimer utile la comparution devant le Tribunal* »⁴²⁶. Bien que résultant d'une formulation différente, la même constatation s'impose à la lecture de l'article 4 du compromis d'arbitrage dans l'*Affaire du filetage dans le Golfe du Saint-Laurent*, qui réservait aux seules parties la faculté de s'adjoindre des experts⁴²⁷. Mais c'est surtout Max Huber qui, à l'occasion de l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, a le plus clairement illustré ce phénomène. En effet, après avoir à plusieurs reprises estimé que les expertises présentées par les parties lui paraissaient insuffisantes et manifesté en conséquence – malgré le silence du compromis sur ce point – le souhait de recourir lui-même à des experts⁴²⁸, il constate l'indifférence notoire opposée par les parties à ses demandes et, faisant clairement état « *des difficultés pour le Rapporteur de désigner des experts* »⁴²⁹, il n'a d'autre choix que de conclure que « *le Rapporteur écarte la possibilité de nommer lui-même des experts* »⁴³⁰.

⁴²⁶ *Affaire des réclamations norvégiennes*, Norvège c. États-Unis, sentence du 13 octobre 1922, *RSA*, vol. I, p. 311.

⁴²⁷ *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre la Canada et la France*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 227. De manière similaire, le compromis conclu entre la France et les États-Unis dans le cadre de l'*Affaire relative à l'application de l'accord sur le service aérien* postule lui aussi le droit des parties de s'adjoindre des experts et omet scrupuleusement d'aborder la question de l'expertise du point de vue des prérogatives conférées au tribunal (*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946*, France/États-Unis, sentence du 9 décembre 1978, *RSA*, vol. XVIII, p. 460). L'*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie* paraît également intéressante à cet égard : en effet, à l'occasion de la sentence sur les exceptions préliminaires, la Pologne a soutenu l'idée que les questions techniques devrait être soumises à un « arbitre-expert » (dont on peut logiquement supposer qu'il serait nommé par les parties) et non à un expert qui aurait été consulté directement par l'arbitre (*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, France c. Pologne, sentence du 30 novembre 1929, *RSA*, vol. III, pp. 1676-1677).

⁴²⁸ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne c. Royaume-Uni, sentence du 1^{er} mai 1925, *RSA*, vol. II, pp. 685-686. Si le compromis mentionnait bien en son article 4 la possibilité pour les parties de se faire assister d'autant d'experts qu'elles le souhaitaient, il était en revanche silencieux sur la faculté du juge de s'adjoindre des experts.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 734. L'on notera que la même chose vaut encore pour la CJUE qui est, aux termes de l'article 25 de son Statut, libre de confier l'expertise à « *toute personne, corps, bureau, commission ou organe [de son] choix* » mais qui dans la pratique « *tiendra compte du choix de chacune des parties* » sur ce point (MEDHI (R.), « La preuve devant les juridictions communautaires » in RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris : Pedone, 2007, p. 170). Sur les prérogatives du juge de l'Union en matière d'expertise, voy. de manière générale BROSSET (E.), « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, pp. 247-280 ou encore BARBIER DE LA SERRE (E.), SIBONY (A.-L.), « Expert evidence before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n°4, pp. 941-985.

⁴³⁰ *Id.* Le juge n'est d'ailleurs souvent pas dupe de la volonté des États de le voir utiliser prioritairement ou même exclusivement les témoins-experts des parties. Ainsi, et en dépit du fait qu'il disposait de cette faculté au titre du Mémorandum d'accord de 1979, le Groupe spécial du GATT dans l'affaire *Japon – Bois d'œuvre* (BISD 36S/167) a préféré renoncer à nommer lui-même des experts et demander aux parties de prendre « *des dispositions pour que leurs délégations soient accompagnées, lors de la deuxième réunion, d'experts techniques* » (rapport du Groupe spécial, p. 3). Pareillement, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a affirmé que « *[t]he full significance of the documents [...] is not readily apparent, without further assistance from United States experts, who might have been called as witnesses had the United States appeared in the proceedings* » alors même qu'elle disposait, aux termes de l'article 50 de son Statut, du pouvoir de nommer elle-même des experts sur ce point (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 78). Quant à la Commission de conciliation franco-italienne, qui disposait elle aussi expressément du pouvoir de nommer des experts, elle a pourtant préféré inviter les parties à faire procéder séparément à l'expertise du Palais d'Orléans dans l'affaire des *Héritiers du Duc de Guise* (Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43, *RSA*, vol. XIII, p. 152).

55. La volonté des États de maîtriser les modalités de l'expertise se traduit en pratique d'une autre façon encore. S'ils ambitionnent régulièrement de faire des témoins-experts la source principale voire même unique d'expertise mise à la disposition du juge, il demeure inévitablement un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles cela s'avère pour une raison ou une autre impossible. Loin de se résigner alors à l'idée d'un juge international bénéficiant d'une entière liberté, les États ont manifesté leur volonté d'exercer un contrôle sur les modalités du recours par le juge à l'expert du tribunal, qu'il s'agisse des modalités de désignation de l'expert ou plus largement, des modalités d'organisation de l'expertise. Ainsi, à la différence du juge de droit interne continental, le juge international n'est le plus souvent pas entièrement libre du choix de l'expert qui sera nommé. À titre d'illustration, si l'article 50 du Statut de la CIJ confère à celle-ci le pouvoir de confier une expertise à « toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix », il est à remarquer que l'article 67 de son Règlement intérieur vient par la suite modérer sensiblement la complète latitude dont semblait jouir la Cour sur ce point puisqu'il affirme que les décisions relatives aux modalités de désignation de l'expert sont prises, par voie d'ordonnance, « les parties entendues »⁴³¹. Cette constatation se vérifie d'ailleurs dans des termes identiques pour le TIDM⁴³².

Le contentieux de l'OMC confirme lui aussi largement cette réalité. En dépit de l'entière liberté dont les groupes spéciaux semblent disposer aux termes des divers accords de l'OMC et du Mémoire sur le règlement des différends⁴³³, il apparaît, conformément aux demandes exprimées par le Canada dans l'affaire *CE – Amiante*⁴³⁴, que les États sont en pratique étroitement associés au processus de désignation des experts consultés par les groupes spéciaux. Ces derniers ménagent en effet généralement aux parties la possibilité de faire valoir leurs vues sur la question des modalités et critères à prendre en compte pour le choix des experts, comme l'illustrent notamment les affaires *CE*

⁴³¹ À cet égard, l'on renverra aussi à l'ordonnance du 30 mars 1984 rendue en l'affaire de la *Délimitation maritime dans le Golfe du Maine*, dans laquelle l'expert fut désigné conjointement par les parties puis nommé par la Cour (CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, ordonnance du 30 mars 1984, *Rec.* 1984, p. 166). Par ailleurs, il est à noter une fois encore que le Règlement intérieur de la CPJI paraissait bien plus favorable au juge que celui de son héritière puisqu'il ne comportait aucune disposition imposant la consultation par la Cour des parties dans le cadre du choix de l'expert visé à l'article 50 du Statut (ou d'ailleurs de toute autre décision relative aux modalités de l'expertise mise en œuvre sur fondement).

⁴³² Voy. l'article 82 du Règlement intérieur du Tribunal.

⁴³³ L'article 13 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit notamment en son paragraphe 1 que « [c]haque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et avis techniques », et en son paragraphe 2 que « [l]es groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée [...] ». Quant aux accords OTC, SMC et antidumping, aucun ne mentionne une quelconque exigence d'association des parties à la procédure de choix des experts. L'accord SPS est le seul sur ce point à faire exception puisque son article 11 §2 affirme qu'un groupe spécial devrait demander l'avis « d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend ».

⁴³⁴ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 263. Le Canada avait alors notamment préconisé que « les parties devraient être consultées par le Groupe spécial en ce qui concerne le choix des experts scientifiques ».

– *Hormones*⁴³⁵, *États-Unis – Crevettes*⁴³⁶, *CE – Amiante*⁴³⁷ ou encore *États-Unis – Maintien de la suspension*⁴³⁸. De même, comme le préconisaient les Communautés européennes dans cette dernière affaire⁴³⁹, les États parties au différend sont systématiquement invités par les groupes spéciaux à proposer des noms d’experts potentiels, que ce soit à titre principal⁴⁴⁰ ou de manière secondaire afin de compléter les listes de noms proposées par les diverses institutions internationales qui ont également pu être sollicitées à cet égard⁴⁴¹. Par ailleurs et surtout, les groupes spéciaux, qui garantissent aux parties le droit de formuler des observations et des objections sur les experts potentiels dont les noms ont été proposés, recherchent toujours leur consentement dans le choix des experts qui seront *in fine* nommés⁴⁴². Ainsi, dans l’affaire *Australie – Saumons* le Groupe spécial a désigné quatre experts sur une liste de noms suggérés par les États parties au différend et par l’OIE « *en tenant compte des observations des parties* »⁴⁴³. Pareillement, dans l’affaire *Japon – Film*, le Groupe spécial a choisi ses experts « *après avoir consulté les parties* »⁴⁴⁴. L’intervention des États est parfois plus poussée encore, comme en témoigne l’affaire *CE – Hormones*, dans laquelle les États ont non seulement été consultés par le Groupe spécial sur la procédure à suivre pour la désignation des experts mais ont également procédé eux-mêmes à cette désignation⁴⁴⁵.

La pratique arbitrale internationale offre également de nombreux exemples du contrôle exercé par les États sur le choix et les modalités de désignation de l’expert du tribunal. Dans l’*Affaire de la délimitation maritime entre le Guyana et le Suriname*, le Président du tribunal arbitral a ainsi proposé aux parties le nom d’un expert et recueilli leur accord avant de procéder à sa nomination⁴⁴⁶. À

⁴³⁵ ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, pp. 112-113.

⁴³⁶ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, pp. 177-178.

⁴³⁷ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, pp. 263-272.

⁴³⁸ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe A-4.

⁴³⁹ *Id.*

⁴⁴⁰ Voy. par exemple ORD, *Australie – Saumons* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 178 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 266.

⁴⁴¹ Cf. ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 82 ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 91 ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe A-4 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, pp. 7-9.

⁴⁴² Sur ce point, voy. entre autres ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 178 ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 83 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 272 ; *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 91 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 326 ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe A-5.

⁴⁴³ ORD, *Australie – Saumons* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111.

⁴⁴⁴ ORD, *Japon – Film* (DS44), rapport du Groupe spécial, annexe sur les problèmes de traduction.

⁴⁴⁵ ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, p. 113. Renonçant de fait pour partie à ses prérogatives en la matière, le Groupe spécial a en effet invité les parties à désigner chacune un expert, tandis que lui-même en choisissait deux sur une liste de noms présentée par le secrétariat de la Commission du Codex Alimentarius et par le Centre international de recherche sur le cancer, le tout en « *tenant compte des observations des parties* ».

⁴⁴⁶ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, §59-60 (disponible sur le site de la CPA, consulté le 3 juin 2016).

l'inverse, les experts de la Commission de conciliation franco-italienne dans l'affaire *Garibaldi* ont eux été choisis par les parties et ce choix soumis *a posteriori* à la Commission pour approbation⁴⁴⁷. La convention arbitrale dans l'*Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique* conférait quant à elle la faculté au Tribunal de consulter des experts mais selon des modalités qui faisaient là aussi largement intervenir les États puisqu'il était prévu que les questions scientifiques seraient déferées à une commission de trois experts, dont un nommé par chacune des parties et le troisième nommé par le Tribunal⁴⁴⁸. Les mêmes modalités de désignation des experts furent à nouveau préconisées dans le cadre de l'affaire *Tacna – Arica* entre le Chili et le Pérou⁴⁴⁹ ou dans l'*Affaire de l'interprétation de l'article 79 du traité de paix franco-italien*⁴⁵⁰. Cependant, si ces quelques exemples reflètent un partage (plus ou moins favorables aux États selon les cas) du pouvoir entre l'arbitre et les parties dans le cadre de la désignation de l'expert du tribunal, l'intervention des États se fait souvent sentir de manière bien plus prégnante encore. En effet, la procédure de droit commun devant les tribunaux arbitraux semble très largement consacrer la prééminence des États sur ce point, les prérogatives du juge en la matière allant même jusqu'à être considérées comme subsidiaires. Comme l'affirme l'arbitre dans l'*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*,

« L'arbitre juridique a la faculté, toutes les fois qu'il se trouvera en face d'une question technique de consulter des experts, à nommer par les parties ou – à défaut d'un accord entre celles-ci – à désigner par l'arbitre même, procédure qui est généralement suivie par les Tribunaux de droit commun »⁴⁵¹.

Cette prééminence des États, loin d'être démentie par la pratique, s'illustre dans de nombreuses conventions et sentences arbitrales, tels le compromis États-Unis – Russie dans l'*Affaire des navires Cape Horn Pigeon et alli* qui affirme que « l'arbitre pourra, s'il le juge opportun, inviter chaque Gouvernement à désigner un expert commercial pour l'aider [...] à fixer le montant de

⁴⁴⁷ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire Garibaldi*, décision n°28 du 11 juillet 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 99.

⁴⁴⁸ *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 7 septembre 1910, *RSA*, vol. XI, p. 176.

⁴⁴⁹ *Tacna – Arica question*, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 957.

⁴⁵⁰ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire de l'interprétation de l'article 79§6 c) du traité de paix franco-italien*, décision n°196, *RSA*, vol. XIII, pp. 438-439. Pour d'autres exemples de l'association des États au choix de l'expert du tribunal, cf. notamment *ARA Libertad Arbitration*, Argentine c. Ghana, règles de procédure du tribunal adoptées le 31 juillet 2013 (disponibles sur le site internet de la CPA, consulté le 3 juin 2016). L'article 19 des règles de procédure du tribunal arbitral prévoit en effet, selon des modalités assez proches de celles existant devant les groupes spéciaux de l'OMC, que le Tribunal devra faire parvenir aux Parties une description des qualifications de l'expert qu'il envisage de nommer, accompagnée par une déclaration des éventuels conflits d'intérêts le concernant, afin qu'elles puissent informer « *the Arbitral Tribunal whether they have any objections as to the expert's qualifications, impartiality or independence* ».

⁴⁵¹ *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, France c. Pologne, sentence du 30 novembre 1929, *RSA*, vol. III, pp. 1676-1677.

l'indemnité »⁴⁵², ou même la déclaration du tribunal arbitral dans l'*Affaire des phares de l'Empire Ottoman* selon laquelle « [e]n ce qui concerne les expertises, [le Tribunal] a estimé opportun de ne pas désigner lui-même le ou les experts. Il a laissé aux parties un délai pour procéder elles-mêmes à cette désignation, faute de quoi elle sera effectuée par le Tribunal »⁴⁵³.

56. Enfin, loin de se limiter à cet aspect – certes potentiellement déterminant – du choix de l'expert, l'intervention des États transparait plus largement dans la détermination des modalités d'organisation de l'expertise, notamment la question du nombre d'experts à nommer, celle du délai qui leur sera imparti et bien sûr celle du mandat, du statut et des pouvoirs qui leur seront conférés dans le cadre de leur mission. Ainsi, dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans le golfe du Maine*, le Canada et les États-Unis avaient expressément prévu dans le compromis par lequel ils avaient saisi la CIJ que celle-ci devrait désigner un expert « pour l'aider dans la considération des questions techniques et notamment dans la préparation de la description de la frontière maritime [...] »⁴⁵⁴. La Cour, dans son ordonnance du 30 mars 1984, assigna donc ce même mandat à l'expert qu'elle désigna au titre de l'article 50 de son Statut et précisa, comme les parties l'avaient également exigé, que celui-ci assisterait à la procédure orale⁴⁵⁵. De la même façon, le compromis conclu par le Royaume-Uni et l'Éthiopie dans l'affaire de l'*Attaque de la caravane du Maharao de Cutch* prévoit en son article 6 qu'au cas où le Tribunal jugerait nécessaire d'avoir recours à des experts pour estimer le montant des réparations, « the number of the experts must necessarily be three » et précise encore que « [t]hey must give their decision within one month after judgment has been given »⁴⁵⁶. Pareillement, à l'occasion de la sentence rendue par la Commission de conciliation franco-italienne dans le *Différend Joseph Ousset*, les parties ont « suggér[é] que l'expertise

⁴⁵² Compromis conclu par échange de lettres en date du 26 août et du 8 septembre 1900, *Affaire du Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White et Kate and Anna*, États-Unis c. Russie, RSA vol. IX, p. 58.

⁴⁵³ *Affaire des phares de l'Empire Ottoman*, France/Grèce, sentence du 24/27 juillet 1956, RSA, vol. XII, p. 250. Dans le même sens, la pratique de la Commission de conciliation franco-italienne (RSA, vol. XIII) est éclairante dans l'affaire *Bugalets* (décision n°37, p. 133), l'affaire des *Héritiers du Duc de Guise* (décisions n°43 et 87, pp. 152-153 et 163), dans le différend *Joseph Ousset* (décision n°92, p. 257), l'affaire des *Sociétés Salchi et Lory* (décision n°119, p. 318) ou l'affaire *IVEM* (décision n°183, pp. 352-353) entre autres. Voy. encore l'*Affaire Turini*, dans laquelle la Commission mixte des réclamations États-Unis – Venezuela a examiné la possibilité de faire appel à des experts pour l'aider sur les aspects techniques du litige et affirmé à cet égard que les parties « are bound to appoint by mutual agreement an expert or a commission of three experts, named one by each party and the third by the two experts named » (Commission mixte des réclamations États-Unis – Venezuela, *Affaire Turini*, RSA, vol. IX, p. 168).

⁴⁵⁴ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, ordonnance du 30 mars 1984, Rec. 1984, p. 166.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, pp. 166-167.

⁴⁵⁶ Convention Éthiopie – Royaume-Uni du 13 septembre 1927, article 6, *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, RSA, vol. II, p. 823. Cet article de la convention arbitrale va même plus loin puisqu'il affirme que « [t]he estimate made by the majority of the experts shall be accepted », alors même que le juge (ou l'arbitre) est en principe toujours libre d'apprécier la valeur probante de l'expertise et de décider d'en tenir compte ou pas. Pour un autre exemple dans lequel les parties avaient expressément déterminé le nombre d'experts à nommer si le tribunal souhaitait recourir à l'expertise, cf. *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 7 septembre 1910, RSA, vol. XI, p. 176.

comptable décidée par la Commission soit confiée à un expert français et à un expert italien auxquels il sera demandé un rapport conjoint et, d'autre part, propos[é] les questions que les experts devr[aient] résoudre »⁴⁵⁷. Quant aux États parties dans l'*Affaire de la délimitation maritime entre le Guyana et le Suriname*, ils ont fait connaître leurs vues sur le rôle qui devait être conféré à l'expert du tribunal et ont par la suite été consultés par l'arbitre pour la mise au point de son mandat⁴⁵⁸. Mais au-delà de ces exemples, c'est indubitablement le contentieux de l'OMC qui une fois encore illustre le mieux les velléités de contrôle des États sur ces aspects. En effet, leur intervention dans le cadre des décisions adoptées par les groupes spéciaux en la matière n'est pas seulement fréquente et tolérée : elle semble plus exactement s'être institutionnalisée puisque les procédures de travail encadrant le recours par les groupes spéciaux à l'expertise sont en pratique systématiquement mises au point par ces derniers en consultation avec les parties. Ainsi, malgré l'absence de disposition expresse en ce sens dans les accords de l'OMC et le mémorandum sur le règlement des différends, le champ de l'expertise et les questions précises auxquelles devront répondre les experts sont invariablement déterminés par les groupes spéciaux en consultation avec les parties⁴⁵⁹. Celles-ci interviennent également sur la question des spécialités dans lesquelles il conviendrait que le Groupe spécial consulte des experts⁴⁶⁰, sur celle du nombre d'experts à nommer⁴⁶¹ et sur la forme que devra prendre la consultation des experts⁴⁶². De la pratique se dégage donc une procédure « de droit

⁴⁵⁷ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Joseph Ousset*, décision n°92 du 14 avril 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 257.

⁴⁵⁸ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, §53-58. Cela n'est pas vraiment surprenant puisque l'article 11 §3 des Règles de procédure du Tribunal encourageait de manière générale le Tribunal à associer les parties à ses décisions en matière d'expertise en affirmant que « [a]fter having obtained the views of the parties, the Arbitral Tribunal may upon notice to the Parties appoint one or more experts to report to it, in writing, on specific issues to be determined by the Tribunal ».

Pour des illustrations supplémentaires de l'intervention des États dans la détermination du mandat de l'expert du tribunal, cf. notamment *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, *RSA*, vol. I, p. 226 et *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 375.

⁴⁵⁹ Sur ce point, cf. ORD, *Australie – Saumons* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, p. 131 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, pp. 177-178 ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 83 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 266 ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 91 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, pp. 325-327 ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexes A-3 et A-4 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 7.

⁴⁶⁰ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, pp. 264-265 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, pp. 325-326 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 7.

⁴⁶¹ Voy. par exemple ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, p. 131 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 265 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 326 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 7.

⁴⁶² Il est ici fait référence au choix laissé aux groupes spéciaux de consulter des groupes consultatifs d'experts ou au contraire des experts à titre individuel : ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, pp. 264-265 et 268-272 ; ORD, *Japon – Produits agricoles II*, (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 82 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, note 226, p. 325 ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe A-4 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 7. Sur ce dernier point, il est à noter que les tentatives d'intervention des États se heurtent directement aux déclarations de

commun » qui associe peu ou prou les États à chacune des décisions relatives aux modalités de consultation des experts par les groupes spéciaux.

57. Par conséquent, si l'expertise apparaît comme une mesure mise à la disposition du juge international dont on pouvait – au moins théoriquement – penser qu'elle serait de ce fait essentiellement maîtrisée par le juge et « accordée » à ses besoins comme dans les droits internes de tradition continentale, la pratique révèle une réalité bien différente dans laquelle les États sont très largement associés à la décision du juge de recourir ou pas à l'expertise et ont même régulièrement une place prépondérante dans la détermination des modalités de sa mise en œuvre. Il en résulte par suite un certain nombre de conséquences sur le processus de recherche de la vérité par le juge international et plus largement, sur la capacité de ce dernier à résoudre de manière satisfaisante et durable les différends qui opposent les États.

§2 - Les conséquences du contrôle exercé par l'État sur l'expertise

58. Aux termes des textes constitutifs des tribunaux internationaux et surtout au regard de leur pratique, l'expertise est essentiellement envisagée on l'a vu comme une mesure destinée à assister le juge dans la mission qui lui incombe d'établir la vérité matérielle des faits du différend pendant devant lui. Cependant, comme il a également été montré auparavant, l'exercice par le juge des prérogatives qu'il tire de ces textes en matière d'expertise est le plus souvent subordonné, sous une forme ou une autre, à un contrôle de la part des États et va même parfois jusqu'à être considéré, dans les cas les plus extrêmes, comme de nature exceptionnelle. Il est dès lors permis de s'interroger sur les conséquences qu'emporte cet état de fait sur la recherche par le juge de la vérité et *in fine*, sur sa capacité à résoudre effectivement le différend opposant les parties dans ces conditions. Au regard de la pratique des foras internationaux, deux types de conséquences semblent principalement résulter de « l'interventionnisme » dont font preuve les États en matière d'expertise.

59. Le premier concerne les situations dans lesquelles la volonté de contrôle des États est susceptible d'aboutir *de facto* à l'impossibilité (totale ou partielle) pour le juge d'obtenir les

l'Organe d'appel selon lesquelles « l'article 13 [du mémorandum sur le règlement des différends] habilite un groupe spécial à demander des renseignements et des avis techniques comme il le juge approprié pour une affaire donnée et [...] laisse au groupe spécial la liberté de déterminer si l'établissement d'un groupe consultatif d'experts est nécessaire ou approprié » (ORD, *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements*, rapport de l'Organe d'appel, p. 35 ; dans le même sens voy. encore ORD, *CE – Hormones*, rapport de l'Organe d'appel, p. 65). C'est donc sans doute sur cet aspect que leur influence se fait le moins sentir, les groupes spéciaux défendant plus énergiquement leurs prérogatives relatives à la forme que doit prendre la consultation d'experts : ORD, *CE – Amiante (DS135)*, rapport du Groupe spécial, p. 265 et ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension (DS320)*, rapport du Groupe spécial, pp. 173-175.

informations et renseignements dont il a besoin afin de statuer. En dépit de la réticence globale du juge international à faire état de son insatisfaction à cet égard, plusieurs précédents confirment pourtant clairement l'existence de ce risque. Celles-ci peuvent par exemple résulter de la volonté des États d'éviter purement et simplement que le juge n'ait recours à l'expertise. Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, ayant pourtant manifesté son intention « *de s'assurer réellement du bien-fondé en fait et en droit des conclusions de l'État demandeur* »⁴⁶³ et évoqué à cet égard la possibilité d'ordonner au titre de l'article 50 de son Statut une enquête ou une expertise, la CIJ doit finalement renoncer et se contenter pour statuer « *d'informations documentaires de natures et d'origines variées* »⁴⁶⁴, dont on sait qu'un grand nombre consistait en de simples articles de presse. La raison invoquée par la Cour pour expliquer cette décision tient au fait qu'il lui paraissait

« *douteux qu'une telle enquête fût praticable ou désirable en l'espèce, d'autant que, pour s'acquitter convenablement de sa tâche, un organe de ce genre aurait pu éprouver la nécessité de se rendre sur le territoire de l'État demandeur, mais aussi sur ceux de quelques pays voisins, voire sur celui de l'État défendeur alors que celui-ci a refusé de comparaître devant la Cour* »⁴⁶⁵.

L'absence de coopération des États à l'expertise envisagée par la Cour a donc privé celle-ci d'informations potentiellement déterminantes en vue de la recherche de la vérité et en l'absence d'autres éléments de preuve, l'a conduite à devoir se prononcer à partir de preuves documentaires peu concluantes, hypothéquant par-là même sérieusement ses chances de rendre une décision satisfaisante⁴⁶⁶.

60. D'autres cas semblables, dans lesquels le juge est susceptible de se trouver privé *de facto* des informations dont il a besoin afin de statuer, résultent aussi régulièrement de la volonté des États de voir celui-ci privilégier ou même se limiter à la consultation des experts des parties. Cette nette préférence exprimée par les États en faveur du modèle du témoin-expert, bien que peu surprenante et

⁴⁶³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 40.

⁴⁶⁴ *Id.*

⁴⁶⁵ *Id.*

⁴⁶⁶ La décision de la Cour, qui s'est en effet fondée essentiellement sur ces preuves documentaires à la valeur probante limitée, fut sans surprise largement critiquée par la doctrine et parfois par les membres de la Cour eux-mêmes : voy. à cet égard l'opinion dissidente du juge Schwebel, *Rec.* 1986, pp. 323-331, mais également FRANCK (T. M.), « Fact-finding in the ICJ », in LILLICH (R. B.) (dir.), *Fact-finding before international tribunals. Eleventh Sokol Colloquium*, New York : Transnational Publishers Inc, 1992, pp. 21-32 ; WHITE (G.), « The use of experts by the International Court », in LOWE (V.), FITZMAURICE (M.) (dir.), *Fifty years of the International Court of Justice : Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 528-540 ; ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus-Nijhoff Publishers, 2007, pp. 235-250.

assez répandue dans l'ordre juridique international, ne va pas il est vrai sans engendrer un certain nombre de difficultés pour le juge dans le cadre de la recherche et de l'établissement des faits. Ainsi, il faut remarquer que l'appréciation de la valeur probante de l'expertise apparaît sensiblement plus complexe lorsqu'elle porte sur les rapports et témoignages des experts des parties. Comme illustré précédemment, la relation juge-expert se définit par un déséquilibre fondamental marqué par ce que le juge ignore et qui rend nécessaire le recours aux connaissances de l'expert. Mais, dans la mesure où son ignorance lui impose justement de s'en remettre à l'expert, comment le juge peut-il par suite s'assurer de la qualité et de la fiabilité de l'expertise qui lui est fournie ? Se pose donc la question de la compétence épistémologique du juge qui, du fait qu'il ne dispose guère des outils nécessaires à l'appréciation sur le fond du mérite des explications développées par l'expert, n'a souvent d'autre choix que de se fonder sur des critères d'appréciation purement formels, tels ceux relatifs aux qualifications de l'expert, à la fiabilité de sa méthodologie, aux éventuels conflits d'intérêts le concernant ou encore à ses capacités d'argumentation et à son comportement lors des interrogatoires et contre-interrogatoires⁴⁶⁷. S'il est entendu que la question de la compétence épistémologique du juge constitue un paradoxe caractéristique de la relation juge-expert en général, l'on pressent aisément, au vu de l'appréciation essentiellement formelle que porte le juge sur le travail de l'expert, qu'elle acquiert une dimension particulière lorsque l'expertise est commanditée par l'une des parties au différend et ce, en raison des caractéristiques singulières attachées au modèle anglo-saxon du témoin-expert.

Le témoin-expert est en effet un expert dont la spécificité est d'être choisi, préparé et rémunéré par les parties, ce qui lui confère l'indéniable avantage de rassurer celles-ci mais l'affuble dans le même temps aux yeux du juge d'un handicap majeur puisqu'il paraît de fait rarement – à tort ou à raison d'ailleurs – indépendant et impartial. Cela est d'autant plus vrai que la distinction entre le témoin-expert et le conseil paraît de plus en plus ténue, les États choisissant fréquemment de faire présenter par leurs conseils les aspects scientifiques et techniques des cas, ou à l'inverse de conférer à leurs experts le titre de conseils, voire même de demander à une seule et même personne d'assumer successivement les deux rôles lors de l'audience⁴⁶⁸. Dans ces conditions, et indépendamment de la

⁴⁶⁷ Cf. *supra*, §47.

⁴⁶⁸ Ce phénomène, sans être nouveau, s'est indubitablement banalisé au cours des ans : cf. notamment CIJ, *Affaire des pêcheries anglo-norvégiennes*, Royaume-Uni c. Norvège, arrêt du 18 décembre 1951, *Rec.* 1951, p. 117 ; CIJ, *Affaire de l'Interhandel*, Suisse c. États-Unis, arrêt du 21 mars 1959 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1959, p. 7 ; CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt du 12 avril 1960 (fond), *Rec.* 1960, p. 8 ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1964, p. 7 ; CIJ, *Elettronica Sicula*, États-Unis c. Italie, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 17 et 19 ; *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 275 ; *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 377 ; TIDM, *Travaux de*

valeur réelle de l'expertise fournie par les parties, le fait que le juge puisse régulièrement manifester des doutes quant à la fiabilité de cette expertise paraît inévitable. Renvoyant aux témoignages des experts des parties sur la question de l'exactitude et du sens à attribuer à plusieurs cartes et dispositions d'un traité, l'arbitre évoqua ainsi clairement, dans l'*Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, « *the doubts which [he] had conceived as to the justice of each of the lines claimed as regards the text of the treaty and the avowed intentions of the parties* »⁴⁶⁹. De façon analogue, le commissaire américain dans l'affaire de la *Lehigh Valley Railroad Cie* estima que « *[t]he danger here, as in all questions where experts line themselves upon each side, is whether it is possible to detect these cases in which the experts are endeavoring to make the worse appear the better reason* »⁴⁷⁰. Dans l'*Affaire de la Fonderie du Trail*, l'arbitre s'est quant à lui approprié la remarque d'un juge américain pour affirmer que « *[i]t must not be overlooked that witnesses who give opinion evidence are sometimes unconsciously influenced by their environment, and their evidence colored, if not determined, by their point of view* »⁴⁷¹. La même crainte ressort encore de l'article 14 du Règlement de procédure de la Commission de conciliation franco-italienne selon lequel « *[l]es expertises faites à la demande des parties peuvent être contrôlées d'office par des techniciens nommés à cet effet* »⁴⁷² ou plus récemment, de la question adressée par le juge Bennouna à l'Argentine et à l'Uruguay dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* en vue de savoir dans quelle mesure un expert intervenant au soutien de l'une ou l'autre des parties pouvait être considéré comme indépendant⁴⁷³. Qu'il procède d'une crainte, d'un *a priori* défavorable ou qu'il se fonde

poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, §20 ; CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Bénin/Niger, arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. 93 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, pp. 71-72 ; CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 novembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 629 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, pp. 47-48. On a ainsi pu voir apparaître des titres comme ceux de « *conseiller scientifique et technique* », de « *conseil-expert* » ou de « *conseiller-expert* », qui ne peuvent que nourrir les craintes du juge quant au manque possible d'objectivité et de fiabilité des expertises qui lui sont proposées par les parties.

⁴⁶⁹ *Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 302.

⁴⁷⁰ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, Certificate of disagreement and opinion of the American Commissioner, *RSA*, vol. VII, p. 431.

⁴⁷¹ *Affaire de la Fonderie du Trail*, États-Unis/Canada, sentence du 16 avril 1938, *RSA*, vol. III, p. 1922. La remarque originelle a été formulée par le juge américain Johnson en 1919 dans l'affaire *Anderson v. American Smelting & Refining Co.*, 265 F. 928 (US Dist. C., 1919).

⁴⁷² Règlement de procédure de la Commission de conciliation franco-italienne, *RSA*, vol. XIII, p. 27. Pour d'autres exemples assez proches où les éléments scientifiques et techniques soumis par les parties furent vérifiés par le Tribunal, cf. *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 65 et *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 296.

⁴⁷³ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 72. Cf. également en ce sens l'opinion dissidente des juges Simma et Al-Khasawneh dans cette affaire (*Rec.* 2010, p. 111, §6) et les minutes orales des audiences du 22 et 28 septembre 2009 (disponibles sur le site internet de la Cour, consulté le 3 juin 2016). La question de la fiabilité et de la valeur probante des expertises soumises par les parties fut à

effectivement sur des faits, le scepticisme du juge international à l'égard des expertises soumises par les parties constitue régulièrement un obstacle insurmontable qui aboutit à priver celles-ci de l'essentiel de leur intérêt. Sauf cas exceptionnel⁴⁷⁴, le juge ne sera en effet guère disposé à accorder du crédit aux dires d'un expert qu'il soupçonnera d'être – fût-ce de manière inconsciente – insuffisamment indépendant et impartial⁴⁷⁵. Et ce faisant, le juge se verra privé de renseignements potentiellement déterminants qu'il aurait pu obtenir par le biais de ces expertises, eût-il nourri moins de doutes quant à leur fiabilité. Cette perspective paraît bien évidemment plus inquiétante encore dans l'hypothèse où les informations dont le juge a besoin ne peuvent être obtenues par d'autres moyens à sa disposition.

Un aspect de cette problématique d'évaluation de la force probante des expertises soumises par les parties mérite sans doute une attention particulière dans la mesure où il semble susciter un désarroi grandissant chez le juge international. En effet, le recours préférentiel aux témoins-experts – qui sont une fois encore préparés, rémunérés et donc en général particulièrement sensibilisés à la cause de la partie au soutien de laquelle ils interviennent – a exacerbé de manière mécanique la manifestation des divergences et oppositions existant naturellement entre les spécialistes et placé le

nouveau abordée par la Cour dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie (CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Rec.* 2012, pp. 643-644).

Dans le même sens, voy. encore la distinction traditionnellement opérée par les juridictions internationales entre l'expert « indépendant » ou « neutre » du tribunal et l'expert intervenant au soutien de l'une ou l'autre des parties, parfois qualifié d'expert « partial » : Commission de conciliation États-Unis – Italie, *Affaire Mannella*, décision n°168 du 5 avril 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 310-311 ; Commission des réclamations Royaume-Uni – Mexique, *Affaire McNeill*, décision n°46 du 19 mai 1931, *RSA*, vol. V, pp. 165-168 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, pp. 125-126 puis p. 194, 197 et 202 ; *Enquête portant sur certains incidents ayant affecté le chalutier britannique Red Crusader*, Royaume-Uni/Danemark, décision du 23 mars 1962, *RSA*, vol. XXIX, pp. 527-529 ; Commission de conciliation France – Italie, *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière*, décision n°163 du 9 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 505 ; ORD, *Japon – Film* (DS44), rapport du Groupe spécial, p. 3 et plus généralement, les groupes consultatifs d'experts constitués par les groupes spéciaux sont qualifiés d'« indépendants ».

⁴⁷⁴ Pour un exemple où le juge n'a eu d'autre choix que de statuer sur le fondement de l'expertise soumise par l'une des parties, voy. l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Dans cette affaire, après avoir pris acte de l'indifférence évidente opposée par les parties à son intention d'ordonner une expertise indépendante pour estimer le montant des réparations, Max Huber affirme qu'il adoptera les estimations avancées par les experts du Royaume-Uni car il ne peut « sans des raisons fondées sur des faits précis, [...] se départir des seules expertises qui lui ont été soumises » et ce, bien qu'il eusse manifestement souhaité les faire vérifier (*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne c. Royaume-Uni, sentence du 1^{er} mai 1925, *RSA*, vol. II, pp. 734-735). Cependant, cette situation relativement exceptionnelle n'a sans doute été rendue possible qu'en raison de l'absence d'opposition sérieuse de l'Espagne à l'estimation fournie par les experts britanniques.

⁴⁷⁵ À cet égard, l'opinion dissidente des juges Simma et Al-Khasawneh rendue en l'affaire des *Usines de pâte à papier* semble particulièrement édifiante : ils affirment ne pas être « convinced by the claim that, in a case like the present one, scientific expertise can satisfactorily be supplied and acted upon by the Court, by experts acting as counsel on behalf of the Parties [...] » (CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, op. diss. Simma et Al-Khasawneh sous arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 111). Les États semblent d'ailleurs relativement conscients de cet état de fait : leur insistance sur la notion d'indépendance et/ou d'impartialité du témoin-expert révèle leur volonté grandissante de rassurer le juge sur ce point. Cf. par exemple TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, compte-rendu de l'audience du 20 août 1999 (matinée), p. 12 ; TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, arrêt du 14 mars 2012, p. 6 ; GATT, *Canada – Boissons alcooliques* (BISD 39S/28), rapport du groupe spécial, p. 14 et 29.

juge en position de devoir non plus seulement déterminer la force probante de l'expertise soumise mais encore départager des spécialistes qui s'opposent parfois vigoureusement (d'où les fameux « combats d'experts »⁴⁷⁶) sur des questions dont il n'a logiquement pas la maîtrise. Ces situations, qui ne sauraient de toute évidence rendre moins délicate l'évaluation par le juge des expertises qui lui sont présentées, aboutissent en revanche de manière quasi systématique là aussi à priver celles-ci de tout intérêt : le juge ne disposant pas des connaissances nécessaires pour faire la part des thèses respectivement défendues par les parties et leurs experts, les expertises soumises dans ces circonstances s'avèrent le plus souvent incapables de lui fournir les informations dont il a besoin. La Commission mixte des réclamations États-Unis – Allemagne pointa clairement du doigt ce problème dans l'affaire de la *Lehigh Valley Railroad Cie*. Après avoir lu les rapports et entendu les experts des parties, elle conclut en effet par la voix de son arbitre neutre que

« [m]any of the opinions of the experts on the one side are countered by diametrically opposite results stated by those on the other [...] I entertain no doubt that all the experts retained by both litigants were inspired by a desire to do their honest best with a very difficult problem [...] My experience in this behalf has, however, been most unsatisfactory and has only tended to confirm the feeling that on the expert evidence alone, my judgment would be left in balance [...] »⁴⁷⁷.

La même constatation s'impose régulièrement à la lecture des arrêts de la CIJ et du TIDM. Renvoyant aux travaux des « éminents experts de la Libye » et des « spécialistes non moins éminents » de Malte, la CIJ affirme par exemple dans son arrêt rendu en l'affaire du *Plateau continental* entre ces deux États qu'elle « ne croit pas être en mesure d'en tirer des conclusions suffisamment convaincantes [...] »⁴⁷⁸ et qu'elle « ne peut accepter l'idée que, pour statuer en l'espèce, elle devrait d'abord trancher un désaccord entre des hommes de science réputés sur

⁴⁷⁶ Ce phénomène étant bien connu dans les systèmes de common law, la littérature anglo-saxonne est abondante sur ce point : voy. par exemple SHUMAN (D. W.), WHITAKER (E.), CHAMPAGNE (A.), « An empirical examination of the use of expert witnesses in American courts », *Jurimetrics Journal*, 1991, vol. 31, n°4, pp. 375-392 ; KAUFMAN (H. H.), « The expert witness, neither Frye nor Daubert solved the problem. What can be done ? », *Int'l Rev. Law Comput. & Tech.*, 2001, vol. 15, n°1, pp. 79-101 ; MNOOKIN (J. L.), « Expert evidence, partisanship and epistemic competence », *Brooklyn L. Rev.*, 2008, vol. 73, n°3, pp. 1009-1033 ; HUBER (P. W.), « Junk science in the courtroom », *Valp. Univ. L. Rev.*, 1992, vol. 26, n°3, pp. 723-755 ; GOLDMAN (A. I.), « Experts : Which ones should you trust ? », *Phi. & Pheno. Research*, 2001, vol. 63, n°1, pp. 85-110 ; BURK (D. L.), « When scientists act like lawyers : The problem of adversary science », *Jurimetrics Journal*, 1993, vol. 33, n°3, pp. 363-376.

⁴⁷⁷ Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 3 décembre 1932, *RSA*, vol. VII, p. 121. Pour d'autres illustrations de ce type de situations dans le cadre arbitral, voy. par exemple l'*Affaire de la Fonderie du Trail*, États-Unis/Canada, sentence du 16 avril 1938, *RSA*, vol. III, pp. 1921-1922 ou encore l'*Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 298.

⁴⁷⁸ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, p. 36.

*l'interprétation plus ou moins plausible de données apparemment incomplètes [...] »*⁴⁷⁹. La Cour se heurte encore à la même difficulté dans l'affaire de la *Délimitation maritime* entre Qatar et Bahreïn, dans laquelle elle note que

« [l]es deux Parties ont présenté des rapports d'experts qui parviennent à des conclusions divergentes quant à l'existence d'un tel chenal navigable en permanence »⁴⁸⁰ et conclut donc qu'elle se trouve « dans l'incapacité d'établir s'il existait ou non un passage séparant de façon permanente l'île de Sitrah de Fasht al Azm avant les travaux d'aménagement de 1982 »⁴⁸¹.

Confrontée de manière régulière à ces situations au cours des dernières décennies, la Cour a d'ailleurs pris l'habitude de laisser de côté les questions faisant l'objet de telles divergences entre les experts des parties⁴⁸². Le TIDM, qui a lui aussi fait l'expérience de semblables divergences entre experts dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, a conclu dans son ordonnance en mesures conservatoires qu'il « ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis »⁴⁸³. Quant au Groupe spécial de l'affaire *CE – Amiante*, il a estimé nécessaire de rappeler aux parties et à leurs experts qu'il n'était « pas censé trancher un débat scientifique, n'étant pas composé d'experts dans le domaine des risques que l'amiante pourrait faire courir à la santé des personnes »⁴⁸⁴. Outre qu'elles démontrent l'inutilité globale des expertises – souvent coûteuses au surplus⁴⁸⁵ – soumises par les parties dans ces conditions, ces quelques illustrations paraissent inquiétantes en ce qu'elles concernent essentiellement des cas dans lesquels le juge n'a pu, au final, avoir recours à des moyens alternatifs pour accéder aux informations dont il avait besoin.

Un dernier cas doit être mentionné dans lequel la volonté de contrôle exprimée par les Etats à l'égard de l'expertise peut aboutir à priver le juge des informations nécessaires au jugement. Il s'agit

⁴⁷⁹ *Id.*

⁴⁸⁰ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 98.

⁴⁸¹ *Id.*

⁴⁸² Cf. notamment CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 42 ; CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1063 ; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, pp. 189-190 ; CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, Malaisie/Singapour, arrêt du 23 mai 2008, *Rec.* 2008, p. 60 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 72 ; CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 novembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, pp. 643-644.

⁴⁸³ TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, §80.

⁴⁸⁴ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 229.

⁴⁸⁵ L'on se réfère sur ce point aux informations – certaines chiffrées, d'autres non – qui ont été communiquées à l'auteur de ces lignes lors d'une série d'interviews réalisées à l'été 2011 avec plusieurs juges de la CIJ et avec son greffier, M. Philippe Couvreur. A la demande expresse des intéressés, aucun chiffre précis ne sera cependant communiqué ici.

du cas dans lequel, le juge ayant décidé de recourir à un expert du tribunal, les États souhaitent intervenir à l'égard du choix de l'expert. Cette hypothèse est par nature délicate en ce qu'elle met en jeu tout à la fois le droit des parties à un procès équitable et la possibilité effective pour le juge d'exercer ses prérogatives en matière de recherche et d'établissement des faits. Les États, craignant d'être lésés par l'intervention de cet expert sur lequel ils ne devraient en théorie exercer pratiquement aucun contrôle, recherchent systématiquement une réassurance quant à son impartialité et son indépendance. Aussi le risque est-il grand de voir les États parties au différend chercher à écarter de la sélection tout expert ne correspondant pas parfaitement à leurs attentes sur ce point, et ce au mépris éventuel des besoins du juge. Cette réalité a par exemple trouvé à s'illustrer dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* : le Groupe spécial ayant en effet décidé d'ordonner une expertise indépendante, il avait initialement demandé au secrétariat de la Commission du Codex Alimentarius, au JECFA, et au Centre international de recherche sur le cancer de lui suggérer des noms d'experts, qui furent tous rapidement écartés par les États-Unis et les Communautés européennes. Le Groupe spécial invita alors les parties à avancer elles-mêmes des noms d'experts potentiels mais sans toutefois que cela résolve la situation puisque le Groupe spécial explique, non sans une certaine détresse, que sur les soixante et onze noms d'experts respectivement proposés par les organisations internationales et les parties, un seul avait *in fine* l'agrément des deux États litigants⁴⁸⁶. Si ces derniers avaient sans doute des motifs valables pour s'opposer à la participation de certains experts, tels ces experts du JECFA dont l'Organe d'appel a relevé qu'ils avaient largement participé à la rédaction des rapports d'évaluation mis en cause par les Communautés européennes dans leurs communications, d'aucuns pourraient probablement s'étonner qu'un seul des soixante et onze experts proposés ait présenté des garanties satisfaisantes d'indépendance et d'impartialité⁴⁸⁷. En revanche, l'on ne saurait guère nourrir de doutes quant à l'existence de craintes importantes des États sur ce point, lesquelles ont vraisemblablement abouti à priver le Groupe spécial du concours potentiellement déterminant de certains experts écartés *a priori* de la sélection. Cette hypothèse, qui voit le juge renoncer à la consultation d'experts qui n'auraient pas l'agrément des parties, est susceptible d'être plus problématique encore lorsque, du fait de la très grande technicité, de la spécificité ou de la nouveauté des questions faisant l'objet de l'expertise, un nombre limité d'experts est disponible pour aider le juge sur ces aspects du différend. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis –*

⁴⁸⁶ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, pp. 178-179.

⁴⁸⁷ À cet égard, il est à noter que si le critère utilisé par l'Organe d'appel pour disqualifier un expert repose, conformément à la section VI.2 des règles de conduite, sur l'existence de « *probabilités* » et de « *doutes sérieux* » quant à son indépendance ou à son impartialité, les États semblent quant à eux retenir une conception peu rigoureuse de ce critère. Ainsi, les Communautés européennes estiment qu'il s'agit là d'un critère « *assez simple et peu exigeant [...]* », qui selon elles « *ne requiert pas de certitude ou de fortes probabilités* » (ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension*, rapport de l'Organe d'appel, p. 30 et pp. 210-211).

Crevettes, malgré le fait que le Groupe spécial ait respecté, conformément aux demandes des États parties au différend, le principe d'une représentation géographique aussi large que possible dans sa sélection, qu'il ait exclu les experts ayant la nationalité des États litigants et astreint ceux qui restaient à une obligation d'information relative aux éventuels conflits d'intérêts les concernant, les parties au différend ont néanmoins exprimé des objections à l'égard de la quasi-totalité des experts dont la nomination était envisagée par le Groupe spécial. Face à cette difficulté largement insoluble, celui-ci conclut que « *[d]ans la communauté restreinte des spécialistes des tortues marines, il [est] difficile – sinon impossible – de concilier cette nécessité [de haute qualité de l'expertise] et l'agrément de toutes les parties à propos de chacune des personnes concernées* »⁴⁸⁸.

61. L'ensemble des hypothèses sus-évoquées ne peut qu'aboutir à une situation profondément frustrante et perturbante pour le juge puisque les craintes des États à l'égard de l'expertise le privent alors d'informations parfois cruciales dont il sait avoir besoin pour former son jugement. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il lui est, pour une raison ou une autre, impossible d'acquérir ces mêmes informations par les autres moyens à sa disposition dans le cadre des textes constitutifs des tribunaux internationaux. Dans la pratique, lorsque cet état de fait est avéré et que le juge se voit donc contraint de statuer sans disposer de l'ensemble des renseignements nécessaires pour former sa décision, les conséquences induites du point de vue de la qualité du jugement et de sa capacité à mettre fin de manière satisfaisante et durable au différend qui oppose les parties ne tardent pas à se manifester. Ainsi, et pour s'en tenir à quelques exemples particulièrement significatifs à cet égard, Clive Schofield et Chris Carleton relèvent qu'en l'absence de mise en œuvre par la CIJ de son pouvoir d'ordonner une expertise, l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* comporte plusieurs erreurs techniques (parfois grossières) et laisse subsister des incertitudes sur certains points de la délimitation. Selon ces deux auteurs,

*« [e]ither the chart was not examined properly by the Court or [...] none of the Judges at the ICJ was aware that coordinates need to be referred to a datum to be meaningful. Furthermore, errors such as the erroneous positioning of Point X, an allegedly equidistant point that simply is not so, are clearly [...] the result of mistakes in the comprehension or application of technical aspects at the Judgment phase of the proceedings »*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 178. Dans le même sens, voy. aussi ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 235.

⁴⁸⁹ SCHOFIELD (C.), CARLETON (C.), « Technical considerations in Law of the Sea dispute resolution », in OUDE ELFERINK (A. G.), ROTHWELL (D. R.) (dir.), *Oceans management in the 21st century: institutional*

Et les auteurs de conclure qu'en raison de ces erreurs techniques, plus de 33% des licences d'exploitation pétrolière offshore du Nigeria se trouvent désormais du mauvais côté de la frontière !⁴⁹⁰ Tim Daniel aboutit à des conclusions très similaires s'agissant de l'arrêt rendu par la Cour le 16 mars 2001 dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*. Il affirme par exemple que la ligne de démarcation tracée par la Cour pour figurer la frontière maritime entre les deux Etats passe en réalité en certains points sur des terres appartenant tantôt à l'un, tantôt à l'autre Etat⁴⁹¹. Dans un cas comme dans l'autre, on peine à imaginer qu'un jugement affecté de telles erreurs et imprécisions puisse paraître satisfaisant aux parties sur le plan théorique et au-delà, qu'il soit effectivement capable de garantir le retour à des relations paisibles et stables entre les États concernés. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, tranchée par la CIJ en 1962 et ré-entendue récemment dans le cadre d'une demande en interprétation de l'arrêt initial en est un bon exemple. Estimant que la Cour avait statué sans disposer de l'ensemble des éléments factuels et techniques pertinents de la cause et notamment sans ordonner une expertise au visa de l'article 50 de son Statut qui aurait pourtant pu l'éclairer sur ces aspects, le juge Wellington Koo avait ainsi déclaré dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de 1962 être « *personnellement incapable d'arriver à une conclusion finale satisfaisante* »⁴⁹² dans ces conditions. Le différend opposant la Thaïlande et le Cambodge à propos dudit temple ayant effectivement subsisté après le rendu du jugement de la Cour et les imprécisions contenues dans ce dernier ayant même conduit en 2007 à des affrontements armés entre les deux États dans la zone litigieuse, il paraît difficile de soutenir *a posteriori* que le sentiment du juge Wellington Koo ait été exagéré ou globalement injustifié. En tout état de cause, il est possible d'affirmer sans trop s'avancer que les États, eux, ne furent sans doute pas satisfaits du résultat de l'intervention de la Cour.

62. Le second type de conséquences qui découle des velléités de contrôle manifestées par les États en matière d'expertise est plus pernicieux encore. Lorsque le juge se trouve de fait dans l'impossibilité d'obtenir au travers de l'expertise les renseignements dont il a besoin afin de statuer, et s'il ne lui est pas possible d'obtenir ces informations autrement (que ce soit de la part des parties ou en mettant en œuvre l'un quelconque des autres pouvoirs qu'il tire du statut, compromis ou

frameworks and responses, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 251. Dans le même sens, voy. RIDDELL (A.), « Scientific evidence in the International Court of Justice : Problems and Possibilities, *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 20, pp. 229-258.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 247.

⁴⁹¹ DANIEL (T.), « Expert evidence before the I.C.J. », communication présentée à l'occasion de la conférence annuelle du Advisory Board on the Law of the Sea (ABLOS), Monaco, 28-30 octobre 2003, disponible à l'adresse www.gmat.unsw.edu.au/ablos/.../PAPER1-3.PDF (consulté le 20 janvier 2013).

⁴⁹² CIJ, *Temple de Préah Vihéar*, Cambodge c. Thaïlande, op. diss. Wellington Koo sous arrêt du 15 juin 1962 (fond), *Rec.* 1962, pp. 99-100.

règlement intérieur du tribunal), il n'a guère le choix qu'entre deux alternatives également insatisfaisantes : statuer, ainsi qu'évoqué ci-avant, en l'absence de ces informations avec tout ce que cela implique du point de vue de la qualité du jugement rendu et de sa capacité à résoudre de manière effective et durable le différend qui oppose les parties ; ou bien tenter de rendre un jugement qui se veut aussi satisfaisant que possible en se procurant lesdites informations par des moyens détournés et non subordonnés au contrôle des États. Cette deuxième hypothèse, loin de demeurer un simple cas d'école, a semble-t-il régulièrement été privilégiée au cours des dernières décennies par les tribunaux internationaux et notamment par la CIJ, comme l'illustre par exemple le phénomène dit des « experts fantômes ». L'ancien président de la Cour, Sir Robert Jennings, a en effet déclaré que :

*« The Court has not infrequently employed cartographers, hydrographers, geographers, linguists and even specialized legal experts to assist in the understanding of the issue in a case before it ; and has not on the whole felt any need to make this public knowledge or to apprise the parties »*⁴⁹³.

Le recours officieux mais régulier à ces experts, en dehors de toute information des parties, est encore confirmé par les juges Simma et Al-Khasawneh dans leur opinion dissidente rendue en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*⁴⁹⁴ ainsi que par le greffier de la Cour, M. Philippe Couvreur⁴⁹⁵. Si ce dernier a manifestement veillé à fournir à cette pratique un « habillage juridique » de convenance en conférant aux experts ainsi consultés par la Cour le statut de fonctionnaires temporaires du Greffe, celle-ci n'en reste pas moins, sur le fond, hautement contestable tant au regard des exigences d'équité de la procédure que de la nécessité pour le juge de garantir l'intégrité du processus de règlement des différends. L'opacité totale sur laquelle elle repose – qui est précisément recherchée par le juge afin d'échapper à « l'interventionnisme » des États – ne permet pas en effet de garantir le droit des parties à voir leur cause entendue par un tribunal indépendant et impartial, cette exigence s'imposant non seulement au juge mais encore aux experts

⁴⁹³ JENNINGS (Sir R. Y.), « International lawyers and the progressive development of international law », in MAKARCZYK (J.) (dir.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century : Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague : Kluwer Law International, 1996, p. 416. Un autre ancien président de la Cour, Manfred Lachs, avait également fait référence à cette pratique consistant à consulter officieusement des experts, sans en informer les parties : LACHS (M.), « Evidence in the procedure of the International Court of Justice : The role of the Court », in PÉREZ GONZÁLEZ (M.) (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid : Tecnos, 1993, p. 434.

⁴⁹⁴ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, op. diss. Simma et Al-Khasawneh sous arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 114.

⁴⁹⁵ Cf. COUVREUR (P.), « Le règlement juridictionnel » in SFDI (éd.), *Le processus de délimitation maritime : étude d'un cas fictif. Actes du Colloque international de Monaco tenu du 27 au 29 mars 2003*, Paris : Pedone, 2004, p. 349 et 384.

qu'il consulte en ce qu'ils sont susceptibles d'influencer fortement son jugement⁴⁹⁶. Cela est d'autant plus vrai qu'en l'absence de processus contradictoire permettant aux parties de faire valoir leurs points de vue sur le rapport soumis par l'expert et d'en dénoncer les éventuels insuffisances, erreurs ou vices, le juge, étant dépourvu des connaissances nécessaires pour apprécier la valeur réelle du rapport, sera évidemment tenté de suivre l'opinion développée par l'expert. Si l'on comprend donc aisément le dilemme intenable auquel se trouve parfois confronté le juge international du fait du contrôle exercé par les États sur le recours à l'expertise et sur ses modalités, et s'il ne fait guère de doute que le juge ait été animé de bonnes intentions en cherchant un moyen alternatif d'obtenir les informations dont il avait besoin pour statuer, l'intervention officieuse d'un expert dans la plus totale ignorance des parties ne semble définitivement pas être une solution satisfaisante. Outre que le recours à l'expert en l'absence des garde-fous du procès équitable puisse aboutir à des errements en matière de recherche et d'établissement des faits potentiellement aussi importants que dans les cas où le juge se trouve forcé de statuer sans disposer de l'ensemble des informations nécessaires, le juge international ne saurait de toute évidence y gagner en crédibilité et en légitimité auprès des États.

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

63. L'expertise est un dispositif ancien et bien connu des deux grandes traditions qui ont jusqu'à présent influencé à titre principal le développement du droit international. Elle s'analyse dans la tradition de common law comme un instrument à la disposition des parties, auquel celles-ci ont recours afin de s'acquitter du fardeau de la preuve et plus largement d'emporter la conviction du juge ; les droits continentaux, quant à eux, la conçoivent comme une mesure mise à la disposition du juge et visant à l'assister dans la recherche de la vérité objective des faits de la cause. Cette

⁴⁹⁶ Dans ce sens, voy. par exemple ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport de l'Organe d'appel, p. 219, §436 : « [L]es experts scientifiques et la façon dont leurs avis sont demandés et évalués peuvent avoir une forte incidence sur l'étude des éléments de preuve par un groupe spécial [...] en particulier dans les affaires comme celles-ci où des questions scientifiques très complexes sont en jeu. L'équité et l'impartialité dans le processus de prise de décisions sont des garanties fondamentales d'une procédure régulière. Ces garanties ne seraient pas respectées dans les cas où les décideurs désignent et consultent des experts qui ne sont pas indépendants ni impartiaux. De telles désignations et consultations compromettent la capacité d'un groupe spécial d'agir en tant qu'organe juridictionnel indépendant » ; ou encore Cour EDH, *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, série A, n°92 : dans cet arrêt, la Cour estime que les exigences découlant du droit à un procès équitable s'imposent tant au juge qu'à l'expert consulté par ce dernier. Elle va même plus loin en précisant que dans ce cadre, et pour que le droit des parties à un procès équitable soit pleinement garanti, l'expert doit non seulement être indépendant et impartial sur le fond (dans son rapport et les opinions qu'il développe) mais encore sur la forme (et notamment les apparences). Pour plus d'informations sur les exigences du procès équitable dans le cadre de l'expertise, cf. notamment LE CLERC (R.), « Expert et mesure d'expertise face aux exigences du procès équitable », *Revue Experts*, 2010, n°89, pp. 9-12 ; MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit à « l'expertise équitable » », *Dalloz*, 2000, chron. pp. 111-115 ; MARGUENAUD (J.-P.), « L'équité, l'expertise et l'expert », *Revue Experts*, 06/2004, n°63.

différence de conception de l'expertise, loin d'être surprenante, reflète au contraire parfaitement le contraste existant entre la philosophie qui anime les droits anglo-saxons et celle qui prévaut dans les droits romano-germaniques : si les premiers confèrent à la justice un but essentiellement pacificateur et conçoivent le procès de manière pragmatique comme un combat dont le juge doit garantir le caractère égalitaire, les seconds estiment au contraire que la justice ne saurait découler d'une simple confrontation – fut-elle égalitaire – entre les parties car celle-ci est généralement impuissante à révéler la vérité objective des faits, seule capable de rendre à chacun ce qui lui revient.

Dans le contexte d'après guerre qui a vu la création des premières juridictions internationales institutionnalisées, il n'est donc pas étonnant que la philosophie héritée de la tradition romano-germanique ait été source d'inspiration et qu'au travers de ses exigences en matière de vérité, elle ait paru particulièrement appropriée à l'institution d'une véritable justice internationale. Les rédacteurs des textes constitutifs des tribunaux internationaux ont de toute évidence tenu à placer la recherche de la vérité au cœur du procès international et à cette fin, ils ont doté le juge de larges pouvoirs en matière d'établissement des faits, notamment celui de diligenter une expertise selon des modalités très proches de celles existant dans les droits internes de tradition continentale. Cependant, parce qu'il venait s'intégrer dans un ordre juridique différent de ceux dont il était issu, ce transplant de la tradition continentale n'était sans doute pas à même de produire les effets qui lui étaient associés en droit interne et pour lesquels il avait précisément été importé dans l'ordre juridique international. En effet, le caractère souverain des sujets de droit international que sont les États change substantiellement la donne : ces derniers sont naturellement portés à la protection de leur souveraineté et ils s'accommodent donc mal de la conception active de l'office du juge qui prévaut dans la tradition continentale. Le modèle anglo-saxon du juge passif, dont le rôle se borne à encadrer le « combat » entre les parties et à décider ultimement qui est le vainqueur, leur semble à cet égard infiniment plus naturel et rassurant. L'expertise s'est de fait trouvée au centre d'un affrontement opposant la tradition continentale à la tradition de common law : initialement conçue comme une manifestation du rôle actif du juge international en matière de recherche et d'établissement des faits, elle a suscité la méfiance des États qui ont dès lors tenté de « l'endiguer » ou, à tout le moins, d'en acquérir le contrôle et ainsi d'inverser à leur profit l'équilibre des forces dans le cadre du procès.

64. Cette situation ne peut évidemment qu'être déplorée tant elle a induit des résultats profondément insatisfaisants jusqu'à présent. Le modèle de l'expert du tribunal tel qu'il est conçu dans les droits continentaux paraît globalement mal adapté aux réalités de l'ordre juridique international et ne permet sans doute pas une prise en compte suffisante des enjeux de souveraineté dans le cadre de l'instance internationale. Le modèle anglo-saxon du témoin-expert, qui reflète

traditionnellement la passivité du juge, semble quant à lui difficilement compatible avec la conception large et active de l'office du juge qui prévaut devant les tribunaux internationaux et qui apparaît sans doute la mieux à même de garantir le respect des droits des parties. Conçu pour fonctionner dans le cadre d'une logique accusatoire, le modèle du témoin-expert s'avère au surplus généralement peu efficace dans le cadre de la recherche de la vérité objective des faits qui est pourtant parfois essentielle dans le contentieux international. L'expertise est en conséquence perçue comme une mesure largement décevante devant les fors internationaux, tant pour le juge qui n'y a souvent pas trouvé l'assistance dont il avait besoin, que pour les parties qu'elle dessert régulièrement bien plus qu'elle ne les aide. À cela toutefois, rien d'étonnant car si la réception en droit international des conceptions de l'expertise propres à chacune des deux traditions n'est pas vraiment problématique en soi, elle ne pouvait manquer de le devenir en l'absence d'une conciliation réelle de l'héritage des deux traditions à la lumière des spécificités de l'ordre juridique international. Le prochain titre confirmera encore cette conclusion.

TITRE 2

LA QUETE DE LEGITIMITE

65. L'on vient de voir dans le premier titre de cette partie que si l'ordre juridique international se veut incontestablement l'héritier des traditions romano-germanique et de common law, la conciliation du *leg* respectif de ces dernières n'apparaît certes pas évidente. En l'absence de modalités précises à cet égard, les enjeux du contentieux interétatique ont plutôt conduit à privilégier une conception active de l'office du juge et partant, à embrasser une vision de l'expertise largement tournée vers la recherche de la vérité, tandis que certaines spécificités de ce même contentieux devaient au contraire parallèlement faire échec à l'action des fors internationaux en ce sens. De la même manière, le second titre confirmera les incohérences qui résultent en matière d'expertise de la confrontation entre l'héritage des deux traditions. L'on verra ainsi qu'au regard de ses enjeux, le contentieux des différends entre États ne pouvait manquer, comme souvent les droits internes continentaux, de considérer l'expertise sous l'angle de l'apport qu'elle peut représenter à la légitimité du juge (chapitre 1). Dans le même temps toutefois, l'on constatera que d'autres spécificités du contentieux interétatique, davantage compatibles avec une logique anglo-saxonne du procès, devaient conduire à retirer à l'expertise l'essentiel de son intérêt de ce point de vue (chapitre 2).

Chapitre 1

L'EXPERTISE, VECTEUR DE LEGITIMITE POUR LE JUGE INTERNATIONAL

66. La conception active de l'office du juge que l'ordre juridique international a reçue en héritage de la tradition romano-germanique traduit, on l'a vu, un équilibre des forces qui, dans le procès, s'exprime en faveur du juge, sous la forme de la place prépondérante et des larges pouvoirs qui lui sont accordés dans ce cadre par rapport aux parties. Dès lors, l'expertise devait être appréhendée prioritairement et même essentiellement dans le contentieux interétatique sous l'angle des besoins propres à ce dernier. Au-delà des enjeux relativement évidents qui résultent alors pour le juge international de la recherche du vrai, l'on verra dans les développements à venir que la conception active de son rôle a encore engendré pour ce dernier un besoin indéniable de légitimité (section 1). À cet égard, le juge international ne saurait manquer d'accorder une attention particulière à une mesure comme l'expertise : en contribuant à la préservation des droits des parties, à la sauvegarde du caractère équitable de la procédure et plus largement à la qualité des décisions du juge, elle semble constituer un vecteur important de légitimité pour ce dernier, un outil susceptible d'assurer tout à la fois l'efficacité de ses décisions et la pérennité de son institution (section 2).

Section 1

LA LEGITIMITE, UN ENJEU DE TAILLE POUR LE JUGE INTERNATIONAL

67. La notion de légitimité, si elle n'est pas nouvelle, apparaît aujourd'hui tout à la fois controversée et incontournable. Malgré son caractère intrinsèquement multidisciplinaire et polysémique, qui n'aide certes pas à dissiper le flou qui l'entoure, elle n'en est pas moins essentielle pour permettre au juge international de faire accepter l'influence prépondérante – fruit de la conception active de l'office du juge dont il a hérité – qu'il exerce sur le déroulement de l'instance et l'issue du procès dans le contentieux interétatique (§1). Cela est d'autant plus vrai qu'au regard des spécificités de l'ordre juridique international, notamment de son caractère par nature décentralisé, le juge ne peut que très imparfaitement s'en remettre à la contrainte pour assurer l'efficacité pratique de son intervention (§2).

§1 - Le besoin de légitimité au regard de la conception active de l'office du juge héritée de la tradition continentale

68. Le terme « légitimité », loin d'être l'apanage exclusif des spécialistes et des chercheurs, est aujourd'hui d'utilisation courante dans presque tous les champs de la société. S'il intéresse depuis plusieurs siècles déjà les politologues⁴⁹⁷, les sociologues⁴⁹⁸ et, à leur corps défendant parfois, les juristes⁴⁹⁹, il fait désormais également partie du vocabulaire courant des journalistes⁵⁰⁰, des gouvernants⁵⁰¹ (et plus largement d'ailleurs des hommes politiques), des économistes⁵⁰² et de bien d'autres encore⁵⁰³. Aussi n'est-il guère étonnant que ce terme paraisse usuel, voire familier, non seulement aux spécialistes mais même aux néophytes. Pourtant, en dépit du sentiment de familiarité qu'il peut susciter, force est de constater que ce terme est loin de faire l'unanimité : par l'extrême diversité des significations qui peuvent lui être attribuées, il est aujourd'hui largement controversé. La littérature abonde d'ailleurs de par le monde qui constate les ambiguïtés de plus en plus prégnantes entourant le terme « légitimité »⁵⁰⁴ et des auteurs ont même dénoncé ce qui leur apparaît

⁴⁹⁷ Voy. notamment HOBBS (T.), *Éléments philosophiques du citoyen*, Amsterdam : Jean Blaev, 1649, p. 106 et s. ; ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou principes du droit politique*, Autun : J.-P. Bresson, 1795, p. 9 et s. ; KANT (E.), *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg : Frédéric Nicolovius, 1796, 114 p. ; et plus récemment FERRERO (G.), *Pouvoir : les génies invisibles de la cité*, Paris : Librairie générale française, 1988, 315 p. ; SHAPIRO (L.), *The moral foundations of politics*, New Heaven : Yale University Press, 2012, 289 p.

⁴⁹⁸ WEBER (M.), *Économie et société*, tome 1, trad. Freund, Paris : Plon, 1971, 650 p. ; BEETHAM (D.), « Max Weber et la légitimité politique », *Revue européenne des sciences sociales*, 1995, t. 33, n°101, pp. 11-22 ; COENEN-HUTHER (J.), « Pouvoir, autorité, légitimité », *Revue européenne des sciences sociales*, 2005, t. 43, n°131, pp. 135-145 ; DURAN (P.), « Légitimité, droit et action publique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, n°2, pp. 303-344.

⁴⁹⁹ Cf. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 2, Paris : Sirey, 1922, pp. 144-145 (rééd. Dalloz, 2004) ; EISENMANN (Ch.), *Sur la légitimité juridique des gouvernements*, Paris : PUF, 1967, 31 p. ; TROPER (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges P. Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 911 et s. *A contrario*, DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : PUF, 1968, 10^e éd., 808 p. ; BASTID (P.), « L'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, vol. 7, Paris : PUF, 1967, pp. 1-15 et PASSERIN D'ENTRÈVES (A.), « Légalité et légitimité », *ibid.*, p. 29 et s.

⁵⁰⁰ Pour quelques illustrations, voy. par exemple : <http://www.bfmtv.com/international/revue-presse-egypte-le-president-chasse-legitimite-populaire-552482.html> ; http://www.lepoint.fr/societe/le-secret-defense-contre-la-liberte-d-expression-12-02-2014-1791053_23.php ; <http://fr.euronews.com/2014/01/16/hariri-les-libanais-divises-sur-la-legitimite-du-tribunal-international/> ; <http://www.20minutes.fr/elections/1275539-20140117-municipales-2014-anne-hidalgo-legitimite-construit> ; http://www.lemonde.fr/politique/article/2014/02/12/marine-le-pen-femme-de-paroles-plus-que-d-action_4364822_823448.html (pages consultées le 12 février 2014).

⁵⁰¹ Voy. ainsi notamment pour l'actualité récente <http://lci.tf1.fr/politique/hollande-juge-legitime-la-manif-anti-mariage-gay-mais-appelle-8357084.html> ; http://www.lepoint.fr/politique/ayrault-accuse-christian-jacob-de-contester-la-legitimite-de-hollande-12-11-2013-1755782_20.php ou encore <http://www.lcp.fr/actualites/politique/156644-vallaud-belkacem-thomas-le-drian-a-toute-legitimite-pour-son-poste> (pages consultées le 12 février 2014).

⁵⁰² AGLIETTA (M.), *La monnaie souveraine*, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 153 et s. ; TOUFFUT (J.-P.) (dir.), *Les banques centrales sont-elles légitimes ?* Paris : Albin Michel, 2008, 320 p.

⁵⁰³ Il est intéressant de noter que les forums citoyens se sont eux aussi emparés aujourd'hui du terme « légitimité » : cf. par exemple <http://www.agoravox.fr/actualites/politique/article/de-la-democratie-legitimite-146960> et <http://leslibertariens.fr/limpot-et-les-taxes-quelle-legitimite-pour-la-fiscalite/> (pages consultées le 14 février 2014).

⁵⁰⁴ Pour quelques exemples : KOSKENNIEMI (M.), « Miserable Comforters : International Relations as New Natural Law », *European Journal of International Relations*, 2009, vol. 15, n°3, p. 409 ; HEUSCHLING (L.), « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité*, Actes du colloque tenu à Caen les 19 et 20 novembre 2009, Bruxelles : Bruylant, 2011, pp. 15-17 ; THOMAS (C. A.), « The concept of legitimacy and international law », *London School of Economics, Law*,

comme une instrumentalisation par certains du terme lui-même tout autant que du flou qui l'entoure. Il en va par exemple ainsi de James Crawford, qui explique que de manière générale, « *[i]n recent discourse, there has been very little attempt to use [the word legitimacy] in a discriminating way* »⁵⁰⁵ ou de Martti Koskeniemi, qui affirme que « *the vocabulary of legitimacy itself tends to turn into a politically suspect claim about the existence of a meta-discourse capable of adjudicating the claims unresolved in its object-discourses [...]* »⁵⁰⁶. Si la démocratisation des concepts apparaît le plus souvent comme une bonne chose, elle a cependant aussi parfois pour conséquence de « brouiller les pistes » et de jeter le flou sur les concepts concernés. Cela est d'autant plus vrai lorsque ces derniers transcendent le champ de plusieurs disciplines et sont donc déjà par nature hautement polysémiques.

69. Apparu en France dans le courant du XVI^{ème} siècle dans le registre de la pensée politique, le concept de légitimité renvoyait initialement aux questionnements relatifs au bien-fondé du pouvoir et des gouvernants⁵⁰⁷. Il participait notamment d'une réflexion globale sur les différentes formes de gouvernement, sur leur justification et leur validité⁵⁰⁸. Plus tard, dans le champ de la sociologie, Max Weber a intégré ce concept à ses travaux sur la domination : s'interrogeant sur les modalités selon lesquelles des commandements spécifiques sont susceptibles de trouver obéissance de la part d'un groupe déterminé d'individus, Weber envisage alors la légitimité comme un élément structurant du rapport de domination, une revendication propre à ceux qui prétendent à l'autorité⁵⁰⁹. Quant au droit, et si l'intérêt porté à la problématique de la légitimité paraît extrêmement variable d'un auteur à l'autre, le concept a néanmoins été utilisé dans le cadre des réflexions de droit politique portant sur la validité juridique des gouvernements⁵¹⁰ puis, par extension, dans le cadre des questionnements relatifs à la validité et à la normativité des actes juridiques⁵¹¹. On remarquera par

Society and Economy Working Papers, 2013, pp. 4-5, disponible à l'adresse <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm> (consulté le 3 mars 2014).

⁵⁰⁵ CRAWFORD (J.), « The problems of legitimacy-speak », *ASIL Proceedings*, 2004, p. 271.

⁵⁰⁶ KOSKENIEMI (M.), *From Apology to Utopia : The structure of international legal argument*, New York : Cambridge University Press, 2005, p. 591. Dans le même sens, voy. encore CARON (D. D.), « The legitimacy of the collective authority of the Security Council », *AJIL*, 1993, vol. 87, p. 557.

⁵⁰⁷ GOYARD-FABRE (S.), « Légitimité », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy/PUF, 2003, p. 929.

⁵⁰⁸ *Op. cit.* par exemple HOBBS (T.), *Éléments philosophiques du citoyen*, Amsterdam : Jean Blaev, 1649, p. 106 et s. ; ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou principes du droit politique*, Autun : J.-P. Bresson, 1795, p. 9 et s.

⁵⁰⁹ Si la légitimité ainsi revendiquée n'induit manifestement pas pour Weber la domination en tant que telle, elle en est indubitablement une caractéristique qui peut, selon sa forme et son contenu, permettre de distinguer entre différents types de domination : BOURETZ (P.), *Les promesses du monde. Philosophie de Max Weber*, Paris : Gallimard, 1996, p. 253 ; SIMARD (A.), « Légalité et légitimité (d') après Max Weber », *Aspects sociologiques*, 2005, vol. 12, n°1, pp. 163-165.

⁵¹⁰ Voy. par exemple EISENMANN (Ch.), *Sur la légitimité juridique des gouvernements*, Paris : PUF, 1967, 31 p. ; DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : PUF, 1968, 10^e éd., 808 p. ; BEAUD (O.), « A la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits*, n°44, 2007, p. 71 et s.

⁵¹¹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, p. 278-281 ; HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Van de Kerchove, Bruxelles : Facultés universitaires St Louis, 2005, 2^{ème} éd., 344 p.

ailleurs que, malgré la réticence ouvertement affichée par certains auteurs à l'égard du concept de légitimité⁵¹², la langue et plus largement la culture juridiques témoignent sans nul doute de sa réception dans le champ du droit : les notions généralement bien connues des droits internes que sont « l'enfant légitime » ou la « légitime défense » fournissent à cet égard deux exemples éclairants. Comme l'explique Simone Goyard-Fabre, « *la notion de légitimité reçoit, quoique parfois avec réticence, le sceau et la garantie du droit : en s'appliquant à la factualité du monde humain, elle enveloppe alors l'idée de ce qui est juste* »⁵¹³.

70. À ce caractère multidisciplinaire et polysémique s'ajoute encore un certain nombre de doutes quant à la nature même de la légitimité. La question essentielle à cet égard est de savoir si la légitimité peut s'entendre de manière objective ou si, renvoyant au monde des valeurs, elle ne saurait être comprise autrement que comme une notion par nature subjective et contingente. Cette dernière hypothèse préoccupe tant les politologues que les sociologues ou même les juristes dans la mesure où elle semble interdire de fait toute approche scientifique et toute systématisation du concept. La réflexion sur la nature de la légitimité implique donc une réflexion sur les valeurs qui, loin d'être nouvelle, fut au centre des travaux de Hume puis de Kant au cours du XVIII^{ème} siècle. Si le premier considère que seuls les faits sont susceptibles de connaissance objective, les valeurs étant, elles, affaire de sentiments et de préférences personnelles⁵¹⁴, le second n'exclut pas en revanche les valeurs du champ de la rationalité et estime qu'il existe, à côté de la « raison théorique » qui renvoie à la connaissance des faits, une « raison pratique » qui, elle, renvoie à la morale⁵¹⁵. Les deux philosophes ont ainsi inauguré deux courants de pensée majeurs sur la question des valeurs et, *in fine*, de la légitimité : le premier, issu de la position de Hume, trouve son aboutissement dans le principe du relativisme axiologique, théorisé en Allemagne dès la fin du XIX^{ème} siècle par plusieurs auteurs dont Georg Jellinek, Max Weber et Hans Kelsen⁵¹⁶ ; le second, inspiré de la vision rationaliste des valeurs développée par Kant, s'illustre dans la théorie du cognitivisme éthique défendue notamment par Jürgen Habermas et Karl-Otto Apel.

⁵¹² Ainsi, deux manuels de droit constitutionnel bannissent expressément la notion de légitimité au nom de la posture strictement positiviste du droit adoptée par leurs auteurs : cf. TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2013, 34^{ème} éd., pp. 20-40 ; FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2015, 17^{ème} éd., pp. 61-63.

⁵¹³ *Op. cit.* GOYARD-FABRE (S.), p. 929.

⁵¹⁴ HUME (M. D.), *Œuvres philosophiques – Volume 4*, Londres, 1788, p. 243 et s. Hume définit ainsi la vertu comme « toute action ou qualité de l'âme qui excite un sentiment de plaisir et d'approbation dans ceux qui en sont témoins » (p. 251).

⁵¹⁵ KANT (E.), *Critique de la raison pratique*, Paris : Ancienne librairie philosophique Germer Baillièrre et Cie, 1888, 413 p.

⁵¹⁶ Pour une présentation historique du relativisme axiologique, cf. RADBRUCH (G.), *Rechtsphilosophie (Philosophie du droit)*, Heidelberg : C.F. Müller, 1999, rééd. de la 3^{ème} éd. (1932), p. 13 et s.

71. Comme le montrent les développements ci-dessus, le sentiment de familiarité que suscite parfois aujourd'hui le terme « légitimité » est sans doute globalement injustifié. Au regard des controverses anciennes mais durables relatives à son champ d'application, à sa nature, et plus largement, à sa définition, la notion de légitimité peine à paraître comme un objet simple à appréhender. Pourtant, sous réserve d'être précisée sur ces différents aspects avant utilisation, elle constitue certainement une notion à laquelle le juriste peut faire appel – qui n'apparaît au demeurant guère plus ambiguë que nombre de concepts utilisés quotidiennement par celui-ci dans le cadre de la pratique du droit comme dans celui de la science juridique⁵¹⁷ – et dont il peut même utilement tirer parti, ainsi que le démontrera la présente section. Laissant de côté toute velléité de systématisation à son endroit, on limitera en l'espèce le champ d'application de la notion de légitimité au droit. Celle-ci s'entendra dans le cadre d'une réflexion de nature juridique et plus précisément, d'une réflexion portant sur l'efficacité pratique de la décision du juge international. Il ne s'agira toutefois pas de s'interroger au travers de cette notion sur ce qui fonde la normativité ou l'effectivité de la décision juridictionnelle : la réponse à ces questions est toute entière contenue à notre sens dans le droit lui-même, en ce qu'il pose les conditions qui déterminent la capacité de la décision à produire ses effets sur le plan juridique. Aussi ces interrogations relèvent-elles d'un jugement interne de logique juridique qui, tout en n'étant pas exempt de lien avec la problématique de l'efficacité de la décision, s'en distingue cependant nettement. Il est constant qu'une norme ou une décision de justice valide et contraignante sur le plan juridique peut néanmoins être méconnue ou difficilement applicable en pratique, c'est-à-dire *in fine* non efficace. En conséquence, la légitimité sera plutôt conçue ici comme un moyen permettant, en parallèle – voire même indépendamment – du caractère juridiquement valide et/ou contraignant de la décision, d'assurer l'efficacité pratique de l'intervention du juge international ; il s'agira d'un élément ou d'un ensemble d'éléments de nature à convaincre les États destinataires de ce que la décision – et au-delà même l'action du juge international – est juste et fondée en raison⁵¹⁸, pour finalement induire chez eux la volonté de s'y conformer plutôt que d'y faire obstacle ou d'y déroger.

⁵¹⁷ Pour ne s'en tenir qu'à un exemple à cet égard, l'on citera évidemment le cas du *jus cogens*, utilisé tant en doctrine que par les tribunaux internationaux désormais et ce, en dépit des incertitudes évidentes qui l'entourent. Pour les utilisations jurisprudentielles, voy. entre autres les arrêts *Tadic* (§143) et *Furundzija* (§153 et 154) respectivement rendus par le TPIY le 2 octobre 1995 (IT-94-1-AR72) et le 10 décembre 1998 (IT-95-17/1-T), et l'arrêt rendu le 3 février 2006 par la CIJ dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Rwanda (exceptions préliminaires), *Rec.* 2006, §64 et 125.

⁵¹⁸ Voy. « Légitimité » dans le dictionnaire Littré : « *Qualité de ce qui est fondé en équité, en raison* ». Dans le même sens, voy. également « Légitimité » dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1992.

72. Ces précisions ayant été apportées, l'on ne peut guère douter, on va le voir, de l'importance, de la prégnance des enjeux de légitimité pour le juge international. Nonobstant le flou et les controverses doctrinales qui l'entourent, la légitimité ne saurait en effet être ramenée à une simple question théorique : elle a indubitablement un intérêt pratique pour ce dernier. Si plusieurs éléments peuvent être invoqués au soutien de cette affirmation, le premier d'entre eux – peut-être pas le plus évident d'ailleurs – dérive sans nul doute de la conception large et active de l'office du juge que l'ordre juridique international a héritée de la tradition continentale. Comme il a été souligné précédemment, le choix de retenir de manière préférentielle telle conception, plus ou moins large, de l'office du juge revient en soi à décider de l'équilibre qui se dessinera *in fine* dans le procès entre ce dernier et les parties. Que l'on opte pour une conception exigeante de l'office du juge, ce dernier se verra confier une place prépondérante dans le procès, un rôle déterminant dans la manière dont celui-ci sera conduit et de larges pouvoirs destinés à l'épauler dans l'accomplissement de cette mission. Que l'on privilégie au contraire une vision minimaliste de l'office du juge et le rôle de celui-ci pourra se limiter à jouer les garde-fous dans le cadre d'un procès peu ou prou entièrement maîtrisé et dirigé par les parties⁵¹⁹. En quoi cela influence-t-il alors le besoin de légitimité du juge ? Le fait est que plus son office est conçu en termes larges, plus le juge est investi dans le procès et, évidemment, dans la solution – satisfaisante ou non – qui en émergera. Alors qu'il n'apparaît impliqué qu'à la marge dans le « combat » qui prend place entre les parties dans le cas inverse, son influence et sa responsabilité dans le déroulement de l'instance et plus largement dans le succès ou dans l'échec de la procédure juridictionnelle ne font aucun doute lorsque son rôle se conçoit de manière active.

73. Pour ne s'en tenir qu'à un exemple sans doute parmi les plus évidents des conséquences qu'emporte pareil choix, là où son rôle se borne généralement à vérifier que les preuves soumises par les parties sont légalement admissibles et suffisantes pour donner lieu à un procès dans les droits de common law, le juge est au contraire en mesure d'indiquer aux litigants, en droit continental, les aspects du dossier sur lesquels il s'estime suffisamment informé et ceux qu'il souhaiterait voir développer davantage, sachant qu'il lui est alors loisible de ne pas se limiter aux informations soumises par ceux-ci et d'enquêter éventuellement par ses propres moyens. Tandis que les lacunes et autres faiblesses dont pourrait *in fine* souffrir la décision seront, sauf cas particulier, imputées à l'une ou l'autre des parties (voire aux deux, si elles étaient également défailtantes dans leur gestion des questions de preuve) dans le premier cas, l'on ne doute pas que le juge sera en revanche directement

⁵¹⁹ L'on renverra sur ce point aux développements du titre précédent.

pointé du doigt dans le second cas tant ses décisions – actions comme abstentions – à cet égard sont susceptibles de peser lourdement sur l’issue du procès.

Il suffit pour s’en convaincre de rappeler les critiques qui furent par exemple adressées à la Cour de La Haye dans l’affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans l’*Affaire relative à l’application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ou encore dans celle des *Activités armées sur le territoire du Congo* : dans chacun de ces trois cas, la décision de la Cour a été abondamment commentée car elle révèle des zones d’ombre plus ou moins nombreuses sur les aspects factuels de l’affaire, et au-delà, elle laisse parfois planer le doute sur l’exactitude des informations qui fondent les constatations du juge⁵²⁰. Mais alors qu’une conception restrictive de l’office du juge aurait sans doute conduit à mettre en avant le comportement des parties (lesquelles ont en l’occurrence parfois volontairement fait de la rétention d’informations⁵²¹, se sont globalement abstenues de collaborer à la procédure ou n’ont tout simplement pas souhaité défendre et prouver leur cause⁵²²), la conception large et active de l’office du juge qui ressort du Statut et du Règlement de la Cour a plutôt conduit ici à attribuer à celle-ci la responsabilité des insuffisances constatées. Parce qu’elle avait le pouvoir, aux termes de ses textes constitutifs, de conduire l’instance de manière active, de demander la communication de certains documents, de tirer des conclusions défavorables en cas de refus, de se transporter sur les lieux, d’ordonner une expertise etc..., c’est elle (et non les parties) qui fut prioritairement mise en cause pour les lacunes et le caractère sans doute faiblement satisfaisant des décisions rendues en ces trois occasions. Il ne s’agit bien sûr là que de trois exemples parmi tant d’autres qui témoignent de la pression évidente qui pèse sur le juge en pareils cas, et dont ce dernier d’ailleurs n’ignore rien : dans l’affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, l’on remarquera ainsi que la CIJ avait bien tenté d’anticiper les critiques qui lui furent adressées en explicitant les difficultés accrues qu’induisait l’attitude pour le moins discutable adoptée par les parties et les raisons pour lesquelles elle avait renoncé, dans ces circonstances, à ordonner certaines mesures d’instruction⁵²³. Cela n’aura pourtant manifestement pas suffi à remettre en cause la perception de la

⁵²⁰ Voy. entre autres CIJ, *Affaire relative à l’application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, op. diss. Mahiou sous arrêt du 26 février 2007 (fond), *Rec.* 2007, p. 418 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, op. diss. Schwebel sous arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 295 ; HALINK (S.), « All things considered : How the International Court of Justice delegated its fact assessment to the United Nations in the *Armed Activities Case* », *NY Univ. J. Int’l Law & Pol.*, 2008, vol. 40, numéro spécial, pp. 13-52.

⁵²¹ *Op. cit.*, op. diss. Mahiou sous arrêt du 26 février 2007 (fond), *Rec.* 2007, p. 418 et s.

⁵²² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 38.

⁵²³ *Ibid.*, pp. 38-40, §61 en particulier.

responsabilité prépondérante qui lui incombait au titre de la place qu'elle occupe et des pouvoirs dont elle dispose dans le procès.

74. Ainsi donc, parce que les fors internationaux ont jusqu'à présent eu tendance à privilégier une conception large et active de la notion d'office du juge⁵²⁴, le juge international a sensiblement plus de pouvoir, plus de liberté et par conséquent aussi une plus grande responsabilité dans la réussite ou l'échec de la procédure juridictionnelle qu'il n'en aurait eu si, au contraire, les parties avaient été en charge de la direction du procès à titre principal. De par la place qu'il occupe dans ce cadre, il est même celui dont l'influence sur le déroulement de l'instance et l'issue de la procédure contentieuse est, théoriquement, la plus importante. Comment les États, ces entités si méfiantes, naturellement portées au protectionnisme lorsque leur liberté et/ou leurs intérêts sont en jeu, peuvent-elles alors accepter cet état de fait ? C'est à cet égard que la notion de légitimité prend tout son sens : plus la légitimité dont le juge international jouit auprès des États est importante, plus facile il sera pour lui de les convaincre de fréquenter son prétoire et d'adhérer à ses décisions. Au-delà des questions relatives à la seule validité ou normativité de la décision judiciaire, c'est parce que l'action du juge international paraît légitime, parce que ses décisions paraissent justes, raisonnables, efficaces, qu'elles induisent chez les États la volonté de s'y conformer, plutôt que d'y faire obstacle. Cela est d'autant plus vrai, on va le voir, au regard des autres spécificités de l'ordre juridique international, en particulier son caractère intrinsèquement décentralisé.

§2 - Le besoin de légitimité au regard des autres caractéristiques du contentieux interétatique

75. Le caractère controversé de la légitimité n'est pas nouveau : comme il a été expliqué ci-dessus, cette notion, si elle fait aujourd'hui l'objet de critiques de plus en plus vives, est depuis longtemps sujette à polémique du fait des incertitudes qui l'entourent. Mais au-delà, la notion de légitimité trouve même des détracteurs directement en relation à la question de son utilité pratique. Ainsi, les tenants du normativisme considèrent-ils généralement que le droit n'a en aucun cas besoin d'être légitime (au sens où ce terme est entendu en l'espèce) pour exister ou même pour se maintenir. Ramenant le droit à un phénomène essentiellement technique, qui vient à l'existence en application de normes, dans le cadre du fonctionnement d'institutions elles-mêmes créées et encadrées par des normes, les normativistes nient que le processus de création du droit nécessite de faire appel à des

⁵²⁴ *Supra*, §33 à 37 notamment.

éléments d'ordre extra-juridique. Il en va de même selon eux du reste de la vie de la norme : celle-ci sera appliquée, modifiée, et éventuellement supprimée en vertu d'autres normes, qui sont seules pertinentes pour assurer le maintien, l'adaptabilité et l'efficacité de la norme concernée⁵²⁵. Dans ce cadre, et puisque toute considération extra-juridique est par principe exclue, la question de l'efficacité de la norme est le plus souvent assimilée à celle de la contrainte, au travers des sanctions institutionnalisées par l'État pour réprimer les manquements à cette norme. S'interrogeant sur les raisons qui expliquent l'obéissance des individus à la règle de droit, John Austin soutient par exemple que seule la menace d'une sanction pousse ces derniers à se conformer aux obligations qui leurs sont imposées⁵²⁶. Dans le même sens, Laband, représentant la doctrine allemande de la « puissance étatique », insiste sur le fait que l'État se définit non pas par sa légitimité mais par sa puissance, qui réside dans son pouvoir de contrainte, seul capable d'induire l'obéissance des individus qui le composent⁵²⁷. Ainsi entendu, il va de soi que le droit se suffit à lui-même : il détermine les modalités et les formes selon lesquelles il est créé, pose les conditions de sa validité, de son application, de sa modification, de sa disparition et met en place les sanctions supposées garantir son efficacité pratique. En conséquence, la question de la légitimité ne semble pas véritablement devoir se poser.

76. Pourtant, à supposer que cette analyse puisse paraître convaincante du point de vue du droit interne, elle peine à bénéficier du même pouvoir de conviction dès lors que l'on se place dans la perspective du droit international, et pour cause puisque la structure étatique supposée assurer de manière centralisée la cohérence et le respect des règles juridiques fait défaut à ce dernier. La société internationale étant composée d'une pluralité d'États souverains et égaux qui coexistent en l'absence d'autorité supérieure capable de leur imposer sa volonté, la problématique de l'efficacité de la norme – ou en l'espèce de la décision du juge – semble difficilement pouvoir se résumer à celle de la contrainte. Certains auteurs, parmi lesquels notamment Anthony D'Amato, ont bien tenté de démontrer que l'ordre juridique international présenterait en réalité de nombreuses similitudes avec les ordres juridiques internes s'agissant de l'existence et du recours à la contrainte. Ainsi D'Amato explique-t-il qu'il existe en droit international des moyens traditionnels de contrainte comme les pressions diplomatiques, les mesures de rétorsion, l'exception d'inexécution ou encore les contre-mesures qui permettraient de sanctionner, de manière analogue au droit interne, les violations par les

⁵²⁵ *Op. cit.* notamment CARRÉ DE MALBERG (R.), p. 144 et s. ; TROPER (M.), HAMON (F.), p. 20 et s. ; FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), p. 61 et s.

⁵²⁶ AUSTIN (J.), *The province of jurisprudence determined*, Londres : J. Murray, 1832, p. 180 et s.

⁵²⁷ *Op. cit.* HEUSCHLING (L.), pp. 21-22 et DUGUIT (L.), *Études de droit public*, vol. 1, Paris : A. Fontemoing, 1901, pp. 464-465 et p. 549.

États de leurs obligations⁵²⁸. L'on pourrait sans doute encore ajouter à cette liste l'intervention du Conseil de sécurité, tout particulièrement lorsque son action se fonde sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que le recours à l'arbitre ou au juge. Néanmoins, et si l'on peut admettre sans trop de difficulté que le droit international ne soit pas dépourvu de toute capacité théorique à contraindre ses sujets, c'est dans la mise en œuvre de la contrainte que réside le schisme entre l'ordre juridique international et les ordres internes. Alors que la sanction des violations est centralisée et institutionnalisée au plan interne, échappant ainsi très largement aux velléités diverses et variées des individus auxquels elle s'applique, elle apparaît au contraire hautement dépendante des États en droit international, qu'il s'agisse des États directement intéressés par la violation ou même d'États tiers. S'il est exact que l'État lésé peut presque toujours, d'un point de vue théorique, user de l'exception d'inexécution, mettre en œuvre des mesures de rétorsion, des contre-mesures, solliciter l'intervention des organes des Nations Unies ou de toute autre organisation régionale ou internationale pertinente dont il est membre, voire demander au juge dont la décision est méconnue de constater le manquement en cause, il apparaît que la mise en œuvre de ces différents moyens de contrainte est le plus souvent subordonnée en pratique à des considérations extra-juridiques complexes qui la rendent largement aléatoire. Ainsi, l'intervention du Conseil de sécurité est toujours assujettie à l'existence d'un consensus politique entre ses membres, qu'il agisse sur le fondement du chapitre VII ou même au titre de l'article 94 de la Charte des Nations Unies lorsque la décision méconnue est plus spécifiquement une décision de la CIJ⁵²⁹. Il en va de même de l'adoption par l'Assemblée générale d'une résolution exhortant l'État récalcitrant au respect de ses obligations. Ces organes étant des organes de nature politique, leur intervention n'est évidemment jamais exempte des considérations d'opportunité qui animent les États qui les composent. Pareillement, l'efficacité des pressions diplomatiques, de l'exception d'inexécution, des mesures de rétorsion et des contre-mesures dépend essentiellement de l'équilibre des forces prévalant à un moment « T » entre l'État qui souhaite les mettre en œuvre et celui qui en sera le destinataire. Quant à la possibilité de recourir à nouveau au juge pour faire constater la méconnaissance de la décision, elle semble peu convaincante : outre que

⁵²⁸ D'AMATO (A.), *International Law : Process and Prospect*, New York : Transnational Publishers, 1995, 2^{ème} éd., pp. 1-26 ; D'AMATO (A.), « The coerciveness of international law », *German Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 52, pp. 437-460 ; D'AMATO (A.), « Is international law really law ? », *NW Univ. L. Rev.*, 1984-1985, vol. 79, pp. 1293-1314.

⁵²⁹ L'article 94 de la Charte permet à un État partie à un litige sur lequel la CIJ a d'ores et déjà statué de saisir le Conseil de sécurité afin que ce dernier adopte, *s'il le juge nécessaire*, des mesures pour obtenir de l'autre partie au litige qu'elle exécute l'arrêt de la Cour. En dépit du caractère purement discrétionnaire de la faculté ainsi conférée au Conseil de sécurité, c'est sans doute la procédure qui se rapproche le plus dans l'ordre juridique international des mécanismes d'exécution forcée qui existent en droit interne. Cependant, ainsi que l'illustre le cas du Nicaragua qui, sur la base de cet article, avait saisi le Conseil de Sécurité afin d'obtenir l'exécution par les États-Unis de l'arrêt rendu en 1986 par la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, cette procédure s'avère dans la pratique largement décevante. Sans surprise, les États-Unis, forts de leur qualité de membre permanent, avaient opposé leur veto et empêché l'adoption par le Conseil des mesures sollicitées par le Nicaragua.

la compétence du juge est nécessairement subordonnée à l'accord des États, y compris celui auteur de la violation, il y a fort à penser qu'en l'absence de mesures d'exécution forcée, cette nouvelle décision ne soit guère plus efficace que la précédente. S'il paraît donc indéniable que le droit international admet diverses formes de contraintes qui peuvent pousser à une certaine analogie avec les droits internes⁵³⁰, ce rapprochement trouve néanmoins rapidement ses limites dans les différences de logique et de fonctionnement qui caractérisent par ailleurs les deux ordres. Le processus visant à constater et à sanctionner les manquements au droit se veut en effet objectivé en droit interne tandis qu'il est ouvertement tributaire de la volonté, des perspectives et des priorités des États en droit international. En conséquence, il semble délicat de soutenir que l'efficacité des décisions du juge international puisse reposer à titre principal – et encore moins à titre exclusif – sur la contrainte.

77. À la suite de ce constat, la notion de légitimité apparaît non seulement pertinente mais même essentielle pour le juge international : face aux limitations inhérentes aux mécanismes de contrainte existant dans l'ordre juridique international, elle permet d'assurer et/ou d'accroître l'efficacité de l'intervention du juge en faisant appel cette fois à la confiance que les États placent en lui et au respect qu'il leur inspire. Comme le note Niklas Luhmann : « *l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres* »⁵³¹. Cela fait dire à l'auteur que, même dans les cas où la sanction existe de manière effective, ce n'est pas tant la crainte qu'elle inspire que la prévisibilité qui la caractérise (c'est-à-dire la confiance que l'on a dans le fait qu'elle se réalise) qui poussent les individus à se conformer à leurs obligations⁵³². Si les mécanismes de contrainte sus-évoqués paraissent, du fait du caractère décentralisé de la société internationale, relativement aléatoires, peu prévisibles et donc sans doute difficilement à même d'assurer l'efficacité des décisions du juge, la confiance dont jouit celui-ci auprès des États peut en revanche permettre d'atteindre ce but. À cet égard, la légitimité s'impose comme une notion fondamentale : parce qu'elle implique que l'action du juge international paraît juste, que ses décisions sont perçues comme équitables – au sens ordinaire du terme – et fondées en raison, elle permet de susciter la confiance des États dans le juge et dans sa capacité à résoudre de manière satisfaisante et durable les différends qui lui sont soumis. Ce faisant, elle concourt indubitablement à assurer le respect par les États des décisions du juge : dès lors qu'ils sont convaincus que celui-ci est compétent, qu'il est à même de rendre des décisions raisonnables, justes et plus largement de qualité,

⁵³⁰ *A contrario*, voy. par exemple FRANCK (T. M.), *The power of legitimacy among nations*, New York : Oxford University Press, 1990, pp. 3-40.

⁵³¹ LUHMANN (N.), *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris : Économica, 2006, p. 39.

⁵³² *Ibid.*, p. 40.

lesquelles sont par ailleurs généralement suivies et donc propres à résoudre les différends qu'elles viennent trancher, les États sont sans aucun doute plus enclins à se conformer aux décisions rendues par le juge, quand bien même celles-ci leur apparaîtraient un peu audacieuses ou d'une autre manière déstabilisantes à leur yeux⁵³³. Si la légitimité ne se substitue donc pas aux différentes formes de contraintes envisageables dans l'ordre juridique international, elle les complète et les supplée en revanche utilement lorsque celles-ci s'avèrent inaptes à garantir l'efficacité des décisions du juge international.

78. Cependant, la légitimité concourt encore à la réalisation de ce but d'une autre façon, tout aussi importante. En effet, elle joue régulièrement un rôle décisif dans le choix des États de porter ou non leur différend devant le juge. Bien que cette question relative à la compétence du juge international puisse de prime abord sembler secondaire dans le cadre d'une réflexion relative à l'efficacité des décisions de ce dernier, elle est en réalité incontournable dans la mesure où la compétence du juge est susceptible d'être largement affectée par la légitimité dont il jouit ou ne jouit pas et où elle précède en tout état de cause la question du respect par les États de sa décision. Pour que cette dernière question puisse se poser, il est assurément impératif que le juge se trouve saisi du différend en cause, ce qui en droit international ne va pas de soi puisqu'il dispose très rarement d'une compétence obligatoire. Du fait de leur souveraineté, les États ne sauraient être attirés devant le juge contre leur volonté et la compétence de ce dernier ne peut donc en principe être établie qu'avec leur accord. Or, comme il a été expliqué plus avant, les États disposent généralement d'une assez grande liberté de choix quant aux modalités de règlement de leurs différends, le recours au juge n'étant qu'un moyen parmi d'autres de parvenir à ce résultat⁵³⁴. Les moyens traditionnels de règlement

⁵³³ Sur l'impact de la légitimité du juge sur le respect par les États de ses décisions, y compris audacieuses et défavorables, *op. cit.* FRANCK (T. M.), *The power of legitimacy among nations*, 303 p. ; DOTHAN (S.), « How international courts enhance their legitimacy », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 455-478 ; HELFER (L. R.), ALTER (K. J.), « Legitimacy and lawmaking : A tale of three international courts », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 479-503 ; VOETEN (E.), « Public opinion and the legitimacy of international courts », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 411-436.

⁵³⁴ *Supra*, §42. Cet état de fait est encore accentué par le principe du préalable diplomatique qui impose traditionnellement aux parties de négocier avant d'avoir recours au juge. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Mavrommatis*, la CPJI avait fait référence aux différentes possibilités – particulièrement extra-jurisdictionnelles – qui s'offraient aux États en matière de règlement pacifique des différends et elle avait clairement reconnu dans ce cadre le caractère essentiellement subsidiaire de sa juridiction : « [l]a Cour se rend bien compte de toute l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que des affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par négociations ; elle reconnaît, en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt du 30 août 1924 (exceptions préliminaires), *Rec. Série A*, n°2, p. 15). La CPJI avait encore confirmé dans l'affaire des *Zones Franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex* entre la France et la Suisse que le recours au juge n'était « qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties » (ordonnance du 19 août 1929, *Rec. Série A*, n°22, p. 13). Si ce principe des négociations diplomatiques préalables a par la suite fait l'objet de critiques par certains juges (*cf.* par exemple l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, *op. diss.* Gros sous arrêt du 25 juillet 1974 (fond), *Rec.* 1974, p. 143, §27), il a néanmoins été appliqué à plusieurs reprises par la CIJ également, notamment dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* (RFA c.

pacifique des différends que constituent la médiation, la conciliation ou les bons offices représentent ainsi une concurrence directe et non négligeable pour le juge : outre qu'ils s'avèrent souvent moins coûteux, plus rapides et plus discrets que le règlement juridictionnel, ils semblent également plus respectueux de la souveraineté des États et donc plus rassurants pour ces derniers⁵³⁵. La légitimité dont jouit le juge est alors déterminante pour amener les États à choisir le règlement juridictionnel plutôt qu'un autre moyen de règlement des différends : c'est parce qu'ils sont confiants dans le fait que le juge est capable de résoudre leur différend de manière satisfaisante, voire parce que son intervention représente dans ces conditions une vraie valeur ajoutée pour eux, que les États opteront pour le recours au juge. En effet, en dépit des inconvénients certains qu'il présente, le règlement juridictionnel possède une force proclamatoire intrinsèque qui fait indubitablement défaut en cas de règlement purement transactionnel du différend⁵³⁶. Aussi les États peuvent-ils, sous réserve d'être convaincus de ce que l'action et les décisions du juge international sont légitimes, trouver un véritable intérêt à recourir au juge. Au-delà de la question du choix opéré par les États entre le règlement juridictionnel et les autres modes de règlement des différends, le juge subit encore la concurrence des autres juridictions internationales et/ou régionales susceptibles d'être compétentes pour trancher le différend en cause. La multiplication des fors dotés de champs de compétence partiellement concordants implique en effet inévitablement une mise en concurrence par les États de ces derniers : c'est le phénomène bien connu en droit international privé du « forum shopping », qui dépasse cependant aujourd'hui largement ce cadre et s'étend peu ou prou à l'ensemble du droit international⁵³⁷. Une fois encore, la légitimité constitue alors un élément discriminant essentiel et susceptible d'influer sur le choix des États de confier le règlement de leur différend à tel juge plutôt qu'à tel autre.

79. À l'issue de ces développements, il apparaît que la notion de légitimité est non seulement utile mais même essentielle afin de garantir l'efficacité des décisions du juge international, que ce soit en engageant les États à avoir recours à celui-ci ou en les poussant à observer ses décisions. Parce qu'elle repose pour atteindre ces buts sur la confiance que les États placent dans le juge, elle

Pays-Bas et RFA c. Danemark, arrêt du 20 février 1969 (fond), *Rec.* 1969, p. 47) et dans l'affaire précitée de la *Compétence en matière de pêcheries (ibid., p. 33)*.

⁵³⁵ L'Assemblée générale des Nations Unies a d'ailleurs pris acte de cette réalité et dénoncé par exemple, dans le cadre de sa résolution 37/10 du 15 novembre 1982 (dite « Déclaration de Manille »), la sous-occupation par les États du prétoire de la CIJ.

⁵³⁶ Le juge Bedjaoui a également fait remarquer que la lenteur du règlement juridictionnel peut parfois présenter un véritable attrait pour les États du fait de « la possibilité qu'il offre de pouvoir différer autant que possible la solution d'un problème épineux » (BEDJAOUI (M.), « La "fabrication" des arrêts de la Cour internationale de Justice », in *Mélanges Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris : Pedone, 1991, p. 91).

⁵³⁷ Sur ce point, voy. KERBRAT (Y.), *Forum shopping et concurrence des procédures dans le contentieux international*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 310 p.

semble en tout état de cause bien mieux adaptée à la logique et au fonctionnement de l'ordre juridique international que les mécanismes qui prétendent atteindre les mêmes buts en se fondant sur la contrainte. Après avoir précisé la notion de légitimité et montré qu'en dépit de son caractère controversé elle n'en est pas moins fondamentale pour le juge international, il conviendra dans la section suivante de s'interroger sur la contribution que l'expertise peut apporter à la légitimité dont jouit le juge.

Section 2

L'APPORT DE L'EXPERTISE EN MATIÈRE DE LÉGITIMITÉ

80. Dès lors que la légitimité apparaît comme un élément primordial pour le juge international, elle détermine largement sa capacité à s'acquitter avec succès et dans les meilleures conditions de sa mission de règlement des différends interétatiques. L'expertise constitue indubitablement une mesure de choix pour le juge : parce qu'elle implique en principe un rôle plus actif de sa part dans le cadre de l'instance, elle lui permet d'éviter plus facilement un certain nombre des écueils qui portent régulièrement atteinte à l'équité de la procédure devant les tribunaux internationaux et qui peuvent donc saper la légitimité du juge (§1). Par ailleurs, son apport à la qualité de la décision qui sera rendue par le juge concourt encore à assurer la légitimité et l'efficacité des interventions de ce dernier (§2).

§1 - L'expertise, vecteur d'équité dans le cadre de l'instance internationale

81. L'équité constitue une notion cardinale en procédure et pour cause puisqu'elle est inhérente et consubstantielle à l'idée même de justice. Elle vise en effet à assurer une certaine égalité entre les parties dans le cadre de l'instance, c'est-à-dire en somme à leur garantir un procès juste, qui permette de trancher leur différend tout en rendant à chacun ce qui lui revient⁵³⁸. Si l'équité s'analyse donc comme une nécessité en droit interne, elle apparaît d'autant plus importante dans le cadre du contentieux entre États que les enjeux des différends interétatiques dépassent en général largement la portée des litiges purement internes et que la qualité d'États souverains des parties s'oppose à ce que celles-ci puissent être attirées contre leur volonté devant un juge dont les décisions leur paraîtraient

⁵³⁸ Le dictionnaire juridique Cornu définit ainsi l'équité comme « *une justice fondée sur l'égalité, un devoir de rendre à chacun le sien, un principe qui commande de traiter également des choses égales* » (CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2016, 11^{ème} édition).

inéquitables. L'on comprend dès lors aisément que l'équité constitue un élément fondamental dans le cadre de l'intervention du juge international, susceptible d'influencer sensiblement la légitimité dont jouit ce dernier auprès des États.

82. L'exigence d'équité se manifeste aujourd'hui le plus souvent au travers des principes du procès équitable. Ces derniers font l'objet d'une consécration dans les droits internes tout autant que dans divers instruments internationaux à vocation régionale ou universelle. Ainsi, l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent-ils le droit de tout individu à un procès équitable. Pareillement, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et l'article 8 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme affirment ce droit aux garanties judiciaires fondamentales. Si le bénéfice de ces garanties est postulé par ces différents instruments à l'égard des individus exclusivement, il semblerait sans aucun doute peu judicieux de déduire de cet état de fait que l'exigence d'équité serait inexistante dans le contentieux interétatique et que les États se trouveraient de fait privés de garanties similaires de bonne justice dans le cadre de l'instance internationale. Bien que le standard du « procès équitable »⁵³⁹ soit traditionnellement – mais non plus exclusivement⁵⁴⁰ – associé dans l'ordre juridique international au corpus spécifique du droit international des droits de l'homme, il renvoie à des valeurs et principes qui, loin d'être absents du contentieux interétatique, y occupent au contraire une place primordiale.

Il en va notamment ainsi des principes d'impartialité et d'indépendance, qui visent à garantir l'objectivité du juge et lui imposent à cette fin d'une part, de s'abstenir de tout préjugé ou parti pris en faveur de l'une des parties⁵⁴¹ et d'autre part, de refuser toute ingérence extérieure dans le cadre de l'exercice de ses fonctions⁵⁴². L'exigence d'indépendance est affirmée à l'article 2 du Statut de la

⁵³⁹ Sur la qualification de « standard » s'agissant du procès équitable, cf. par exemple RUIZ-FABRI (H.), « Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAMBERT (T.) (dir.), *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?* Actes du colloque organisé par le CERAP le 13 novembre 1997, Paris : Economica, 1999, pp. 47-64.

⁵⁴⁰ À cet égard, voy. COLARD-FABREGOULE (C.), MUXART (A.), PARAYRE (S.), « Le procès équitable devant la Cour internationale de Justice », in RUIZ-FABRI (H.) (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris : Ed. de la Société de législation comparée, 2003, pp. 243-268 ; SHARJERDI (P.), TOMKIEWICZ (V.), « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'OMC », in RUIZ-FABRI (H.) (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris : Éd. de la Société de législation comparée, 2003, pp. 276-282 ; ADJOVI (R.), DELLA MORTE (G.), « Le procès équitable devant les tribunaux pénaux internationaux », in RUIZ-FABRI (H.) (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris : Éd. de la Société de législation comparée, 2003, pp. 209-241 ; BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, n°1, pp. 41-57.

⁵⁴¹ Pour de plus amples développements sur la portée du principe d'impartialité du juge, cf. *infra* §83.

⁵⁴² Sur la question de l'indépendance du juge international en général, voir notamment SHELTON (D.), « The independence of international tribunals » in CANÇADO-TRINDADE (A.) (dir.), *The Modern World of Human Rights, Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José : Inter-American Institute of Human Rights, 1996, pp. 299-334 ;

CPJI et de la CIJ, de même qu'à l'article 2 du Statut du TIDM. Elle résulte également des articles 8 §2, 8 §9 et 17 §2 du Mémoire d'Accord de l'OMC sur le règlement des différends et de l'article 6 §4 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États. L'exigence d'impartialité ressort quant à elle expressément des termes du serment que doivent prononcer les juges de la CIJ et du TIDM avant leur entrée en fonction⁵⁴³. Elle figure également à l'article 6 §4 précité du Règlement de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États et à la section II des Règles de conduite relatives au Mémoire d'Accord de l'OMC sur le règlement des différends, qui affirme que toute personne membre d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel « sera indépendante et impartiale, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects [...] de façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité [du mécanisme de règlement des différends] soit préservée ». La recherche d'équité transparait également au travers du principe de l'égalité des armes, qui impose au juge d'accorder à chaque partie une égale chance de défendre sa cause devant lui. Ainsi, celles-ci se voient garantir le droit de faire valoir devant le juge tous moyens qu'elles jugent utiles⁵⁴⁴ et elles bénéficient, au nom du principe du contradictoire, de la communication immédiate de toute pièce produite par l'autre partie ainsi que d'un droit de réponse à toute allégation formulée à leur encontre⁵⁴⁵. Au-delà, l'on peut encore mentionner, au titre des principes visant à assurer l'équité de la procédure devant les foras internationaux, l'exigence de délai raisonnable de la procédure qui ressort de l'article 29 commun aux statuts de la CPJI et de la CIJ (complété, pour cette dernière, par les articles 44 et 48 de son Règlement intérieur), de l'article 49 du Règlement intérieur du TIDM, de l'article 23 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États et des articles 12 §8, 17 §5 et 20 du Mémoire sur le règlement des

BROWN (C.), « The Evolution and Application of Rules concerning the Independence of the “International Judiciary” », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2003, vol. 2, n°1, pp. 63-96 ; MACKENZIE (R.), SANDS (P.), « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge », *Harv. Int'l Law J.*, 2003, vol. 44, n°1, pp. 271-285 ; POSNER (E. A.), YOO (J. C.), « Judicial Independence in International Tribunals », *Cal. L. Rev.*, 2005, vol. 93, n°1, pp. 3-74.

⁵⁴³ Voy. l'article 20 du Statut de la CIJ – qui reproduit à l'identique l'article 20 du Statut de la CPJI – et l'article 11 du Statut du TIDM. S'agissant de ce dernier, il est à noter que l'exigence d'impartialité du juge est encore expressément mentionnée à l'article 2 précité de son Statut.

⁵⁴⁴ Voy. par exemple l'article 54 commun aux statuts de la CPJI et de la CIJ et l'article 88 du Règlement intérieur du TIDM. L'article 15.1 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États affirme quant à lui que « [s]ous réserve des dispositions du Règlement, le Tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens ».

⁵⁴⁵ Ce caractère contradictoire de la procédure découle notamment de l'article 43 commun aux statuts de la CPJI et de la CIJ, de l'article 66 du Règlement intérieur du TIDM, et de l'article 15.3 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États. Il résulte également des articles 12 §5 et 12 §6 du Mémoire d'Accord de l'OMC sur le règlement des différends et il est affirmé en termes particulièrement explicites dans le cadre des Procédures de travail mises en place en vue de l'examen de l'affaire en appel : le point 18.2 des dites procédures de travail explique ainsi que « chaque document déposé par une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers sera signifié à chaque autre partie au différend, participant, tierce partie et participant tiers à la procédure », tandis que les points 22.1 et 28.2 garantissent aux intéressés une possibilité de répondre aux allégations ainsi formulées à leur encontre.

différends de l'OMC. Sans que cette liste soit exhaustive⁵⁴⁶, elle démontre sans aucune ambiguïté que, bien qu'innomé, le standard du procès équitable ne relève pas de la chimère dans le cadre du contentieux interétatique ; au contraire, nombre des principes qui le composent sont au cœur des garanties procédurales accordées aux États au cours de l'instance internationale et traduisent, en dépit d'une nécessaire adaptation aux spécificités de celle-ci, l'importance accordée à la notion d'équité lors de l'intervention du juge ou même de l'arbitre.

83. Dans ce cadre, et après avoir démontré l'existence incontestable d'un principe ou, à tout le moins, d'une exigence d'équité de la procédure devant les tribunaux internationaux, la question se pose de savoir dans quelle mesure le recours à l'expertise par le juge peut lui permettre de garantir au profit des États le caractère équitable de la procédure qui se déroulera devant lui et ainsi contribuer à assurer sa légitimité à leurs yeux. Le premier et le principal apport de l'expertise à cet égard résulte sans aucun doute de sa capacité à lisser les déséquilibres qui peuvent exister entre les parties à l'instance sous l'angle du principe de l'égalité des armes. En effet, si les États qui estent en justice devant l'une quelconque des juridictions étudiées sont bien réputés égaux, en ce sens qu'ils bénéficient d'une égale application par le juge de la règle de droit et des textes constitutifs qui régissent l'activité desdits tribunaux, l'égalité qui en découle pour les États concernés demeure en réalité essentiellement formelle. Personne n'oserait raisonnablement douter du fait que l'égalité de principe à laquelle les États-Unis et la Somalie peuvent prétendre dans le prétoire relativement à l'application de la règle de droit n'induit en aucun cas leur égalité réelle, y compris dans les moyens dont ils disposent en vue de défendre leur cause. Par ailleurs, si le fait de traiter de la même façon deux États placés dans une situation comparable ne semble pas poser de problème particulier du point de vue de l'équité de la procédure, le fait de les traiter de manière identique lorsqu'il existe à l'inverse entre eux des différences sensibles de situation est susceptible de générer d'importantes inégalités entre les intéressés et de remettre en cause le caractère équitable de la procédure⁵⁴⁷. Ainsi, si chacun des États litigants se voit théoriquement garantir le droit de faire valoir devant le juge tous

⁵⁴⁶On notera ainsi que les textes constitutifs de la CPJI, de la CIJ et du TIDM posent également une exigence de publicité des débats (cf. article 46 du Statut des deux Cours et article 74 du Règlement intérieur du Tribunal). Par ailleurs, chacune des juridictions étudiées est astreinte au respect des droits de la défense (notamment le droit de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense, le droit d'assurer soi-même sa défense ou de se faire représenter par un ou plusieurs avocats/conseils de son choix et le droit d'interroger les témoins et experts) et à l'obligation de motivation des décisions. Sur ce dernier point, voy. l'article 56 du Statut de la CPJI et de la CIJ, l'article 30 du Statut du TIDM, l'article 32 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre États et l'article 15 du Mémoire d'Accord de l'OMC sur le règlement des différends (ce dernier est moins explicite que ne le sont les dispositions précitées concernant les autres tribunaux mais il mentionne néanmoins que les rapports des groupes spéciaux devront comprendre une partie descriptive, composée des aspects factuels et des argumentaires des parties ainsi qu'une partie plus analytique constituée des constatations et des conclusions des groupes).

⁵⁴⁷Pour une illustration de cette conception téléologique (ou finaliste) de la notion d'égalité, voy. par exemple la célèbre jurisprudence du Conseil d'État français inaugurée dans l'affaire *Denoyez et Chorques* du 10 mai 1974 (*Rec. Lebon*, p. 274) sur l'interprétation du principe d'égalité des usagers devant le service public.

arguments et moyens qu'il juge utiles, l'intérêt d'une telle consécration est largement relativisé si le droit en cause n'est conçu qu'en termes formels puisque l'un des États peut se trouver *de facto* défavorisé par rapport à l'autre dans l'exercice de ce droit du fait des inégalités diverses et variées qui subsistent entre eux dans le monde réel. Plus encore que le principe d'égalité des armes, c'est donc l'interprétation même de la notion d'égalité qui permet de garantir le droit des parties à une procédure équitable.

Face à cette réalité, et à supposer que le juge international n'adopte pas du principe d'égalité des armes une vision réduite à cette simple égalité formelle⁵⁴⁸, l'expertise constitue une mesure qui concourt indubitablement à instaurer une égalité substantielle entre les États dans le cadre du procès. Parce qu'elle implique de dépasser les seuls éléments soumis par les parties dans le cadre des moyens – parfois très dissemblables – dont elles disposent, pour rechercher au contraire la vérité objective des faits, l'expertise ordonnée par le juge peut permettre de compenser efficacement les inégalités qui grèvent parfois l'exercice par les États des droits qui leur sont reconnus dans le cadre de l'instance internationale. Cette capacité de la mesure d'expertise à lisser les déséquilibres entre les États parties au différend n'est d'ailleurs pas totalement ignorée des juridictions concernées. Ainsi, le recours à l'expertise a pu être préconisé pour faire face à des circonstances de nature à rendre la preuve d'un fait plus difficile, voire impossible, pour l'une des parties. Cela s'est notamment vérifié dans l'affaire du *Détroit de Corfou* dans laquelle l'argumentaire du Royaume-Uni reposait principalement sur des observations qui ne pouvaient être réalisées que dans les eaux territoriales et depuis le territoire albanais⁵⁴⁹. Le choix de la CIJ d'ordonner une expertise avec descente sur les lieux a alors permis tout à la fois de tester et d'asseoir l'argumentaire britannique, rétablissant par là même un certain équilibre entre les parties du point de vue de l'égalité des armes⁵⁵⁰. Bien que la Cour n'ait pas réitéré cette décision par la suite, le juge Owada n'a pas manqué de relever, à l'occasion de

⁵⁴⁸ Divers éléments permettent en effet de penser que le juge international ne se contente pas d'une vision purement formelle de l'égalité à laquelle les États peuvent prétendre devant lui. Outre les développements à venir, qui illustreront d'ores et déjà ce propos, il faut par exemple noter qu'il existe depuis 1989 un fonds d'affectation spéciale géré par le Secrétaire général des Nations Unies dont le but est d'aider financièrement les États qui sont confrontés à des difficultés (notamment, selon le Statut dudit fonds, « *un manque de compétences juridiques ou de moyens financiers* ») en vue de leur permettre de soumettre néanmoins leurs différends à la Cour internationale de Justice. Un fonds d'affectation semblable, géré cette fois par la Division des affaires océaniques et du droit de la mer, a été mis en place par l'Assemblée générale des Nations Unies au profit aux États en développement qui auraient besoin d'une aide financière dans le cadre d'une instance introduite devant le TIDM. Enfin, l'article 27 §2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC prévoit la possibilité pour les pays en développement de bénéficier d'une aide juridique dans le cadre des procédures se déroulant devant les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel.

⁵⁴⁹ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 16 et s. La Cour fait d'ailleurs expressément référence aux difficultés rencontrées par le Royaume-Uni et au déséquilibre qui en résulte entre les litigants du point de vue de la preuve : « *le contrôle territorial exclusif par l'État [albanais] dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve (...)* Du fait de ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité » (p. 18).

⁵⁵⁰ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec.* 1948, pp. 124-127.

l'affaire des *Plate-formes pétrolières*, que seule une participation active de la Cour au processus de recherche et d'établissement des faits pouvait permettre de garantir l'équité de la procédure lorsqu'il résulte des circonstances du cas un déséquilibre évident entre les parties du point de vue de la charge de la preuve⁵⁵¹.

Pareillement, l'on peut raisonnablement penser que le recours à l'expertise serait tout à la fois utile et efficace en vue de compenser le déséquilibre résultant, en matière d'établissement des faits, de la mauvaise foi éventuelle de l'une des parties. À l'occasion de son opinion dissidente en l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le juge *ad hoc* Mahiou a ainsi relevé que l'une des principales preuves de l'implication de l'État serbe dans les actes commis à l'encontre des populations non-serbes résidait dans le compte-rendu des réunions du Conseil Suprême de la Défense, lequel avait bien été porté à la connaissance de la Cour par le demandeur mais dans une version expurgée de plusieurs parties, rendues illisibles à l'initiative du défendeur. Le juge Mahiou affirme alors que

*« ce document n'a pas été l'objet du traitement approprié par la Cour qui s'est abstenue d'utiliser ses pouvoirs en vue d'appréhender la vérité des faits. Nous sommes dans une situation tout à fait particulière où la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve a honoré son obligation jusqu'à un certain point où elle se heurte à la volonté de son adversaire qui détient la pièce demandée et par là même la clef de la solution ; il en résulte une situation d'inégalité au détriment du requérant et une intervention de la Cour n'aurait fait que rétablir l'égalité des parties [...] »*⁵⁵².

L'expérience a également prouvé que l'expertise pouvait jouer un rôle important en vue de rétablir l'équité de la procédure à l'occasion d'un déséquilibre créé par la non-comparution volontaire d'un des deux États litigants. L'affaire du *Détroit de Corfou* constitue à nouveau une bonne illustration à cet égard : à l'issue de l'arrêt au fond, rendu par la CIJ le 9 avril 1949 en faveur du Royaume-Uni,

⁵⁵¹ CIJ, *Plate-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, op. ind. Owada sous arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, p. 321.

⁵⁵² CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, op. diss. Mahiou sous arrêt du 26 février 2007 (fond), *Rec.* 2007, p. 418. Pour un second exemple qui, bien que moins choquant, trahit néanmoins une certaine mauvaise foi de la part d'une des parties à l'instance, voy. l'affaire de la *Lehigh Valley Railroad Company* dans laquelle la Commission mixte des réclamations États-Unis – Allemagne fut informée que le demandeur avait retiré *in extremis* de la liste des pièces qu'il devait produire lors des audiences devant elle le témoignage très attendu d'un expert éminent qu'il avait commandité et qui se serait finalement avéré largement défavorable à sa position. Si la Commission note, par l'intermédiaire du Commissaire allemand, que « *the impression remained that there had been a withholding of a report which might have shed light on the question argued before the Commission* », le recours à l'expertise *proprio motu* lui aurait sans doute permis d'obtenir les informations qui en conséquence lui faisaient défaut et de parvenir à une vision plus juste des questions en cause (Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis, *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne*, décision du 3 juin 1936, *RSA*, vol. VII, p. 223).

l'Albanie décida de ne pas se représenter devant la Cour dans le cadre de l'arrêt relatif aux réparations. Constatant l'absence volontaire de celle-ci à l'instance, le Royaume-Uni demanda à la Cour d'adjudger ses conclusions à l'Albanie en application de l'article 53 de son Statut. Cependant, conformément aux dispositions dudit article⁵⁵³, et afin de s'assurer que l'Albanie ne serait pas indûment pénalisée par son absence, la Cour décida préalablement d'ordonner une expertise afin de vérifier le bien fondé des conclusions du Royaume-Uni⁵⁵⁴. L'objectif affiché de cette décision était évidemment de garantir au profit des États concernés (et en premier lieu au profit de l'Albanie) le respect du principe de la contradiction et *in fine*, d'assurer l'équité de la procédure. La Cour envisagea une nouvelle fois d'avoir recours à l'expertise sur le fondement combiné des articles 53 et 50 de son Statut afin de compenser le déséquilibre résultant de la non-comparution volontaire des États-Unis à l'instance dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Elle affirma à cette occasion que :

« [m]ême en cas de comparution des deux parties, la Cour veille à donner à chacune d'elles les mêmes possibilités et les mêmes chances quant à la présentation de leurs preuves ; à plus forte raison lorsque la situation est compliquée par une non-comparution croit-elle indispensable d'assurer entre les parties une égalité aussi parfaite que possible »⁵⁵⁵.

84. Au-delà de sa capacité à lisser les déséquilibres portant atteinte entre les parties au principe d'égalité des armes, l'expertise concourt encore à assurer l'impartialité du juge international, laquelle sous-tend elle aussi l'équité de la procédure. En effet, l'exigence d'impartialité du juge implique, comme expliqué auparavant, que ce dernier soit dénué de préjugés et s'abstienne de prendre parti *a priori* en faveur d'un des litigants. Elle s'analyse donc non seulement comme une exigence de neutralité du juge à l'égard des deux parties à l'instance mais également, de manière plus générale, comme une exigence d'objectivité à l'égard des questions qui lui sont soumises. De ce point de vue, l'expertise est susceptible de constituer une mesure précieuse pour le juge international : parce qu'elle a notamment vocation à lui apporter la connaissance, elle apparaît – sous réserve d'être encadrée des garanties nécessaires relativement à la compétence, à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert – comme un gage d'objectivité dans le cadre de l'exercice par ce dernier de

⁵⁵³ L'article 53 du Statut de la Cour prescrit en effet à celle-ci, en son second alinéa, de vérifier que les conclusions de l'État qui comparait à l'instance sont bien fondées en fait et en droit avant de les adjudger à son adversaire absent.

⁵⁵⁴ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, ordonnance du 19 novembre 1949, *Rec.* 1949, pp. 237-239.

⁵⁵⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 40.

sa fonction de juger. Cela est d'autant plus vrai qu'elle intervient sur des questions que le juge maîtrise peu, voire pas du tout, et sur lesquelles celui-ci est donc particulièrement perméable aux préjugés et à l'influence des parties. Si elle suscite traditionnellement surtout la crainte des États et, dans une certaine mesure, du juge en raison du risque de « contamination » de ce dernier par un expert partial et/ou non indépendant, ce risque ne saurait de toute évidence être réduit – et encore moins éliminé – par le maintien du juge dans un état d'ignorance plus ou moins avancé à l'égard des questions qu'il est amené à considérer en vue de trancher le différend.

Par ailleurs, si l'exigence d'impartialité du juge implique pour celui-ci de s'abstenir de tout parti pris ou d'un quelconque préjugé à l'égard des parties et des questions en jeu dans le cadre du différend, elle ne se limite manifestement pas à cela : tout aussi important est le fait pour le juge de s'assurer qu'il présente, au travers des circonstances et des règles encadrant son intervention, toutes les apparences de l'impartialité⁵⁵⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, qui est sans doute à l'heure actuelle à l'origine de la jurisprudence la plus évoluée sur ce point, insiste ainsi sur l'importance de la théorie des apparences dans l'appréciation de l'impartialité du juge. Elle explique d'ailleurs dans son arrêt *Piersack c. Belgique* de 1982 que l'impartialité se décline selon deux modalités distinctes : l'impartialité subjective d'une part, qui renvoie à ce que le juge pense réellement en son fort intérieur (et à laquelle il était fait référence auparavant) ; et l'impartialité objective d'autre part qui, elle, a trait davantage à l'apparence d'impartialité qui ressort de l'ensemble des circonstances dans lesquelles se déroule le procès⁵⁵⁷. Le recours à l'expertise peut

⁵⁵⁶ Bien que les textes constitutifs des tribunaux internationaux se réfèrent généralement à la notion d'impartialité sans autre précision quant à son contenu et à son champ d'application, cette conception de la notion étendue à l'apparence d'impartialité résulte en réalité directement des dispositions desdits textes constitutifs (notamment au travers du principe de séparation des fonctions judiciaires ou encore de la règle proscrivant les conflits d'intérêts, de nature personnelle ou autre, qui pourraient affecter le juge). Pour plus d'informations sur ce point, cf. RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris : Pedone, 2010, 304 p. (voy. en particulier les développements d'Olivier De Frouville, pp. 153-191 et les remarques conclusives d'E. Jouannet, p. 271 et s.).

⁵⁵⁷ Cour EDH, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, §30, série A, n°53. La Cour de Strasbourg affirme ainsi que si l'impartialité subjective renvoie aux conceptions et croyances personnelles du juge (Cour EDH, *Remli c. France*, 23 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II), l'impartialité objective suppose quant à elle de s'interroger sur le fait de savoir « si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance » (Cour EDH, *Wettstein c. Suisse*, n°33958/96, §44, CEDH 2000-XII). On notera qu'au-delà des dispositions de leurs textes constitutifs – dont on a vu plus tôt qu'elles laissent d'ores et déjà deviner cette conception étendue du principe d'impartialité du juge – celle-ci est encore expressément affirmée aujourd'hui devant de nombreuses juridictions internationales : voy. par exemple CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ordonnance du 30 janvier 2004, *Rec.* 2004, p. 5 (cf. également l'opinion dissidente du juge Buergenthal jointe à l'ordonnance, p. 9) ; *Arbitrage relatif à la création d'une aire marine protégée autour de l'archipel des Chagos*, République de Maurice c. Royaume-Uni, décision motivée du 30 novembre 2011 relative à la récusation du juge Greenwood, disponible sur le site de la CPA ; CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, affaire ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan as Arbitrator, 12 August 2010, §43 ; TPIY, Chambre de première instance II, *Le procureur c. Anto Furundzija*, affaire IT-95-17/1, jugement du 10 décembre 1998, §189 et Chambre d'Appel, affaire IT-95-17/1-A, jugement du 21 juillet 2000, §189 ; TPIR, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire ICTR-96-4-A, jugement du 1^{er} juin 2001, §91 ; TPIR, Chambre d'Appel, *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire ICTR-95-1-A, jugement du 1^{er} juin 2001, §55.

alors à nouveau s'avérer bénéfique pour le juge dans le cadre, cette fois, de l'appréciation de son impartialité objective. Face à une situation dans laquelle il ne maîtrise que très imparfaitement certains aspects du différend qu'il est appelé à trancher, la décision du juge d'avoir recours à l'expertise pour obtenir des informations supplémentaires avant de se prononcer laisse en effet supposer qu'il n'a pas d'opinion préformée sur les questions concernées et donc qu'il agit bien en toute impartialité. Dans le cas où les parties auraient elles-mêmes soumis des expertises sur les questions en cause, la décision du juge d'ordonner en sus une expertise *proprio motu* peut également être perçue comme une volonté de sa part de préserver son objectivité sur ces questions et à l'égard des parties. Dans un cas comme dans l'autre, le choix du juge de chercher à s'informer et à obtenir des informations complémentaires pour former sa décision semble traduire une certaine rigueur intellectuelle et éthique vis-à-vis des parties.

85. Enfin, le recours par le juge à l'expertise pourrait encore contribuer à réduire la durée de la procédure et donc à garantir une fois de plus le droit des États à un procès équitable. Du fait de la qualité souveraine des parties à l'instance et des velléités de contrôle qu'elles expriment sur le déroulement de la procédure⁵⁵⁸, il semble que le juge international éprouve parfois de réelles difficultés à guider les États dans la présentation des éléments de preuve qu'il estime nécessaires et pertinents en vue de trancher le différend. Cela semble particulièrement vrai s'agissant des expertises soumises par les parties : la jurisprudence internationale fournit régulièrement des exemples de cas dans lesquels le juge laisse à celles-ci toute latitude pour produire des rapports ou même présenter longuement à l'audience des témoignages d'experts – souvent dispendieux au surplus – qu'il s'empresse par la suite d'écarter comme étant inutiles ou non pertinents en vue du règlement du différend.

La pratique de la CIJ paraît tout à fait édifiante à cet égard. L'on citera notamment l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu*, dans laquelle elle affirme, après avoir autorisé les parties à lui fournir par l'intermédiaire de leurs experts d'abondantes informations sur les particularités du fleuve Chobe, qu'elle

« n'estime pas devoir se prononcer sur [ces questions]. Elle n'en tiendra compte que dans la mesure où celles-ci ont une incidence dans le secteur de l'Île de Kasikili/Sedudu ». Et la Cour d'ajouter que sa tâche *« se limite en effet à résoudre le*

⁵⁵⁸ *Supra*, chapitre 2 du titre premier, §51 et s.

différend entre le Botswana et la Namibie en déterminant la frontière entre les deux États précités autour de l'île, ainsi que le statut juridique de cette dernière »⁵⁵⁹.

Pareillement, bien qu'elle ait laissé les parties et leurs experts s'engager, dans l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, dans un long débat sur le point de savoir si la zone de Fasht al Amz constituait un haut-fond découvrant ou si au contraire elle devait être considérée comme faisant partie de l'île de Sitrah, la Cour conclut de façon surprenante à l'inutilité *a priori* d'une telle discussion puisque la zone considérée ne pouvait en tout état de cause pas convenir en vue du tracé de la ligne d'équidistance⁵⁶⁰. Quant à sa décision en l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie*, après avoir accueilli plusieurs expertises soumises par les deux litigants, la Cour décide finalement de les rejeter dans leur quasi-totalité en expliquant que « *les levés réalisés il y a des années (voire parfois des décennies) avant la présente instance sont de peu d'utilité pour l'aider dans sa tâche* »⁵⁶¹. Pointant du doigt un comportement similaire de la Cour à l'égard des études historiques et géologiques très détaillées soumises par les parties dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Tunisie et la Libye⁵⁶², Shabtai Rosenne affirme que

« [t]hat question addresses the correctness and even the appropriateness of a procedure that allows and even requires the parties to go to the lengths that they did in this case, and to incur the heavy expenditure that they did incur, only to be told that in legal terms what is relevant is the sea-bed as it exists today, and not how it was formed over millions of years and its evolution in the long-distant past ». Et l'auteur de conclure : « *If, as in this case, the Court is to find that there is no relevance in certain scientific evidence and the issues to which that evidence is directed, procedures need to be put into place to permit the matter to be dealt with as early as possible* »⁵⁶³.

Cette apparente incohérence de la Cour trouve sans doute à s'expliquer dans la complexité de la tâche qui lui incombe de concilier tout à la fois l'exercice de sa mission – laquelle exigerait en de pareils cas que le juge adopte une posture plus active afin de garantir l'équité et l'efficacité de la

⁵⁵⁹ CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1063.

⁵⁶⁰ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 98 et p. 104.

⁵⁶¹ CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 décembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 644. Pour d'autres illustrations dans le même sens concernant la CIJ, voy. par exemple encore l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 42 ou l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, Malaisie/Singapour, arrêt du 23 mai 2008, *Rec.* 2008, p. 60.

⁵⁶² CIJ, *Plateau continental*, Tunisie/ Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, pp. 50-54.

⁵⁶³ ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 241.

procédure – et les attentes ou les craintes des États qui, eux, plaident généralement en faveur d'un rôle prépondérant des parties et d'un juge réduit pour l'essentiel à la passivité. Si l'on devine donc que l'embarras de la Cour résulte une nouvelle fois d'un affrontement entre les deux traditions juridiques que sont le droit continental et la common law, la ligne de conduite adoptée par la CIJ à cet égard semble bien peu satisfaisante puisqu'elle induit presque inévitablement un allongement de la durée de l'instance sans pour autant lui permettre d'obtenir les informations dont elle a besoin pour trancher le différend⁵⁶⁴. Dans ce cadre, la décision du juge d'avoir recours à un expert *proprio motu* pourrait s'avérer hautement bénéfique : couplée avec l'exercice par les parties de leur pouvoir d'allégation d'une part, et avec l'exercice par le juge de son pouvoir de direction du procès d'autre part, elle permettrait de limiter les dérives susmentionnées tout en assurant à ce dernier la possibilité de disposer de l'ensemble des informations qui lui paraissent nécessaires et pertinentes pour se prononcer. Contrairement aux solutions qui ont par le passé pu être envisagées par la doctrine et par les praticiens du droit⁵⁶⁵, le recours à l'expertise par le juge ne serait alors pas envisagé comme une source d'informations concurrente à celle que constitue l'expertise de partie ou visant à exclure celle-ci ; les rapports et témoignages d'experts soumis par les litigants demeureraient au contraire la source principale d'expertise à la disposition du juge, garantissant par là même le respect de leur pouvoir d'allégation. En revanche, dans le cas où les éléments soumis par les parties ne seraient pas pertinents ou s'avèreraient autrement incapables de répondre aux besoins du juge, la nomination par celui-ci d'un expert pourrait constituer une mesure utile en vue d'éviter les errements décrits plus tôt et de s'assurer que la procédure ne souffre pas d'un retard excessif, au surplus totalement injustifié.

86. À l'issue de ces développements, l'expertise apparaît incontestablement comme un vecteur d'équité dans le cadre de l'instance internationale : parce qu'elle confère au juge un vrai pouvoir sur le déroulement du procès, elle permet à celui-ci d'agir comme un garde-fou face aux atteintes qui peuvent découler pour les parties d'une logique purement accusatoire, que celles-ci

⁵⁶⁴ L'on notera qu'Estelle Brosset suggère de la même manière que l'une des raisons pour lesquelles la CJUE s'abstient généralement d'ordonner des expertises tient au risque que cela implique d'un allongement substantiel de la durée de l'instance : BROSSET (E.), « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, p. 259.

⁵⁶⁵ L'essentiel des propositions envisagées reposait sur la prééminence d'une tradition juridique (et donc d'un modèle d'expertise) sur l'autre et ne laissaient ce faisant guère de chances à une conciliation réussie de celles-ci. Il fut notamment suggéré que le recours à un expert du tribunal pourrait permettre de réduire la durée de la procédure puisque les parties ne soumettraient pas alors leurs propres expertises. Mais d'autres auteurs ont fait remarquer, non sans un certain pragmatisme, qu'il était hautement improbable que les litigants acceptent d'être ainsi privés d'une partie de leur pouvoir dans le cadre de l'instance : ils ont soutenu l'idée que chaque partie continuerait à soumettre ses propres expertises pour contrer celles de l'autre partie tout autant que celle ordonnée par le tribunal. Il en résulterait alors non pas une réduction mais un allongement de la durée de la procédure. Sur ce point, cf. par exemple HERNANDEZ-BRETÓN (E.), « Expert evidence », in HANESSIAN (G.), NEWMAN (L. W.) (dir.), *International Arbitration Checklist*, 2009, 2^{ème} éd., pp. 121-122 ; WILSKE (S.), GACK (C.), « Expert evidence in international commercial arbitration », *Comp. Law Yb. of Int'l Bus.*, 2007, vol. 29, pp. 85-86.

s'analysent en une violation du principe d'égalité des armes, en un allongement injustifié de la durée de l'instance, ou en un risque non négligeable de partialité du juge résultant de la faible prise en compte de ses besoins en matière de recherche, d'établissement et de compréhension des faits. Ce faisant, l'expertise contribue non seulement à garantir le respect des droits des parties dans le cadre de l'instance mais aussi et surtout, à assurer la légitimité du juge international. Par le concours qu'elle lui apporte sur le plan de l'équité de la procédure, elle lui confère tout d'abord une importante légitimité légale : le respect par le juge des prescriptions qui s'imposent à lui en vue de préserver l'égalité entre les parties est sans nul doute de nature à susciter la confiance des États à son égard. Par ailleurs, le sentiment de justice que contribue à induire la mise en œuvre d'une procédure équitable dans le cadre de l'instance véhicule également une légitimité sociologique du juge. Indépendamment des attentes subjectives, diverses et variées, que les États peuvent nourrir à l'égard de celui-ci, la recherche du juste demeure en effet, ainsi qu'évoqué au début de ce paragraphe, un objectif central et inconditionnel du procès pour tout litigant. Enfin, en favorisant au travers de l'équité de la procédure le respect et la mise en œuvre par les États des décisions du juge, l'expertise concourt ultimement à lui assurer une légitimité performative : parce que les décisions en cause auront été observées par les États qui en étaient les destinataires, elles susciteront à leur tour la confiance des autres États dans le juge et dans sa capacité à trancher de manière satisfaisante et durable les différends qui lui sont soumis. En conclusion, et comme le note fort justement Caroline Foster, « *[[f]airness between litigants and fairness to the wider community may often be well served where international courts and tribunals appoint and consult closely with independent advisers when necessary* »⁵⁶⁶.

87. Après avoir étudié la mesure dans laquelle le recours à l'expertise pouvait permettre de garantir aux États le bénéfice d'une procédure équitable et par là même assurer la légitimité du juge international, le prochain paragraphe sera consacré à l'apport de l'expertise à la légitimité de ce dernier au travers cette fois-ci du gage de qualité qu'elle représente dans le cadre de l'adoption par le juge de ses décisions.

§2 - L'expertise, gage de qualité de la décision juridictionnelle internationale

88. Au-delà des garanties procédurales offertes aux États devant les tribunaux internationaux, lesquelles répondent à vrai dire à une exigence minimale de bonne justice, la qualité des décisions

⁵⁶⁶ FOSTER (C.), *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals. Expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 181.

rendues par le juge constitue encore un élément fondamental de sa quête de légitimité. Il est en effet évident qu'en plaçant leur différend entre les mains du juge ou de l'arbitre international, les États ne recherchent pas n'importe quelle solution au conflit qui les oppose, mais bien plutôt une solution viable, la meilleure possible, et qui soit à même de résoudre de manière satisfaisante, paisible et durable leur différend. Cela est d'autant plus vrai qu'ainsi qu'il a été expliqué plus avant, le règlement juridictionnel demeure un moyen relativement exceptionnel de règlement des différends internationaux : aussi le choix des États de soumettre leurs différends au juge traduit-il le plus souvent des attentes particulières de leur part eu égard aux enjeux potentiellement importants et au caractère éventuellement sensible des différends en cause⁵⁶⁷. Si les garanties relatives à l'équité de la procédure permettent d'ores et déjà de créer des circonstances, un environnement, propices à l'adoption par le juge de décisions de bonne qualité, elles sont cependant insuffisantes à elles seules pour atteindre ce but. L'expertise constitue alors une mesure dont l'apport en termes de qualité de la décision apparaît, on le verra, non négligeable.

89. La première contribution de l'expertise à cet égard est relativement simple à percevoir. Par l'assistance qu'elle apporte au juge sur les questions qu'il ignore ou dont il n'a que peu de maîtrise, elle lui permet de dépasser les limitations dont il peut être tributaire à titre personnel pour appréhender l'ensemble des faits pertinents de la cause. Bien qu'évidente, cette capacité de l'expertise à élargir le « champ de vision » du juge aux éléments dont il n'avait *a priori* pas connaissance n'en est pas moins fondamentale en vue de parvenir à une décision satisfaisante : sans elle, le juge n'aurait en effet d'autre choix que de statuer régulièrement en toute ignorance sur certains aspects des affaires qui lui sont soumises ou bien de les exclure *ab initio* du champ des problématiques qu'il déciderait de retenir en vue de rendre sa décision, quand bien même celles-ci seraient particulièrement pertinentes pour la solution du litige. Il va de soi qu'aucune de ces deux alternatives ne paraît adaptée ni même acceptable en vue de rendre une décision juste et de qualité, qui permette de mettre effectivement fin au différend. La pratique de la CIJ constitue d'ailleurs un bon contre-exemple sur ce point. Du fait de sa réticence évidente à faire usage de son pouvoir d'ordonner une expertise *proprio motu* et des difficultés qu'elle a parallèlement éprouvé à placer sa confiance dans les témoins-experts des parties⁵⁶⁸, la Cour a régulièrement préféré laisser de côté les aspects scientifiques des cas qu'elle a été amenée à trancher pour ne se prononcer que sur le fondement du droit. Il en fut par exemple ainsi dans le cadre de l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour affirme de manière assez surprenante

⁵⁶⁷ *Supra*, §42.

⁵⁶⁸ *Supra*, chapitre 2 du titre premier, notamment au §60.

qu'elle n'estime pas nécessaire « *to study various types of nuclear weapons and to evaluate highly complex and controversial technological, strategic and scientific information. The Court will simply address the issues arising in all their aspects by applying the legal rules relevant to the situation* »⁵⁶⁹. Le juge Weeramantry s'est clairement élevé contre ce choix de la Cour à l'occasion de son opinion dissidente en la même affaire : après avoir examiné la nature et les effets des armes nucléaires, il explique la nécessité qu'il y avait selon lui à mener cette analyse afin de ne « *pas laisser un langage édulcoré et désincarné masquer l'incompatibilité radicale de l'arme nucléaire avec les fondements du droit international* »⁵⁷⁰. De la même façon, bien que la question de la portée et de la trajectoire des missiles « ver à soie » ait sans aucun doute été centrale pour déterminer, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, si oui ou non les États-Unis pouvaient être à l'origine d'attaques contre les plates-formes iraniennes, la Cour se refusa à trancher cette question technico-scientifique et préféra se déterminer sur le fondement des autres éléments du dossier et du principe juridique du fardeau de la preuve⁵⁷¹. Elle adopta encore une attitude similaire dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Tunisie et la Libye⁵⁷², dans celle du *Plateau continental* entre la Libye et Malte⁵⁷³ ou dans l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁵⁷⁴ notamment. Selon le Professeur Rosenne, ces affaires « *illustrate the Court's handling of difficult scientific questions exclusively within the confines of legal concepts of 'facts'* », et ce en dépit du fait que « *legal criteria and experience alone [cannot] always be adequate for the tasks that the Court ha[s] to perform* »⁵⁷⁵. Thomas Franck constate quant à lui que « *the Court tends to make a complicated task of fact-finding unimportant or unnecessary by devising a rule which downgrades the importance of elusive facts* ». Et l'auteur de conclure que :

« *[t]his natural proclivity of the Court to say that the outcome would be the same, regardless of whose facts are true, has some undesirable consequences : [...] it produces incredible facts which, when they are proven wrong, undermine the credibility not only*

⁵⁶⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 237.

⁵⁷⁰ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. diss. Weeramantry sous avis du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 451-452.

⁵⁷¹ CIJ, *Plates-formes pétrolières*, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, p. 190.

⁵⁷² CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Tunisie/ Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, pp. 50-54.

⁵⁷³ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, pp. 36-37.

⁵⁷⁴ CIJ, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 42.

⁵⁷⁵ ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 239-240. S'agissant de l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, voy. encore dans le même sens ROSENNE (S.), « The nuclear weapons advisory opinions of 8 July 1996 », *Israël Yb. on Hum. Rts*, 1997, vol. 27, pp. 263-308.

of the facts found by the Court, or the specific decision in which those facts play a role, but even the very institution of the Court itself»⁵⁷⁶.

De ce point de vue, l'expertise a alors un vrai rôle à jouer en vue de garantir la qualité des décisions du juge et *in fine*, d'assurer sa légitimité auprès des États.

90. Par ailleurs, l'expertise n'a pas seulement pour effet de mettre à la portée du juge des questions qui lui auraient été inaccessibles sur le fondement de ses connaissances personnelles ; elle lui permet surtout de se prononcer en disposant des meilleures informations possibles sur les problématiques en cause. Si les deux modèles d'expertise présents devant les tribunaux internationaux – celui du témoin-expert et celui de l'expert du tribunal – suscitent chacun sur ce point, ainsi que l'on a pu le constater dans le titre précédent, des craintes de la part du juge comme des parties, cet état de fait – qui ne semble d'ailleurs pas systématiquement justifié – n'est en tout état de cause pas irrémédiable, ainsi que le montrera la seconde partie de cette étude. Le juge dispose en effet aujourd'hui de plusieurs moyens pour favoriser le débat et prendre connaissance de l'ensemble des arguments et des opinions ayant cours sur la question. Les groupes spéciaux de l'OMC ont à ce titre généralement refusé de recourir aux groupes consultatifs d'experts mentionnés à l'article 13 §2 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends, et ce afin de ne pas se priver d'une vue d'ensemble sur les questions scientifiques controversées. Comme l'explique le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*, le recours à des experts individuels était justifié car il

« souhaitait entendre toute opinion dissidente ou minoritaire parmi les experts » et il « voyait plutôt le risque qu'un groupe consultatif d'experts se mette seulement d'accord sur une position commune minimale, ce qui empêcherait le Groupe spécial d'avoir un tableau complet des problèmes »⁵⁷⁷.

Quant aux procédures envisageables afin de tester l'impartialité et plus largement la solidité des informations obtenues, leurs modalités peuvent varier d'une juridiction à l'autre ou même d'une affaire à l'autre mais elles reposent le plus souvent sur la confrontation des opinions des experts, particulièrement sur les points qui donnent lieu à des divergences. Si la procédure anglo-saxonne d'interrogatoire et de contre-interrogatoire demeure sans aucun doute aujourd'hui la plus courante à cet égard, d'autres procédures ont peu à peu vu le jour qui permettent d'atteindre ce but tout en

⁵⁷⁶ FRANCK (T. M.), « Fact-finding in the ICJ », in LILLICH (R. B.) (dir.), *Fact-finding before international tribunals. Eleventh Sokol Colloquium*, New York : Transnational Publishers Inc, 1992, pp. 30-31.

⁵⁷⁷ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 174. Dans le même sens, voy. encore ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, pp. 271-272.

parant à l'écueil précédemment mentionné du « combat d'experts ». Outre les rencontres que le juge peut ordonner hors audience entre les experts afin d'obtenir, en sus de leurs rapports respectifs, un compte rendu synthétique et explicatif des points sur lesquels ils s'accordent et de ceux qui à l'inverse suscitent une opposition irréductible entre eux, la procédure de « hot tubbing » initiée au cours des dernières décennies devant les juridictions commerciales australiennes⁵⁷⁸ semble par exemple avoir utilement inspiré les fors internationaux⁵⁷⁹. Au travers de ces différentes procédures, le juge international dispose aujourd'hui indubitablement d'outils performants afin de s'assurer tout à la fois que l'expert est qualifié et que les informations qu'il délivre sont les plus complètes, les plus impartiales et les mieux étayées possibles. Ainsi encadrée, l'expertise lui permet non seulement de s'informer sur des aspects du cas qu'il ne maîtrise pas mais aussi et surtout, d'obtenir les meilleures informations disponibles à un moment « T » sur ces questions.

91. Enfin, au-delà de son apport à la recherche et à la compréhension des faits de la cause, l'expertise permet encore au juge, lorsque sa décision doit se prolonger dans le champ scientifico-technique et inclure par exemple le tracé d'une délimitation territoriale et/ou maritime, de disposer des compétences et notions méthodologiques fondamentales pour s'acquitter correctement de cette tâche. Ainsi qu'on aura l'occasion de l'expliquer de manière plus approfondie dans la seconde partie⁵⁸⁰, il y a là un véritable enjeu « d'opérationnalisation » de la décision qui sera rendue par le juge puisque celui-ci dispose en effet rarement des compétences extra-juridiques nécessaires pour procéder à l'opération qui est ainsi requise de lui. L'expertise constitue alors une mesure qui permet

⁵⁷⁸ ERIKSSON (H.), *Experts in the Australian Hot Tub*, Master Thesis, University of Lund, 2008, 97 p. ; EDMOND (G.), « Merton and the Hot Tub : scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure », *Law & Contemporary problems*, 2009, vol. 72, pp. 159-189 ; YARNALL (M.), « Dueling scientific experts : Is Australia's Hot Tub method a viable solution for the American judiciary », *Or. L. Rev.*, 2009, vol. 88, pp. 311-340 ; RARES (S.), « Using the 'Hot Tub' – How concurrent expert evidence aids understanding issues », disponible sur le site de la Cour fédérale australienne à l'adresse www.fedcourt.gov.au/_data/.../Rares-J-20100823.rtf (consulté le 3 mai 2014) ; REIFERT (E.), « Getting into the Hot Tub : How the United States could benefit from Australia's concept of 'Hot Tubbing' expert witnesses », *Univ. Detroit Mercy L. Rev.*, 2011, vol. 89, pp. 103-115. Il est à noter que cette procédure, qui est aussi désignée de manière plus formelle sous le nom de « concurrent expert evidence », suscite l'intérêt des praticiens et de la doctrine dans de nombreux pays et que son usage n'est aujourd'hui plus limité aux cours australiennes : cf. notamment l'article 282.1 des *Federal Courts Rules* canadiennes et le point 35.11 des *Practice direction* qui accompagnent les *Civil Procedure Rules* britanniques. Par ailleurs, si la procédure de « hot tubbing » n'est pas formellement mentionnée dans les *Federal Rules of Evidence* américaines, elle ne semble pas incompatible avec ces dernières et a d'ores et déjà été appliquée à plusieurs reprises par les juges américains (*Black Political Task Force v. Galvin*, n°02-11190, D. Mass. 2004 ; *Anchor v. United States*, n°95-39C, 2004 ; *In re Welding Fume Prods Liab. Litig.*, n°03-17000, N.D. Ohio 2005 ; *Genzyme Corp. V. Seikagaku Corp.*, n°11-10636, D. Mass. 2011).

⁵⁷⁹ ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, annexe 2, p. 247 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport du Groupe spécial, annexe, p. 299 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, annexe IV, p. 405 ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, annexe A, p. 148 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe VI, p. 149 ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, annexe 3, p. 220 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe G ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, annexe B-2. Pour de plus amples développements sur les mérites de cette procédure et son utilisation devant les juridictions internationales, l'on renverra à la seconde partie de la thèse.

⁵⁸⁰ *Infra*, §180 et s.

de traduire correctement sur le plan scientifique ou technique la décision prise par le juge sur le plan juridique et d'éviter les erreurs parfois grossières qui peuvent affliger les décisions de ce type prises sans le concours de spécialistes compétents⁵⁸¹. À titre d'illustration, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer d'Iroise*, le tribunal arbitral était chargé de déterminer en application des règles juridiques pertinentes du droit international où se situait la ligne de démarcation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni. Les membres du tribunal arbitral n'étant pas géographes et ne possédant pas de compétence notoire en matière de cartographie, le recours à l'expertise leur aura permis de déterminer, avec exactitude et en suivant la méthodologie appropriée, les coordonnées des points de la ligne de démarcation et de reporter celle-ci sur la carte demandée par les parties⁵⁸². Ce faisant, l'expertise a fait le lien entre la solution à laquelle le tribunal était parvenu en droit et son exacte application aux faits. Il en fut de même dans l'affaire de la *Délimitation maritime* entre la France et le Canada : conformément à l'article 2 du compromis du 30 mars 1989, le tribunal arbitral était prié de procéder à la délimitation des espaces maritimes relevant respectivement de la France et du Canada puis de décrire « *de façon techniquement précise* » le tracé de cette délimitation. Si la détermination des règles de droit international applicables en vue d'opérer cette délimitation ne devait pas poser de problème particulier au tribunal, il en allait sans surprise autrement de la détermination précise des coordonnées des points de la délimitation et de leur représentation cartographique. L'intervention d'un expert a alors permis au tribunal de traduire dans les faits, avec exactitude et précision, la solution qui se dégagait en droit⁵⁸³. Si l'expertise est le plus souvent perçue comme une interface permettant au juge de comprendre les faits pour leur appliquer ensuite la règle de droit appropriée, ces deux exemples démontrent, parmi d'autres⁵⁸⁴, qu'elle constitue également l'interface qui lui permet, à l'inverse, de transcrire de manière satisfaisante dans les faits la solution juridique qu'il a dégagée.

92. Que ce soit donc en permettant au juge d'obtenir des informations supplémentaires et une meilleure compréhension des aspects du cas dont il n'a pas la maîtrise, en lui assurant de bénéficier à cet égard des meilleures informations possibles, ou en lui fournissant une assistance pour traduire

⁵⁸¹ *Supra*, §61.

⁵⁸² *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 65.

⁵⁸³ *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 296 et 331.

⁵⁸⁴ Cf. notamment encore *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 226 ; *Tacna – Arica question*, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 957 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, p. 124, 194 et 202 ; *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 337 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, pp. 21-22 (disponible sur le site internet de la CPA, consulté le 3 juin 2016).

correctement en termes scientifiques ou techniques les décisions prises par lui sur le plan juridique, l'expertise s'illustre sans conteste comme un gage de qualité de la décision juridictionnelle et ultimement, comme un gage de légitimité pour le juge international. En permettant la prise en compte par celui-ci de l'ensemble des faits pertinents du cas tout en garantissant le respect des limites de sa compétence, elle assure en effet au juge une vraie légitimité légale. Celle-ci se double d'une légitimité sociologique découlant directement des attentes des États en termes de justesse et de qualité de la décision. Enfin, la contribution de l'expertise à l'opérationnalisation des décisions du juge concourt à assurer l'efficacité des interventions de ce dernier et participe ainsi largement à la construction d'une légitimité performative au profit des tribunaux internationaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE

93. Le règlement juridictionnel des différends interétatiques demeure une hypothèse relativement exceptionnelle dans l'ordre juridique international. Attachés à la défense de leur souveraineté, les États ne semblent pas facilement accepter de déléguer à un tiers indépendant le règlement des litiges qui les opposent. Dès lors, la question de la légitimité du juge international ne pouvait manquer de se poser avec une acuité particulière. Si nombre d'auteurs ont par le passé critiqué la notion de légitimité, invoquant au soutien de leur position les incertitudes qui entourent celle-ci tout autant que son inutilité pratique, ces critiques – au demeurant fortement teintées de juspositivisme et plus précisément encore de normativisme – semblent pourtant contredites par l'intérêt évident qu'elle présente pour assurer l'efficacité de l'intervention du juge. S'agissant tout particulièrement du droit international, lequel ne peut guère se reposer sur des mécanismes de contrainte pour assurer son respect et sa mise en œuvre, la notion de légitimité paraît non seulement utile mais même essentielle : en plaçant la confiance des États au centre des préoccupations du juge, elle permet d'augmenter l'attractivité du règlement juridictionnel des différends et le respect par les États des décisions ainsi rendues. Parce qu'elle semble particulièrement bien adaptée à la logique et au fonctionnement de l'ordre juridique international, la légitimité constitue à n'en pas douter un élément fondamental en vue d'assurer l'efficacité des décisions des tribunaux internationaux.

Au regard de son apport réel à la légitimité du juge international, l'on devine, ainsi qu'il a été démontré dans la section 2 de ce chapitre, à quel point l'expertise devrait constituer une mesure précieuse pour ce dernier. De par sa capacité à réduire dans certaines conditions la durée de l'instance, à favoriser l'impartialité du juge et à lisser les déséquilibres ponctuels ou plus structurels qui peuvent remettre en cause l'égalité de principe à laquelle les parties à l'instance aspirent

légitimement, elle apparaît comme un vecteur indéniable d'équité dans le cadre du procès international. Conférant au juge un véritable pouvoir sur le déroulement de l'instance, elle lui permet de veiller au respect des droits des parties et de prévenir efficacement les atteintes à l'équité de la procédure qui résultent par trop souvent de la passivité dans laquelle celui-ci se trouve enfermé. En outre, l'assistance qu'elle fournit au juge international en lui permettant de s'informer et de mieux comprendre les questions dont il n'a pas la maîtrise, en lui assurant, sous réserve d'être correctement encadrée, de disposer des meilleures informations disponibles sur ces questions, ou encore en lui permettant de transcrire sans erreur ses décisions juridiques en termes factuels, scientifiques ou techniques, fait de l'expertise un gage de qualité de la décision judiciaire. Grâce à son possible apport à l'équité de la procédure d'une part et à la qualité des décisions d'autre part, l'on ne saurait raisonnablement douter de l'intérêt que peut revêtir une mesure comme l'expertise pour assurer la légitimité du juge international. Si l'expertise semble donc s'illustrer comme un vecteur évident de légitimité, l'on pourra cependant constater, à l'occasion du chapitre prochain, que les choses sont moins simples qu'elles n'en ont l'air de prime abord puisque celle-ci est tout aussi capable d'intervenir comme un élément de déstabilisation des acteurs du procès et plus encore, comme un élément de délégitimation du juge.

Chapitre 2

L'EXPERTISE ET LES RISQUES DE « DELEGITIMATION » DU JUGE INTERNATIONAL

94. Les développements du chapitre précédent ont permis de constater tout à la fois l'importance des enjeux de légitimité pour le juge international et la manière dont l'expertise est, en pratique, susceptible d'améliorer la légitimité dont celui-ci est effectivement crédité auprès des États. Pourtant, l'expertise suscite généralement chez le juge international des réactions très mesurées, voire même parfois des réactions dénotant une certaine hostilité. C'est que si elle dispose d'un potentiel réel pour accroître la légitimité des fors internationaux, l'expertise présente dans le même temps un risque indéniable de délégitimation et donc d'affaiblissement pour ces derniers. En effet, les modalités du recours à l'expert favorisent l'effacement des limites de la compétence du juge et suscitent la méfiance des États, qui craignent de voir leur souveraineté bafouée et leurs intérêts méconnus (section 1). Par ailleurs, loin de l'image fantasmée d'une mesure qui « dirait » le vrai, l'expertise apparaît en réalité tel un instrument affecté par l'incertitude, qui renforce la méfiance des États en ce qu'il laisse la porte ouverte à la subjectivité du juge dans le cadre du procès (section 2).

Section 1

LE RECOURS A L'EXPERT ET L'EFFACEMENT DES LIMITES DE LA COMPETENCE DU JUGE

95. L'expertise, mesure de plus en plus incontournable aujourd'hui, peut induire deux types de dérives traduisant l'effacement et la méconnaissance par le juge international des limites de son pouvoir : la première, favorisée par la porosité de la distinction entre le droit et le fait ainsi que par les difficultés d'ordre épistémologique auxquelles le juge est régulièrement confronté, est la délégation à l'expert la fonction de juger (§1) ; la seconde, qui découle tout à la fois de la puissance et de la liberté que l'expertise confère au juge et de la conception de la vérité qu'elle exprime dans le contentieux interétatique, réside dans le dépassement par le juge des limites du mandat qui lui était confié (§2). Dans un cas comme dans l'autre, la légitimité du juge international ne saurait évidemment manquer d'en être affectée.

§1 - La délégation par le juge international de son pouvoir à l'expert

96. La possibilité d'une délégation par le juge de son pouvoir à l'expert est une hypothèse classique, qui n'est en rien spécifique à l'ordre juridique international. Au contraire, il s'agit là d'un risque en général bien connu des juridictions internes et des ordres juridiques nationaux⁵⁸⁵, qui transcende même les différences et oppositions existant entre les traditions juridiques de droit continental et de common law. Cela s'explique cependant sans peine : ce risque ne résulte en effet pas tant, comme il sera démontré dans les développements à venir, de l'environnement et des caractéristiques de l'ordre juridique dans lequel s'insère l'expertise que de la structure même du droit d'une part et de la nature de l'expertise d'autre part. En revanche, si le risque de voir le juge déléguer sa fonction de juger à l'expert semble exister également dans tous les ordres juridiques, il n'y revêt pas nécessairement toujours la même portée. C'est à cet égard que les spécificités de l'ordre juridique international prennent tout leur sens et confèrent à cette hypothèse un caractère particulièrement sensible.

Ainsi que l'on a pu le souligner à plusieurs reprises déjà, le contentieux interétatique est fortement marqué du sceau de la souveraineté des États ; ces derniers ne sauraient donc se voir imposer dans le cadre du règlement de leurs différends la compétence d'un acteur ou d'une institution quelconques sans y avoir préalablement et expressément consenti. Si dans l'hypothèse en cause, la compétence du juge international ne pose pas de problème particulier, les États ayant en principe acquiescé – idéalement d'ailleurs sans ambiguïté – à sa juridiction, c'est dans la délégation (le plus souvent inconsciente) par le juge de son pouvoir à l'expert que réside l'atteinte à la souveraineté des États. Dans la mesure où ceux-ci n'ont, en pareil cas, aucunement conféré à l'expert mais bien plutôt au juge la fonction de trancher leur différend, le fait pour ce dernier de ne pas s'acquitter de cette tâche et de la déléguer au moins en partie à l'expert s'analyse clairement en une méconnaissance de la volonté des États. Par delà les conséquences spécifiques qui peuvent en résulter sur le plan juridique, une telle hypothèse apparaît sans aucun doute dommageable pour le juge international eu égard à la légitimité à laquelle il aspire et dont il se réclame nécessairement dans le cadre de sa mission. Comme l'ont en effet illustré les développements du chapitre précédent, la légitimité apparaît fondamentale pour faire face aux nombreux obstacles que le caractère encore éminemment volontariste et décentralisé de la société des États fait naître à la compétence des

⁵⁸⁵ Voy. par exemple DAMIEN (A.), « Le rôle des experts dans la procédure française », *Revue Experts*, 1989, n°4, p. 3 et s. ; VERKERK (R.), « Comparative aspects of expert evidence in civil litigation », *Int'l J. Evidence & Proof*, 2009, vol. 13, p. 181 ; DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 435 pp. 84-85 notamment.

tribunaux internationaux et à l'efficacité de leurs décisions. Or il n'est guère permis de douter que la perspective d'une éventuelle délégation par le juge de son pouvoir à l'expert puisse influencer sur la confiance que les États placent en lui et, partant, sur leur propension à accepter sa juridiction et à observer ses décisions.

97. Au regard des conséquences qui peuvent en résulter, l'on ne saurait donc trop s'interroger sur les raisons susceptibles d'induire pareille dérive. Celles-ci semblent essentiellement pouvoir se résumer à deux problématiques. La première tient à la porosité intrinsèque de la distinction entre le droit et le fait : si la répartition des compétences et des pouvoirs entre le juge et l'expert sur la base de cette *summa divisio* paraît de prime abord relativement aisée à comprendre et à manier, la pratique sur ce point ne peut manquer de détromper. En effet, les modalités théoriques de répartition des compétences entre ces deux acteurs fondamentaux du procès s'analysent comme suit : conformément à la maxime latine « *jura novit curia* »⁵⁸⁶, le juge se doit de connaître les règles de droit sur le fondement desquelles il est appelé à trancher le différend pendant devant lui ; toutefois, et bien que sa mission ne se borne évidemment pas aux aspects purement juridiques du cas, l'on ne peut raisonnablement attendre de lui qu'il maîtrise au surplus l'ensemble des éléments factuels et des problématiques scientifiques ou techniques pertinentes pour le règlement du différend. C'est là qu'intervient l'expert : par son expérience et ses connaissances spécialisées, celui-ci est supposé maîtriser ces aspects du différend jusque là demeurés hermétiques au juge. L'expert est donc voué à assister le juge dans la compréhension de ces problématiques, à les mettre à sa portée afin de lui permettre de statuer en toute connaissance de cause. Il en résulte une règle de répartition des compétences en apparence claire et propre à garantir le respect des prérogatives du juge tout autant que les droits des parties : le juge, seul investi du pouvoir de juger, se doit de maîtriser les aspects juridiques du différend tandis que l'expert, acteur technique dénué de toute prérogative de nature juridictionnelle, verra son intervention limitée « à la factualité »⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Cet adage signifie que « la Cour connaît le droit ». Reconnu en droit interne comme en droit international, ce précepte fondamental de l'activité juridictionnelle fut notamment rappelé par la CPJI dans son arrêt du 7 septembre 1927 rendu en l'affaire du *Lotus* (CPJI, France c. Turquie, Série A, n°10, p. 31) et par la CIJ dans son arrêt au fond en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (CIJ, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, pp. 24-25).

⁵⁸⁷ L'expression est empruntée à Olivier Leclerc, dans son ouvrage : *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, p. 69 et s.

Cette règle de répartition des compétences, que traduit l'adage latin « *da mihi factum, dabo tibi jus* » (« donne-moi le fait, je te donnerai le droit »), se trouve régulièrement énoncée de manière expresse dans les textes constitutifs des tribunaux internationaux : il en va par exemple ainsi de l'article 13 §2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, qui prévoit qu'« [à] propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts » (souligné par nos soins). De même, l'article 11 §2 de l'Accord SPS affirme que les groupes spéciaux devraient requérir une expertise à l'égard « *des questions scientifiques ou techniques* » découlant d'un différend qu'ils doivent trancher et l'article 14 §2 de l'Accord OTC mentionne le droit des groupes

Cette délimitation, intellectuellement séduisante il est vrai, des rôles respectifs du juge et de l'expert ne tient cependant pas compte des réalités complexes du passage du fait au droit, c'est-à-dire en somme des réalités de l'opération de qualification juridique des faits⁵⁸⁸. Elle laisse à penser que l'intervention de l'expert à l'égard des faits n'aurait aucun impact sur la mise en œuvre subséquente de la règle de droit par le juge, si ce n'est en garantissant à celui-ci une exacte compréhension des faits de la cause. La mission de l'expert semblerait ainsi se limiter à expliquer les éléments factuels complexes dont le juge n'a pas la maîtrise, c'est-à-dire à mettre les faits bruts à sa portée, sans pour autant leur ôter ou leur ajouter quoi que ce soit. Elle serait parfaitement neutre et objective, en un mot « aseptisée »⁵⁸⁹. Or, cette vision de la mission de l'expert ne pourrait être plus éloignée de la réalité. En premier lieu, il faut rappeler que s'il travaille effectivement dans le champ factuel, l'expert ne traite pas de n'importe quels faits mais exclusivement de faits juridiques, c'est-à-dire

spéciaux de s'adjoindre l'assistance d'un groupe d'experts techniques « *en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique nécessitant un examen détaillé par des experts* ». Cette règle de répartition apparaît encore expressément dans un nombre non négligeable de compromis d'arbitrage, notamment celui conclu entre le Guatemala et le Honduras le 16 juillet 1930 en vue de la délimitation de leurs frontières communes (Compromis Guatemala – Honduras du 16 juillet 1930, article 13, *Honduras borders Case*, *RSA*, vol. II, p. 1312), la convention Éthiopie – Royaume-Uni dans l'affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch (Compromis du 13 septembre 1927, article 6, *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, *RSA*, vol. II, p. 823), ou les règles de procédure de la Commission Japon – Pays-Bas sur la propriété (Rules of procedure of the Netherlands – Japanese Property Commission adopted on 3 juillet 1959, article 15, *RSA*, vol. XIV, p. 505) et de la Commission américano-japonaise sur la propriété (Rules of Procedure of the United States – Japanese Property Commission adopted on 31 mars 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 469).

La jurisprudence internationale a quant à elle rappelé cette *summa divisio* entre le fait et le droit – et partant entre les compétences de l'expert et du juge – dans plusieurs affaires, telles l'affaire du *Lotus* (CPJI, France c. Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 31), l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (CIJ, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, pp. 24-25), l'affaire du *Rhin de fer* (Belgique/Pays-Bas, sentence du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 120), ou encore l'affaire *IVEM*, dans laquelle la Commission de conciliation franco-italienne a estimé : « *il est vrai que le droit, comme norme, et son interprétation ne peuvent faire l'objet d'une expertise* » (décision n°183 du 7 mars 1955, *RSA*, vol. XIII, p. 369). Pareillement, dans l'affaire *Australie – Pommes*, l'Organe d'appel a censuré la décision rendue par le Groupe spécial au motif que « *[l]es experts peuvent aider un groupe spécial à évaluer le niveau de risque associé à des mesures SPS [...] mais la question de savoir si le niveau de risque [...] permet ou non d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par un Membre est une question de qualification juridique [...] Répondre à cette question n'est pas une tâche qui peut être déléguée à des experts scientifiques* » (ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport de l'Organe d'appel, pp. 155-156, §384). Le Tribunal des réclamations Iran – États-Unis a quant à lui affirmé, dans l'affaire de la *Starrett Housing Corporation*, que « *[n]o matter how well qualified an expert may be [...] it is fundamental that an arbitral tribunal cannot delegate to him the duty of deciding the case* » (Tribunal Iran – États-Unis, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems Inc. & Starrett Housing International c. Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat and Bank Markazi*, arrêt au fond du 14 août 1987, Iran-US CTR, vol. 16, p. 197). Voy. encore dans le même sens l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, dans laquelle une question posée à un témoin-expert de l'Afrique du Sud, M. Manning, fut écartée par le Président de la Cour, M. Percy Spender, car elle portait sur une question juridique qu'il revenait à la Cour de trancher (CIJ, *Affaire du Sud Ouest Africain*, Éthiopie c. Afrique du Sud et Liberia c. Afrique du Sud, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1966, vol. XI, p. 636).

A contrario, pour un exemple où les experts étaient juristes et ont témoigné sur un point de droit, l'on renverra à l'*Affaire concernant des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles*, Allemagne/Grèce, sentence du 26 janvier 1972, *RSA*, vol. XIX, pp. 27-64.

⁵⁸⁸ Pour des développements plus généraux sur cette question classique en droit, cf. notamment PERELMAN (Ch.) (dir.), *Le fait et le droit. Études de logique juridique – Volume I*, Bruxelles : Bruylant, 1961, 278 p. ; MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, thèse de doctorat, Université de Toulouse, Paris : Sirey, 1929, 396 p.

⁵⁸⁹ Dans ce sens, cf. GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t.1, Paris : Sirey, 1914, p. 97 et s. ou encore MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris : Dalloz, 1948, 183 p. Olivier Leclerc a d'ailleurs remarquablement explicité la position de ces auteurs sur ce point dans son ouvrage précité : *op. cit. Le juge et l'expert...* (pp. 78-91).

selon Pescatore de « *tous les faits auxquels sont rattachés des effets de droit* »⁵⁹⁰. Son intervention ne porte en effet jamais sur l'ensemble des faits du cas mais seulement sur ceux susceptibles d'être subsumés sous les hypothèses légales visées dans la règle de droit pertinente. Comme l'explique fort justement François Rigaux, « *[l]e fait auquel se réfère le juriste n'est pas le fait brut existant en dehors de toute description juridique. Afin d'être couverte par une norme, une situation de vie doit contenir des facteurs spécifiques qui ne peuvent être désignés que par un concept juridique* »⁵⁹¹. Qu'il soit au service du juge ou des parties, l'expert n'accomplit donc pas sa mission dans un champ purement factuel : au travers du mandat précis qui lui est confié, les faits qu'il décrit et qu'il analyse sont en principe d'ores et déjà « saisis » par le droit.

Par suite, il paraît difficile d'imaginer que son intervention puisse être sans effet sur la mise en œuvre par le juge de la règle de droit. À l'occasion de son rapport, l'expert est par exemple amené à constater et à décrire les faits qui lui paraissent pertinents en vue de répondre à la question qui lui est soumise. Pour simple qu'elle puisse paraître, cette opération n'en présuppose pas moins un tri, une sélection *a priori* par l'expert des faits qu'il juge opportun de prendre en compte dans son rapport. Certains faits, particulièrement pertinents à ses yeux dans le cadre de l'analyse qui lui est demandée par le juge ou les parties, seront ainsi mis en avant tandis que d'autres se verront au contraire minimisés ou même occultés. Décrivant cette réalité de l'opération d'expertise, Laurence Dumoulin affirme que :

« [l]'expert recense et répertorie des désordres qui, du fait qu'ils sont inventoriés, entrent dans l'espace judiciaire et deviennent une réalité prise en compte dans le jugement. Mais par un effet de miroir, les faits qui ne sont pas retenus par l'expert sont écartés, gommés, oubliés. Ce qu'il n'a pas vu n'existe pas ; ce qu'il n'a pas jugé pertinent de prendre en compte perd toute consistance et toute existence [...] Au total, sa

⁵⁹⁰ PESCATORE (P.), *Introduction à la science du droit*, Bruxelles/Luxembourg : Bruylant/Université du Luxembourg, 2^{ème} réimpression de l'ouvrage de 1960 (2010), p. 134. Dans le même sens, le dictionnaire Cornu définit le fait juridique comme un « *fait quelconque [...] auquel la loi attache une conséquence juridique [...]* » (CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2016, 11^{ème} éd.) tandis que Serge Guinchard estime dans son *Lexique des termes juridiques*, qu'il s'agit de « *tout événement susceptible de produire des effets de droit* » (GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Paris : Dalloz, 2013, 21^{ème} éd.). Alf Ross le désigne quant à lui comme un « *operative fact* » (ROSS (A.), *On Law and Justice*, Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange Ltd, 1959, rééd. 2004, p. 214 et s.)

⁵⁹¹ RIGAUX (F.), « The concept of Fact in Legal Science », in NERHOT (P.) (dir.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 48. Et l'auteur de conclure : « *[l]e fait est inséparable de la description juridique qui lui est consubstantielle. Par suite, la distinction entre fait et droit doit être considérée comme artificielle* » (p. 46). Pour un point de vue comparable, cf. KELSEN (H.), « Recognition in international law », *AJIL*, 1941, vol. 31, pp. 605-617 ; PETEV (V.), « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles : Bruylant, 1995, pp. 51-59.

parole est bien une parole instituante qui a le pouvoir de constituer la réalité sur laquelle le tribunal travaille »⁵⁹².

Par la sélection des faits qu'il opère à l'occasion de son rapport, l'expert est donc susceptible d'influencer de manière non négligeable la sélection par le juge des faits pertinents du cas et *in fine*, des règles de droit applicables au litige.

Pareillement, l'expertise implique une interprétation et une analyse par l'expert des faits sélectionnés pour figurer dans son rapport. Cette opération, qui repose sur une mise en abyme du cas d'espèce au regard des connaissances théoriques et de l'expérience acquise à titre personnel par l'expert, ne s'annonce guère plus neutre que l'opération susmentionnée de sélection des faits. Si soucieux d'éthique qu'il soit, l'expert ne saurait en effet proposer autre chose qu'une lecture par nature subjective des problématiques factuelles du litige. Cela est encore plus vrai lorsqu'il est appelé à fournir un avis sur une question marquée par une forte incertitude scientifique. Pourtant, la lecture que l'expert opère des problématiques factuelles, la compréhension qu'il en a et l'interprétation spécifique qu'il en donne sont autant d'éléments susceptibles d'influer de manière décisive sur l'opération de qualification juridique des faits menée par le juge. Comme le souligne Jean Salmon,

« l'organe opérant l'application du droit choisit le fait, en détermine la pertinence, le construit, le considère ou non comme prouvé dans un climat de très grande liberté ; c'est lui qui va classifier ce fait dans un cadre juridique de son choix, interprétant au passage s'il échet la norme juridique choisie ou repoussée »⁵⁹³.

Or, par la façon qu'il aura d'interpréter les faits, de les mettre en corrélation, l'expert est à même de convaincre le juge du sens qu'il convient de leur donner et ultimement, de leur pertinence ou au contraire de leur absence d'intérêt en vue du règlement du différend. Ce faisant, il prend part à n'en pas douter à la construction de la vérité judiciaire et à la détermination des règles de droit applicables au cas.

Au-delà de ces considérations, qui mettent déjà en lumière l'absence de cloisonnement hermétique entre le droit et le fait et partant, entre la compétence du juge et celle de l'expert, il faut

⁵⁹² DUMOULIN (L.), « L'expert technicien, témoin ou acteur de justice ? », *in Juger en Europe*, Actes des Journées Européennes du Droit, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2006. Dans le même sens, Jean-Yves Mézerette relève que « l'expert, débiteur du fait, l'est singulièrement puisqu'il l'est fortement du fait qu'il fait. Du fait jusqu'à lui incompris, inaperçu, insoupçonné, disons même inexistant et auquel il donne le statut de fait en le considérant afin que la Justice puisse se prononcer » (MEZERETTE (J.-Y.), « Du Fait de Droit au Droit de Fait. Réflexions sur le fait, le droit et le "faitalisme" », *Revue Experts*, 2001, n°50, p. 4).

⁵⁹³ SALMON (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982-II, vol. 175, p. 385.

encore remarquer que la règle de droit implique parfois expressément des appréciations d'ordre factuel, invitant par là même ouvertement l'expert dans le champ juridique. Caroline Foster a illustré ces intrications explicites entre droit et fait en renvoyant aux situations – relativement topiques et désormais de plus en plus fréquentes – dans lesquelles la norme internationale vient encadrer l'incertitude scientifique :

« disputes involving scientific uncertainties are often governed by legal provisions involving mixed questions of fact and law. These mixed questions of fact and law include tests governing how states should act in situations of incomplete scientific knowledge, for example by requiring them to act only in ways that are reasonable, necessary or appropriate, or to co-operate appropriately with one another »⁵⁹⁴.

Les juges Simma et Al-Khasawneh ont d'ailleurs confirmé les difficultés résultant pour les tribunaux de l'application de ces normes mêlant droit et appréciations d'ordre factuel :

« [c]ertainly experts will be drawn into questions of legal interpretation through their involvement in the application of legal terms. The conclusions of scientific experts might be indispensable in distilling the essence of what legal concepts such as "significance" of damage, "sufficiency", "reasonable threshold" or "necessity" come to mean in a given case »⁵⁹⁵.

Ainsi, la réalité de l'opération de qualification juridique des faits rend peu crédible la règle susmentionnée de répartition des compétences entre le juge et l'expert qui, par trop manichéenne sans doute, entendait limiter strictement l'intervention de ce dernier au domaine des faits.

98. Outre ces difficultés liées à la porosité de la distinction entre le droit et le fait, une seconde problématique doit encore être évoquée qui n'est pas sans influencer lourdement sur le risque de délégation par le juge de sa compétence à l'expert. Celle-ci réside dans le problème déjà évoqué plus tôt de la compétence épistémologique du juge⁵⁹⁶. En effet, la stricte délimitation des compétences du juge et de l'expert – et son corollaire consistant dans l'interdiction faite au premier de déléguer sa fonction de juger au second – repose sur un paradoxe qui n'aura sans doute pas échappé aux États : l'expertise ne se justifiant en principe qu'à l'égard des aspects factuels, scientifiques ou techniques du différend que le juge ne maîtrise pas, comment ce dernier serait-il en mesure par suite d'apprécier

⁵⁹⁴ FOSTER (C. E.), *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals*, New York : Cambridge University Press, 2011, p. 138.

⁵⁹⁵ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, op. diss. commune Simma et Al-Khasawneh sous arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, pp. 116-117 (§17).

⁵⁹⁶ *Supra*, §47 et 60.

rationnellement la valeur du rapport qui lui est présenté par l'expert ? Cette contradiction inhérente à la nature même de l'expertise a été mise en lumière de longue date par la doctrine et les praticiens anglo-saxons. Bien que ceux-ci se soient essentiellement interrogés sur la question de la compétence épistémologique du juge en relation avec les problématiques de partialité de l'expert⁵⁹⁷, leurs réflexions n'en demeurent pas moins valables dans le cadre plus général de l'appréciation par le juge de la valeur probante des expertises qui lui sont soumises. S'il faut admettre que le juge ne dispose pas des connaissances et/ou des compétences de fond nécessaires à cette appréciation, comment serait-il en mesure de rejeter comme insuffisamment probantes, y compris en dehors des situations spécifiques où elles seraient affectées d'un parti pris, les conclusions de l'expert ? Et de fait, comment le recours à l'expertise pourrait-il ne pas se traduire par un risque élevé de déférence du juge envers l'expert sur les questions soumises à l'expertise ? Les illustrations ne manquent pas dans la jurisprudence internationale de l'embarras suscité par les limitations auxquelles le juge se trouve inévitablement confronté d'un point de vue épistémologique dans l'appréciation qu'il porte sur le rapport d'expertise. Ainsi, la Commission de conciliation franco-italienne a-t-elle reconnu dans *l'Affaire des héritiers du Duc de Guise*

qu' « [i] est certain que l'avis de l'expert ne lie pas la Commission, qui doit se prononcer selon sa propre conviction. Mais s'agissant de faits et d'appréciations techniques, la Commission n'a pas de raison de ne pas faire siennes les conclusions de l'expertise, à moins que l'argumentation de l'expert ne soit en contradiction avec les faits tels qu'ils résultent du dossier, avec des dispositions légales ou les règles de la logique »⁵⁹⁸.

La même commission a encore estimé, dans l'affaire *IVEM*, que :

« [s]’agissant de recherches et d’évaluations qui présupposent des connaissances techniques qui manquent aux membres de la Commission de conciliation, celle-ci n’a aucune raison de ne pas faire siennes les conclusions de l’expertise [...] L’expertise n’est qu’un moyen de conviction du juge ; cependant ce dernier, ignorant des faits qu’il

⁵⁹⁷ Voy. à cet égard MNOOKIN (J. L.), « Expert evidence, partisanship and epistemic competence », *Brooklyn L. Rev.*, 2008, vol. 73, n°3, pp. 1009-1033 ; MNOOKIN (J. L.), « Idealizing science and demonizing experts : An intellectual history of expert evidence », *Villanova L. Rev.*, 2007, vol. 52, n°101, pp. 763-801 ; BURK (D. L.), « When scientists act like lawyers : The problem of adversary science », *Jurimetrics Journal*, 1993, vol. 33, n°3, pp. 363-376 ; HUBER (P. W.), « Junk science in the courtroom », *Valp. Univ. L. Rev.*, 1992, vol. 26, n°3, pp. 723-755 ; BERNSTEIN (D. E.), « Expert witnesses, adversarial bias and the (partial) failure of the Daubert revolution », *Iowa L. Rev.*, 2008, vol. 93, pp. 451-489.

⁵⁹⁸ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43, RSA, vol. XIII, p. 168.

*pourrait connaître mais qu'effectivement il ignore, ne peut s'en assurer qu'à travers la connaissance de l'expert »*⁵⁹⁹.

De la même manière, abordant la question de l'appréciation de la force probante des expertises qui lui avaient été soumises, le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* semble largement démuné. Tout en rappelant qu'il n'est aucunement composé de scientifiques, il affirme avoir « *suivi la majorité des experts exprimant des vues concordantes* » lorsque c'était possible ou, à défaut, avoir accepté la ou les positions qui semblaient « *les plus spécifiques* »⁶⁰⁰.

99. À l'aune de ces réflexions, la distinction susmentionnée entre le domaine d'intervention de l'expert et celui du juge, claire en apparence, semble au mieux manquer de pragmatisme et au pire, relever essentiellement de la chimère. Si les exemples avérés de délégation par le juge de son pouvoir à l'expert demeurent relativement rares, le risque à cet égard n'en est pas moins réel. Ainsi, plusieurs auteurs ont-ils pointé du doigt la propension croissante de la CIJ à se reposer très largement – mais sans que cela soit nécessairement justifié – sur le travail de recherche et d'établissement des faits effectués par les organisations internationales, et notamment par les diverses commissions d'enquête mises en place sous l'égide ou avec le concours des Nations Unies⁶⁰¹. Simone Halink relève par exemple que dans l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*, la Cour a accordé un poids déterminant au rapport de la Commission Porter alors même que celui-ci se fondait essentiellement sur des faisceaux d'indices et des preuves secondaires qui n'avaient à aucun moment été commentés par les parties ni d'une autre manière été soumis au principe de la contradiction. Soulignant le manque d'indépendance de la Cour et la faiblesse de son évaluation dudit rapport, l'auteur en conclut que de fait « *this results in a delegation of the Court's fact-assessment task to the UN* »⁶⁰². De même, s'élevant contre la tendance de la Commission de conciliation franco-italienne à

⁵⁹⁹ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire IVEM*, décision n°183 du 7 mars 1955, *RSA*, vol. XIII, p. 369.

⁶⁰⁰ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, pp. 249-250. Il est à noter que l'Organe d'appel a lui-même relevé, dans sa décision rendue dans la même affaire, le caractère peu satisfaisant de la méthodologie suivie par le Groupe spécial sur ce point (rapport de l'Organe d'appel, pp. 296-297). Pour des exemples similaires dans lesquels le juge semble s'être fondé sur l'opinion dominante et/ou sur des éléments purement formels pour déterminer la force probante des expertises, cf. notamment Commission de conciliation France – Italie, *Différend Joseph Ousset*, décision n°170 du 5 juillet 1954, *RSA*, vol. XIII, pp. 268-269 ; Commission de conciliation France – Italie, *Différend biens italiens en Tunisie*, décision n°252 du 4 novembre 1959, *RSA*, vol. XIII, pp. 471-472 ; Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Prisonniers de guerre – réclamation de l'Érythrée n°17, sentence partielle du 1^{er} juillet 2003, *RSA*, vol. XXVI, p. 42.

⁶⁰¹ JOYCE (D.), « Fact-finding and evidence at the ICJ : systemic crisis, change or more of the same ? », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2007, vol. 18, pp. 283-306 ; HALINK (S.), « All things considered : How the International Court of Justice delegated its fact assessment to the United Nations in the *Armed Activities Case* », *NY Univ. J. Int'l Law & Pol.*, 2008, vol. 40, numéro spécial, pp. 13-52.

⁶⁰² *Ibid*, p. 26.

déléguer sa fonction de juger aux experts, l'arbitre italien estima, dans son opinion dissidente rendue en l'affaire des *Biens italiens en Tunisie* que :

*« l'affirmation péremptoire et non-motivée que les experts ont pu voir les comptes rendus établis par l'Administration séquestrataire, et qu'ils ont pu se convaincre d'une administration normale de 1943 à 1949 ne me paraît pas suffisante. Je retiens fermement qu'ils auraient dû fournir au Collège arbitral les éléments spécifiques qui lui auraient permis, à son tour, à travers sa propre conviction, de retenir comme exactes lesdites affirmations »*⁶⁰³.

Pareillement, l'on ne saurait manquer de s'interroger lorsqu'à l'occasion de l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, le Groupe spécial fait état des « *preuves évaluées par les experts* » après avoir chargé ces derniers de dire si « *à leur avis en tant qu'experts, il y avait un lien objectif ou rationnel entre d'une part, la prescription relative aux essais par variété imposée par le Japon [...] et d'autre part, l'une quelconques des preuves présentées par les parties [...]* »⁶⁰⁴, ce qui était précisément la question à laquelle il devait répondre. L'on remarquera d'ailleurs qu'un comportement similaire du Groupe spécial dans l'affaire *Australie – Pommes* a été expressément dénoncé et sanctionné par l'Organe d'appel. Notant à l'occasion de son rapport que le Groupe spécial avait demandé aux experts de dire si la restriction aux importations de pommes imposée par l'Australie pouvait permettre d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par cet État, l'Organe d'appel affirme avoir

*« certaines réserves au sujet de cette action du Groupe spécial, étant donné que c'était là la question ultime à laquelle le Groupe spécial était chargé de répondre [...] Les experts peuvent aider un Groupe spécial à évaluer le niveau de risque associé à des mesures SPS [...] mais la question de savoir si le niveau de risque que permet d'obtenir une mesure [...] permet ou non d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par un Membre est une question de qualification juridique, dont la réponse déterminera la compatibilité ou l'incompatibilité de la mesure d'un Membre avec ses obligations dans le cadre de l'article 5§6 [de l'Accord SPS]. Répondre à cette question n'est pas une tâche qui peut être déléguée à des experts scientifiques »*⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Commission de conciliation France – Italie, *Différend biens italiens en Tunisie*, décision n°252 du 4 novembre 1959, *RSA*, vol. XIII, p. 474.

⁶⁰⁴ ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 127.

⁶⁰⁵ ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport de l'Organe d'appel, §384, pp. 155-156.

Ainsi donc, le risque de voir le juge déléguer son office à l'expert ne relève pas de la paranoïa ; loin de demeurer une hypothèse d'école, il constitue un danger réel dans le cadre du recours à l'expertise.

100. Les États, n'ignorant pas cet état de fait, en conçoivent dès lors des craintes pour la préservation de leur souveraineté et au-delà de leurs intérêts car, si comme souligné plus tôt, ils peuvent nourrir une certaine méfiance à l'égard d'un juge international doté de pouvoirs puissants, l'éventualité d'une délégation même partielle par celui-ci de sa fonction de juger à l'expert – acteur ponctuel (bien que potentiellement récurrent) de l'instance internationale, ne possédant le plus souvent pas de compétence juridique particulière, peu sensibilisé aux enjeux de souveraineté et perçu à tort ou à raison comme aisément influençable – ne saurait de toute évidence les rassurer. Cela est d'autant plus vrai que, du fait de la complexification croissante des différends internationaux et de leur caractère de plus en plus technique, le recours à l'expert est – à supposer qu'il ne le soit pas déjà – en passe de devenir incontournable dans le cadre de l'instance internationale. Les États manifestent d'ailleurs ouvertement et de plus en plus souvent les craintes que leur inspire la perspective d'une délégation par le juge de son pouvoir à l'expert. Ainsi, dans l'affaire *CE – Hormones*, les Communautés européennes ont insisté avec vigueur sur les limites du rôle des experts consultés par le Groupe spécial, estimant notamment que :

« les questions que le Groupe spécial avait l'intention de [leur] poser [...] ne devaient pas porter sur des points juridiques ni sur des points d'interprétation de l'un des accords de l'OMC examinés, étant donné que le Groupe spécial avait seul la responsabilité d'interpréter les dispositions juridiques invoquées par les parties et de les appliquer aux faits [...] »⁶⁰⁶.

Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, les États-Unis ont eux aussi tenu à rappeler

qu'« il est évident qu'un Groupe spécial ne peut pas déléguer à des experts la tâche primordiale qui lui incombe d'interpréter l'accord [...] en cause dans un différend. Les experts peuvent donner des avis uniquement sur les points de fait, non sur les points de

⁶⁰⁶ ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, §6.4. Dans le même sens, les Communautés européennes ont encore affirmé, dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), qu'il « ressort implicitement de la fonction d'aide des avis d'experts que le pouvoir de faire des constatations juridiques, en tant que telles, demeure une prérogative du Groupe spécial [...] Les experts permettent aux groupes spéciaux de bien comprendre les faits scientifiques et techniques d'une cause. Par contre, les avis d'experts ne déchargent pas le Groupe spécial de la tâche qui lui incombe de procéder à une évaluation juridique indépendante de ces faits » (rapport du Groupe spécial, p. 211, §4.1009).

droit ni sur l'application aux faits en cause des normes juridiques définies dans l'accord [...] »⁶⁰⁷.

De la même manière, dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy* qui l'opposait à l'Argentine, le Chili a clairement manifesté ses inquiétudes à la suite de la sentence rendue par le tribunal arbitral en 1994. Craignant que celui-ci n'ait à cette occasion délégué son pouvoir de juger à l'expert géographe qu'il avait nommé, le Chili a estimé nécessaire d'introduire une demande en révision et, subsidiairement, en interprétation de la sentence en cause. Aux termes de la demande en interprétation notamment, le Chili

« requests the Court to explain, in the event that it decides that the expert should determine on the ground itself the “natural feature” which constitutes the frontier, how this assignment is compatible with the duty of the Court to “determine the line of the frontier between boundary post 62 and Mount Fitzroy”, a duty which, according to the legal precedents, cannot be delegated »⁶⁰⁸.

S'il semble, indépendamment de la réponse du tribunal sur ce point – qui aurait sans doute pu être plus convaincante⁶⁰⁹ – que les inquiétudes du Chili étaient globalement excessives, cet exemple illustre bien la crainte des États de voir le juge (ou en l'espèce l'arbitre) déléguer son office à l'expert. L'on ne s'étonnera donc pas véritablement du fait que la Pologne ait quant à elle défendu l'idée, dans l'*Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, qu'il existerait en pareil cas un véritable dualisme de juridiction, les questions juridiques relevant d'un arbitre-juriste tandis que les questions factuelles et techniques devraient être soumises à un arbitre-expert⁶¹⁰.

101. Ce malaise des États à l'égard de l'expertise, qui ne saurait de toute évidence être apaisé par la place croissante accordée à l'expert et plus largement aux problématiques scientifiques et techniques dans le contentieux international, ne va pas sans emporter un certain nombre de conséquences fâcheuses, dont la première (mais non l'unique) a trait à la question de la légitimité du juge. Les États étant manifestement conscients du caractère très éthéré de la délimitation des compétences du juge et de l'expert, ainsi que du risque réel qui en découle de voir le premier

⁶⁰⁷ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, §5.396. Les États-Unis ont encore renouvelé leurs inquiétudes sur ce point à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* (rapport du Groupe spécial, p. 171, §7.57).

⁶⁰⁸ *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy*, Argentine/Chili, sentence du 13 octobre 1995 en révision et en interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 155.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 162 (§40 notamment).

⁶¹⁰ *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie*, France c. Pologne, sentence du 30 novembre 1929, *RSA*, vol. III, pp. 1676-1677.

déléguer son office au second, la confiance qu'ils placent dans le juge ne peut manquer d'en être ébranlée. Cela est d'autant plus vrai que, du fait des limitations auxquelles il est nécessairement confronté d'un point de vue épistémologique, le juge peut ne pas être toujours pleinement conscient qu'une telle délégation est en train de s'opérer. Dans ces conditions, et considérant le peu de contrôle dont ils disposent eux-mêmes pour parer à ce danger, les États semblent éprouver des difficultés à considérer le recours au juge comme une alternative sûre et fiable en vue de régler les différends – de plus en plus complexes et techniques – qui les opposent. Si l'expertise s'illustre donc à certains égards comme un vecteur de légitimité pour le juge, il apparaît qu'elle pourrait contribuer dans le même temps à la délégitimation de ce dernier : en induisant une possible remise en cause de la règle de répartition entre les compétences du juge et de l'expert, elle porte indubitablement atteinte à la légitimité légale du juge ; et parce qu'elle aboutit ce faisant à la méconnaissance de la souveraineté des États, elle ne confère pas plus de légitimité au juge du point de vue sociologique ou performatif. L'on ne peut en effet guère douter de ce que les attentes des États à l'égard du juge seront difficilement comblées dans ces circonstances et que, craignant pour leur souveraineté, ces derniers ne tarderont pas à manifester leur réticence – voire leur défiance – à l'égard du juge et de ses décisions. Au-delà de cette hypothèse de délégation par le juge de son office à l'expert, il existe cependant encore un second type de dérive résultant du recours à l'expert et susceptible de porter atteinte à la légitimité du juge : il s'agit des cas de dépassement par le juge, du fait de l'expertise, des limites de la compétence qui lui a été attribuée.

§2 - Le dépassement par le juge international de sa compétence du fait de l'expertise

102. Si la délégation par le tribunal de sa fonction juridictionnelle à l'expert constitue sans aucun doute le risque le plus courant et le plus redouté par les États comme par le juge lui-même, une seconde hypothèse doit être envisagée qui paraît tout aussi dommageable pour la légitimité du juge. Il s'agit du cas dans lequel ce dernier est amené, au travers de l'expertise, à dépasser le strict cadre de la compétence qui lui a été attribuée, que ce soit par les États directement dans le cadre d'un compromis ou même par les textes constitutifs qui régissent plus globalement le fonctionnement du tribunal lorsque celui-ci est permanent. Loin d'apparaître comme une surprise, cette hypothèse s'avère en réalité assez logique au regard des prérogatives importantes que l'expertise confère au juge international. Comme l'ont illustré les développements du titre précédent, celle-ci s'analyse en effet prioritairement devant les fors internationaux comme un dispositif au service du juge qui, parce qu'il lui permet d'enquêter, de s'informer au-delà et indépendamment des éléments soumis par les

parties, lui assure théoriquement une vraie liberté et un grand pouvoir sur le déroulement de l'instance. Par conséquent, l'expertise se veut bien souvent un symbole de la puissance du juge international : elle traduit – au moins en théorie – son indépendance à l'égard des États et, plus largement, sa prééminence dans l'équilibre des forces qui modèle l'instance internationale. Il n'apparaît dès lors guère surprenant que les États redoutent les éventuelles dérives qu'elle pourrait induire de la part du juge : en exaltant le pouvoir et la liberté dont il dispose dans le cadre de son office, ils peuvent craindre qu'elle ne conduise celui-ci à excéder les limites du mandat qui lui a été conféré. Cette hypothèse qui, au travers de la mise en œuvre de l'expertise ou de l'utilisation des informations fournies par l'expert, aboutit à la méconnaissance par le juge de la volonté des États, constitue donc indubitablement une source d'inquiétude pour ces derniers d'autant que, comme cela a déjà été souligné, ils se montrent naturellement très méfiants à l'égard de l'expertise⁶¹¹.

103. Bien qu'elle soit jusqu'à présent demeurée une crainte de nature essentiellement abstraite, cette hypothèse apparaît aujourd'hui de plus en plus tangible. La principale raison susceptible d'expliquer cet état de fait tient sans doute à l'évolution sensible de la « physionomie » des différends internationaux au cours des dernières décennies. Si le droit constitue traditionnellement un outil de régulation du vivre ensemble, voué à encadrer les interactions entre les individus – ou en l'espèce, entre les États – et leurs activités, il tend désormais à devenir un outil de prévention visant à anticiper, à rationaliser et, autant que faire se peut, à parer aux risques divers et variés auxquels chacun se trouve exposé. De fait, le droit n'est plus seulement fondé à régler des phénomènes connus et existants ; de plus en plus souvent au contraire, il s'agit d'encadrer non plus tant ce qui est que ce qui pourrait être et la notion de risque se veut dès lors presque inévitablement élevée au rang de « mantra du droit ». Le droit international n'échappe pas à cette évolution : d'un droit réaliste, pragmatique même, voué à résoudre les oppositions et à surmonter les obstacles concrets à la coexistence pacifique entre entités souveraines, il s'illustre aujourd'hui régulièrement comme un droit prospectif visant à anticiper et à encadrer sur une large échelle les risques globaux dont la réalisation éventuelle pourrait induire des conséquences au-delà des frontières d'un seul et même État. L'on règle ainsi désormais couramment les risques liés aux émissions de gaz à effet de serre, au recours à certaines techniques nouvelles et controversées, à l'emploi de substances chimiques ou organiques et, plus largement, aux activités de toutes sortes susceptibles d'induire des

⁶¹¹ *Supra*, §51 et s.

changements climatiques d'envergure⁶¹² ou de porter atteinte à la santé humaine et à la biodiversité⁶¹³.

104. Cette évolution de la finalité de la règle de droit emporte par suite des conséquences concrètes sur la physionomie du contentieux international. Le risque impliquant invariablement l'incertitude⁶¹⁴, l'encadrement du risque par la règle de droit se traduit *de facto* presque inévitablement par des obligations restreintes ou atténuées à destination des États. Sauf à élaborer la règle sur une base purement arbitraire, il paraît en effet délicat d'imposer à ces derniers des obligations précises et étendues dès lors que l'on ignore le plus souvent dans quelles conditions ou selon quelles modalités précises le risque se réalisera, ni même quelle sera l'ampleur exacte des conséquences qui en découleront. Étant naturellement portés à la protection de leur souveraineté, les États semblent bien souvent réticents à accepter des obligations exigeantes en vue de la réglementation de phénomènes existants, dont les causes, les modalités et les effets sont d'ores et déjà identifiés ; *a fortiori* peut-on donc craindre qu'ils ne soient pas prêts à se lier par des obligations lourdes dans des domaines marqués par le doute et l'incertitude scientifique.

Outre la prolifération des instruments de *soft law*⁶¹⁵, dont la logique peu ou pas contraignante apparaît donc particulièrement appropriée à l'encadrement de ces situations⁶¹⁶, l'on notera avec

⁶¹² Cf. notamment Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (UNTS 1513, p. 293) ; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 (UNTS 1771, p. 107) ; Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification du 14 octobre 1994 (UNTS 1954, p. 3) ; Protocole de Kyoto adopté le 11 décembre 1997 (UNTS 2303, p. 148).

⁶¹³ On citera bien sûr à titre général la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore menacées d'extinction (CITES) de 1973 (UNTS 993, p. 272) mais aussi la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 (UNTS 1760, p. 79) et son protocole additionnel adopté en 2000, le Protocole de Carthagène sur la biosécurité (UNTS 2226, p. 208). Pour quelques illustrations de conventions dont le champ d'application est plus restreint et plus spécifique, voy. par exemple la Convention de Ramsar de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale (UNTS 996, p. 246), la Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices de 1979 (UNTS 1651, p. 333) ou encore la Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique de 1980 (UNTS 1329, p. 48).

⁶¹⁴ Le terme « incertitude » est ici employé dans le sens d'une « absence de certitudes » et non dans le sens où l'entendent par exemple les économistes Keynes et Knight. Dans le cadre de leurs travaux respectifs (voir KEYNES (J. M.), *A treatise on probability*, New York : MacMillan & Co., 1921, 466 p. et KNIGHT (F.), *Risk, uncertainty and profit*, Boston & New York : Houghton Mifflin, 1921, 381 p.), ces deux auteurs ont en effet distingué les notions de risque et d'incertitude, estimant que si la première implique un aléa probabilisable, la seconde renvoie en revanche à des situations qui échappent à toute prédictibilité statistique. Ainsi donc, à leurs yeux, le risque est calculable alors que l'incertitude se définit par nature comme une notion non mesurable.

⁶¹⁵ Le terme, apparu en droit international dans les années 70, est au centre d'anciens et néanmoins incessants débats doctrinaux. Le sens précis et la portée qu'il convient de lui reconnaître semblent en effet assez vagues et fluctuants : si certains auteurs y voient une règle pleinement normative mais dont le caractère contraignant est limité d'un point de vue matériel (P. Weil), d'autres considèrent la *soft law* comme une sorte de « pré-droit » qui, sans s'apparenter à un acte normatif sur le plan formel, participe à la naissance d'une nouvelle norme ; en ce sens, la *soft law* disposerait d'une « force obligatoire potentielle de fait » (R. Ida ; dans le même sens, R.J. Dupuy, M. Virally, G. Abi-Saab...). Sans détailler plus avant cette controverse doctrinale de longue date, le terme sera ici employé pour désigner les instruments mis au point par les États et dont le caractère contraignant apparaît très limité voire inexistant. Pour une vision plus approfondie de la controverse autour de l'expression de « *soft law* », cf. ABI-SAAB (G.), « Éloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, pp. 59-68 ; DUPUY (R. J.), « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la *soft law* », in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de la SFDI, Paris : Pedone, 1975, pp. 132-148 ; IDA (R.), « Formation des normes internationales dans un monde en mutation.

intérêt que même lorsque des normes contraignantes sont effectivement adoptées afin d'encadrer l'incertitude au plan international, leur champ d'application et leur contenu limités trahissent une ambition très mesurée. Ces normes, qui sont généralement caractérisées par leur généralité – voire leur imprécision – et par leur grande souplesse, garantissent au surplus une marge d'appréciation non négligeable aux États dans l'interprétation et la mise en œuvre de leurs obligations. Ainsi, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques prévoit-elle, au titre du seul engagement substantiel pris par les États pour enrayer la hausse des températures provoquée par l'accumulation des gaz à effet de serre, l'obligation d'adopter « *des politiques nationales [...] et les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques en limitant ses émissions anthropiques de gaz à effet de serre* »⁶¹⁷. Cette obligation, dont la généralité n'est remise en cause que par l'objectif idéalement affiché d'un retour pour l'an 2000 aux niveaux d'émissions de 1990, ne s'adressait d'ailleurs, en vertu de l'article 4 §2 de la convention, qu'aux pays développés. Tout comme l'ensemble des États parties à la convention, ces derniers pouvaient encore tenir compte, dans la mise en œuvre de leurs obligations, de « *la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation* »⁶¹⁸. Comme le souligne en conséquence fort justement Sandrine Maljean-Dubois, « *la formulation [de la convention-cadre] est fort peu contraignante. Alors que les controverses scientifiques sont encore très vives à l'époque, l'objectif ne peut être que modeste [...]* »⁶¹⁹. La même constatation s'impose à la lecture de la Convention sur la lutte contre la désertification de 1994, qui se limite à poser des obligations générales et non quantifiées, tantôt à destination de l'ensemble des États parties, tantôt à destination d'un sous-groupe particulier : qu'il s'agisse d'adopter une approche intégrée du problème, prenant en compte les aspects physiques, biologiques, économiques et sociaux qui entrent en jeu dans la désertification, d'exiger des États

Critique de la notion de *soft law* », in *Mélanges Michel Virally*, Paris : Pedone, 1991, pp. 333-340 ; VIRALLY (M.), « A propos de la *lex ferenda* », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris : Pedone, 1981, p. 519 ; VIRALLY (M.), « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », *Ann. IDI*, vol. 60, n°1, 1983, pp. 224-227 ; WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

⁶¹⁶ Pour quelques exemples – significatifs bien qu'évidemment non exhaustifs – l'on renverra notamment à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement adoptée à Stockholm en 1972, ainsi qu'à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et au programme Action 21, documents adoptés lors du Sommet de la Terre de Rio en 1992.

⁶¹⁷ Article 4 §2 a) de la convention-cadre.

⁶¹⁸ Article 4 §1 de la convention-cadre.

⁶¹⁹ MALJEAN-DUBOIS (S.), « La mise en route du Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques », *AFDI*, 2005, vol. 51, p. 434. Si l'on pouvait attendre du Protocole de Kyoto qu'il affermissemment le régime prévu par la convention-cadre, il semble que, malgré certaines nouveautés (notamment l'institution d'un mécanisme d'échange des droits d'émission de carbone), d'importantes lacunes demeurent qui permettent aux États, y compris aux plus gros émetteurs de gaz à effet de serre de la planète, d'échapper globalement à toute obligation contraignante de réduction de ces émissions (sur ce point, voy. l'article de S. Maljean-Dubois, pp. 441-458).

qu'ils coopèrent sur ces questions par le biais des différents fora existants, qu'ils prennent en compte les difficultés particulières auxquelles sont confrontés les pays en développement touchés par la désertification et qu'ils leur fournissent « *des ressources financières importantes et d'autres formes d'appui* »⁶²⁰ pour les aider à faire face à ce problème, les obligations ainsi posées restent vagues et elles renvoient bien plus à une ligne de conduite globale qu'à des engagements clairs, précis, et réellement contraignants. Cela est également vrai de la Convention sur la diversité biologique adoptée lors du Sommet de la Terre de Rio en 1992 qui, au-delà d'une rédaction en termes là aussi assez généraux, stipule peu ou prou pour chacune des obligations qu'elle contient que celle-ci sera mise en œuvre par les États parties « *dans la mesure du possible* »⁶²¹ et « *en fonction des conditions et moyens qui lui sont propres* »⁶²² ; ou encore de la Convention internationale pour la protection des végétaux de 1997 qui prescrit, dans plusieurs de ses dispositions, que les obligations de chaque État partie seront mises en œuvre en fonction de la situation et des moyens dont il dispose⁶²³. Si la prise en compte jusqu'à un certain point des difficultés et limitations auxquelles certains États parties peuvent se trouver confrontés est inévitable – il paraîtrait en effet non seulement inutile mais même contre-productif de leur imposer des obligations qu'ils ne seraient en tout état de cause pas en mesure de remplir – il n'est nul besoin de préciser que, sous couvert d'interprétation et profitant d'une formulation en termes très généraux, les États peuvent être tentés de se délier ou, à tout le moins, de restreindre fortement l'étendue de leurs obligations au titre de ces conventions.

À côté de cette réticence marquée des États à accepter des obligations véritablement contraignantes dans l'encadrement du risque lui-même, l'incertitude est désormais aussi régulièrement invoquée afin de restreindre certaines de leurs obligations qui, bien que ne relevant pas directement de domaines marqués par le risque, se trouvent à leur périphérie. Ainsi, si les accords de l'OMC postulent un ensemble d'obligations destinées à réduire les obstacles au commerce et à favoriser le libre échange entre les États membres, la prise en compte du risque sanitaire à l'importation peut conduire à relativiser ces obligations. La Convention précitée pour la protection des végétaux affirme par exemple expressément en son article 7 le « *pouvoir souverain [de chaque État partie] de régler [...] l'importation de végétaux, produits végétaux et autres articles réglementés afin d'empêcher l'introduction et/ou la dissémination d'organismes nuisibles réglementés sur leur territoire* ». L'Accord SPS adopté en 1994 dans le cadre des négociations

⁶²⁰ Article 6 b) de la convention.

⁶²¹ Voy. les articles 7 à 11 de la convention.

⁶²² Cf. article 6 de la convention sur les mesures générales en vue de la conservation et de l'utilisation durable.

⁶²³ Il s'agit des articles 4 et 8 de la convention.

commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay est d'ailleurs tout entier consacré aux mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent être mises en place par les Membres de l'OMC pour empêcher, par dérogation à leurs obligations au titre des autres accords de l'OMC, l'entrée sur leur territoire de produits ou d'organismes potentiellement nuisibles à la santé et à la vie humaine, animale ou végétale. Le risque sanitaire justifie en pareil cas l'atténuation voire la dérogation pure et simple par les États aux obligations qu'ils ont contractées en matière de libre échange, et ce, en dépit des restrictions au commerce qui pourront éventuellement en découler.

105. Ainsi que le démontrent ces exemples, quelles que soient les modalités selon lesquelles elle se manifeste, l'incertitude se traduit presque systématiquement, si ce n'est par une absence totale d'obligations, à tout le moins par des obligations restreintes à destination des États. Elle conduit ces derniers à refuser tout engagement trop contraignant dans l'encadrement du risque lui-même et leur permet de bénéficier ponctuellement – mais de plus en plus régulièrement – d'atténuations ou de dispenses quant à la mise en œuvre d'obligations souscrites par eux en dehors même de ces situations particulières. Ce faisant, l'incertitude emporte des conséquences non négligeables sur la physionomie des différends internationaux : l'étendue et le contenu des obligations qui s'imposent aux États étant, dans ces circonstances, limités voire très limités, le champ des différends et le mandat du juge s'en trouvent réduits d'autant. Lorsqu'il est saisi de tels cas, le juge est appelé à se prononcer dans des domaines et sur des questions qui, malgré l'existence apparente de normes, ne répondent pas véritablement à la logique traditionnelle de restriction et d'encadrement de l'action des États par le droit international ; bien au contraire, ces questions sont le plus souvent caractérisées sur le fond par la grande liberté et le pouvoir discrétionnaire dont jouissent ces derniers en la matière. Aussi ce renversement de la logique de la norme⁶²⁴, qui semble *in fine* venir consacrer la liberté des États bien plus qu'elle ne les contraint, est-il susceptible de déstabiliser le juge international dont le mandat se trouve de fait sensiblement restreint. Le rôle du juge étant traditionnellement conçu de manière large et active devant les tribunaux internationaux, celui-ci n'est en effet guère préparé à faire face à des situations dans lesquelles son intervention s'envisage seulement *a minima*. Au surplus, il dispose de pouvoirs étendus qui lui confèrent théoriquement un vrai contrôle sur le déroulement de la procédure et une grande liberté dans l'accomplissement de sa mission. Au nombre de ces pouvoirs se trouve notamment l'expertise qui, par le biais des prérogatives importantes qu'elle lui confère, exalte

⁶²⁴ La logique volontariste qui prévaut classiquement en droit international implique en effet que la liberté des États constitue le principe tandis que les restrictions à cette liberté au travers du consentement de l'État à être lié par telle ou telle norme demeurent l'exception. L'on renverra notamment sur ce point au célèbre *dictum* de la CPJI dans l'affaire du *Lotus* selon lequel « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas » (*Affaire du Lotus*, France c. Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec. Série A*, n°10, p. 18). Si les États sont donc libres par principe, la norme traduit inévitablement la contrainte.

encore, ainsi que souligné au début de ce paragraphe, la liberté et le pouvoir dont jouit le juge dans le cadre de son office. Si les États conçoivent d'ores et déjà des craintes quant au fait que l'expertise puisse amener le juge à outrepasser les limites de sa compétence dans le cadre de différends non spécifiquement fondés sur l'incertitude, il va de soi que ce risque est accru de manière significative dans les contentieux qui, reposant précisément sur l'incertitude, se caractérisent généralement par un mandat très restreint du juge. La conception traditionnelle du rôle et des pouvoirs du juge international se heurte alors aux limitations importantes auxquelles celui-ci se trouve confronté dans le cadre de ces différends. Fort de son pouvoir et de la prééminence théorique dont il jouit dans l'équilibre des forces qui l'oppose aux parties, le juge peut être conduit au travers de l'expertise à méconnaître les limites de sa compétence, et ce d'autant plus facilement que son mandat se trouve fortement et inhabituellement restreint.

106. Au-delà de cet élément, et en anticipant quelque peu sur les développements de la section prochaine, une seconde raison permet d'expliquer le caractère de plus en plus prégnant et tangible de cette hypothèse de dépassement par le juge des limites de sa compétence du fait de l'expertise. Celle-ci tient à la conception particulière de la vérité qui prévaut dans le cadre de l'instance internationale et à la fonction qui en découle pour la mesure d'expertise. En effet, ainsi que démontré dans le titre précédent, l'expertise s'analyse devant les tribunaux internationaux en une mesure mise à la disposition du juge en vue de lui permettre de rechercher la vérité objective des faits⁶²⁵. Il y a donc généralement une aspiration au vrai – au sens absolu du terme – dans le fait pour le juge international de recourir à l'expert. En utilisant l'expertise, et même si cela peut relever d'un automatisme inconscient, le juge est à la recherche d'une solution unique qui, bien qu'incapable en réalité d'incarner le vrai, y ressemble ou s'apparente fortement à l'idée que l'on s'en fait à un moment « T ». Cependant, les situations d'incertitude s'accommodent particulièrement mal de cette aspiration au vrai : comme l'illustrera la section deux de ce chapitre, si l'on peut en tout état de cause douter que la vérité puisse être atteinte ou qu'elle ait même une existence en dehors du champ purement conceptuel, cela devient singulièrement évident dans les situations marquées par le doute. Il n'existe en pareil cas aucune solution unique mais seulement une pluralité de possibilités qui s'opposent à l'idéal absolu de vérité. C'est d'ailleurs là la raison pour laquelle les États peuvent bénéficier d'une telle liberté dans ces situations : en l'absence de certitude sur les causes, les modalités et les effets de tel ou tel phénomène, il paraît délicat de leur imposer une réglementation stricte en la matière. Ainsi donc, le recours par le juge à l'expertise – au demeurant incontournable dans l'évaluation et la

⁶²⁵ *Supra*, §33 à 37 notamment.

gestion des situations marquées par l'incertitude – et sa propension à rechercher (même inconsciemment) au travers de cette mesure la solution, le paradigme qui s'apparente le plus au vrai, semblent-ils susceptibles de favoriser en pratique une méconnaissance de la marge discrétionnaire importante dont les États disposent sur ces questions. Parce qu'elle est fortement intériorisée, la fonction de recherche de la vérité objective des faits associée à la mesure d'expertise peut alors conduire le juge à dépasser les limites de son mandat et à usurper la liberté dont étaient supposés jouir les États sur ces questions.

107. Loin d'ignorer ce risque – décuplé dans les situations d'incertitude – découlant du recours par le juge à l'expert, les États manifestent au contraire ouvertement et de plus en plus souvent leurs craintes en la matière. À l'occasion de la phase orale en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Hongrie a par exemple estimé nécessaire de préciser à deux reprises que la Cour « *does not have to pronounce definitively on contested scientific issues, but it does have to decide whether there were serious scientific concerns on issues affecting vital resources* »⁶²⁶. Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, les Communautés européennes ont quant à elles rappelé plus clairement encore au Groupe spécial qu'il « *ne pouvait pas procéder lui-même à une évaluation des risques* » ni « *substituer son propre jugement scientifique à celui du Membre de l'OMC qui appliquait une mesure SPS* »⁶²⁷. Et de continuer en expliquant que :

« *les groupes spéciaux ne devaient pas substituer le jugement scientifique de tel ou tel scientifique ou expert [...] à celui du Membre de l'OMC ayant effectué l'évaluation des risques* » et que « *[l]e mandat d'un Groupe spécial, lorsqu'il examinait les preuves invoquées par un Membre de l'OMC maintenant une mesure SPS n'était pas de déterminer s'il reconnaissait que ces preuves constituaient les "meilleures preuves" disponibles mais uniquement de déterminer si l'évaluation des risques effectuée par ledit Membre justifiait suffisamment ou était raisonnablement la mesure à l'examen* »⁶²⁸.

Pareillement, ayant réservé dans leur troisième communication écrite dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* un développement d'une page entière à la question de la fonction des avis d'experts, les Communautés européennes ont à nouveau souligné le fait qu'il

⁶²⁶ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, compte-rendu de l'audience publique du 3 mars 1997 (CR 1997/2), p. 101, et compte-rendu de l'audience du 10 avril 1997 (CR 1997/12), p. 8. Les deux comptes-rendus sont disponibles sur le site internet de la Cour (consulté le 3 juin 2016). Dans le même sens, voy. également CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, compte-rendu de l'audience publique du 14 septembre 2009 (CR 2009/12), p. 24 et 26.

⁶²⁷ ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 79, §5.28.

⁶²⁸ *Id.*

« n'est pas demandé au Groupe spécial ni aux experts consultés [...] de décider si les OGM en soi présentent un risque ou non. [...] les avis d'experts n'ont pas pour but de résoudre des polémiques scientifiques. Les avis d'experts sont plutôt fournis pour aider le Groupe spécial dans la tâche limitée qui lui incombe de formuler des constatations sur le différend entre les parties »⁶²⁹.

Les craintes exprimées par les États à cet égard ne semblent d'ailleurs pas totalement injustifiées puisque la pratique récente fournit quelques illustrations tout à fait concrètes de cette hypothèse de dépassement par le juge des limites de sa compétence au travers de l'expertise. En effet, à la suite d'une plainte des Communautés européennes en ce sens, l'Organe d'appel a été amené à examiner si le Groupe spécial de l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* avait ou non effectué une évaluation *de novo* des risques de génotoxicité de l'œstradiol. Après avoir rappelé que le mandat d'un groupe spécial exclut par principe le fait de procéder lui-même à une évaluation des risques et se limite simplement à examiner l'évaluation effectuée par le Membre de l'OMC mis en cause pour vérifier si elle est « étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable »⁶³⁰, l'Organe d'appel condamne la démarche du Groupe spécial qui, au travers des rapports et témoignages d'experts qu'il avait reçus, a recherché quelles données scientifiques lui paraissaient les meilleures pour décider de l'exactitude ou non de l'évaluation des risques menée par les Communautés européennes⁶³¹. Ayant noté que, contrairement à ce qu'il avait fait, le Groupe spécial n'était en aucun cas appelé à déterminer s'il était généralement admis parmi les scientifiques que l'œstradiol était génotoxique et pouvait causer le cancer, l'Organe d'appel conclut qu'un groupe spécial

« ne peut pas invoquer les experts pour aller au-delà de son mandat limité en matière d'examen. Un groupe spécial ne consulte pas des experts dans le but de procéder à sa propre évaluation des risques. [...] Les consultations avec les experts ne devraient [...] pas avoir pour objet de vérifier si les experts auraient effectué de la même manière une évaluation des risques et seraient arrivés aux mêmes conclusions que le responsable de

⁶²⁹ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 211, §4.1008.

⁶³⁰ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport de l'Organe d'appel, pp. 281-282. Dans le même sens, cf. ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 229, §§195 et 196 : « le Groupe spécial se doit de rappeler qu'il n'est pas censé trancher un débat scientifique [...] Par conséquent, le Groupe spécial n'entend pas s'ériger en arbitre des opinions exprimées par la communauté scientifique. Son rôle, prenant en compte le fardeau de la preuve, est de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments scientifiques pour conclure qu'un risque pour la santé et la vie des personnes existe et pour conclure que les mesures prises par la France sont nécessaires au regard des objectifs poursuivis par celle-ci ».

⁶³¹ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport de l'Organe d'appel, pp. 285-291.

l'évaluation des risques. Autrement dit, l'assistance des experts est limitée par le type d'examen que le groupe spécial est tenu d'effectuer »⁶³².

De la même manière, dans son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, le juge Keith rejette les suggestions faites par d'autres membres de la Cour en faveur de la mise en œuvre de l'article 50 du Statut, considérant que la Cour était d'ores et déjà allée trop loin dans l'utilisation qu'elle avait faite des expertises soumises par les parties. Assez critique à cet égard, le juge

« souligne qu'il n'incombe à la Cour de trancher les différends portant sur des questions scientifiques que si elle doit le faire pour déterminer si l'Argentine a ou non prouvé ce qu'elle avance. Un certain nombre de questions débattues devant la Cour, comme le débit du fleuve et la meilleure manière de le mesurer, n'ont pas à être tranchées pour procéder à cette détermination »⁶³³.

108. Dans ces conditions, loin d'apparaître comme un vecteur de légitimité pour le juge, l'expertise s'illustre bien plutôt comme un élément participant de la délégitimation de ce dernier. De par les larges pouvoirs qu'elle lui confère, le rôle éminemment actif qu'elle lui reconnaît et la conception de la vérité qu'elle traduit, elle est susceptible d'amener le juge à outrepasser les limites de sa compétence. Ce faisant, elle est sans aucun doute à même de porter atteinte à la légitimité légale du juge. Mais dans la mesure où pareille hypothèse aboutit à méconnaître les limites au consentement des États à la juridiction, il est également fort probable que l'expertise ne lui soit guère salutaire sur le plan de la légitimité. Quelles que soient les attentes particulières et subjectives que les États peuvent nourrir à l'égard du juge et de son intervention, il paraît en effet évident qu'aucun d'entre eux ne peut souhaiter voir sa liberté ainsi restreinte par le juge. Cette perspective ne saurait d'ailleurs, au-delà du ou des cas spécifiques qui laissent entrevoir un tel abus de sa part, encourager les États à accepter plus facilement la juridiction du juge international ni les conduire de manière générale à observer scrupuleusement ses décisions. S'il apparaît donc que l'expertise peut s'avérer préjudiciable pour le juge en contribuant à la méconnaissance des limites de sa compétence ou en permettant la délégation de son pouvoir de juger, elle peut encore constituer, comme le démontrera la section prochaine, un facteur de délégitimation de ce dernier par son incapacité à créer de la certitude et, au-delà, par le risque indéniable qu'elle présente de renforcer l'incertitude dans le cadre du procès.

⁶³² *Ibid*, p. 283.

⁶³³ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, op. ind. Keith sous arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, pp. 125-126.

Section 2

LE RECOURS A L'EXPERT, SOURCE D'INCERTITUDE DANS LA DECISION DU JUGE

109. Jadis mesure banale de conviction du juge, l'expertise s'est illustrée de manière croissante au cours des siècles derniers comme un instrument unique, bien souvent le seul capable d'offrir au juge un accès au vrai dans le cadre du procès. Revêtue d'une légitimité scientifique *a priori* incontestée, l'expertise est en effet régulièrement perçue désormais comme un vecteur de certitude et elle présente de ce fait nombre d'attraits pour le juge en général et pour le juge international en particulier (§1). Toutefois, l'on ne saurait longtemps ignorer que la science, qui lui confère seule cette capacité peu commune, ne possède pas elle-même d'aptitude au vrai. Quels que soient la rigueur, la cohérence et le sérieux de la méthodologie scientifique, la science ne fonctionne pas sur le mode de la certitude mais seulement sur celui de la possibilité, voire de la probabilité. Aussi l'expertise constitue-t-elle en réalité, au-delà de la certitude fantasmée qui semble en découler, un vecteur d'incertitude qui peut s'avérer dangereux pour le juge international (§2).

§1 - L'expertise et l'attrait apparent de la certitude pour le juge international

110. Que l'on se place au plan national ou bien dans la sphère internationale, un élément paraît s'imposer à l'attention, qui caractérise aujourd'hui avec de plus en plus de prégnance le contentieux : il s'agit de la place et de l'importance grandissante accordée à la figure de l'expert et à l'expertise lors du procès. Sans que ce phénomène ne soit en rien limité au monde du droit et à l'instance juridictionnelle, il paraît délicat de ne pas noter « [l]'emprise des considérations scientifiques sur le processus normatif »⁶³⁴, entendu au sens large. Et pour cause tant la mesure d'expertise, nimbée de son aura scientifique, apparaît rassurante dans un « univers controversé »⁶³⁵, marqué par l'incertitude et la multiplicité des intérêts divergents. Si l'emploi du terme « expertise » renvoie aujourd'hui le plus souvent, de manière presque instinctive, à une expertise de nature scientifique, c'est que celle-ci jouit d'une haute considération dans les sociétés contemporaines. Le savoir scientifique auquel elle fait appel est perçu comme « un savoir qui a fait ses preuves [et auquel] on peut se fier [...] parce

⁶³⁴ MEHDI (R.), « Le juge et l'expert : je t'aime, moi non plus... », in TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, p. 103.

⁶³⁵ GODARD (O.), HENRY (C.), LAGADEC (P.), MICHEL-KERJAN (E.), *Traité des nouveaux risques*, Paris : Gallimard, 2002, p. 53.

que c'est un savoir objectivement prouvé»⁶³⁶. Dès lors, l'expertise, parée de ses atours de scientificité, devient un gage d'objectivité, de fiabilité, de certitude même. Si elle s'illustre de manière croissante comme un instrument qui, grâce au concours de la science, permet d'atteindre au vrai et d'éradiquer le doute – pouvoir à vrai dire peu banal, surtout dans le cadre du procès – il n'en a cependant pas toujours été ainsi et de loin.

111. Historiquement, l'expertise ne renvoie en effet pas tant à la possession de connaissances théoriques, fussent-elles nombreuses et/ou spécialisées, qu'à la maîtrise de compétences et de savoir-faire acquis au travers de la pratique. Comme l'explique Olivier Leclerc,

*« [l]e droit romain admet le recours à des experts lorsqu'est requis un savoir-faire : l'expert est sollicité pour pratiquer des mesures, des évaluations. L'ancien droit français recueille cette conception de l'expertise : les domaines d'intervention privilégiés des experts sont les servitudes, l'arpentage des terres et des héritages, le bornage, les écritures »*⁶³⁷.

L'étymologie des mots « expertise » et « expert » dérive d'ailleurs du terme *espart*, adjectif signifiant « alerte, habile, ou adroit », lui-même issu du latin *expertus*, habituellement traduit par « qui a éprouvé, qui a fait ses preuves »⁶³⁸. L'expertise s'envisage ainsi originellement – et jusqu'au XVI^{ème} siècle au moins – comme la mise à disposition par l'expert d'une compétence, d'une habileté particulière, qu'il a acquise par la pratique personnelle d'un métier : comme le note un auteur, « [l]'esprit [...] étoit que, dans chaque objet qu'il s'agissoit d'apprécier, l'on ne prît pour experts, que ceux qui, ou par leurs occupations habituelles, ou par l'art qu'ils exerçoient, étoient seuls réputés y avoir des connaissances positives »⁶³⁹. La connaissance abstraite ou théorique, bien que non dépourvue de tout intérêt, est alors considérée comme insuffisante ; c'est la pratique personnelle d'une profession ou d'un art, la maîtrise personnellement éprouvée d'une chose, qui seule peut

⁶³⁶ CHALMERS (A.), *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, p. 21.

⁶³⁷ LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, p. 27.

⁶³⁸ Voy. « Expertise » et « Expert » in *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris : PUF, 2008 ; *Dictionnaire Littré de la langue française*, tome 2, Paris : Hachette, 1874 ; *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris : Le Robert, 2013.

⁶³⁹ DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, tome 8, Paris : Desaint, 1789, § V. Dans le même sens, voy. l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert qui explique que « s'il s'agit d'estimer des mouvances féodales, droits seigneuriaux, droits de justice & honorifiques, on nomme ordinairement des seigneurs & gentilhommes possédant des biens et des droits de même qualité ; & pour l'estimation des terres labourables, des labours, des grains, & ustensiles de labour, on prend pour expert des laboureurs ; s'il s'agit d'estimer des bâtiments, on prend pour expert des architectes, des maçons & des charpentiers, chacun pour ce qui est de leur ressort ; s'il s'agit de vérifier une écriture, on prend pour expert des maîtres écrivains ; & ainsi des autres matières » (*Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 6, Paris : Briasson, 1751, p. 301).

habiliter l'expert à donner son avis en ce domaine⁶⁴⁰. Ainsi, il apparaît que l'expertise est à cette époque une mesure reposant sur la mise en œuvre par l'expert d'un savoir-faire concret qu'il a acquis à titre personnel, par la pratique d'un métier, par la maîtrise d'un art, et dans tous les cas, en éprouvant lui-même l'objet à l'égard duquel il se revendique comme expert⁶⁴¹.

112. Cette conception de l'expertise, qui repose non pas sur des connaissances abstraites et une méthodologie standardisée, mais sur des compétences personnelles et des savoir-faire individuels, induit deux conséquences fondamentales du point de vue de la perception et des attentes nourries par le juge à l'égard de la mesure d'expertise. Tout d'abord, celle-ci ne peut dans ces circonstances être axée sur la recherche du vrai, entendu dans le sens d'une correspondance avec le réel, c'est-à-dire avec *ce qui est* objectivement, indépendamment de la perception ou de la compréhension qu'en a l'être humain. Au contraire, l'expert est ici placé au cœur de la mesure d'expertise et c'est bien la compréhension subjective, la maîtrise personnelle, qu'il a d'une technique ou d'une chose, qui sont recherchées et valorisées à cette occasion. Renvoyant à Platon et à l'allégorie de la caverne, l'on peut dire que cette conception de la mesure d'expertise demeure prisonnière du monde sensible, dans lequel l'homme accède à la connaissance par l'intermédiaire exclusif de ses sens⁶⁴². L'exigence d'une pratique concrète des techniques ou des gestes dont il est question, et l'importance de la dimension personnelle – et donc nécessairement subjective – dans l'acquisition de ces savoir-faire, ne laissent planer aucun doute possible à cet égard. Si Platon dénonce comme un mal banal de son temps les illusions et préjugés induits par une approche sensible de la connaissance⁶⁴³, l'influence

⁶⁴⁰ En témoigne un arrêt rendu le 3 juin 1643 par la Cour des comptes, aides et finances d'Aix-en-Provence, qui refuse la nomination en tant qu'expert arpenteur de personnes qui ne possèderaient pas elles-mêmes à titre personnel de biens ni de terres (cité par BONIFACE (H.), *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence, Cour des Comptes, Aides et Finances du même païs*, tome 1, Lyon : veuve d'Horace Molin, 1708, pp. 96-97) ou encore la Coutume de Bretagne qui prescrit expressément en son article 244 que les arpentages soient réalisés par des experts issus de la noblesse (voy. POUILLAIN DU PARC (A.-M.), *La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel*, Rennes : Guillaume Vatar, 1759, 372 p.). L'exigence d'une pratique et d'une connaissance personnelles par l'expert du bien à expertiser ou des savoir-faire à mettre en œuvre va même plus loin puisque celui-ci ne pouvait sembler-t-il réaliser d'expertises que dans les limites de sa localité : l'on citera notamment à titre d'illustration un arrêt rendu le 15 mars 1722 par le Parlement de Rouen qui rejette la nomination d'un expert au motif que celui-ci résidait trop loin du lieu de la chose à expertiser et n'était donc pas réputé suffisamment familier avec cette chose et les usages en vigueur dans ce lieu (*op. cit.*, DENISART (J.-B.), p. 323. Pour d'autres illustrations de cette exigence, cf. MERLIN (M.), *Répertoire de jurisprudence*, vol. 6, Paris : Gamery, 1827, pp. 389-397).

⁶⁴¹ Cette constatation vaut manifestement aussi bien pour les systèmes de droit romano-germanique que pour ceux de common law. Cela n'est cependant guère étonnant dans la mesure où l'évolution de l'expertise vers une expertise de nature scientifique n'est pas tant liée à la tradition juridique en cause qu'au développement de la science elle-même, ainsi qu'il sera démontré dans les développements à venir. À cet égard, voy. DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, pp. 240-246.

⁶⁴² Il s'agit là en revanche d'une conception de l'expertise parfaitement compatible avec la théorie empiriste de la connaissance telle qu'elle est notamment développée par Locke dans son *Essai sur l'entendement humain*.

⁶⁴³ PLATON, *La République*, Paris : Garnier-Flammarion, 1966, livre VII, pp. 273-277. Voy. également, pour une analyse de l'allégorie de la caverne et de son apport à la recherche de la vérité, FREY (J.-M.), *La vérité – L'allégorie de la caverne ou de l'éthique de la démonstration*, Paris : Éditions M-Editer, 2010, 28 p.

décisive du christianisme et des institutions religieuses tout au long du Moyen-Âge⁶⁴⁴ n'a sans doute pas contribué à promouvoir une conception du savoir émancipée des limitations dont est tributaire l'être humain à travers l'usage de ses sens. En conséquence, il n'est guère surprenant que l'expertise soit originellement – et jusqu'à la Renaissance au moins – expurgée de toute prétention au « vrai » au sens absolu du terme ; tout au mieux peut-elle permettre dans ces conditions la recherche d'une vérité relative, qui se veut simplement, dans le cadre du procès, la plus plausible et la plus convaincante possible.

La seconde conséquence qui découle de cette conception de l'expertise a trait quant à elle au rôle subséquent qui lui est conféré et au pouvoir de conviction qu'elle recèle. En effet, en l'absence d'une vérité absolue, capable de produire des résultats d'une parfaite exactitude dans l'étude de tel ou tel phénomène, l'apport de l'expertise ne peut de toute évidence résider que dans son pouvoir de conviction. Le juge ne pouvait espérer trouver dans cette mesure qu'un élément de persuasion propre à l'aider dans la formation et l'affermissement de sa décision. Aussi importait-il que l'expert soit « un honnête homme, qui exerce ses sens, aiguisés par la pratique d'un métier »⁶⁴⁵. Deux éléments en particulier semblaient devoir caractériser la figure de l'expert, qui conditionnaient la force de conviction émanant de son témoignage : le premier tenait à la longue expérience qui devait asseoir son avis et qui justifiait plus largement son intervention dans le cadre du procès ; le second se rapportait à la probité dont il faisait preuve à titre personnel et au fait qu'il soit considéré comme un professionnel sérieux tout autant que comme une personne digne de foi. Il est possible d'avancer que, de manière générale, « la force de persuasion d'une prétention vient de ce qu'elle est soutenue par le témoignage de personnes porteuses d'un ethos du vrai »⁶⁴⁶. Cet *ethos du vrai*, l'expert en est à cette époque le dépositaire au travers de l'expérience pratique qu'il a acquise d'une part, de l'honnêteté et du sérieux qu'il manifeste d'autre part. C'est à l'aune de ces deux éléments – expérience et probité – que le juge apprécie alors la valeur du témoignage qui lui est fourni : lorsqu'ils sont réunis, ils induisent le sentiment que l'avis d'expert est de qualité, qu'il est crédible et qu'il mérite donc d'être pris en considération⁶⁴⁷. L'expertise s'analyse historiquement, on le voit, comme une mesure qui produit de la conviction grâce à la confiance que suscite l'expert.

⁶⁴⁴ Pour de plus amples développements sur ce point historique, par ailleurs non contesté, voy. par exemple DREOLLE (J. A.), *De l'influence du principe religieux sur l'homme et sur la société*, Ebrard, 1838, 416 p. ; GOSSELIN (J. E.), *Pouvoir du Pape au Moyen-Âge ou recherches historiques sur l'origine de la souveraineté temporelle du Saint-Siège et sur le droit public du Moyen-Âge relativement à la déposition des souverains*, Fonteyn, 1845, 472 p.

⁶⁴⁵ *Op. cit.*, LECLERC (O.), p. 39.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁴⁷ Sur l'importance des critères de l'expérience et de la probité personnelles, cf. notamment GINGRAS (Y.), KEATING (P.), LIMOGES (C.), *Du scribe au savant. Les porteurs du savoir de l'Antiquité à la révolution industrielle*, Paris : PUF, 2000, 361 p.

113. Cependant, le développement important de la science à partir de la Renaissance, et plus encore le bouleversement des modes de pensée auquel a par la suite conduit la philosophie des Lumières, vont sans surprise induire un renouveau profond dans la conception de l'expertise et dans les attentes que le juge, et plus largement, la société, nourrissent à son égard. En effet, le mouvement intellectuel et philosophique des Lumières rompt dès le 17^{ème} siècle avec l'obscurantisme moyenâgeux, vecteur d'aveuglement et d'oppression, en mettant au centre de ses préoccupations la liberté individuelle et en prônant la recherche du savoir comme source d'autonomie de la volonté⁶⁴⁸. Ce mouvement se traduit par une exaltation de la Raison, du Progrès et par une tendance à la glorification de la science, en tant qu'archétype de la rationalité humaine⁶⁴⁹. Il en résulte une nouvelle vision de la place et du rôle de la science dans la société : tout d'abord, la science n'apparaît plus seulement désormais comme l'un des modes d'accès possibles à la connaissance ; elle s'illustre de manière croissante comme le mode privilégié par lequel l'individu appréhende le monde qui l'entoure. La méthodologie scientifique, fondée sur l'expérimentation et les principes de la logique, constitue un modèle de rigueur intellectuelle dont les multiples mérites sont vantés⁶⁵⁰. Parce qu'elle fait de la raison son instrument distinctif et quasi-exclusif, la science est mise en avant en tant qu'expression ultime de la rationalité critique prônée par les Lumières et *in fine*, en tant que vecteur de liberté⁶⁵¹.

Par ailleurs, parce qu'elle se fonde sur la raison – qui, sous l'empire de la doctrine rationaliste, permet seule d'accéder au réel⁶⁵² – et qu'elle s'appuie sur des procédures visant à garantir son objectivité, la science ouvre des perspectives nouvelles dans la recherche de la vérité⁶⁵³. Comme le note fort justement Olivier Leclerc,

« [l]e XVIII^{ème} siècle est marqué par le développement d'une exigence d'exactitude : les énoncés doivent être, autant que possible, en adéquation avec les prédictions

⁶⁴⁸ Voy. par exemple Kant (E.), *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris : Larousse, 2013, 96 p.

⁶⁴⁹ Ce positionnement a notamment donné naissance à la doctrine rationaliste, dont Descartes est sans conteste l'un des plus illustres représentants : DESCARTES (R.), *Discours de la Méthode. Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, Paris : V. Palmé, 1881, 123 p.

⁶⁵⁰ LICOPPE (C.), *La formation de la pratique scientifique. Le discours de l'expérience en France et en Angleterre (1630-1820)*, Paris : La Découverte, 1996, p. 124 et p. 243 et s.

⁶⁵¹ Sur ce point, *op. cit.* Kant (E.), *Qu'est-ce que les Lumières ?* Paris : Larousse, 2013, 96 p. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la science ait peu à peu acquis une place centrale dans la société, jusqu'à devenir purement et simplement incontournable dans les sociétés contemporaines caractérisées le plus souvent par un fort individualisme.

⁶⁵² *Op. cit.* DESCARTES (R.), *Discours de la Méthode*, 1881, 123 p. Dans le même sens, SPINOZA (B.), *L'Éthique*, Paris : Folio, 1994, 398 p.

⁶⁵³ À propos de l'impact de la science sur la conception et les modes d'établissement de la vérité, cf. SHAPIN (S.), *A social history of truth. Civility and science in the seventeenth-century England*, Chicago : University of Chicago Press, 1994, 483 p. ; SHAPIN (S.), SCHAFFER (S.), *Le Léviathan et la pompe à air. Hobbes et Boyle entre science et politique*, Paris : La Découverte, 1993, 468 p. ; ARMSTRONG (D. M.), *Truth and truth-makers*, New York : Cambridge University Press, 2004, 158 p.

universelles produites par les théories. En ce sens, ils doivent être stables et pouvoir donner lieu à réplication en tout lieu. La science devient “exacte” [...] »⁶⁵⁴.

Le postulat méthodologique selon lequel la raison est seule capable d'accéder au vrai, entendu en son sens absolu, n'est certes pas totalement nouveau puisque Platon subordonnait déjà en son temps la possibilité pour l'individu de s'émanciper des limites du monde sensible à l'exercice par celui-ci de sa puissance intellectuelle, unique moyen d'accès à la réalité intelligible ou encore au « monde des Idées »⁶⁵⁵. Néanmoins, ce postulat, pierre angulaire de la théorie cartésienne de la connaissance, a engendré au cours du 18^{ème} siècle et à travers le prisme d'une Raison alors toute-puissante, un renouvellement indubitable de la fonction et du rôle de la science dans la société : celle-ci est dorénavant perçue comme un vecteur de vérité, comme un instrument capable d'accéder au réel par-delà la représentation superficielle et souvent inexacte qu'en a l'être humain.

114. Cette nouvelle perception de la science ne pouvait manquer par suite d'influer sur la conception de l'expertise elle-même, à commencer par le rapport que cette mesure entretient à la notion de vérité. Comme l'ont démontré les développements ci-dessus, la conception initiale de l'expertise comme une mesure reposant sur l'expérience pratique et les qualités personnelles de l'expert interdisait de fait toute aspiration à la vérité entendue en son sens absolu, c'est-à-dire dans le sens d'une conformité avec le réel. Le confinement de la mesure dans le monde sensible, appréhendé au travers de la subjectivité de l'expert au surplus, ne pouvait donner naissance qu'à une vérité relative qui, sur le fondement de la confiance que suscitait ce dernier, apparaissait simplement comme la plus convaincante ou la plus plausible dans le cadre de l'instance. Cependant, l'évolution de la place et du rôle de la science dans la société va engendrer un changement fondamental à cet égard : il en dérive en effet une expertise fondée non plus tellement sur la mise en œuvre de compétences et de qualités propres à la personne de l'expert, mais sur les propriétés intrinsèques reconnues à tel ou tel énoncé scientifique⁶⁵⁶. D'un homme de l'art dont l'avis, pour éclairé et pour sincère qu'il soit, demeurait inévitablement subjectif et donc susceptible d'erreurs, d'approximations, l'expert devient peu à peu un homme de science qui, au travers de procédures standardisées, codifiées, s'affranchit des limites du monde sensible pour délivrer une conception du savoir objectivée et caractérisée par l'exactitude⁶⁵⁷. Parce qu'elle se fonde désormais le plus souvent sur les

⁶⁵⁴ *Op. cit.*, LECLERC (O.), p. 43. Pour de plus amples développements sur ce point, *op. cit.* LICOPPE (C.), *La formation de la pratique scientifique. Le discours de l'expérience en France et en Angleterre (1630-1820)*, Paris : La Découverte, 1996, 480 p.

⁶⁵⁵ PLATON, *La République*, Paris : Garnier-Flammarion, 1966, livre VII, pp. 273-277.

⁶⁵⁶ *Op. cit.* LICOPPE (C.), p. 124 et s. puis p. 258 et s.

⁶⁵⁷ Sur l'évolution de la figure de l'expert, voy. GINGRAS (Y.), KEATING (P.), LIMOGES (C.), *Du scribe au savant. Les porteurs du savoir de l'Antiquité à la révolution industrielle*, Paris : PUF, 2000, 361 p. De manière générale,

principes de la connaissance scientifique, l'expertise est donc perçue comme un instrument susceptible d'atteindre au réel, de révéler le vrai dans ce qu'il a de plus intangible et absolu.

115. Cette croyance dans la possibilité d'accéder à une vérité absolue, au travers d'une expertise de nature dorénavant presque exclusivement scientifique, a profondément modifié le rôle alloué à cette mesure et les attentes qui pèsent sur elle dans le cadre du procès. Si elle n'était initialement qu'un instrument de conviction pour le juge dans une société et en des temps caractérisés par un savoir contingent et incertain, l'expertise, dorénavant revêtue d'une légitimité scientifique incontestée, se mue en un vecteur de certitude. En faisant du vrai un objectif théoriquement accessible, l'expertise scientifique s'illustre comme l'instrument d'une connaissance véritable, qui exclut donc tout risque d'erreur, de biais ou d'approximation. L'expert apparaît comme un savant qui, par la mise en œuvre d'une méthodologie ou de procédures proprement scientifiques, est supposé pouvoir fournir une réponse parfaitement exacte, qui ne souffre aucune incertitude, aucun doute. Dès lors, l'apport de l'expertise ne réside plus tant dans la conviction que dans la certitude et sa fonction s'en trouve profondément modifiée : d'un instrument de savoir, visant à aider le juge dans la formation de son jugement, l'expertise devient progressivement un instrument de pouvoir qui permet au juge de garantir la qualité, la fiabilité et l'objectivité de ses décisions. Parce que l'expert se fonde sur des connaissances et une méthodologie scientifiques, son rapport n'indique plus seulement ce qui lui apparaît comme la meilleure ou la plus appropriée des solutions pour un problème donné : il révèle la solution vraie, la seule qui soit absolument exacte et donc incontestable. Le juge, qui à son tour se fonde sur le rapport de l'expert, est ainsi en mesure de garantir la parfaite exactitude des constatations sur la base desquelles il se détermine et d'asseoir l'autorité de sa décision. Par le truchement de la confiance et du prestige inégalé dont jouit la science aujourd'hui, le recours à l'expert recèle donc un potentiel inédit de légitimation des décisions judiciaires par le scientifique⁶⁵⁸.

l'on constate que d'homme expérimenté dont la légitimité est forgée par la pratique assidue d'un métier, l'expert devient peu à peu un savant qui se distingue des gens du commun par ses connaissances, qu'il tient pour exactes dans la mesure où elles ont été obtenues conformément à la méthodologie scientifique.

⁶⁵⁸ Sur le pouvoir de légitimation de l'expertise, cf. notamment DUMOULIN (L.), *L'expertise comme nouvelle raison politique ? Discours, usages et effets de l'expertise judiciaire*, thèse, Université Pierre Mendès-France, 2001, 598 p. ; DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit & Société*, 2000, n°44-45, pp. 199-223 ; DEHARO (G.), « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *J. Int'l de Bioeth.*, 2006, vol. 17, n°1-2, pp. 33-54. Laurence Dumoulin souligne entre autres le phénomène dit du « pick and choose », qui traduit la propension du juge (français en l'occurrence) à mettre en valeur les éléments du rapport d'expertise propres à asseoir sa décision et à ignorer ceux qui au contraire vont dans un sens différent. Pour quelques illustrations pratiques et récentes du recours à l'expert à des fins de légitimation, voy. également le rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau (disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>) et la récente décision du Conseil d'État français dans l'affaire Lambert. Cette dernière affaire est relativement éclairante puisque la décision d'arrêt des soins au profit de M. Lambert, patient dont l'état végétatif était considéré par les médecins comme persistant et irréversible, avait été prise à

116. Cette évolution de la perception et de la fonction de l'expertise fait d'elle, au moins en théorie, une mesure extrêmement intéressante pour le juge en général et pour le juge international en particulier. Comme l'a exposé le chapitre précédent, les caractéristiques et le mode de fonctionnement de l'ordre juridique international poussent en effet le juge à rechercher une légitimité toujours plus importante dans le cadre de ses décisions. Or, la mesure d'expertise apparaît comme un instrument dont l'usage est tout indiqué à cet effet : de par la certitude qui en résulte, elle semble pouvoir assurer l'autorité des décisions des fors internationaux et concourir efficacement à leur légitimation. Il convient de souligner notamment son indéniable potentiel dans la neutralisation de l'incertitude, qui affecte de diverses manières les relations entre les États et le juge international, et qui induit régulièrement une remise en cause (ou à tout le moins un affaiblissement) de la légitimité de ce dernier. Ainsi, l'incertitude est aujourd'hui de plus en plus souvent au cœur des différends qui opposent les États. Cet état de fait, qui n'est pas limité à l'ordre juridique international mais semble au contraire toucher peu ou prou l'ensemble des systèmes et des traditions juridiques existant de par le monde, procède d'une évolution globale de la fonction du droit : d'une institution pragmatique, vouée pour l'essentiel à résoudre au jour le jour les antagonismes et autres difficultés concrètes qui émaillent la vie en communauté, le droit apparaît désormais de manière de plus en plus prégnante comme un instrument d'anticipation et d'endiguement préventif des éventuelles perturbations qui pourraient se faire jour dans ce cadre. Loin toutefois de traduire une banalisation voire une acceptation de l'incertitude, cette évolution de la fonction de la règle de droit s'apparente bien plutôt à une tentative de combattre l'incertain, d'enrayer le doute, de canaliser les craintes. Le but en est de réduire – de manière plus ou moins consciente et assumée selon les cas – la marge de ce que l'on ignore au profit de ce que l'on pense pouvoir prévoir.

L'incertitude n'est pourtant pas un phénomène nouveau, qui serait l'apanage exclusif d'une époque récente marquée par une prise de conscience collective de la complexité du monde. En dépit de la technicisation croissante des sociétés contemporaines et de l'inévitable complexification qui en résulte sur le plan de l'encadrement juridique, l'histoire prouve que l'incertitude et la complexité sont des notions avec lesquelles l'homme a très souvent dû composer⁶⁵⁹. Cependant, si celles-ci ne

l'issue d'une procédure collégiale dont le Conseil d'État relève qu'elle ne semblait entachée d'aucune irrégularité. Néanmoins, par décision du 24 février 2014, la haute juridiction administrative a préféré ordonner une nouvelle expertise avant de statuer définitivement sur l'arrêt des traitements (décisions du 24 février et du 24 juin 2014, disponibles sur <http://www.legifrance.gouv.fr/>).

⁶⁵⁹ Edgar Morin rappelle par exemple que la vision cyclique du temps développée par les Aztèques et les Égyptiens traduit l'idée d'un recommencement permanent du monde, qui s'auto-produit sans cesse parce qu'il s'auto-détruit constamment et qui ne connaît donc jamais la finitude. Il souligne encore la présence récurrente du thème de l'inattendu chez les auteurs grecs, tel Euripide qui, il y a 2500 ans, en faisait déjà un élément central des *Bacchantes*. Il souligne ainsi le caractère non nécessaire et essentiellement conjoncturel du rejet de l'incertain constaté dans les sociétés

semblent pas être l'apanage exclusif des derniers siècles, la façon particulière dont elles sont aujourd'hui appréhendées est en revanche le produit de bouleversements philosophiques et sociétaux intervenus relativement récemment. Une transformation globale des modes de pensée s'est en effet opérée au cours des derniers siècles, qui irradie désormais l'ensemble des aspects des sociétés contemporaines et qui se traduit par une intolérance croissante au doute et à l'inconnu. Cette transformation trouve sa source dans un phénomène d'exaltation de la raison et de glorification de la science, le même phénomène qui a d'ailleurs conduit, à partir du 17^{ème} siècle, à l'évolution sus-évoquée de la fonction de l'expertise. En effet, l'idéal de rationalité hérité des Lumières et largement diffusé autour du globe s'oppose à toute forme d'obscurantisme et prône depuis lors la Raison et le Progrès comme modes d'accès au réel. Sous l'empire de cette philosophie de la rationalité critique, l'ignorance est conspuée comme favorisant l'aveuglement et les manipulations de toutes sortes, tandis que le savoir se trouve glorifié en tant que vecteur d'autonomie de la volonté et de liberté⁶⁶⁰. La science en particulier est célébrée, ainsi qu'illustré plus avant, comme l'archétype même de la rationalité et comme un moyen privilégié – voire unique – d'accéder à la vérité entendue en son sens le plus absolu⁶⁶¹. Si les limites de la philosophie des Lumières et les excès qu'elle est susceptible d'induire ont de longue date été dénoncés⁶⁶², l'influence que cette dernière exerce sur les modes de pensée contemporains n'en reste pas moins considérable. Deux idées-forces semblent particulièrement se détacher, qui imprègnent aujourd'hui plus que jamais l'inconscient collectif des sociétés contemporaines : la première réside dans le rejet de l'incertitude, qui, face à l'omnipotence de la Raison, fait figure d'anomalie et apparaît intrinsèquement préjudiciable à la société et aux individus qui la composent. La seconde consiste dans la conviction soulignée plus tôt que la science, en tant qu'expression suprême de la rationalité humaine, possède la capacité intrinsèque d'accéder au vrai et donc de fournir des certitudes. Il résulte généralement de la combinaison de ces deux idées une intolérance marquée des sociétés contemporaines au doute et à l'incertitude, qui s'exprime dans tous les champs, dans toutes les dimensions de la vie collective.

contemporaines. Voy. MORIN (E.), « Affronter l'incertitude », *Sciences humaines*, hors-série n°24 intitulé « La dynamique des savoirs », mars-avril 1999.

⁶⁶⁰ *Op. cit.*, Kant (E.), *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris : Larousse, 2013, 96 p.

⁶⁶¹ *Supra*, §113.

⁶⁶² Pour les critiques contemporaines, cf. par exemple FOUCAULT (M.), *Dits et Écrits, tome 1 et 2*, Paris : Gallimard, 2001, respectivement 1700 p. et 1736 p. ; PELLUCHON (C.), *Léo Strauss, Une autre raison, d'autres Lumières. Essai sur la crise de la rationalité contemporaine*, Paris : Vrin, 2005, 314 p. ; MORIN (E.), « L'aspect euphorique des Lumières est en crise », *Télérama*, n°2929 (1^{er} mars 2006), pp. 11-13. Cependant, d'autres auteurs avaient bien plus tôt marqué leur opposition à l'égard d'un ou plusieurs aspects de la philosophie des Lumières. L'on renverra notamment sur ce point à J. G. Herder, Isaiah Berlin ou encore Samuel Huntington. Pour une présentation détaillée du courant des « anti-Lumières », voy. STERNHELL (Z.), *Les anti-Lumières : du XVIIIème siècle à la guerre froide*, Paris : Fayard, 2006, 588 p.

Quel que soit l'aspect considéré de la société, l'on ne compte plus en effet les exemples de cette intransigeance extrême quant à la possession de la connaissance et au-delà, de la certitude. Si Michel Dodet dénonce « *les attitudes sociales de refus du risque* » et « *une sorte d'exigence du "zéro défaut" dans les conduites sociales* » en renvoyant à l'affaire française du sang contaminé⁶⁶³, il s'agit là d'un exemple parmi tant d'autres de ce phénomène à l'œuvre en France comme à l'étranger⁶⁶⁴. La pression à laquelle sont soumis quotidiennement les gouvernements – et de manière plus générale, toutes les instances disposant d'un pouvoir de décision – dans la prévention des risques sanitaires, écologiques, climatiques ou autres, est telle que l'absence de certitudes se traduit presque inévitablement aujourd'hui par la condamnation et le bannissement *a priori* de l'objet de l'incertitude⁶⁶⁵. Loin d'être épargnée par ce phénomène, la sphère internationale en fournit au contraire des illustrations de plus en plus nombreuses. Que l'on songe aux développements toujours plus importants connus par le principe de précaution, à l'apparition de théories comme la légitime

⁶⁶³ DODET (M.), « Expertise et responsabilité : propositions pour une réflexion », in GALLAND (J.-P.), DECROP (G.) (dir.), *Prévenir les risques : De quoi les experts sont-ils responsables ?* La Tour d'Aigues : Éditions de l'Aube, 1998, pp. 26-27. Dans le même sens, MORIN (E.), *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris : Seuil, 2000, 130 p. L'auteur souligne que cette affaire a donné lieu à des condamnations alors même qu'aucune technique de dépistage du VIH n'était disponible au moment des faits.

⁶⁶⁴ Sans que cette liste soit exhaustive, l'on citera pêle-mêle la flagellation du gouvernement américain pour n'avoir pas réussi à déjouer les attentats du 11 septembre 2001, sa mise en cause pour ne pas avoir anticipé de manière suffisamment précise et fiable la force et les dégâts qui résulteraient de l'ouragan Katrina, la condamnation des autorités japonaises pour leur échec à prévoir l'ampleur du tremblement de terre puis du tsunami qui ont frappé le Japon en mars 2011 et détruit en grande partie la centrale nucléaire de Fukushima, l'insatisfaction manifestée récemment à l'égard des pouvoirs publics français en raison des effets secondaires – rares mais logiquement jamais inexistantes – de certains médicaments, et même, de manière plus triviale, la fustigation des arbitres lors de la Coupe du monde de football 2014 en raison de possibles erreurs d'arbitrage dans des situations pourtant souvent hautement ambiguës. Pour un échantillon de littérature dénonçant ces « échecs » des pouvoirs publics à prévoir et à déjouer le risque, voy. POSNER (G.), *Why America slept : the failure to prevent 9/11*, New York : Random House, 2003, 241 p. ; SILBERZAHN (P.), JONES (M.), *Constructing Cassandra : Reframing intelligence failure at the CIA (1947-2001)*, Stanford (CA) : Stanford University Press, 2013, 392 p. ; COOPER (C.), BLOCK (R.), *Disaster hurricane Katrina and the failure of homeland security*, New York : Henry Holt LLC, 2006, 336 p. ; DANIELS (R.), KETTL (D.), KUNREUTHER (H.) (éd.), *On risk and disasters : Lessons from hurricane Katrina*, Philadelphie : University of Pennsylvania Press, 2006, 304 p. ; Rapport de l'AIEA sur la destruction partielle de la centrale nucléaire de Fukushima suite au tremblement de terre et au tsunami du 11 mars 2011, disponible sur le site de l'Agence internationale de l'énergie atomique à l'adresse : http://www-pub.iaea.org/2FMTCD/2Fmeetings/2FPDFplus/2F2011/2Fen200/2Fdocumentation/2Fen200_Final-Fukushima-Mission_Report.pdf (rapport consulté le 18 juillet 2014).

La presse elle aussi paraît assez critique et se fait – le plus souvent volontiers – le relai de la tendance mise en exergue plus tôt au rejet par les sociétés contemporaines du doute et de l'incertitude : voir par exemple <http://bugbrother.blog.lemonde.fr/2014/06/01/la-nsa-aurait-pu-empêcher-les-attentats-du-11-septembre-2001-deplurent-snowden-et-4-autres-lanceurs-dalerte/> ; <http://www.francetvsport.fr/coupe-du-monde-de-football/iran-et-bosnie-fustigent-l-arbitrage-229871> ; http://www.lepoint.fr/sante/les-medicaments-contre-le-rhume-peuvent-etre-dangereux-23-01-2014-1783743_40.php ; <http://fr.euronews.com/2013/01/13/pilules-de-3e-et-4e-generation-a-risque-la-valse-hesitation-/> ; <http://www.franceinfo.fr/emission/Unknown%20token%20emission-type-url/noeud-diffusion-temporaire-pour-le-nid-source-854343-05-05-2014-11-47> (pages consultées le 23 juin 2014).

⁶⁶⁵ Pour un exemple intéressant, voy. le communiqué publié en mars 2009 par l'Académie nationale de médecine dénonçant comme sans fondement la décision du tribunal de grande instance de Carpentras du 4 février 2009 d'ordonner le démontage d'une antenne-relai de téléphonie mobile sur le territoire de la commune de Chateaufort-du-Pape (Bull. Acad. Nat. Méd., 2009, vol. 193, n°3, pp. 785-787, séance du 3 mars 2009) ; ou encore cet autre communiqué de l'Académie de médecine qui, à la suite d'un rapport pourtant rassurant de l'Afsset sur la question de l'éventuelle dangerosité des antennes-relais, s'étonne de la réaction au contraire peu rassurante des pouvoirs publics français et relève que « *des mesures de précaution préconisées sans justification suffisante ne peuvent que renforcer artificiellement les préoccupations de la population. Elles sont de nature à créer un stress supplémentaire dont l'impact non négligeable en termes de santé publique doit être mis en balance avec le bénéfice sanitaire attendu* » (Bull. Acad. Nat. Méd., 2009, vol. 193, n°9, pp. 2127-2130, séance du 1er décembre 2009).

défense préemptive et au-delà même préventive⁶⁶⁶, ou encore à la mise en place de systèmes d'alerte précoce en matière de prévention des risques de génocide⁶⁶⁷, de catastrophes naturelles⁶⁶⁸ ou de crises sanitaires⁶⁶⁹, les exemples ne manquent pas de la volonté croissante des États – tout autant d'ailleurs que des organisations internationales – d'anticiper le risque et de limiter les zones d'incertitude. Si les enjeux de souveraineté s'opposent régulièrement, ainsi que l'a montré le paragraphe précédent, à ce que cette volonté se traduise par l'adoption de normes véritablement contraignantes dans l'encadrement du risque, la tendance des sujets internationaux au rejet de l'incertitude n'en est pas moins réelle. Elle se manifeste depuis de nombreuses années déjà par la mise en place d'institutions à but prospectif dans les domaines de la santé (OMS, FAO, OIE...), de la protection de l'environnement et de la biodiversité (UICN...), de la maîtrise des risques technologiques (AIEA...), et par la multiplication des groupes d'experts spécialisés dans l'étude de tel ou tel type précis de risque, comme le Comité mixte d'experts OMS/FAO sur les additifs alimentaires (JECFA), la Commission du Codex alimentarius ou plus récemment le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). Face à cette tendance marquée des sujets de droit international au rejet de l'incertitude, l'expertise semble *a priori* constituer un instrument précieux pour les fors internationaux : au regard de sa capacité théorique à produire de la certitude, elle possède le pouvoir de rassurer les éventuels litigants en leur signifiant que leurs préoccupations en la matière ont été dûment prises en compte par le juge. La justice étant par nature une institution de régulation sociale, elle ne saurait, sous peine de voir son efficacité et sa légitimité gravement minorées, demeurer longtemps hermétique aux évolutions subies par la société. En tant que vecteur de certitude, le recours à l'expert devrait donc permettre au juge d'intégrer les craintes des États dans sa gestion – formelle comme de fond – du contentieux et par-là même, susciter plus facilement la confiance de ces derniers dans son office. Cela est d'autant plus important que l'existence du juge et sa capacité à

⁶⁶⁶ Sur ce point, cf. CHRISTAKIS (T.), « Vers une reconnaissance de la guerre préventive ? » in BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), KLEIN (P.) (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris : Pedone, 2004, pp. 9-45. Pour une présentation générale de la question de la légitime défense préemptive/préventive, voy. aussi CORTEN (O.), « Les résolutions de l'Institut de droit international sur la légitime défense et sur les actions humanitaires », *RBDI*, 2007-2, pp. 598-626.

⁶⁶⁷ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 14 juillet 2010 intitulé « Alerte rapide, évaluation et responsabilité de protéger » (A/64/864). Disponible sur le site des Nations Unies.

⁶⁶⁸ Outre le plan d'action dit « Stratégie de Yokohama pour la prévention des catastrophes naturelles » adopté en 1994 dans le cadre de la Conférence mondiale des Nations Unies consacrée à la cause, il existe un programme européen nommé DIPECHO, mis en place en 1996, qui est lui aussi consacré à la prévention et à la réduction des risques de catastrophes naturelles. Par ailleurs, un nouveau cadre d'action international a été adopté en 2005 à Hyogo qui encourage et soutient les États dans la mise en place de systèmes d'alerte précoce au plan national en matière de catastrophes naturelles.

⁶⁶⁹ L'on peut ainsi noter l'existence d'un Système mondial d'information et d'alerte rapide sur l'alimentation et l'agriculture (SMIAR), d'un Système de prévention et de réponse rapide contre les ravageurs et les maladies transfrontières des animaux et des plantes (EMPRES), et d'un Système mondial d'alerte précoce et de réponse pour les principales maladies animales y compris les zoonoses (GLEWS).

agir dépendent évidemment très largement de la coopération des États dans le cadre du contentieux interétatique.

Si ce phénomène social de rejet de l'incertitude tient, on l'a vu, à une évolution globale des modes de pensée qui s'observe dans tous les champs de la vie collective, tant au plan international qu'au plan interne, d'autres éléments, plus spécifiquement liés aux caractéristiques et au fonctionnement de l'ordre juridique international cette fois, tendent à expliquer le malaise que suscite la notion d'incertitude dans ce cadre et soulignent l'intérêt d'une mesure comme l'expertise pour les fors internationaux. Ces éléments résident pour l'essentiel dans le caractère souverain des États, trait distinctif fondamental entre tous de l'ordre juridique international, qui en influence profondément la philosophie, le fonctionnement, et qui détermine largement le rapport du juge international à la notion d'incertitude. En effet, la souveraineté étatique confère aux États des prérogatives tout à fait remarquables : en garantissant à chacun d'eux qu'il n'existe aucun sujet, aucune institution qui lui soit supérieur et qui puisse lui imposer unilatéralement sa volonté, elle leur reconnaît un pouvoir de contrôle étendu sur les contraintes qui pèsent sur eux, une autonomie quasi-absolue de la volonté et *in fine*, une liberté rarement égalée. Les États sont dès lors farouchement attachés à la défense de leur souveraineté et ils considèrent avec méfiance tout élément susceptible de porter atteinte à leur liberté. Si le recours au juge les inquiète donc naturellement, puisqu'il leur est le plus souvent impossible d'avoir la maîtrise entière et parfaite du déroulement de l'instance et de la décision qui sera rendue, cela est d'autant plus vrai lorsque le juge bénéficie d'une large liberté dans le cadre de ses fonctions, ainsi que l'ont démontré les développements du premier titre de cette étude.

Or, l'incertitude constitue par nature un vecteur de liberté : parce qu'elle implique l'indétermination, le flou, elle concède indubitablement une latitude importante à tout intéressé appelé à la considérer. Si cet état de fait est parfois profitable aux États, l'absence de certitudes leur permettant notamment de refuser de se lier par des obligations internationales jugées trop contraignantes⁶⁷⁰, il apparaît nettement plus dérangeant à leurs yeux lorsqu'il profite au juge. Quelle que soit l'étendue initiale de ses pouvoirs, ce dernier est susceptible de trouver dans l'incertitude une liberté et une indépendance qui ne peut de toute évidence manquer de les interpeller. Lorsque Laurence Dumoulin présente l'expertise comme une ressource susceptible de se transformer en contrainte pour le juge, c'est parce que la capacité de cette mesure à produire des énoncés considérés comme fiables, voire même comme vrais, peut aboutir à le priver d'une marge d'appréciation importante dans le cadre de sa mission. Selon l'auteur,

⁶⁷⁰ *Supra*, paragraphe 2 de la section précédente.

« on peut dire que c'est la capacité d'une discipline à établir des certitudes qui détermine en partie son pouvoir de contrainte sur le réel et en particulier sur le jugement »⁶⁷¹. Et de continuer : « À partir du moment où les items qui composent le rapport d'expertise n'apportent pas d'affirmations falsifiables – vues comme des certitudes négatives ou positives – les acteurs judiciaires retrouvent leur marge d'appréciation, leur latitude d'action »⁶⁷².

Ainsi donc, si la certitude – ne fut-elle qu'apparente – possède le pouvoir de contraindre le juge en lui ôtant toute marge d'appréciation sur les aspects en cause, l'incertitude lui garantit en revanche quant à elle une évidente liberté d'évaluation et de choix sur ces mêmes aspects⁶⁷³. Dans ces conditions, il est inévitable que les États soient amenés à la percevoir comme un danger dans le cadre du procès : une plus grande liberté du juge se traduit invariablement par un moindre contrôle des États sur le déroulement et l'issue du procès, c'est-à-dire par un risque plus élevé encore qu'à l'accoutumée de devoir faire face à une décision en tout ou partie insatisfaisante et/ou autrement défavorable pour eux. L'existence d'un tel risque et les craintes que les États en tirent ne sont pas sans effet pour le juge international : si son homologue de droit interne pourrait sans doute plus facilement se permettre d'ignorer les inquiétudes des litigants à cet égard et refuser – jusqu'à un certain point du moins – de se priver de la liberté que lui confère l'incertitude, le juge international ne saurait, sous peine de voir les États désertir à plus ou moins court terme son prétoire, envisager pareille perspective. Dans ce cadre, la mesure d'expertise peut s'avérer non seulement utile mais même hautement bénéfique pour le juge : par sa capacité à produire de la certitude, elle semble pouvoir rassurer les États en limitant les appréciations d'opportunité que celui-ci pourrait être tenté

⁶⁷¹ DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit & Société*, 2000, n°44-45, p. 119. Dans le même sens, NAIM-GESBERT (E.), « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n°1, pp. 33-50 ; DEHARO (G.), « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *J. Int'l de Bioeth.*, 2006, vol. 17, n°1-2, pp. 33-54.

Les économistes eux aussi ont pu faire la constatation que la prédictabilité est enfermante alors que l'incertitude est garante de liberté. Renvoyant à la position de J. M. Keynes qui considérait qu'il était impossible de prévoir par le recours à la science statistique les fluctuations du marché, Bernstein estime par exemple que « a tremendous idea lies buried in the conclusion that we simply do not know. Rather than frightening us, Keynes' words bring great news : we are not prisoners of an inevitable future. Uncertainty makes us free » (BERNSTEIN (P. L.), *Against the Gods : The remarkable story of risk*, New York : Wiley & Sons, 1998, p. 229). Cette prise de conscience a d'ailleurs donné naissance depuis le milieu des années 80 à un courant néo-libéral qui, près de 60 ans après les travaux de J. M. Keynes et de Frank Knight sur le sujet, défend l'idée que l'incertitude est essentielle à la créativité entrepreneuriale (cf. notamment PETERS (T.) *Thriving on chaos : Handbook for a management revolution*, New York : Knopf, 1987, 561 p. ; OSBORNE (T.), GAEBLER (T.), *Reinventing Government : How the entrepreneurial is transforming the public sector*, New York : Plume Books, 1993, 432 p. ; voir aussi KEYNES (J. M.), *A treatise on probability*, New York : MacMillan & Co., 1921, 466 p. et KNIGHT (F.), *Risk, uncertainty and profit*, Boston & New York : Houghton Mifflin, 1921, 381 p.)

⁶⁷² *Op. cit.* DUMOULIN (L.), p. 121.

⁶⁷³ Sur ce point, voy. par exemple TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, 394 p. (notamment la contribution introductive d'Eve Truilhé-Marengo et la contribution de Sophie Gambardella).

de faire prévaloir à l'occasion de sa décision. Comme le note par une remarque fort à propos Eric Naim-Gesbert, « *par l'apport de l'objectivité de la science, l'on confisque au juge sa propre vérité* »⁶⁷⁴. Si cela peut sans doute paraître inquiétant de prime abord, cette conséquence potentielle du recours à l'expert procéderait bien plutôt dans ce cas pour le juge international d'une auto-limitation volontairement consentie de son pouvoir en vue d'assurer sa pérennité.

117. Outre cet élément, le caractère souverain des litigants qui estent devant les fors internationaux influence d'une autre façon encore la relation que le juge entretient à l'incertitude, d'une manière qui ne devrait, selon toute logique, pas manquer de conférer à l'expertise un certain attrait. En effet, en plus de la liberté qu'elle confère aux États, la souveraineté étatique garantit aussi – sur le plan juridique tout du moins – leur stricte égalité. La combinaison de ces deux facteurs a fortement contribué à façonner l'ordre juridique international, à lui donner sa physionomie unique, qui repose sur un ensemble décentralisé dans lequel les États coexistent en l'absence d'un pouvoir organisateur central. Du point de vue du juge, cela implique une conséquence particulière – et à vrai dire parfois handicapante – qui réside dans le fait que la mise en œuvre des décisions judiciaires ne peut dépendre que des États eux-mêmes. L'on commence alors à entrevoir en quoi l'incertitude, d'ores et déjà inquiétante, voire même franchement dérangeante dans certains cas du point de vue des États, peut apparaître indésirable au juge international lui-même : si sa décision se fonde sur des éléments qui apparaissent douteux ou contestables, comment ne pas craindre que les États la remettent en cause ? Ainsi qu'expliqué plus avant, l'incertitude est émancipatrice ; elle exclut la notion de « vérité » ou toute autre notion tendant à l'unicité, au profit d'une pluralité de possibilités. Elle interdit la monomanie et favorise au contraire la diversité. Or, à supposer que la décision du juge ne les satisfasse pas, quelle qu'en soit la raison, il ne semble pas improbable que les États puissent invoquer l'absence de certitudes pour justifier d'une position divergente de celle adoptée par le juge sur tel ou tel point et au final, pour motiver leur choix de ne pas observer tout ou partie de la décision. Une telle hypothèse, de par les risques qu'elle comporte pour le juge, ne peut manquer d'instiller chez lui une forte crainte de l'incertitude et une volonté de statuer, dans toute la mesure du possible à nouveau, sur la base d'éléments qui paraissent incontestés. C'est là une raison supplémentaire pour le juge international de considérer les avantages du recours à l'expert : dans la mesure où elle possède théoriquement le pouvoir d'accéder au vrai, l'expertise est susceptible de lui fournir des certitudes et donc une base rigoureusement incontestable pour ses décisions. Que ce soit en raison de sa parfaite objectivité, de sa rationalité, ou de son exactitude supposée, le résultat de

⁶⁷⁴ *Op. cit.* NAIM-GESBERT (E.), « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n°1, p. 37.

l'expertise ne saurait, d'un point de vue théorique au moins, donner lieu à contestation. En affermissant la base de sa décision, le juge pourrait ainsi limiter les éventuelles velléités séditieuses des États.

118. À l'aune des développements qui précèdent, il apparaît que la capacité théorique de l'expertise à produire de la certitude devrait logiquement constituer un attrait puissant pour les fors internationaux, en particulier dans le cadre de la lutte qu'ils mènent contre l'incertitude. Cette dernière s'exprime tout à la fois au travers d'éléments endogènes à l'ordre juridique international, telles la crainte pour les États de se trouver à la merci d'un juge trop libre et vaguement incontrôlable, ou la peur du juge de voir ses décisions méconnues et son prétoire déserté, et dans un élément exogène à celui-ci, qui tient à un phénomène social latent d'exaltation de la raison et de glorification de la science perceptible tant au plan interne qu'au plan international. Au travers de ces trois éléments, l'on devine cependant que le principal attrait de la mesure d'expertise – lorsqu'elle est envisagée en tant que vecteur de certitude du moins – réside en réalité moins dans sa capacité à combattre l'incertain que dans la légitimité qu'elle est supposée pouvoir conférer au juge. Qu'il s'agisse par le recours à l'expert de rester à l'écoute des États, de prendre en compte leurs craintes et de les rassurer, ou même de refléter les évolutions de la société internationale, l'apport essentiel de l'expertise consiste alors sans nul doute dans sa capacité théorique à susciter la confiance des États à l'égard du juge et ce faisant, à assurer une solide légitimité à ce dernier dans le cadre de sa mission. Mais si la mesure d'expertise est effectivement susceptible de contribuer à la légitimité du juge⁶⁷⁵, l'on constatera dans le paragraphe à venir que ce n'est de toute évidence pas sur le fondement de sa capacité à fournir de la certitude, laquelle relève, sinon de la tromperie, tout au moins du mythe.

§2 - L'expertise et les risques d'incertitude pour le juge international

119. Le paragraphe précédent a mis en lumière une évolution importante dans la manière dont l'incertitude est appréhendée par les sociétés humaines : d'une notion ancienne et relativement familière, voire même parfaitement intégrée par certaines sociétés antiques, elle apparaît aujourd'hui comme un élément d'anormalité, un phénomène au mieux indésirable et au pire clairement dommageable qu'il est donc souhaitable d'endiguer, tant au plan national que dans la sphère internationale. L'on a pu noter cependant une évolution parallèle et non moins importante dans la perception de la science et de sa place dans la société : si l'incertitude était désormais un mal reconnu

⁶⁷⁵ L'on renverra sur ce point aux développements de la section deux du chapitre précédent, §80 et s.

et déclaré, la science – qui n’est d’ailleurs pas étrangère à cette posture d’hostilité à l’incertain – en serait l’antidote. Alan Chalmers résume au travers de ces propositions quelques uns des mérites qui sont ainsi prêtés à la science depuis le 17^{ème} siècle :

*« Le savoir scientifique est un savoir qui a fait ses preuves. Les théories scientifiques sont tirées de façon rigoureuse des faits livrés par l’observation et l’expérience. Il n’y a pas de place dans la science pour les opinions personnelles, goûts et spéculations de l’imagination. La science est objective. On peut se fier au savoir scientifique parce que c’est un savoir objectivement prouvé »*⁶⁷⁶.

L’aura dont la science est nimbée semble essentiellement dériver de deux éléments : l’un tient à sa méthodologie qui se veut intellectuellement rigoureuse et garante d’objectivité ; l’autre renvoie à la fonction qui lui est allouée, ou encore à sa vocation que Bruno Latour décrit au travers de son « engagement pour la vérité » et de ses « prétentions à la certitude »⁶⁷⁷. Le respect de la méthodologie scientifique conditionne d’ailleurs la réalisation de ce but par la science : c’est parce qu’elle repose sur des procédures propres à garantir son objectivité que la recherche scientifique peut atteindre à la vérité entendue en son sens le plus absolu. Cependant, et si ces caractéristiques contribuent aujourd’hui largement à l’image d’une science omnipotente dans l’espace public, une simple étude du fonctionnement de la science et de la méthodologie suivie par les scientifiques permet de relativiser cette image, qui s’apparente finalement bien plus à un mythe qu’à une réalité.

120. Plusieurs courants de la philosophie des sciences ont jusqu’à présent tenté, avec plus ou moins de réussite, d’explicitier la méthode scientifique et d’en faire apparaître toute la spécificité, à commencer par son caractère objectif. Pourtant, aucun d’entre eux ne semble à ce jour y être parvenu ; pire encore, leurs travaux paraissent accréditer l’idée inverse, à savoir que la méthode scientifique fait invariablement appel à la subjectivité et même, au-delà, que celle-ci serait nécessaire au progrès de la science. La doctrine inductiviste – qui apparaît historiquement comme le premier courant doctrinal de la philosophie des sciences – a ainsi soutenu l’idée que la connaissance scientifique se construirait par induction à partir de l’observation répétée d’un phénomène donné, un grand nombre de fois et dans des circonstances suffisamment variées⁶⁷⁸. En d’autres termes, la constatation par un observateur possédant des organes sensoriels normaux d’une récurrence du

⁶⁷⁶ CHALMERS (A.), *Qu’est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, p. 21.

⁶⁷⁷ LATOUR (B.), *L’espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l’activité scientifique*, Paris : Éditions La Découverte, 2007, p. 9.

⁶⁷⁸ Pour une présentation générale du raisonnement par induction, voy. par exemple MILL (J. S.), *Système de logique déductive et inductive*, Paris : Felix Alcan, 1889, 577 p. ou SALMON (W. C.), *The foundations of scientific inference*, Pittsburgh : Pittsburgh University Press, 1967, 157 p.

phénomène en dépit d'une variation suffisamment importante des circonstances permettrait, par un processus d'induction, de faire naître une loi générale et universelle relativement à ce phénomène. Les tenants de ce courant de pensée ont considéré que cette méthodologie était propre à garantir l'objectivité de la science dans la mesure où les éléments auxquels elle fait appel – observation empirique et induction – seraient eux-mêmes objectifs⁶⁷⁹. Outre certaines difficultés évidentes du point de vue pratique (à partir de quel degré de variation des circonstances et de combien de répétitions la généralisation par induction apparaît-elle justifiée ?) ou logique (la preuve de la validité du postulat inductiviste en tant que loi universelle n'est possible par exemple qu'en ayant recours à l'induction elle-même⁶⁸⁰), le fondement empirique de la doctrine inductiviste interdit toute aspiration à l'objectivité. Cela transparaît dans les prémisses mêmes du principe de l'induction : à supposer en effet que tous les observateurs auxquels l'on a recours soient dotés d'organes sensoriels qui fonctionnent « normalement » et qu'ils développent donc une « perception normale » du monde, la notion de « normalité » est un concept qui n'existe qu'à travers la subjectivité de celui qui l'emploie. En soutenant l'idée que les énoncés d'observations sur lesquels il se fonde seraient parfaitement objectifs, le postulat inductiviste prétend réduire l'observation à un processus exclusivement physiologique ; or, les informations récoltées par la voie sensorielle ne sont jamais appréhendées de manière neutre par l'observateur. Elles sont analysées et interprétées au cours d'un processus psychique qui fait intervenir l'expérience, les connaissances, les goûts, ou encore les attentes de celui qui observe⁶⁸¹. Insistant sur la dimension psychique de la perception et donc sur son caractère intrinsèquement subjectif, Norwood Hanson écrit que « *[t]here is more to seeing than meets the eyeball* »⁶⁸². Le postulat inductiviste contient donc en son sein les germes de son échec annoncé : il prétend faire dériver de l'expérience empirique, nécessairement subjective, une connaissance scientifique qui se veut, elle, objective. Ce faisant, il est impuissant à convaincre que la science serait parvenue à faire abstraction du sujet pour atteindre une connaissance véritable et absolue de l'objet.

⁶⁷⁹ Les observations pourraient, selon ces auteurs, être réalisées par n'importe quel observateur avec un résultat inchangé dès lors que celui-ci fait un usage normal de ses sens. Quant au raisonnement par induction, il se fonde sur une inférence logique qui opère le passage du particulier au général et il serait ne donc pas influencé par la subjectivité de l'opérateur scientifique.

⁶⁸⁰ Sur cette difficulté de justification du postulat inductiviste, l'on renverra utilement aux écrits de David Hume, notamment à son *Traité de la nature humaine* (Paris : Aubier, 1983, 766 p.) et à ceux de Bertrand Russell (RUSSELL (B.), *Problèmes de philosophie*, Paris : Payot, 1975, 189 p.). Par ailleurs, les limites de la connaissance sensible du monde étaient soulignées dès l'Antiquité par les auteurs grecs : cf. notamment PLATON, *Théétète*, Paris : Garnier-Flammarion, 1999, 412 p.

⁶⁸¹ Dans le même sens, Popper, Kuhn et Feyerabend ont largement insisté sur le fait que les observations empiriques appellent nécessairement un cadre théorique préexistant pour leur formation : cf. POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2007, pp. 92-111 ; KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, chap. 10 ; FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, chap. 6 et 7.

⁶⁸² HANSON (N. R.), *Patterns of discovery : An inquiry into the conceptual foundations of science*, Cambridge : Cambridge University Press, 1958, p. 7.

121. Prenant acte des incohérences – à vrai dire difficilement justifiables⁶⁸³ – relevées à l'encontre de la doctrine inductiviste, un nouveau courant doctrinal s'est fait jour qui renie cette fois d'emblée toute prétention à la certitude dans la démarche scientifique. Le falsificationnisme « *renonce le cœur léger à toute prétention d'établir la vérité des théories – ou leur vérité probable – à partir des faits d'observation* »⁶⁸⁴. Si la science ne peut donc jamais dire le vrai pour les falsificationnistes, elle peut en revanche permettre d'éliminer les théories fausses, *id est* celles qui sont invalidées par l'observation et l'expérience. La nouvelle doctrine prend à cet égard le contre-pied de l'inductivisme en postulant que la théorie doit être antérieure à l'observation : la falsification repose en effet sur l'idée que toute théorie, toute conjecture ou supposition sera formulée *a priori* par les scientifiques puis soumise ensuite seulement au test de l'observation. Seules celles qui n'auront pas été infirmées par l'expérience empirique pourront alors survivre, non pas en tant qu'elles révèlent une quelconque vérité, mais parce qu'elles apparaissent comme les meilleures théories disponibles à un moment « T » pour décrire et expliquer tel ou tel phénomène⁶⁸⁵. L'objectivité de la méthode falsificationniste est théoriquement assurée sur deux fondements : le premier consiste dans une exigence de falsifiabilité des théories, qui implique que seules peuvent être considérées comme scientifiques celles dont la fausseté ou l'inexactitude peut être démontrée par l'observation ; le second consiste dans la logique déductive qui autorise l'infirmité d'une théorie dès lors que l'on a pu constater à une reprise au moins qu'elle ne se vérifiait pas dans la pratique. Ce second fondement apparaît particulièrement prometteur du fait de son extrême cohérence logique : s'il est impossible de tirer de la répétition d'observations singulières une loi générale et universelle, il semble au contraire tout à fait envisageable, d'un point de vue théorique, d'infirmer l'existence d'une telle loi sur le fondement d'une seule et unique observation qui la contredit. Pourtant, et pour convaincante qu'elle paraisse de prime abord, la doctrine falsificationniste souffre en réalité de la même infirmité dont était affecté l'inductivisme, à savoir qu'elle prétend tirer de l'expérience empirique, par définition subjective, un savoir objectif. Il y a là une incompatibilité fondamentale entre le but affiché et les moyens mis en œuvre pour y parvenir : l'infirmité définitive d'une théorie sur le fondement d'un énoncé d'observation, d'une perception, requiert en effet de pouvoir garantir que cette perception est parfaitement exacte et non affectée par la subjectivité de l'observateur. Or cela est par nature

⁶⁸³ Certains tenants de l'inductivisme ont bien tenté de parer aux critiques qui leur été adressées, en adaptant quelque peu leur théorie, et en admettant par exemple que le principe de l'induction ne pouvait pas prouver la vérité d'une proposition mais seulement sa vérité *probable*. Ces tentatives de réhabiliter l'induction ne semblent toutefois pas avoir rencontré beaucoup de succès : CHALMERS (A.), *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, pp. 44-49.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, CHALMERS (A.), p. 73.

⁶⁸⁵ Pour un exposé détaillé de la logique falsificationniste, voy. POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2007, p. 27 et s.

impossible, comme l'a démontré Popper lui-même dans sa critique de l'inductivisme⁶⁸⁶. Si le falsificationnisme échoue donc à garantir l'objectivité de la démarche scientifique, il ne saurait, pas plus que l'inductivisme avant lui, permettre d'accéder à la vérité, à laquelle il n'avait d'ailleurs qu'en apparence renoncé⁶⁸⁷.

122. En réaction à l'échec des doctrines inductiviste et falsificationniste, plusieurs auteurs vont développer l'idée que la méthode scientifique trahit une vision trop parcellaire de la science, qui se concentre en les dissociant sur les éléments de la démonstration que constituent la théorie d'une part, et l'observation d'autre part. Il s'agira donc désormais de développer une vision globale ou systémique de la recherche scientifique en insistant non plus sur ces éléments mais sur les liens qu'ils entretiennent entre eux. Imre Lakatos va ainsi proposer une méthodologie qui se fonde sur des structures complexes qu'il appelle des « programmes de recherche » et qui vise à tester, en les faisant varier, les conditions dans lesquelles une théorie donnée peut s'avérer productive du point de vue scientifique. Cette proposition nécessite, selon Lakatos, que les scientifiques participant au programme acceptent « *par décision méthodologique* »⁶⁸⁸ que la théorie ou les hypothèses qui constituent le noyau dur de leurs recherches ne soient ni contestées, ni modifiées, et encore moins rejetées. Par la suite, et sur la base de ce noyau dur rendu volontairement infalsifiable, il s'agira de faire varier une série d'hypothèses auxiliaires qui, elles, sont réfutables par l'observation, afin d'enrichir le noyau dur du programme et de déceler les conditions dans lesquelles il est à même d'expliquer des phénomènes réels et de les prédire⁶⁸⁹. L'objectivité est supposée garantie tout à la fois au niveau du test des hypothèses auxiliaires – qui repose sur le principe poppérien de la falsifiabilité – et au niveau de la conclusion qui en découle quant à la validité du programme lui-même : selon Lakatos, un programme de recherche ne peut en effet prétendre à la scientificité que s'il conduit au moins occasionnellement à la découverte de nouveaux phénomènes confirmés empiriquement. Autrement dit, c'est la productivité relative du programme qui conduit à le

⁶⁸⁶ *Ibid.*, POPPER (K.), pp. 23-27 et pp. 92-111. Conscient de ce problème, Popper a par la suite défendu l'idée qu'il fallait, pour le surmonter, distinguer entre les énoncés d'observation publics et privés : ces derniers renverraient à des perceptions obtenues par un observateur à titre individuel et seraient nécessairement affectés par la subjectivité de celui-ci. Ils ne pourraient donc pas établir la validité d'une perception. En revanche, un énoncé d'observation public, c'est-à-dire dont un très grand nombre d'observateurs peuvent rendre compte, permettrait d'affirmer l'exactitude de l'observation en cause : cf. POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2007, p. 105 et s. Sans surprise toutefois, cette proposition de Popper, qui ne contient aucune solution réelle au problème, ne semble pas avoir convaincu ses détracteurs : *op. cit.* CHALMERS (A.), pp. 108-112.

⁶⁸⁷ Cela apparaît particulièrement évident puisque d'une part, le falsificationnisme vise à établir la fausseté de certaines théories, ce qui revient à dire qu'il vise à établir une vérité négative mais une vérité néanmoins, avec la certitude qui la caractérise ; et que d'autre part, il ne peut fonctionner qu'en établissant comme vraies les observations empiriques sur la base desquelles les théories sont testées et éventuellement falsifiées.

⁶⁸⁸ LAKATOS (I.), « Falsification and the methodology of scientific research programmes », in LAKATOS (I.), MUSGRAVE (E.) (dir.), *Criticism and the growth of knowledge*, Cambridge : Cambridge University Press, 1974, pp. 91-196.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 135.

considérer comme valide ou au contraire, à l'abandonner. Pour novatrice qu'elle paraisse, la méthodologie des programmes de recherche ne parvient cependant pas plus que les deux doctrines précédentes à dépasser les limites de l'observation empirique. Elle se fonde sur l'idée qu'au travers de l'expérimentation d'un nombre suffisamment élevé et varié d'hypothèses auxiliaires, il sera possible de se faire une idée relativement fiable de la validité ou au contraire de l'invalidité de la théorie qui constitue le noyau dur du programme. Or d'une part, les résultats de l'expérimentation ne sont jamais parfaitement objectifs ni parfaitement fiables puisqu'ils dérivent tout à la fois de l'usage par l'observateur de ses sens et des catégories mentales qui lui sont propres, et d'autre part, il est impossible de déterminer en logique le seuil à partir duquel ces résultats peuvent donner lieu à généralisation et donc permettre d'affirmer que la théorie est valide ou non⁶⁹⁰. Il semble donc que la méthodologie des programmes de recherche ne constitue pas une avancée décisive sur la voie de l'objectivité et de la recherche d'une vérité qui se voudrait absolue⁶⁹¹.

123. Parallèlement à Lakatos, un autre auteur, Thomas Kuhn, va formuler une proposition méthodologique alternative à l'inductivisme et au falsificationnisme, qui tranche sensiblement avec la vision de la science défendue par ces courants doctrinaux. Kuhn conçoit ainsi la méthodologie scientifique comme un processus circulaire et infini constitué de trois étapes : la première consiste dans une activité scientifique désorganisée et protéiforme, décrite comme une phase de « pré-science » ; il en émerge peu à peu un paradigme, c'est-à-dire un ensemble d'hypothèses accepté comme valide par la majorité des scientifiques, qui guide désormais leurs travaux et qui caractérise la phase dite de « science normale ». Enfin, le développement du paradigme et sa confrontation au monde réel au travers de l'observation révélera nécessairement des incohérences et des falsifications ; lorsque celles-ci se multiplieront et/ou qu'elles apparaîtront insurmontables, une « crise-révolution » s'engagera qui aboutira à l'abandon du paradigme en vigueur et à l'émergence progressive, après une phase de « pré-science », d'un nouveau paradigme⁶⁹². La méthodologie suggérée par Kuhn manifeste une indubitable originalité en ce qu'elle accorde une importance fondamentale aux facteurs socio-psychologiques dans le développement de la science. Kuhn insiste d'ailleurs sur le fait que l'étude du progrès scientifique nécessite une analyse de nature

⁶⁹⁰ Sur ce point, plusieurs illustrations intéressantes sont fournies par Alan Chalmers : CHALMERS (A.), *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, pp. 42-44 et pp. 145-147.

⁶⁹¹ Lakatos lui-même semble conscient des limites de sa méthodologie ; cela l'amène à envisager pour elle un but un peu plus modeste que la recherche d'une parfaite objectivité et d'une vérité absolue. Ainsi affirme-t-il simplement que « la méthodologie des programmes de recherche scientifique est mieux appropriée que toute autre méthodologie pour approcher la vérité dans notre univers réel » (cité in WORRALL (J.), CURRIE (G.) (éd.), *Imre Lakatos philosophical papers : The methodology of scientific research programmes (Volume 1)*, Cambridge : Cambridge University Press, 1978, pp. 168-169).

⁶⁹² Pour de plus amples développements et une explication générale de la méthodologie de Kuhn, voy. KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, 284 p.

psychologique tout autant qu'historique⁶⁹³. Ainsi, il explique que la phase de « pré-science » ne peut exister qu'en raison de la multiplicité des approches envisagées pour un phénomène donné, qui résulte elle-même de la compréhension et de l'interprétation spécifique qu'à chaque scientifique dudit phénomène. De même, en l'absence d'un raisonnement logique permettant d'affirmer que le nouveau paradigme sera effectivement meilleur que l'ancien, Kuhn assimile le passage de l'un à l'autre lors de la phase de « crise-révolution » à une conversion religieuse, décidée par chaque scientifique au gré de l'appréciation – nécessairement subjective – qu'il porte sur les mérites respectifs de chaque paradigme. Ce faisant, il s'inscrit en faux contre la prétention traditionnelle de la science à l'objectivité : il reconnaît en effet non seulement le rôle de la subjectivité individuelle dans les décisions des scientifiques mais il l'encourage même, en soutenant que la diversité qu'elle suscite contribue très largement au progrès de la science⁶⁹⁴. Par ailleurs, en faisant du paradigme l'aboutissement de toute recherche scientifique et la figure centrale de sa méthodologie, Kuhn renonce explicitement à l'idée d'une science vouée à la recherche de la vérité absolue et capable de produire des certitudes.

124. Une remise en cause encore plus marquée de cette vision désormais traditionnelle de la science comme archétype de la rationalité et comme instrument de vérité, résulte des travaux de Paul Feyerabend. Récusant l'idée d'une science autarcique et autosuffisante, qui existerait et se développerait en dehors du sujet, échappant ainsi à toute forme de subjectivité, il replace au contraire l'individu au centre de l'activité scientifique et voit en la science une activité sociale par nature, qui se nourrit des rapports que chaque scientifique entretient aux choses, aux concepts et aux individus. Sur ce fondement, il ne conteste pas seulement les méthodologies pré-existantes mais la possibilité même pour une méthodologie, quelle qu'elle soit, de rendre compte avec exactitude du fonctionnement de la science et de la recherche scientifique. Il affirme que l'idée de réduire une activité humaine aussi complexe à quelques règles fixes et universelles « *est utopique, car elle implique une conception trop simple des aptitudes de l'homme et des circonstances qui encouragent, ou causent, leur développement* »⁶⁹⁵. Loin de rejeter la dimension humaine de la science, il défend même l'idée que c'est précisément la subjectivité individuelle qui lui confère son adaptabilité⁶⁹⁶. Si Feyerabend ne nie pas que les scientifiques fassent effectivement appel dans le cadre de leurs travaux aux outils de la rationalité que sont la logique et la démonstration, il considère que ces derniers

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁹⁴ *Op. cit.* CHALMERS (A.), pp. 164-165.

⁶⁹⁵ FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, p. 332.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, pp. 332-333.

n'influencent pas de manière décisive le développement de la science : celui-ci procède, selon lui, bien plus des décisions et des choix opérés subjectivement par les scientifiques. Ainsi, confronté à la question de savoir comment départager deux théories rivales, lesquelles peuvent rarement être comparées en logique en raison du fait que les concepts et les énoncés d'observation auxquels elles font appel n'ont le sens qu'on leur confère que dans le cadre précis de la théorie qui les utilise⁶⁹⁷, Feyerabend soutient que « [c]e qui reste, ce sont les jugements esthétiques, les jugements de goût, les préjugés métaphysiques, les désirs religieux, bref ce sont nos désirs subjectifs »⁶⁹⁸. Il renie dès lors avec vigueur la vision d'une science qui se voudrait strictement rationnelle et objective et qui serait de ce fait vecteur de vérité et de certitude. Au-delà, c'est la supériorité de la science sur les autres formes de savoir, justifiée par la spécificité et les qualités apparentes de la méthode scientifique, qu'il remet en cause. Renvoyant à Lakatos et à sa méthodologie des programmes de recherche, il écrit :

« Ayant achevé sa “reconstruction” de la science moderne, il en tourne les résultats contre d'autres domaines, comme s'il était établi que la science moderne est supérieure à la magie, ou à la science aristotélicienne, et que ses résultats ne sont pas illusoires [...] Ses “reconstructions rationnelles” tiennent pour acquise la “sagesse scientifique fondamentale” sans pour autant démontrer qu'elle est supérieure à la “sagesse fondamentale” des sorcières et des mages »⁶⁹⁹.

Feyerabend s'emploie par-là même à déconstruire une vision de la science non seulement idéalisée, mais qui relève clairement du mythe à ses yeux.

125. Ce tour d'horizon des principales méthodologies proposées jusqu'à présent pour expliquer le fonctionnement de la science s'avère particulièrement éclairant, non pas en ce qu'il permettrait d'asseoir la vision d'une science toute-puissante, dont l'emprise sur le réel constituerait un pouvoir structuré et parfaitement assuré, mais en ce qu'il donne à voir au contraire un champ disciplinaire en proie au doute, tant à l'égard du rôle qui lui est dévolu que des traits qui le caractérisent. Depuis l'inductivisme – que d'aucuns qualifient de « naïf »⁷⁰⁰ – jusqu'aux thèses libérales de Kuhn et de

⁶⁹⁷ Il s'agit là du problème dit de « l'incommensurabilité », qui rend presque systématiquement impossible toute comparaison logique de deux ou plusieurs théories concurrentes car les référents auxquels elles font appel se voient attribuer un contenu spécifique et donc un sens différent dans chacune des théories concernées. Pour de plus amples développements sur ce point, voy. FEYERABEND (P.), *Contre la méthode*, chap. 17 et FEYERABEND (P.), « Changing patterns of reconstruction », *British J. Philo. Science*, 1977, n°28, pp. 351-382.

⁶⁹⁸ *Op. cit.* FEYERABEND (P.), *Contre la méthode*, p. 320.

⁶⁹⁹ *Ibid.* p. 228.

⁷⁰⁰ *Op. cit.* CHALMERS (A.), *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, 287 p.

Feyerabend, il semble qu'aucun auteur ne soit parvenu à mettre en évidence l'existence d'une méthodologie unique et universelle, qui guiderait de manière systématique l'activité scientifique et qui en assurerait la rationalité et la stricte objectivité. Il ressort, à l'opposé, des travaux sus-évoqués que la science n'a pu exister historiquement en dehors de l'individu, du sujet, ni s'affranchir totalement de la subjectivité qui en émane. C'est alors un premier préjugé qui se trouve malmené : la science ne semble pas caractérisée par sa parfaite objectivité ; si elle utilise bien les ressorts de la raison comme matrice essentielle de son activité, la subjectivité du scientifique n'en est pas pour autant annihilée et elle participe, de manière parfois même déterminante, au développement de la connaissance scientifique. Cette révélation entraîne la déroute immédiate d'un second préjugé, non moins tenace que le premier : en l'absence de garantie quant à son objectivité, la science ne saurait prétendre à la vérité, du moins dans son acception absolue. L'aboutissement de toute recherche scientifique semble résider, avec bien plus de modestie, dans la mise à jour d'un paradigme qui servira de cadre conceptuel provisoire aux scientifiques, à défaut de fournir la moindre certitude. Au final, la science dite « exacte » n'est pas moins affaire de confiance – d'aucuns, comme Kuhn et Feyerabend, disent même de croyance – que celle qui reposait jadis sur les données exclusives de l'expérience empirique.

126. Quelles conséquences tirer alors de la remise en cause du mythe d'une science toute-puissante et omnisciente ? L'incapacité de la méthodologie scientifique à garantir l'objectivité de la recherche et par-là même à permettre l'accès au vrai, ne remet pour autant pas en cause les très nombreux succès de la science, ni les indéniables progrès scientifiques réalisés depuis le 17^{ème} siècle et dont chacun peut constater au quotidien la réalité. C'est sur un autre terrain, celui de la confiance, que la destruction de ce mythe s'avère déstabilisante, ainsi que l'illustre parfaitement l'évolution des relations qu'entretiennent le juge et l'expert. Comme l'a démontré le paragraphe précédent, l'expertise s'envisageait initialement comme une mesure qui, faute de pouvoir parvenir à une vérité absolue, était vouée à produire de la conviction sur le fondement de l'expérience et de la probité qui caractérisaient la personne de l'expert. Cette finalité de la mesure d'expertise impliquait inévitablement un rôle essentiel de la notion de confiance, qui se trouvait alors au cœur de la relation juge-expert. Selon Georg Simmel, la confiance s'analyse en « *un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir* »⁷⁰¹. Or c'est précisément dans cette situation qu'était originellement placé le juge face à l'expert : l'avis de ce dernier lui fournissait certes un certain nombre d'informations, une base de compréhension de tel ou tel aspect du cas qu'il devait trancher, mais sans toutefois être capable de lui

⁷⁰¹ SIMMEL (G.), *Secret et sociétés secrètes*, Strasbourg : Circé, 1991, p. 22.

apporter de certitudes ni de lui garantir une connaissance véritable, intangible et incontestable sur les aspects en cause. C'est alors bien sur le fondement de la confiance que lui inspirait l'expert que le juge décidait de la valeur à conférer à l'avis qui lui était fourni. Cela explique sans aucun doute que jusqu'à la fin du Moyen-Âge – et même un peu au-delà – la personne de l'expert, bien plus que le contenu de son avis, ait présenté un intérêt déterminant dans le cadre du procès : plus qu'un simple intermédiaire dans la délivrance du savoir, il était celui qui, au travers de ses compétences et de ses qualités personnelles, le construisait et le rendait crédible.

Cependant, le développement du mythe d'une science omnipotente et capable d'atteindre au réel devait bientôt tout changer à cet égard : sous son influence, l'expertise est peu à peu devenue une mesure supposée produire de la certitude sur le fondement d'une méthodologie spécifiquement caractérisée comme scientifique. L'évolution du rôle de l'expertise, d'un simple instrument de conviction du juge à une mesure qui ambitionne au contraire de produire de la certitude dans le cadre du jugement, a par suite rendu obsolète la notion de confiance qui caractérisait initialement la relation juge-expert. Comme l'explique Georg Simmel, si celui qui ne sait rien ne peut pas faire confiance, « *celui qui sait tout n'a pas besoin de faire confiance* »⁷⁰². En d'autres termes, la certitude qui est supposée résulter de l'énoncé scientifique rend inutile *a priori* toute recherche par le juge d'une réassurance quant à l'expérience et à la moralité de l'expert : ce n'est plus à l'aune des qualités propres à l'expert lui-même mais des qualités propres à l'énoncé scientifique produit par ce dernier que le juge apprécie la valeur et la fiabilité de l'expertise. Si face à l'impossibilité d'atteindre une vérité absolue, la figure de l'expert apparaissait déterminante dans l'appréciation que portait le juge sur l'avis qui lui était délivré, l'avènement de la science en tant que mode privilégié – voire même unique – d'accès au réel a donc considérablement relativisé le poids de l'expérience pratique et des qualités personnelles dont pouvait initialement se prévaloir l'expert à cet égard⁷⁰³. À la confiance dans la personne de l'expert s'est substituée la certitude issue des propriétés intrinsèques à l'énoncé scientifique, avec une conséquence inévitable : le juge n'a plus besoin de *faire confiance* puisqu'il peut désormais être *sûr*.

127. Mais en montrant que la science n'a en réalité jusqu'à présent jamais été en mesure de fournir de réelles certitudes, les développements ci-dessus conduisent inévitablement à réhabiliter la

⁷⁰² *Op. cit.* SIMMEL (G.), p. 22.

⁷⁰³ LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, pp. 43-44. Cette évolution fait dire à Simona Cerutti que « *ce dont il est question finalement, c'est de la délégitimation de l'expérience en tant qu'objet et source du droit* » (CERUTTI (S.), « Faits et "faits judiciaires". Le consulat de commerce de Turin au XVIIIème siècle », *Enquête*, 1998, n°7, p. 174). Christian Licoppe décrit ce même phénomène en parlant d'un passage de l'*experientia* (c'est-à-dire une expertise fondée sur l'expérience personnelle de l'expert) à l'*experimentum* (une expertise fondée cette fois sur l'expérimentation scientifique) : *op. cit.* LICOPPE (C.), p. 23 et s.

notion de confiance. L'expertise, même entourée de son halo de scientificité, n'est en aucun cas un vecteur de certitude ; elle se fonde sur des connaissances et une méthodologie qui, bien que loin d'être sans intérêt, demeurent faillibles. Comme l'explique Thomas Kuhn, l'adhésion au paradigme – fût-elle le fait de l'expert scientifique ou, à travers lui, du juge – se fait exclusivement sur la base de la confiance que ces derniers lui accordent⁷⁰⁴. La « décision méthodologique » de considérer comme infalsifiable le noyau dur d'un programme de recherche procède elle aussi de la confiance chez Lakatos. Il en va encore de même de la décision de tirer d'un nombre nécessairement restreint d'observations empiriques une loi qui se veut générale et universelle, que celle-ci soit exprimée de manière positive chez les inductivistes ou négative chez les falsificationnistes. Quelles que soient les qualités ou le sérieux avec lequel l'expertise a été réalisée, le juge ne peut donc jamais en tirer de certitude, ni escompter que l'expert lui révèle le vrai ; tout au mieux peut-il raisonnablement attendre de lui qu'il l'aide à se déterminer en lui indiquant l'hypothèse qui, à ses yeux, semble la plus plausible ou la plus convaincante pour résoudre un problème donné. Le choix subséquent du juge de suivre ou, au contraire, de s'écarter de l'opinion de l'expert relève, lui, exclusivement d'une question de confiance. Cela revient à dire que l'expertise ne saurait être, en l'état actuel de la connaissance scientifique, autre chose qu'un moyen de conviction pour le juge et que toute prétention à la certitude constitue en ces circonstances un leurre.

128. Cette conclusion, pour difficile qu'elle soit à admettre dans l'atmosphère de scientisme qui baigne la psyché des sociétés contemporaines, l'est sans doute plus encore pour le juge lui-même, qu'il agisse au plan interne ou international. En effet, si la mesure d'expertise pouvait s'avérer potentiellement très confortable pour lui lorsqu'il était susceptible d'y trouver, sur le fondement de la certitude apparente qu'elle produisait, un moyen d'asseoir l'objectivité, l'exactitude et finalement l'autorité de sa décision⁷⁰⁵, elle n'apparaît plus si rassurante en revanche lorsqu'elle est ramenée à un simple moyen de conviction. C'est qu'en renonçant à la prétention du vrai et de la certitude, l'expertise s'illustre comme un instrument faillible, qui laisse la porte ouverte à l'erreur et à la partialité. Le juge ne dispose plus alors d'aucun moyen pour se rassurer et, au-delà, pour rassurer les litigants quant à l'exactitude des éléments factuels qu'il retient comme base de sa décision. Il ne peut

⁷⁰⁴ KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, p. 217.

⁷⁰⁵ L'on a, du reste, déjà eu l'occasion d'illustrer ce point dans le paragraphe précédent à propos du juge international. Si cette remarque s'imposait alors avec une acuité particulière puisque l'existence et la pérennité des tribunaux internationaux dépendent très largement de la légitimité dont ces derniers jouissent auprès des États, elle n'en demeure pas moins vraie dans le cas du juge de droit interne. Voy. par exemple en ce sens DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit & Société*, 2000, n°44-45, pp. 199-223 ; DEHARO (G.), « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *J. Int'l de Bioeth.*, 2006, vol. 17, n°1-2, pp. 33-54 ; NAIM-GESBERT (E.), « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n°1, pp. 33-50.

que faire un choix – et donc éventuellement se tromper – en accordant ou pas sa confiance à un expert lui-même possiblement dans l’erreur. Cette réalité explique le malaise, ancien déjà mais de plus en plus prégnant, manifesté par le juge américain dans son rapport à l’expert, ainsi que les errances des jurisprudences *Frye* puis *Daubert*. Que celles-ci s’échinent à rechercher des critères objectifs permettant au juge d’apprécier la valeur réelle de l’expertise, c’est-à-dire son exactitude en somme, est une bataille livrée en pure perte⁷⁰⁶ : au final, la décision du juge à cet égard n’est jamais qu’un choix qui procède de la confiance que lui inspire l’expert. Quand bien même ne verrait-on dans ces deux jurisprudences qu’une volonté de « guider » le juge quant aux éléments qui doivent ou qui peuvent l’amener à donner sa confiance à l’expert, cette tentative de rationalisation d’un processus par définition subjectif n’apparaîtrait guère plus convaincante que celle qui consisterait à tenter d’apprécier *in abstracto* l’exactitude de l’opinion de l’expert.

129. Si ce renoncement au mythe d’une science qui peut et qui sait tout semble donc devoir être synonyme d’inconfort et d’une certaine insécurité pour le juge en général, les conséquences susceptibles d’en découler apparaissent en revanche tout particulièrement inquiétantes dans le cas du juge international. Comme l’ont souligné à maintes reprises les développements précédents, la logique volontariste qui émane directement du concept de souveraineté étatique et qui fonde l’ordre juridique international implique que l’existence, le fonctionnement et la pérennité des fors internationaux est hautement dépendante de la coopération des États. C’est pourquoi la recherche de légitimité constitue inévitablement un enjeu clé pour le juge international, qui détermine tout à la fois sa capacité d’action et sa pérennité. Dans ce cadre, la prise de conscience de ce que l’expertise ne peut constituer qu’un moyen de conviction du juge emporte des conséquences qui vont bien au-delà de la simple gêne pour ce dernier. En effet, outre que l’expertise paraît incapable de fournir des certitudes et de permettre au juge international d’asseoir, comme il aurait pu l’espérer idéalement, sa légitimité⁷⁰⁷, sa caractérisation en tant que mesure faillible est susceptible de renforcer l’incertitude dans le cadre du procès. Dès lors notamment que la décision du juge ne repose plus sur une base d’objectivité et de certitude mais sur un choix nécessairement subjectif du juge, celui de faire ou non confiance à l’expert, l’expertise ne peut que difficilement susciter une adhésion pleine et entière des

⁷⁰⁶ *Supra*, §60. L’on notera d’ailleurs que, si ce malaise est particulièrement perceptible chez le juge américain – la logique accusatoire contribuant en effet fortement à souligner l’absence de vérité absolue et donc de certitude – il ne constitue pas pour autant un phénomène américano-américain. Ainsi, Ève Truilhé-Marengo note-t-elle que « [t]ypiquement, en établissant des listes d’experts, le système français semble vouloir contourner en amont la question de la recevabilité de l’expertise et, en aval celle de sa force probante, ce qui peut être considéré comme un aveu de l’inaptitude du droit à définir les conditions de recevabilité d’une expertise » (TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, p. 36).

⁷⁰⁷ *Supra*, paragraphe précédent.

États. Loin de brider la liberté du juge en lui assénant des vérités scientifiques incontestables, l'expertise souligne au contraire la latitude dont il dispose et l'impact de ses choix sur l'issue du procès. Ce faisant, elle n'apparaît pas seulement comme une source d'inconfort ou d'insécurité, mais aussi comme une possible source de délégitimation pour le juge international.

Les tribunaux internationaux l'ont d'ailleurs bien compris : leur refus persistant de trancher les controverses scientifiques, et leur propension à laisser de côté les questions susceptibles de donner lieu à des combats d'experts pour ne se prononcer que sur la base d'un principe juridique non contesté⁷⁰⁸ ne laissent guère planer de doute sur ce point. La Cour internationale de Justice a d'ailleurs eu l'occasion d'explicitier sa position à cet égard dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Libye et Malte : face à l'opposition des experts des parties quant à la question de savoir si une zone d'effondrement pouvait, de par ses particularités géomorphologiques, constituer une « discontinuité fondamentale » du plateau continental au point d'en figurer la limite naturelle, la Cour affirme qu'elle

*« ne peut accepter l'idée que, pour statuer en l'espèce, elle devrait d'abord trancher un désaccord entre des hommes de science réputés sur l'interprétation plus ou moins plausible de données apparemment incomplètes ». Et d'ajouter qu'« un critère [celui de la discontinuité fondamentale en l'occurrence] nécessitant un tel jugement ou une telle évaluation lors d'une instance judiciaire [...] ne convient manifestement pas comme règle juridique de délimitation applicable à titre général »*⁷⁰⁹.

Conscient du risque que représente l'expertise du point de vue de sa légitimité, et au regard de l'importance de cet enjeu pour lui, l'on ne s'étonnera donc plus réellement de voir le juge international manifester régulièrement si peu d'enthousiasme – voire même traditionnellement une franche hostilité s'agissant de la CIJ – à l'égard du recours à l'expert : en effet, à l'exception des rares cas dans lesquels les experts des parties se rejoignent⁷¹⁰ ou dans lesquels l'expertise apparaît autrement revêtue de crédibilité, globalement incontestée, et donc faiblement risquée pour lui⁷¹¹, le

⁷⁰⁸ Pour des illustrations de cette tendance, l'on renverra aux développements du chapitre deux du titre précédent, notamment §59.

⁷⁰⁹ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, p. 27.

⁷¹⁰ Voy. par exemple *Affaire relative à l'interprétation du traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904*, Suisse/Italie, sentence du 27 avril 1911, *R.S.A.*, vol. XI, p. 262 ; GATT, *Thaïlande – Cigarettes* (DS10/R – 37S/214) rapport du Groupe spécial, p. 22.

⁷¹¹ Parmi ces cas dans lesquels le juge international accepte de faire usage de l'expertise sans trop de crainte, il faut sans doute citer les hypothèses dans lesquelles les rapports d'expertise émanent d'institutions ou d'organismes internationaux respectés tels la CDI, l'ONU, l'OMS etc... Dans ce sens, voy. notamment CIJ, *Plateau continental de la Mer du nord*, RFA c. Pays-Bas et RFA c. Danemark, arrêt du 20 février 1969 (fond), *Rec.* 1969, p. 34 ; CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.* 2005, p. 232 et s. ; CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime*

juge international paraît manifestement mal à l'aise à l'égard de cette mesure qui s'avère parfois moins apte à susciter la confiance des États que leur méfiance envers lui.

CONCLUSION DU CHAPITRE, DU TITRE ET DE LA PARTIE

130. À l'issue des développements du chapitre précédent, l'expertise est apparue comme un dispositif dont le potentiel théorique en matière de légitimité est tout à la fois indéniable et essentiel. L'on aurait donc pu s'attendre à ce que le juge international, au regard des bénéfices qu'il pouvait en tirer, lui accorde un intérêt particulier et en fasse, sinon une mesure systématique, à tout le moins un instrument privilégié dans le cadre de ses interventions. Or, force est de constater qu'en pratique, les fors internationaux font au contraire preuve d'une assez grande circonspection à l'égard de l'expertise : l'on notera que la proportion des cas dans lesquels le juge international recourt à l'expert demeure étonnamment faible en considération de la relative complexité, voire de la très haute technicité des différends qui opposent aujourd'hui régulièrement les États. Ainsi, la CIJ n'a-t-elle mis en œuvre le pouvoir qu'elle tire de l'article 50 de son Statut qu'à quatre reprises depuis sa création⁷¹² tandis que les groupes spéciaux de l'OMC n'ont effectivement fait appel à des experts qu'à l'occasion d'une dizaine d'affaires sur plus de 500 différends qu'ils ont tranchés jusqu'à présent⁷¹³. Si la pratique du TIDM est sans doute encore trop limitée pour être significative sur ce point, l'on remarquera en revanche que seul le contentieux des délimitations territoriales et maritimes

de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt du 26 février 2007 (fond), *Rec.* 2007, p. 144 ; GATT, *Canada – Boissons alcooliques* (DS/17R – 39S/28), rapport du Groupe spécial, p. 30 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 231 et s. ; ORD, *États-Unis – Restrictions à l'exportation* (DS194), rapport du Groupe spécial, p. 106 ; ORD, *Corée – Navires de commerce* (DS273), rapport du Groupe spécial, p. 28.

⁷¹² Deux fois dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, une fois dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* et enfin, tout dernièrement en 2016, une fois dans l'affaire (actuellement pendante) entre le Costa Rica et le Nicaragua concernant la délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique.

⁷¹³ Voy. les affaires ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, annexe 2, p. 247 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport du Groupe spécial, annexe, p. 299 ; ORD, *Japon – Film* (DS44), rapport du Groupe spécial, annexe sur les problèmes de traduction, p. 580 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, annexe IV, p. 405 ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, annexe A, p. 148 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe VI, p. 149 ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, annexe 3, p. 220 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe G ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, annexe B-2.

L'on notera que les juridictions de l'Union européenne ne semblent guère mieux disposées à l'égard de l'expertise : voy. par exemple TPICE, 5 juillet 2005, *Luigi Marcuccio c/ Commission*, aff. T-9/04, *Rec.* Fonction publique 2005, p. I-A-195 et TPICE, 6 septembre 2006, *Bayer CropScience AG e.a. c/ Commission*, aff. T-34/05. Les auteurs notent que la Cour et le Tribunal n'ont d'ailleurs fait usage de l'expertise que dans une trentaine d'affaires sur l'ensemble de celles qui lui ont été soumises jusqu'à présent : BROSSET (E.), « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, pp. 247-280 et BARBIER DE LA SERRE (E.), SIBONY (A.-L.), « Expert evidence before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n°4, pp. 941-985.

laisse apparaître un recours régulier à l'expert dans le cadre arbitral. Cette réticence affichée du juge international à l'égard de l'expertise n'est toutefois pas totalement sans fondement, ainsi que l'a démontré le dernier chapitre de cette partie.

131. Une fois encore, l'on ne peut donc que constater à quel point la conciliation du *leg* respectif des traditions continentale et de *common law* paraît mal aisée. Si la conception active de l'office du juge héritée de la première devait contribuer à faire de la légitimité un enjeu de premier ordre pour le juge international, la qualité souveraine des parties et le caractère décentralisé de l'ordre juridique international favorisent eux davantage la conception anglo-saxonne d'un juge passif qui, de par le rôle très limité qui lui est échu dans le procès, n'apparaît en principe que faiblement concerné par les enjeux de légitimité. Quant à l'expertise, si elle semble être un instrument de choix pour permettre à un juge international actif de construire ou de renforcer sa légitimité en veillant à l'équité de la procédure et à la qualité des décisions rendues, elle devient au contraire un élément de nature à remettre en cause la légitimité du juge et de ses décisions lorsque c'est une conception restrictive du rôle de ce dernier qui est privilégiée. Qu'elle favorise, au travers de la dichotomie traditionnelle et néanmoins hautement poreuse du fait et du droit, la méconnaissance par le juge des limites de sa compétence ou même qu'elle aboutisse, par l'incertitude qui la caractérise nécessairement, à renforcer la liberté du juge international et à souligner le poids de ses décisions, de ses choix subjectifs dans la solution finale du litige, la mesure d'expertise souligne encore et toujours le rôle du juge, par opposition à la passivité qu'il serait supposé afficher pour garantir son objectivité et même, au-delà, son impartialité dans le procès. Elle questionne de fait le caractère juste et équitable de l'intervention du juge, qui doit alors faire face à une remise en cause de sa légitimité auprès des États et à la méfiance subséquente qui anime ces derniers. Or l'office du juge international ne saurait être mené à bien sans la confiance des États : privé de leur confiance, il paraît fort probable que le juge verrait à plus ou moins brève échéance son prétoire déserté par les États. Au-delà de cette conséquence immédiate, c'est sans aucun doute l'impact que cette situation pourrait avoir *in fine* sur le règlement des différends interétatiques qui retient le plus l'attention. Il faut rappeler une nouvelle fois que si l'immense majorité de ces différends est réglée par le biais de mécanismes extra-juridictionnels qui présentent l'avantage de la rapidité, de la flexibilité et de la discrétion, les différends soumis au juge international le sont en général précisément en raison de l'inadaptation ou de l'échec de ces mécanismes extra-juridictionnels⁷¹⁴. La perspective de voir les

⁷¹⁴ *Supra*, §42.

États se détourner du juge international apparaît donc très préjudiciable pour le juge lui-même mais aussi et surtout, pour le maintien de relations paisibles entre les États.

132. Au vu de ces développements, Georg Simmel n'avait sans doute pas tort de considérer la confiance comme « *l'une des forces de synthèse les plus importantes au sein de la société* »⁷¹⁵. Dans le cadre international, c'est ainsi elle qui structure et rend possible la coexistence pacifique entre les États : en favorisant la prévisibilité, en encourageant les échanges et la recherche de solutions concertées en cas de problème, elle fait échec aux velléités anarchiques et destructrices qu'encourage inévitablement l'absence d'un pouvoir central organisateur et elle assure une cohésion – certes minimale, mais néanmoins stable et globalement paisible – de la société des États. Dès lors, c'est sans doute dans cette direction qu'il convient de rechercher la clé d'une éventuelle conciliation entre le *leg* des traditions continentale et de *common law*. La seconde partie de cette étude permettra d'ailleurs de confirmer cette conclusion en constatant que, loin d'être rédhitoires, les insatisfactions que suscite actuellement l'expertise sont bien davantage liées au cadre dans lequel elle s'insère, aux caractéristiques et modalités retenues comme « toile de fond » de l'intervention de l'expert, qu'aux insuffisances intrinsèques dont celle-ci serait éventuellement affectée. Si le procès international, marqué aujourd'hui par l'influence sans cesse grandissante de la tradition de *common law*, apparaît généralement comme le lieu d'un affrontement entre les États (voire entre ces derniers et le juge lui-même), l'on verra qu'il n'y a en cela aucune fatalité. Que ce soit à l'occasion du procès ou du recours à d'autres modes de règlement pacifique des différends interétatiques, il semble tout à fait possible en effet de créer des conditions propices à l'émergence – ou à la restauration – d'un lien de confiance entre les États et, ce faisant de fournir, on le verra, un cadre de toute évidence bien plus favorable à l'expertise.

⁷¹⁵ SIMMEL (G.), *Sociologie : études sur les formes de la socialisation*, Paris : PUF, 1999, p. 355.

PARTIE II

L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF FONCTIONNEL D'ASSISTANCE AUX PARTIES DANS LE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

133. Quoique l'apport de l'expertise au règlement juridictionnel des différends entre États puisse sembler, à l'issue de la première partie de cette étude, assez limité, il serait excessif – et à vrai dire même parfaitement erroné – de croire que l'expertise ne puisse jamais s'illustrer comme un instrument efficace et satisfaisant dans le contentieux interétatique. Puisque les difficultés constatées résultent manifestement des divergences entre les conceptions de l'expertise respectivement héritées de la tradition continentale et de celle de common law, la question essentielle qui se pose est de savoir comment résoudre les contradictions qui en résultent. L'on gagera que c'est sans doute en revenant aux « fondamentaux » de l'ordre juridique international et de la société des États que l'on pourra le mieux répondre à cette question. C'est pourquoi, délaissant la logique de la première partie, qui appréhendait l'expertise essentiellement du point de vue de l'assistance que celle-ci pouvait fournir au juge, l'on s'interrogera désormais dans cette seconde partie sur ce que l'expertise peut spécifiquement apporter aux États dans le cadre du règlement pacifique de leurs différends. En effet, ce sont les États, en aucun cas le juge, qui se trouvent au cœur de l'ordre juridique international et le caractère éminemment volontariste qui distingue aujourd'hui encore celui-ci ne laisse subsister que peu de doutes sur ce point. L'on verra ainsi qu'employé aux fins de l'élaboration d'un règlement opérationnel du différend, dans le cadre de fonctions qui apparaissent donc directement orientées par les besoins et priorités des États, le recours à l'expert est susceptible de constituer un instrument tout à la fois utile et performant (Titre 1). De même, en optant pour des modalités qui permettent de prendre en compte ces mêmes besoins, l'on verra que l'expertise retrouve une vraie pertinence en vue du règlement pacifique des différends interétatiques, que ce soit dans le cadre des fonctions classiques que l'on abordait plus tôt ou, de manière plus surprenante, en s'illustrant désormais comme un vecteur d'apaisement et de dialogue entre les parties au différend (Titre 2).

L'ELABORATION D'UN REGLEMENT OPERATIONNEL DU DIFFEREND

134. Les traditions juridiques de droit continental et de common law ont développé chacune, on l'a vu, une conception particulière de l'expertise et de la manière dont l'expert est sollicité pour concourir au succès la procédure contentieuse. Cependant, outre la difficulté manifeste qu'il peut y avoir à les concilier, aucune de ces deux conceptions ne paraît capable en elle-même de refléter de manière satisfaisante les spécificités et les enjeux du contentieux interétatique : la première conçoit l'expertise exclusivement dans ce qu'elle peut apporter au juge ; quant à la seconde, si elle l'envisage bien comme un outil à la disposition des parties, c'est pour leur permettre de mieux s'opposer dans le combat ouvert que constitue alors le procès. L'on verra dans les développements à venir qu'il y a pourtant d'autres manières bien plus productives pour l'expertise de servir les États. Ainsi, pour surprenant que cela puisse paraître au premier abord, l'on constatera que l'expertise peut constituer un véritable atout pour les litigants lorsque l'expert devient le juge et qu'il est chargé de statuer sur tout ou partie de leur différend (Chapitre 1). Outre cette hybridation originale des fonctions juridictionnelle et d'expertise, l'on constatera que le recours à l'expert ne pose pas non plus de problème lorsqu'il est mis en œuvre aux fins d'exécution des décisions des fors internationaux, offrant même aux États l'assurance d'un règlement définitif et pleinement opérationnel de leurs différends (Chapitre 2).

Chapitre 1

L'EXPERT EN TANT QUE JUGE OU ARBITRE DU DIFFEREND

135. Les conclusions qui se sont imposées à l'issue de la première partie de cette étude ne laissent guère planer de doute sur l'inefficacité actuelle du recours à l'expert dans le contentieux interétatique. Parmi les griefs récurrents qui lui sont adressés, l'on retrouve notamment le caractère largement incoercible de l'expertise, que ce soit en raison des modalités de sa mise en œuvre ou même en raison des limitations épistémologiques auxquelles elle confronte invariablement les acteurs judiciaires. Si les difficultés paraissent sans doute effectivement irrésistibles dans ce second cas, il en va en revanche différemment lorsqu'elles résultent d'une mise en œuvre jugée insatisfaisante de la mesure d'expertise. À cet égard, l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise, hypothèse assez ancienne bien que peu répandue dans l'ordre juridique international, ne peut manquer de retenir l'attention : pour déroutante qu'elle puisse paraître au premier abord, elle semble en effet susceptible de fournir à l'expertise un cadre propre à rassurer les litigants et, par suite, à réhabiliter l'expert dans le cadre de l'instance internationale (section 1). D'autre part, alors que les craintes manifestées par le juge et les litigants à l'égard du recours à l'expert se traduisent habituellement par une recrudescence des erreurs et vices en tous genres – lesquels entraînent une moindre efficacité des décisions juridictionnelles – les créations hybrides comme celles de l'expert-juge et de l'expert-arbitre semblent pour leur part favoriser une bonne administration de la justice dans le cadre du procès international et une amélioration de la qualité des décisions des fors internationaux (section 2).

Section 1

LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE L'EXPERT OU LA CONCILIATION ENTRE EXPERTISE ET SOUVERAINETE DE L'ÉTAT

136. Si l'expertise est difficile à concilier avec la protection de la souveraineté et des intérêts des États, tant elle se prête mal à l'exercice par ces derniers d'un quelconque contrôle lorsqu'elle est destinée à assister le juge, elle constitue en revanche un dispositif bien plus consensuel et rassurant pour ces derniers lorsqu'elle s'illustre dans le cadre de la fonction juridictionnelle. De par le contrôle très poussé dont ils jouissent en principe sur la procédure de règlement des différends, les États disposent d'une maîtrise satisfaisante des modalités du recours à l'expert, de même que des questions relatives à son mandat et à son statut (§1). Par ailleurs, parce que le choix de confier à un expert une fonction de nature juridictionnelle n'apparaît justifié en pratique qu'au regard de certains besoins

spécifiques des États, qui s'avèrent par nature limitatifs, le recours à l'expert est, dans ces circonstances, nécessairement conçu en termes étroits et il apparaît donc moins susceptible de donner lieu à des dérives incontrôlables de l'expertise pour les États (§2).

§1 - Les limites résultant pour l'expert de la volonté des parties

137. Comme l'a montré la première partie de cette étude, l'expertise constitue une indéniable source d'inquiétude pour les États : dans le cadre de ses fonctions « traditionnelles » dans le contentieux interétatique, elle s'avère en effet le plus souvent un dispositif très difficile voire impossible à maîtriser pour eux. Qu'il s'agisse du choix des experts, de l'étendue et des termes de leur mission, ou même de l'impact que leur opinion produira sur le juge, il semble que la mesure, dès lors qu'elle s'adresse au juge, soit vouée pour l'essentiel à leur échapper. Les États, qui perçoivent donc les risques intrinsèques que l'expertise recèle pour la préservation de leurs intérêts – et au-delà même parfois de leur souveraineté – adoptent ainsi une posture de méfiance qui aboutit régulièrement à priver celle-ci de tout intérêt. D'aucuns pourraient être tentés de conclure à ce point qu'expertise et souveraineté étatique constituent deux notions incompatibles, irréconciliables même dans le cadre du contentieux interétatique : s'il semble que l'utilité de l'expertise et la liberté conférée au juge de la modeler au gré de ses besoins soient directement corrélées, l'acceptabilité de la mesure pour les États litigants dépend quant à elle au contraire du degré de contrôle auquel ces derniers peuvent prétendre à son égard. Ainsi, le recours à l'expert constitue-t-il de prime abord une équation insoluble dont les termes, en apparence largement antagonistes, ne laissent guère espérer quant à l'avenir de l'expertise devant les fors internationaux.

138. Cependant, et pour justifiée qu'elle puisse paraître au regard des difficultés qui ont émaillé l'emploi de l'expertise par le juge international au cours des dernières décennies, cette conclusion n'en demeure pas moins hâtive et excessivement pessimiste. Une étude approfondie du contentieux interétatique révèle en effet que l'équation du recours à l'expert est non seulement soluble mais encore qu'elle possède plusieurs réponses possibles, dont certaines, loin d'être des créations nouvelles, consistent en des techniques relativement anciennes et valablement éprouvées. Il en est notamment ainsi du cas de « l'expert-juge » ou de « l'expert-arbitre », qui sera au cœur des développements à venir et dont les premières illustrations dans le contentieux entre États remontent

au XIX^{ème} siècle⁷¹⁶. Dans cette hypothèse, l'expert n'est pas seulement sollicité pour ses connaissances et/ou ses compétences spécialisées, il se voit également investi par les États d'une fonction juridictionnelle en vue du règlement de tout ou partie du différend qui les oppose. Le plus souvent, il s'agira donc d'un ou plusieurs individus choisis par les parties en considération de leur expertise dans tel ou tel domaine précis intéressant le différend, et auxquels celles-ci conféreront ponctuellement les pouvoirs de juge ou encore d'arbitre. L'on notera par exemple en ce sens, dans l'*Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la décision de la France et de la Suisse de « nommer trois experts, munis des pouvoirs d'arbitres, en vue de régler d'une façon mieux appropriée aux conditions économiques actuelles les modalités des échanges entre les régions intéressées [...] »⁷¹⁷. De même, il ressort de la sentence rendue le 24 mars 1922 en l'*Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes* qu' « entre la Colombie et le Venezuela, une longue suite de précédents a attribué aux membres des Commissions techniques de délimitation un caractère arbitral »⁷¹⁸. Pareillement, c'est à une commission de deux ou trois experts que l'Argentine et le Chili avaient décidé de confier le règlement des différends apparus dans le cadre de la démarcation et du bornage de leur frontière commune dans l'*Affaire du Canal de Beagle*⁷¹⁹. Au-delà, le traité indo-pakistanaïse de 1960 relatif aux eaux de l'Indus prévoit lui aussi de soumettre les éventuels différends survenant entre les parties dans le cadre de l'exécution du traité à l'arbitrage d'un expert neutre⁷²⁰.

139. Si elle paraît, en dépit d'une certaine ancienneté, encore assez mal connue dans le cadre du contentieux interétatique, cette pratique hybride qui voit l'expert intervenir pour trancher un litige est

⁷¹⁶ Le plus ancien cas relevé est celui du traité de Bogota conclu entre la Colombie et le Venezuela le 14 décembre 1833, qui stipulait en son article 28 que les experts géomètres qui composaient la Commission de délimitation « dresseront la carte des territoires limitrophes et tiendront un journal de leurs opérations et ces pièces, lorsqu'elles seront parfaitement concordantes, seront considérées comme faisant partie du présent Traité et auront les mêmes force et validité que si elles y étaient insérées » (*Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, RSA, vol. I, p. 270 et 281 notamment). Cette conclusion repose sur l'étude de la jurisprudence des juridictions internationales permanentes (CPJI, CIJ, GATT, OMC, TIDM) et des sentences arbitrales compilées dans le Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies (ou des sentences autrement rendues disponibles par la CPA).

⁷¹⁷ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, RSA, vol. III, p. 1457 et 1459 notamment.

⁷¹⁸ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, RSA, vol. I, p. 285.

⁷¹⁹ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, p. 85.

⁷²⁰ Voy. l'article 9 §2 du traité, disponible sur le site de Banque Mondiale à l'adresse <http://www.banquemondiale.org/>. Pour d'autres exemples de la pratique de l'expert-juge et/ou de l'expert-arbitre dans le contentieux interétatique, voy. notamment l'*Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 7 septembre 1910, RSA, vol. XI, p. 190 ; *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, Royaume-Uni c. Éthiopie, sentence du 7 octobre 1927, RSA, vol. II, p. 823 ; TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, comptes-rendus des audiences publiques des 19 et 20 août 1999 (matin), pp. 35-36 (disponibles sur le site internet du TIDM, consulté le 7 juin 2016) ; GATT, Corée – *Restrictions à l'importation de la viande de boeuf (plainte de la Nouvelle-Zélande)*, rapport du Groupe spécial, L/6505 – 36S/261, adopté le 7 novembre 1989, p. 19. Voy. encore, bien qu'il n'ait donné lieu à aucun contentieux (et qu'il n'ait pas non plus, semble-t-il, reçu application), le traité conclu entre la Grande-Bretagne et le Portugal le 2 juin 1891 et son article XV (LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale : Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, Berne : Stämpfli & Co., 1902, pp. 1845-1846).

en revanche de plus en plus répandue dans les droits internes et dans les contentieux de droit international privé. Qu'elle se nomme « *expert determination* » ou « *appraisal* » dans les droits anglo-saxons⁷²¹, « *schiedsgutachten* » dans les droits suisse et allemand⁷²², « *bindend advies* » en droit néerlandais⁷²³, « *arbitraggio* » en Italie⁷²⁴, ou bien parfois « *expertise-arbitrage* » dans les droits francophones⁷²⁵, elle renvoie toujours à un mode alternatif et contractualisé de règlement des différends dans lequel les parties à un contrat prévoient par une clause expresse de soumettre tout ou partie des différends qui surviendront entre elles relativement à ce contrat à un expert dont les décisions seront, sauf cas exceptionnel, définitives et obligatoires à leur égard. Tout en suscitant un engouement évident sur le plan pratique aussi bien que théorique – engouement que la multiplication des écrits doctrinaux sur le sujet reflète bien – l'on notera néanmoins un certain malaise lié à ce qui apparaît indubitablement comme une « confusion des genres ». La littérature consacrée à la recherche de critères valables permettant de distinguer ces hypothèses des qualifications traditionnelles que sont l'expertise d'une part, et l'arbitrage d'autre part, abonde⁷²⁶ ; les cours et tribunaux internes sont poussés à l'introspection au travers des interrogations qui en résultent quant à la nature et aux limites de la notion de « pouvoir juridictionnel »⁷²⁷. Il faut bien reconnaître que les

⁷²¹ La procédure d'« *expert determination* » n'est généralement prévue par aucune disposition législative ou réglementaire particulière dans les droits anglo-saxons : elle est considérée comme une prérogative qui découle directement de la liberté contractuelle dont jouissent les parties dans le cadre des conventions qu'elles passent. A ce titre, elle ne peut être écartée par le juge que pour d'impérieux motifs de « *public policy* » (cf. sur ce point la décision rendue par la juridiction suprême britannique en 1993 dans l'affaire *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, 1 All E.R. 664 ; ou encore les décisions respectivement rendues par la Cour Suprême de Western Australia dans l'affaire *Baulderstone Honibrook Engineering Pty. Ltd. v. Kayah Holdings Pty. Ltd.*, [1997] 14 BCL 277 et par la Cour Suprême de Victoria dans l'affaire *Badgin Nominees Pty. Ltd. v. Oneida Ltd. anor*, [1998] VCS 188).

⁷²² Voy. l'article 189 du code de procédure civile suisse et l'article 317 du code civil allemand.

⁷²³ Cette hypothèse est expressément prévue à l'article 7:900 du code civil néerlandais depuis 1993. Voir également les règles relatives à l'arbitrage adoptées par le Netherlands Arbitration Institute en 2010 (notamment l'article 3), disponibles en ligne à l'adresse <http://www.nai-nl.org/en/> (consultée le 12 décembre 2014).

⁷²⁴ Voy. l'article 1349 du code civil italien. Le terme « *arbitraggio* » est d'origine doctrinale et ne figure donc pas expressément dans l'article, bien qu'il soit d'utilisation générale pour se référer à la procédure qui y est prévue.

⁷²⁵ Alternativement, le phénomène est parfois désigné sous le nom d'« *expertise irrévocable* » en France. Dans les deux cas, l'intervention de l'expert semble s'inscrire dans le cadre des articles 1592 ou 1843-4 du code civil français.

⁷²⁶ Voy. entre autres JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, Paris : LGDJ, 1987, p. 112 et s. ; JARROSSON (C.), « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2001, n°1, pp. 5-41 ; DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris : Joly, 1990, p. 180 et s. ; DUPREY (D.), « Arbitrage et expertise : où sont les frontières ? », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2006, pp. 967-973 ; HABSCHEID (W. J.), « L'expertise-arbitrage – Etude de droit comparé », in SANDERS (P.), *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1967, p. 103 et s. ; LOQUIN (E.), « De la distinction entre l'expertise et l'arbitrage », *RTD Com.*, 2009, p. 537 et s. ; KENDALL (J.), FREEDMAN (C.), FARRELL (J.), *Expert determination*, United Kingdom : Sweet & Maxwell, 2008, 4^{ème} éd., pp. 274-294 ; SACHS (K.), « The interaction between expert determination and arbitration », in KAUFMANN-KOHLER (G.), JOHNSON (A.), (dir.), *Arbitration of mergers and acquisition disputes : ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 21, 2005 in Basel*, Bâle : Association suisse de l'arbitrage, 2005, pp. 235-280 ; JONES (D.), « Is expert determination a final and binding alternative ? », *Arbitration*, 1997, vol. 63, n°3, pp. 213-226.

⁷²⁷ Ainsi, le juge français considère-t-il que l'expert ne possède pareil pouvoir que lorsqu'il se prononce sur les aspects juridiques du différend ou, à tout le moins, lorsqu'il tire les conséquences en droit de ses constatations factuelles ou techniques (CA Paris, 25^{ème} Chambre B, 17 septembre 2004, 04/01049 ; Cass. Com., 16 février 2010, 09-11586.). Le juge anglais semble quant à lui privilégier le critère de l'apparence, à travers une analyse du comportement et des pouvoirs mis en œuvre par l'expert : celui-ci a-t-il instruit le cas et entendu les parties ? A-t-il respecté l'exigence fondamentale d'équité de la procédure ? A-t-il dû prendre en compte les éléments présentés par les litigants pour former

intrications de plus en plus étroites entre science et droit n'ont guère contribué au cours des dernières décennies à la clarification des concepts et des rôles des différents acteurs à l'instance. Si l'expert s'illustre désormais dans le cadre de la fonction juridictionnelle, le juge et l'arbitre tendent quant à eux à devenir des experts. Le phénomène flagrant de technicisation du contentieux, qui a déjà été souligné plus avant, induit en effet de manière inévitable une spécialisation des juridictions ; le juge n'est plus seulement un magistrat, il apparaît aujourd'hui régulièrement comme un « technicien » spécialiste de telle ou telle branche du droit, voire de telle ou telle question précise dans cette branche. Au plan international, la multiplication des juridictions spécialisées comme les tribunaux pénaux internationaux, le TIDM ou l'Organe de règlement des différends de l'OMC constitue une bonne illustration de ce phénomène. Face à ce chassé-croisé, reflet de l'interdépendance croissante entre les aspects juridiques et technico-scientifiques des différends, l'on ne peut manquer une nouvelle fois de constater à quel point la frontière entre la fonction du juge et celle de l'expert semble floue.

140. Si ces difficultés de qualification – et au-delà même de définition – paraissent donc constituer une préoccupation importante pour les praticiens et les tribunaux de droit interne, il semble qu'il en aille cependant quelque peu différemment dans le cadre des différends qui opposent les États. Tout en posant évidemment la question – non sans pertinence sur le plan théorique – de la spécificité de la fonction juridictionnelle en droit international public, le cas de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre ne peut, en l'absence d'un système judiciaire centralisé qui imposerait aux États de régler leurs différends selon certaines voies de droit pré-déterminées et obligatoires, constituer une véritable source de déstabilisation pour les litigants et les praticiens. En effet, le caractère fondamentalement volontariste du droit international s'est toujours traduit par une liberté quasi-absolue pour les États dans le choix des moyens à mettre en œuvre en vue du règlement de leurs différends⁷²⁸. Aussi n'y-a-t-il guère de risque de voir le juge et/ou l'arbitre international manifester la crainte d'être évincés ou dépossédés de leur compétence par l'expert. Par ailleurs, si la question de la qualification présente, en droit interne, un intérêt pour la détermination des voies de recours disponibles contre la décision de l'expert et des conditions nécessaires à leur mise en œuvre, Elisabeth Zoller rappelle qu'en droit international, les voies de recours sont en tout état de cause conçues *a minima* et ce, pour éviter que les États récalcitrants puissent, par le biais d'un appel, d'une

sa décision ou pouvait-il donner un avis qui lui était propre, sans considérer les arguments des parties ? (*Palacath Ltd v. Flanagan*, 1985, 2 All E.R. 161-166).

⁷²⁸ Bien sûr, cette liberté s'exerce, depuis les conventions de La Haye de 1899 et de 1907, dans le respect du principe du règlement pacifique des différends. Il existe d'autre part quelques cas isolés de compétence obligatoire du juge international mais leur caractère hautement exceptionnel ne permet pas une remise en cause de la liberté de principe dont disposent les États en la matière.

demande en révision ou même en interprétation, se soustraire à une décision qui leur serait défavorable⁷²⁹. De la même manière, la distinction entre jugement ou sentence arbitrale d'une part et décision d'expert d'autre part, qui paraît fondamentale pour déterminer les voies d'exécution qui se trouvent à la disposition du bénéficiaire de la décision en droit interne⁷³⁰, ne semble pas absolument essentielle en droit international dès lors que, du fait du caractère décentralisé de la société des États, aucune exécution forcée – entendue au sens strict – ne saurait en principe être mise en œuvre à l'encontre de l'État défaillant. Enfin, et si l'on peut sans doute admettre un certain degré d'imprécision, voire même l'existence régulière d'erreurs dans la rédaction des conventions passées entre personnes privées, qui justifient la nécessité de rechercher si les parties ont réellement entendu conférer à l'expert une fonction juridictionnelle, il semble peu plausible qu'il en aille de même s'agissant des conventions entre États. Ces derniers possèdent le plus souvent des services juridiques parfaitement compétents et rompus à la rédaction des instruments internationaux ; ils peuvent encore s'adjoindre l'assistance ponctuelle de cabinets juridiques spécialisés et d'internationalistes renommés si le besoin s'en fait sentir. Au regard de l'importance des conséquences pouvant découler pour eux d'une rédaction défaillante des conventions internationales d'une part, et des moyens importants dont ils disposent pour éviter ces écueils d'autre part, l'on peut en général valablement présumer qu'une clause conférant à un expert des pouvoirs de nature juridictionnelle résulte non pas d'une méprise mais bel et bien de la volonté des parties de faire trancher leur litige par cet expert. Néanmoins, si la détermination de critères permettant de distinguer les hypothèses dans lesquelles l'expert est investi d'une fonction juridictionnelle d'autres hypothèses proches – notamment celles d'un juge ou d'un arbitre juriste qui posséderait une compétence spécialisée – ne répond donc pas à une nécessité pratique dans le cadre du contentieux interétatique, elle n'en demeure pas moins utile en l'espèce pour poser, sur le plan théorique, les limites de l'analyse qui va suivre. Aussi, l'on retiendra que seuls sont visés en l'espèce les cas dans lesquels un ou plusieurs individus, choisis sur le fondement de leurs connaissances et/ou compétences technico-scientifiques, sont appelés à rendre une décision définitive et obligatoire à l'égard des États litigants dans le cadre du règlement d'un différend juridique pré-existant qui oppose ces derniers⁷³¹. Les développements de ce chapitre laisseront au

⁷²⁹ ZOLLER (E.), « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *AFDI*, 1978, vol. 24, pp. 327-351.

⁷³⁰ Sur ce point, voy. par exemple SACHS (K.), « The interaction between expert determination and arbitration », in KAUFMANN-KOHLER (G.), JOHNSON (A.), (dir.), *Arbitration of mergers and acquisition disputes : ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 21, 2005 in Basel*, Bâle : Association suisse de l'arbitrage, 2005, p. 245 ; JONES (D.), « Is expert determination a final and binding alternative ? », *Arbitration*, 1997, vol. 63, n°3, p. 221 ; KENDALL (J.), FREEDMAN (C.), FARRELL (J.), *Expert determination*, United Kingdom : Sweet & Maxwell, 2008, 4^{ème} éd., p. 295.

⁷³¹ Le cadre ainsi retenu est volontairement étroit, il ramène l'expert à sa définition traditionnelle d'individu possédant une base technique ou scientifique de compétence et agissant donc pour l'essentiel dans le domaine du fait,

surplus volontairement de côté le cas des assesseurs que les tribunaux internationaux peuvent parfois s'adjoindre et celui des juridictions mixtes composées pour partie de juristes et pour partie de techniciens : le premier, à certains égards très proche de l'institution traditionnelle qu'est l'expert du tribunal, ne permet pas de dépasser les difficultés mises en exergue dans le cadre de la première partie⁷³² ; quant au second, bien qu'en apparence moins commun, il n'en est pas moins impuissant à résoudre la question fondamentale de la compétence épistémologique des membres de la formation de jugement et il ne constitue donc pas une alternative pleinement satisfaisante⁷³³.

141. Une fois précisé le cadre de l'analyse, et n'en déplaise éventuellement aux puristes, le contentieux des différends entre États semble manifestement pouvoir s'accommoder sans difficultés excessives des figures hybrides – intellectuellement peu familières, il est vrai – de l'expert-juge et/ou de l'expert-arbitre. Il semble même, à bien y regarder, que cette hybridation entre les compétences du juge et de l'expert puisse permettre d'éviter, dans le cadre du recours à l'expertise, un certain nombre des difficultés qui ont été mises en lumière dans la première partie de la thèse. En effet, si l'expertise constitue, dans le cadre de ses fonctions classiques dans le contentieux interétatique, une source de craintes pour les États, qui y voient un instrument difficile à maîtriser et, en conséquence, un instrument possiblement dommageable pour leurs intérêts, elle apparaît au contraire très largement inoffensive pour eux lorsqu'elle est enserrée dans le carcan de la fonction juridictionnelle. Et pour cause, puisque les États disposent alors, au travers du contrôle poussé, voire exclusif, qu'ils exercent sur la procédure de règlement des différends, d'une entière maîtrise de l'expertise. L'on notera tout d'abord que l'appréciation de la nécessité de l'expertise ne relève plus dans ce cas d'un juge ou d'un arbitre mais des États eux-mêmes, dans l'exercice de leur liberté souveraine quant à la détermination des moyens à mettre en œuvre pour le règlement pacifique de leur litige. L'expertise peine à paraître dans ces circonstances comme une expertise imposée, elle est bien au contraire une expertise choisie par les États. C'est parce qu'il possède des compétences et/ou des connaissances spécialisées présentant à leurs yeux un intérêt particulier pour le règlement de leur différend que les parties auront

même lorsqu'il intervient au titre de la fonction juridictionnelle qui lui est confiée. Comme l'introduction de cette étude l'aura montré, il est certes évident que la figure de l'expert est aujourd'hui évolutive, multiple et donc bien plus complexe à cerner, mais l'on aura privilégié cette vision simplificatrice afin que la démonstration n'ait pas à pâtir des flottements existant autour de la notion d'« expert » à l'heure actuelle.

⁷³² Sur ce point, voy. par exemple FOSTER (C.), *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals. Expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, pp. 127-128.

⁷³³ En effet, le fait de réunir au sein d'une formation de jugement des juristes et des techniciens n'a en réalité aucun impact sur le déficit de compétence épistémologique dont souffrent les premiers à l'égard des questions technico-scientifiques et les seconds à l'égard des questions juridiques. La composition mixte apparaît même potentiellement très dangereuse pour les litigants dans la mesure où, n'assistant pas au délibéré, ils n'ont virtuellement aucun contrôle sur l'influence mutuelle – et potentiellement décisive – qu'exerceront les uns sur les autres à l'égard des questions dont ils n'ont pas la maîtrise. *Op. cit.* là aussi FOSTER (C.), pp. 125-127.

recours à l'expert en lieu et place d'un juge ou d'un arbitre traditionnel⁷³⁴. Ainsi, la France et la Suisse ont-elles décidé, dans l'affaire des *Zones franches franco-suisse*s, de confier l'arbitrage de leur différend à des experts « *en vue de [le] régler d'une façon mieux appropriée aux conditions économiques actuelles* »⁷³⁵. L'Inde et le Pakistan semblent pour leur part avoir prévu la possibilité de soumettre à un expert les différends relatifs à l'exécution du traité de 1960 sur les eaux de l'Indus « *in light of the key role that the Treaty gives to engineers in interpreting its most important provisions [...]* »⁷³⁶. Quant au Japon, il a affirmé dans l'*Affaire du thon à nageoire bleue* être prêt à faire trancher le différend qui l'opposait à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande par des experts neutres dans la mesure où ces derniers « *sont mieux capables de faire la distinction entre la science de la pêche et la politique nationale* »⁷³⁷.

142. Par ailleurs, le choix de l'expert et sa désignation, étape ô combien délicate pour les États lorsque l'expertise s'adresse au juge, ne paraît plus poser de difficulté particulière lorsque l'expert est appelé à trancher le différend : le choix est alors effectué soit par les États eux-mêmes, soit par une autorité désignée par eux d'un commun accord, et en tout état de cause, il est effectué de telle sorte que les préoccupations des États soient nécessairement prises en compte dans la sélection de l'expert. Dans la mesure où ce dernier est, par sa décision, supposé mettre fin à leur différend, il est en effet inconcevable que l'expert désigné ne recueille pas la pleine adhésion des États. C'est ainsi que le traité de délimitation conclu le 23 juillet 1881 entre l'Argentine et le Chili prévoit que les éventuelles difficultés qui surviendront relativement au tracé de la ligne frontière et qui ne pourront résolues à l'amiable seront soumises à l'arbitrage de trois experts, à nommer pour l'un par le gouvernement argentin, pour l'autre par le gouvernement chilien et pour le troisième, par les deux États sur une base consensuelle⁷³⁸. Les mêmes modalités de désignation des experts-arbitres résultent du compromis conclu par le Canada et la France dans l'*Affaire du filetage dans le Golfe du Saint Laurent*⁷³⁹. La France et la Suisse avaient quant à elles décidé de choisir et de nommer d'un commun accord les trois experts-arbitres qui devaient statuer dans l'affaire précitée des *Zones franches*

⁷³⁴ Pour de plus amples développements sur la valeur ajoutée du recours à l'expert dans ce cadre, cf. *infra*. section 2 du présent chapitre.

⁷³⁵ *Affaire des zones franches franco-suisse*s, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1457.

⁷³⁶ *Affaire des eaux de l'Indus*, Inde/Pakistan, sentence partielle du 18 février 2013, p. 101, §276, disponible sur le site internet de la CPA (consulté le 19 décembre 2015).

⁷³⁷ TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, compte-rendu de l'audience publique du 19 août 1999 (matin), p. 35, disponible en ligne sur le site du TIDM, (consulté le 19 décembre 2015).

⁷³⁸ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85.

⁷³⁹ *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 227.

*franco-suisse*⁷⁴⁰, tandis que l'Inde et le Pakistan ont confié à la Banque Mondiale, après qu'elle les ait consultés sur la question, le soin de choisir l'expert neutre qui devrait trancher leur différend dans l'*Affaire du barrage de Baglihar*⁷⁴¹.

143. Une troisième problématique, qui s'avère régulièrement épineuse pour les États lorsque l'expertise est destinée au juge, se trouve au contraire entièrement désarmée lorsque l'expert se voit confier le règlement du litige : il s'agit bien évidemment de la question de son mandat et des points sur lesquels il devra se prononcer. La détermination du contenu et de l'étendue du mandat conféré à l'expert n'est jamais indépendante des besoins du juge lorsque l'expertise est adressée à ce dernier ; cela la rend de fait difficile à contrôler et potentiellement inquiétante pour les États parties au différend. En revanche, dès lors que l'expert agit dans le cadre de la fonction juridictionnelle, son mandat est exclusivement fonction des besoins des parties. Ce sont alors les États, par la formulation de leur différend et au travers des termes précis choisis dans le compromis, qui définissent seuls le mandat de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre. Il leur est ainsi loisible de restreindre le mandat de l'expert à certaines questions précises formant partie du différend, comme dans l'*Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes* dans laquelle le mandat des experts-arbitres était limité aux questions de délimitation et de bornage, tandis que les questions relatives à l'occupation des territoires disputés par les deux États étaient laissées à l'arbitrage du Conseil fédéral suisse⁷⁴². Pareillement, seules certaines questions précises et limitativement énumérées peuvent être soumises à l'arbitrage d'un expert neutre en vertu de l'article 9 du traité indo-pakistanaise de 1960 sur les eaux de l'Indus et de son annexe F⁷⁴³.

144. Mais au-delà du contrôle qu'elle confère aux parties *ab initio* sur la détermination du mandat de l'expert et de son contenu, l'hybridation entre les compétences du juge (ou de l'arbitre) et de l'expert réduit encore les risques soulignés plus tôt de voir le dépositaire du pouvoir juridictionnel déléguer son mandat d'une part, ou tenter de l'outrepasser d'autre part. En effet, l'une des causes essentielles résultant dans la délégation par le juge ou l'arbitre de sa fonction de juger réside, comme l'ont expliqué les développements de la première partie⁷⁴⁴, dans le problème de la compétence épistémologique : l'expertise n'étant justifiée qu'au regard des compétences ou des connaissances

⁷⁴⁰ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1457.

⁷⁴¹ *Affaire du barrage de Baglihar*, Pakistan c. Inde, décision du 12 février 2007, disponible sur le site internet de la Banque Mondiale à l'adresse <http://www.banquemondiale.org/> (consulté le 22 décembre 2015).

⁷⁴² *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, pp. 225-226.

⁷⁴³ L'annexe F au traité est disponible, comme le traité lui-même, sur le site internet de la Banque Mondiale.

⁷⁴⁴ *Supra*, §47 notamment.

spécialisées qui leur font défaut, le juge et l'arbitre peinent régulièrement à développer une vision critique de l'expertise qui leur est fournie et ils ont tendance en pareil cas à « s'en remettre » purement et simplement, bien que souvent de manière inconsciente, à l'expert. Une telle délégation du pouvoir juridictionnel paraît évidemment beaucoup moins probable dès lors que celui-ci est confié à un expert, qui possède les connaissances et compétences spécialisées nécessaires pour se forger sa propre opinion sur le cas qui lui est soumis. Il demeure certes possible, dans des cas très complexes, que l'expertise de l'intéressé ne couvre pas l'ensemble des problématiques technico-scientifiques du différend ; il ne tient alors qu'aux États, en cas d'inquiétudes importantes et pour éviter la délégation par l'expert de son pouvoir à un éventuel sapiteur, de restreindre le mandat initial de l'expert à l'arbitrage des questions qui, seules, relèvent de son expertise, quitte à confier les autres à un second expert-arbitre.

S'agissant à l'inverse des risques de dépassement par le juge de son mandat, ils procèdent notamment, comme il a été expliqué plus avant⁷⁴⁵, de la volonté du juge de rechercher au travers de l'expertise une solution unique, qui s'apparente autant que faire se peut au vrai. Plus l'incertitude est forte et la situation complexe, plus le juge ou l'arbitre a tendance – même inconsciemment – à rechercher une solution qui paraît tout à la fois claire, simple et bien établie, c'est-à-dire en un mot, rassurante. Ce faisant, ils sont cependant susceptibles de méconnaître le pouvoir discrétionnaire important dont les États jouissent lorsque les obligations qu'ils ont contractées sont, à la faveur de cette complexité et de l'incertitude qui les caractérise, conçues *a minima*. L'expert-juge ou l'expert-arbitre, parce qu'il connaît en principe parfaitement les questions en cause, parce qu'il n'est pas désarçonné par leur technicité intrinsèque et parce qu'il est familier de l'incertitude qui les entoure, ne ressentira pas pour sa part un besoin de réassurance aussi prononcé, et sera sans doute mieux à même de garder à l'esprit les limites dans lesquelles son intervention est insérée. Une seconde hypothèse de dépassement par l'expert de son mandat est toutefois à envisager lorsque ce dernier se voit confier une fonction juridictionnelle : investi d'un pouvoir nouveau, potentiellement grisant et d'un rôle prééminent dans le procès, il n'est pas exclu que l'expert puisse être tenté, par le biais d'une interprétation des termes du compromis, de se reconnaître un mandat plus large que celui que les parties avaient initialement entendu lui confier. Néanmoins, quand bien même disposerait-il, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, de la « compétence de la compétence », Charles de Visscher rappelle que :

⁷⁴⁵ *Supra*, §106.

« [l]a juridiction internationale n'a de pouvoirs que ceux qu'elle tient de l'accord des Parties. Seule, par conséquent, la volonté des Parties peut l'investir du droit d'interpréter cet accord aux fins de fixer sa propre compétence ; seule aussi, cette volonté peut entraîner une renonciation des Parties au droit d'invoquer contre la sentence rendue l'exception de nullité résultant de l'excès de pouvoir du juge [...] »⁷⁴⁶.

Au demeurant, il est fort probable que les parties soient particulièrement attentives à d'éventuelles dérives de ce type de la part de l'expert, et moins conciliantes en la matière avec lui qu'elles n'auraient pu l'être avec un juge ou un arbitre qui aurait été juriste de formation ou même magistrat professionnel.

145. Enfin, il est un dernier point sur lequel le caractère hybride de la figure de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre présente un avantage pour les États parties au différend : il s'agit de la question du statut de l'expert, qui n'est que rarement sans lien avec celle de son mandat. Comme l'ont rappelé les développements ci-dessus, le mandat confié à l'expert ne saurait être fixé indépendamment des besoins du juge (ou de l'arbitre) lorsque ce dernier est le destinataire de l'expertise. Il résulte de cela que c'est également le juge qui devrait en principe déterminer les prérogatives dont jouit l'expert et le statut qui est le sien dans l'exercice de ses fonctions : il ne serait en effet guère cohérent de confier à l'expert un mandat sans lui préciser dans le même temps le cadre et sans lui donner les moyens nécessaires à sa réalisation. Pour logique qu'il soit, cet enchaînement de cause à conséquence n'en demeure pas moins notable pour les États dans la mesure où il fait craindre une nouvelle fois peu ou pas de contrôle de leur part sur l'expertise. Au contraire, le fait de confier à l'expert le règlement de leur différend garantit aux États un contrôle important sur ces aspects : outre le fait, déjà mentionné, qu'ils déterminent alors seuls l'étendue et le contenu du mandat de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre, le statut de l'expert apparaît sensiblement plus encadré lorsque celui-ci exerce une fonction juridictionnelle. Dans la mesure où son intervention touche en ce cas directement aux droits des parties, il se voit généralement reconnaître un certain nombre de droits (notamment – mais non exclusivement – des immunités) et imposer un certain nombre d'obligations. C'est ainsi que l'expert neutre dans l'*Affaire du barrage de Baglihar* était astreint tout à la fois à l'obligation de garantir à chaque partie la possibilité de présenter oralement ses arguments⁷⁴⁷, à l'obligation de statuer avec diligence et célérité et à celle de motiver pleinement ses décisions⁷⁴⁸. Le traité de délimitation conclu

⁷⁴⁶ De Visscher (C.), « Justice et médiation internationale », *Rev. Dt Int'l & Lég. Comp*, 1928, t. IX, n°1-2, p. 54.

⁷⁴⁷ Voy. le paragraphe 6a) de l'annexe F au traité indo-pakistanaï de 1960 sur les eaux de l'Indus.

⁷⁴⁸ *Id.*, paragraphe 9 de l'annexe F au traité indo-pakistanaï de 1960.

par l'Argentine et le Chili en 1881, auquel renvoie la sentence dans l'*Affaire du Canal de Beagle*, prévoyait quant à lui en son article premier que :

« [a] *Minute of their proceedings shall be drawn up in duplicate, signed by the two Experts on those points upon which they should be in accord, and also by the third Expert on the points decided by the latter [...] A copy of such Minute shall be forwarded to each of the governments* »⁷⁴⁹.

146. À la lumière de ces quelques réflexions, il semble que la fonction juridictionnelle constitue, lorsqu'elle est confiée à l'expert dans le cadre spécifique du contentieux interétatique, une cause d'assujettissement de celui-ci à la volonté des parties. Considérant les craintes manifestes que l'expertise fait généralement naître chez les États et au regard du caractère néanmoins incontournable de cette mesure aujourd'hui, cette constatation ne peut manquer de les intéresser. Au travers de la liberté qu'elle leur assure quant à l'appréciation de la nécessité de l'expertise, quant au choix de l'expert, et de par le contrôle quasi-exclusif qu'elle leur confère sur la détermination du mandat de l'expert d'une part et de son statut d'autre part, la fonction juridictionnelle de l'expert apparaît indubitablement comme une alternative prometteuse permettant de concilier expertise et souveraineté de l'État dans le contentieux interétatique. Cela est d'autant plus vrai que l'expert est encore assujetti, en pareil cas, à un second type de restrictions dans l'exercice de sa mission, qui n'est plus tant lié cette fois à la volonté des parties qu'aux besoins spécifiques qui les animent lorsqu'elles choisissent de confier à un expert le règlement de leur différend.

§2 - Les limites résultant pour l'expert des besoins des parties

147. Ainsi que mentionné dans le paragraphe précédent, le fait de confier à l'expert une fonction de nature juridictionnelle n'est pas véritablement nouveau. Que ce soit en droit interne ou dans le cadre des différends qui opposent les États – et même si elle suscite encore parfois un malaise évident – cette pratique est en réalité connue depuis près de deux siècles, voire près de trois dans certains pays⁷⁵⁰. Initialement limitée dans son champ d'application aux questions d'évaluation⁷⁵¹, elle est devenue au fil du temps une solution privilégiée par les litigants pour le règlement des questions

⁷⁴⁹ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85.

⁷⁵⁰ Le plus ancien cas répertorié d'« expert determination » en droit anglais semble ainsi remonter à 1754, dans l'affaire *Belchier v. Reynolds* (96 *All ER* 1318). Sur ce point, voy. WILKINSON (M.), KEANE (D.), « A new mode of dispute resolution for Hong-Kong », *Hong-Kong L. J.*, 2001, vol. 31, n°1, p. 12.

⁷⁵¹ JONES (D.), « Is expert determination a final and binding alternative ? », *Arbitration*, 1997, vol. 63, n°3, p. 213 ; KENDALL (J.), FREEDMAN (C.), FARRELL (J.), *Expert determination*, United Kingdom : Sweet & Maxwell, 2008, 4^{ème} éd., p. 89.

techniques ou technico-scientifiques en général, jusqu'à inclure même aujourd'hui le règlement de certaines questions de nature juridique. La plupart des auteurs notent d'ailleurs un net élargissement du champ d'intervention de l'expert-juge et/ou de l'expert-arbitre au cours des dernières décennies. John Kendall, Clive Freedman et James Farrell écrivent ainsi dans l'ouvrage de référence qu'ils consacrent à « l'expert determination » que « *[in] the more recently developed applications, some expert clauses are less specific in that they do not reserve individual issues such as sales figures for determination by an expert, but refer general types of disputes to experts [...]* »⁷⁵². Que ce soit au travers de l'accroissement sensible du recours par les parties à un expert-juge (ou un expert-arbitre) ou même au travers de l'extension non négligeable du champ d'intervention de l'expert en pareil cas, il semble que les pratiques reposant sur une hybridation des compétences du juge et de l'expert connaissent, à l'heure actuelle, un succès difficilement contestable.

148. Néanmoins, et indépendamment de l'enthousiasme – aisément compréhensible, on le verra⁷⁵³ – qu'elles peuvent susciter chez les litigants, ces pratiques ne sauraient être le lieu d'un élargissement infini du champ d'intervention de l'expert, et pour cause puisque celui-ci se trouve limité de manière intrinsèque par certains besoins spécifiques des parties, qui justifient dès l'origine leur décision de recourir à un expert. En effet, le choix des parties de confier à un expert plutôt qu'à un juge ou même à un traditionnel arbitre le règlement de leur différend n'est pas anodin ; si l'expert possède logiquement des connaissances et/ou des compétences spécialisées nécessaires pour appréhender au mieux certains aspects du différend qui oppose les parties, il est en revanche généralement incompetent – ou à tout le moins, moins qualifié que ne le seraient un magistrat de carrière ou un arbitre-juriste – pour rendre une décision sur les aspects juridiques du cas. Aussi l'intervention de l'expert se trouve-t-elle naturellement conçue dans des limites étroites, qui tiennent soit au caractère exclusivement technique ou scientifique (et en tout état de cause factuel) des questions qui lui sont soumises, soit, à défaut, à la nature non essentielle ou faiblement disputable des aspects juridiques qu'il aura à considérer pour rendre sa décision.

149. La première de ces deux alternatives, qui voit l'intervention de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre limitée à des questions technico-scientifiques, purement factuelles, et donc dénuées pour l'essentiel de considérations d'ordre juridique, paraît être non seulement la solution la plus classique mais également *a priori* la plus naturelle au regard des compétences de l'expert d'une part et de l'intérêt des parties d'autre part. Comme expliqué ci-dessus, le champ d'intervention de l'expert

⁷⁵² *Id.*, KENDALL (J.), FREEDMAN (C.), FARRELL (J.), *Expert determination*, p. 89.

⁷⁵³ *Infra.* section suivante.

est historiquement restreint dans le cadre de sa fonction juridictionnelle à des questions d'évaluation, notamment d'évaluation foncière⁷⁵⁴. L'expert n'était alors appelé à trancher qu'une catégorie précise – et somme toute très limitée – de litiges, dont la nature purement technique justifiait son intervention. Si le domaine d'action de l'expert a peu à peu été étendu à d'autres questions dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, le choix des parties de confier à un expert le règlement de leur différend demeure parfaitement cohérent dès lors que le contentieux soumis à l'expert est exclusivement technique ou scientifique, c'est-à-dire dès lors que les questions à trancher sont susceptibles d'être couvertes par les compétences de l'expert. Il ne serait au demeurant guère logique pour les litigants de s'écarter des procédures juridictionnelles habituelles et de faire appel à une personne disposant de connaissances et compétences spécialisées pour lui soumettre par la suite des questions qui se trouveraient en dehors de son champ spécifique de compétences. Ainsi, le champ d'intervention de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre se trouve nécessairement limité par l'objet même de son intervention, à savoir la nécessité pour les parties d'obtenir des connaissances et/ou des compétences spécialisées dans le cadre du règlement de leur différend.

C'est d'ailleurs là la base de l'argumentation du Vénézuéla dans l'*Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes* : face à la prétention de la Colombie de confier la délimitation – et non seulement le bornage – de leur frontière commune à des experts géographes, le Vénézuéla affirme que l'expertise « *est rationnellement circonscrite par la nécessité technique qui lui a donné origine* »⁷⁵⁵. Il en tire par suite la conclusion que seul le Conseil fédéral suisse, chargé en l'espèce d'arbitrer les aspects juridiques du différend, devrait être autorisé à statuer sur les questions de délimitation. Dans le même sens, l'on ne sera pas surpris de constater que le Royaume-Uni et l'Éthiopie aient choisi de confier aux experts-arbitres les seules questions d'évaluation des biens dérobés dans l'*Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*⁷⁵⁶, ni que l'intervention des experts ait été limitée au règlement des difficultés qui, lors du bornage de la frontière, « *might arise owing to the existence of certain valleys formed by the bifurcation of the Cordillera and where the water divide should not be clear* » dans l'*Affaire du Canal de Beagle*⁷⁵⁷. La France et la Suisse

⁷⁵⁴ SACHS (K.), « The interaction between expert determination and arbitration », in KAUFMANN-KOHLER (G.), JOHNSON (A.), (dir.), *Arbitration of mergers and acquisition disputes : ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 21, 2005 in Basel*, Bâle : Association suisse de l'arbitrage, 2005, pp. 235-280. L'on notera d'ailleurs avec intérêt que l'intervention de l'expert se trouvait peu ou prou subordonnée au respect de la même distinction entre le droit et le fait initialement, que celui-ci apporte son assistance au juge ou qu'il agisse lui-même, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, en tant que juge ou arbitre.

⁷⁵⁵ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, RSA, vol. I, p. 270.

⁷⁵⁶ Convention Éthiopie – Royaume-Uni du 13 septembre 1927, *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, RSA, vol. II, p. 823.

⁷⁵⁷ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, p. 85.

avaient quant à elles décidé, dans l'*Affaire des zones franches franco-suisse*s, de réserver à la CPJI le jugement des aspects juridiques du cas, les experts-arbitres étant quant à eux seulement sollicités pour arrêter *a posteriori* et sur la base de la décision de la Cour les modalités pratiques des échanges économiques entre les zones en cause⁷⁵⁸.

150. À côté de cette solution classique qui consiste à limiter l'intervention de l'expert aux seuls aspects techniques ou scientifiques du cas, il est cependant des hypothèses – désormais de plus en plus courantes – dans lesquelles l'expert se voit confier le règlement global d'une contestation faisant intervenir non seulement des questions de pur fait mais encore des questions de droit. En dépit du malaise, voire de l'inquiétude, que suscite instinctivement pareille hypothèse, l'on se doit d'admettre que cette évolution ne semble guère surprenante dans le cadre des sociétés modernes, qui se caractérisent essentiellement par leur complexité⁷⁵⁹. Face à la technicisation croissante des contentieux, il était en effet inévitable que la place et le rôle conféré à l'expert se développent. Par ailleurs, les intrications – de plus en plus poussées – entre le fait et le droit ne cessent de se multiplier et de rendre ainsi moins aisée la distinction entre les deux. L'on a déjà eu l'occasion de constater à quel point cette distinction pouvait s'avérer délicate pour le juge⁷⁶⁰ ; elle ne l'est certes pas moins lorsque la fonction juridictionnelle est confiée à l'expert. Dès lors, l'élargissement du champ d'intervention de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre à certaines questions de nature juridique paraissait sans doute, dans une large mesure, inévitable.

Toutefois, et pour réel qu'il soit, cet élargissement n'en demeure pas moins intrinsèquement contenu : comme souligné plus tôt, il ne serait guère cohérent pour les litigants de rechercher d'une part les compétences spécialisées d'un expert pour faire trancher les aspects techniques de leur différend et de négliger d'autre part l'absence de compétence de ce dernier à l'égard des aspects juridiques du différend. C'est pourquoi le choix des parties de soumettre malgré tout à l'expert le règlement des questions juridiques n'apparaît véritablement cohérent qu'à la condition d'admettre que celles-ci ne revêtent pas à leurs yeux une importance fondamentale dans les circonstances de l'espèce. Cet état de fait peut résulter de diverses considérations et conjonctures ; en premier lieu, il peut évidemment découler de la nature essentiellement technique ou scientifique des accords qui lient les parties et, par suite, de l'importance relative accordée par ces dernières aux questions

⁷⁵⁸ Voy. CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, France/Suisse, arrêt du 7 juin 1932, *Rec. Série A/B*, n°46 et *Affaire des zones franches franco-suisse*s, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, pp. 1457-1458.

⁷⁵⁹ Sur ce point, *op. cit.* LUHMANN (N.), *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris : Economica, 2006, 123 p.

⁷⁶⁰ *Supra*, §97.

juridiques dans ce cadre. Les enjeux technico-scientifiques étant en ce cas nettement prioritaires, c'est tout naturellement que les litigants choisissent de confier à l'expert le règlement de leur litige, peu important que ce dernier soit également amené à considérer, à cette occasion, certaines questions de nature juridique. Une bonne illustration de cette situation est fournie par le traité indo-pakistanaï sur les eaux de l'Indus de 1960 : celui-ci contient en effet des dispositions visant à organiser l'utilisation respective des eaux du fleuve par les États parties, y compris dans le cadre de la construction de plusieurs barrages et installations hydroélectriques. La coopération instaurée entre l'Inde et le Pakistan reposant essentiellement sur des obligations à contenu technique, l'intervention de l'expert-arbitre est envisagée de manière assez large, c'est-à-dire qu'elle couvre tout à la fois les aspects techniques – largement dominants – des éventuels différends qui pourraient se faire jour mais également certaines questions et appréciations d'ordre juridique. Ainsi, l'annexe F au traité prévoit entre autres que l'expert-arbitre sera chargé d'examiner, en cas de contestation, le respect par les parties de leurs obligations en matière de construction, de remodelage et d'entretien des canalisations, de même qu'il devra déterminer « *[w]hether any of the data requested by either Party falls outside the scope of Article VI [of the 1960 Treaty]* »⁷⁶¹. Comme l'Inde l'explique clairement dans le cadre de ses écritures en l'*Affaire des eaux de l'Indus*, la décision des parties d'avoir recours à un expert-arbitre et de lui confier le règlement de ces questions – dont on constate qu'elles impliquent indubitablement une interprétation des termes du traité et des appréciations d'ordre juridique – est justifiée « *in light of the key role that the Treaty gives to engineers in interpreting its most important provisions [...]* »⁷⁶². Il s'agit donc bien d'un choix volontaire de la part de l'Inde et du Pakistan que de faire prévaloir le technique sur le juridique et le champ d'intervention large conféré à l'expert-arbitre dans le cadre du traité en est ici le reflet⁷⁶³.

D'autres considérations peuvent néanmoins expliquer le choix – en apparence peu banal – des parties de soumettre à l'expert-juge ou à l'expert-arbitre l'ensemble de leur litige, y compris ses aspects juridiques. L'une d'entre elles tient à la nature faiblement (voire pas du tout) conflictuelle des questions de droit abordées à l'occasion du différend. La décision des litigants de confier à un expert le règlement de ces questions tient alors moins au peu d'importance intrinsèque qu'ils leur accorderaient qu'à la conviction que celles-ci ne constituent pas, dans les circonstances de l'espèce,

⁷⁶¹ Voy. respectivement les articles 1 §4 et 1 §6 de l'annexe F au traité de 1960.

⁷⁶² *Affaire des eaux de l'Indus*, Inde/Pakistan, sentence partielle du 18 février 2013, p. 101, §276, disponible sur le site internet de la CPA (consulté le 19 décembre 2015).

⁷⁶³ L'on notera cependant que dans l'*affaire du barrage de Baglihar*, et à l'opposé de ce qu'avaient manifestement à l'esprit l'Inde et le Pakistan lors de la rédaction du traité de 1960, l'expert-arbitre a expressément requis la nomination par les parties d'un spécialiste en droit international, en l'occurrence le Professeur Boisson de Chazournes. Cf. *Affaire du barrage de Baglihar*, Pakistan c. Inde, décision du 12 février 2007, §1 (disponible sur le site internet de la Banque Mondiale).

le cœur de l'opposition entre les parties, et partant qu'elles ne sauraient non plus en constituer la base de solution⁷⁶⁴. Au-delà, l'on notera que même dans les cas où les questions juridiques paraissent importantes, où elles ne sont pas pour l'essentiel évacuées au profit des enjeux technico-scientifiques du différend, voire dans les cas où elles suscitent même une forte opposition entre les parties, le choix de recourir à un expert et de lui confier un mandat englobant tout à la fois la dimension technique et la dimension juridique du différend peut permettre de faciliter la procédure de règlement du litige. L'on remarquera par exemple que si la délimitation, opération de nature juridique, ne saurait en pratique que rarement découler d'une décision imposée par le juge ou l'arbitre aux parties – comme l'a d'ailleurs rappelé Prosper Weil à l'occasion de sa plaidoirie en l'*Affaire du Plateau continental* entre la Libye et Malte⁷⁶⁵ – il peut en revanche être plus simple pour celles-ci de recourir à un expert et de lui demander d'opérer tout à la fois la délimitation et le bornage de la frontière. De par son statut de technicien et le rôle qu'il joue régulièrement au service de la négociation entre les parties dans ce domaine⁷⁶⁶, l'expert se démarque clairement d'un juge ou d'un arbitre traditionnel, ce qui est susceptible de rassurer les parties *a priori* lorsqu'elles décident de ne pas se charger elles-mêmes de la délimitation. C'est ainsi que les experts géographes membres des diverses commissions de délimitation constituées par la Colombie et le Vénézuéla depuis le XIX^{ème} siècle se sont vus confier la tâche de procéder non seulement au bornage mais également, en amont, à la délimitation des différentes portions de leur frontière commune⁷⁶⁷.

D'autres exemples existent de cas dans lesquels la volonté transactionnelle qui anime les parties peut justifier de confier à un expert, en sus des questions relevant de sa compétence spécialisée, le règlement de questions juridiques à l'égard desquelles ce dernier ne semble pas particulièrement compétent. Il en va notamment ainsi des procédures engagées dans le cadre du GATT et devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, qui font intervenir pour l'essentiel comme membres des groupes spéciaux des experts en matière commerciale – et non des juristes – mais dont le but affiché est de favoriser à tout moment l'apparition d'une solution mutuellement convenue entre les États parties au différend. En effet, le choix de faire précéder, sauf cas

⁷⁶⁴ On peut voir là une application de l'adage traditionnel *accessorium sequitur principale*.

⁷⁶⁵ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, plaidoirie de Prosper Weil, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, p. 394. Sur ce point, voy. également Giraudeau (G.), *Le juge international et le règlement transactionnel des différends territoriaux*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, 578 p.

⁷⁶⁶ L'on précisera que l'on se trouve en l'espèce dans un cas différent de celui d'un expert-négociateur (dont il sera question dans l'ultime section de cette partie) puisque l'expert ne se contente pas ici de négocier au nom d'un État ou de l'autre, il est bien celui qui statue sur la délimitation.

⁷⁶⁷ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 281. Si le Venezuela semble contester, à l'occasion de cette affaire, la possibilité que les experts-arbitres aient été chargés de statuer sur la délimitation territoriale en sus des opérations de bornage qui leur étaient confiées, la décision du tribunal arbitral ne laisse en revanche subsister aucun doute quant à la pratique qui s'est établie en ce sens entre les parties depuis le XIX^{ème} siècle.

exceptionnel, toute création d'un groupe spécial de consultations bi ou multi-latérales entre les intéressés⁷⁶⁸, la possibilité ouverte aux litigants d'avoir recours, parallèlement à la procédure devant le groupe spécial, aux procédures de bons offices, de conciliation et de médiation⁷⁶⁹, l'obligation pour les groupes spéciaux de soumettre tout d'abord exclusivement la partie descriptive de leur rapport afin « *[d]'encourager l'élaboration entre les parties de solutions mutuellement satisfaisantes* »⁷⁷⁰ constituent autant d'éléments qui ne laissent que peu de doutes quant à la priorité évidente donnée au règlement négocié des différends dans le cadre de ces deux organisations. Si tant est qu'une hésitation puisse néanmoins demeurer sur ce point, le Mémoire d'accord de l'OMC affirme encore clairement que « *[l]e but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords [de l'OMC] est nettement préférable* »⁷⁷¹. Dans la mesure où les parties sont donc engagées, dans le cadre du GATT comme dans celui de l'OMC, à opter autant que faire se peut pour une approche transactionnelle du règlement de leurs différends, le manque de compétence spécifiquement juridique des membres composant les groupes spéciaux n'apparaît pas véritablement problématique : la procédure devant ces derniers ne se conçoit pratiquement que comme un moyen subsidiaire de règlement du différend, lequel peut au demeurant trouver sa solution autrement que par application d'un raisonnement proprement et exclusivement juridique⁷⁷².

151. À l'issue de ces développements, il semble que l'intervention de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre demeure par nature, et en dépit de son indéniable succès, enfermée dans des limites assez strictes. En effet, la nécessité qui préside à la décision des parties d'avoir recours à un expert plutôt qu'à un juge ou à un arbitre traditionnel constitue en elle-même un obstacle fondamental à l'élargissement constant et toujours plus important du champ d'intervention de l'expert. Lorsque cette nécessité s'analyse en un simple besoin de compétences ajoutées en matière technique ou scientifique, elle se traduit généralement pour l'expert par un mandat restreint aux seuls aspects du cas relevant logiquement de sa compétence : l'expert-juge ou l'expert-arbitre n'est alors appelé à trancher que les questions technico-scientifiques du différend. À l'inverse, lorsque les parties choisissent d'étendre son mandat aux aspects juridiques du cas pour lesquels il semble pourtant

⁷⁶⁸ Cf. article 8 du Mémoire d'accord du GATT de 1979 et article 4 §5 du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends.

⁷⁶⁹ Article 5 du Mémoire d'accord de l'OMC et les articles 8 et 9 du Mémoire d'accord du GATT.

⁷⁷⁰ Article 18 du Mémoire d'accord du GATT.

⁷⁷¹ Article 3 §7 du Mémoire d'accord de l'OMC.

⁷⁷² Au demeurant, l'on notera qu'aux termes de l'article 6 §4 du Mémoire du GATT et de l'article 27 du Mémoire de l'OMC, les groupes spéciaux bénéficient, en cas de besoin, de l'assistance juridique du Secrétariat respectif de chaque organisation.

dépourvu de toute compétence particulière, c'est parce qu'elles leur accordent elles-mêmes une importance relative ou qu'elles souhaitent en tout état de cause envisager une base de solution plus flexible et consensuelle pour leur différend que ne le permet habituellement la règle de droit. Il paraît difficile dans ces circonstances de considérer qu'il y aurait là un élargissement substantiel du champ d'intervention de l'expert. Quoi qu'il en soit, et parce qu'elle n'est justifiée que par les besoins spécifiques susmentionnés – lesquels ont pour effet de cantonner l'intervention de l'expert au domaine des faits et, éventuellement, à des problématiques juridiques manifestement considérées par les parties comme non essentielles dans les circonstances de l'espèce – la fonction juridictionnelle de l'expert apparaît invariablement conçue en termes étroits. Elle est ainsi parfaitement subordonnée au contrôle des litigants et ne saurait donner lieu à un développement important du pouvoir et de la place conférés à l'expert par les intéressés. Si cette constatation semble valoir dans une large mesure aussi bien dans les droits internes que dans le contentieux interétatique, elle semble cependant plus significative dans le second cas : elle ne peut assurément laisser les États indifférents, tant les craintes qu'ils nourrissent habituellement à l'égard du recours à l'expert sont vives et les enjeux potentiellement décisifs pour eux⁷⁷³. Si la fonction juridictionnelle agit donc, lorsqu'elle est conférée à l'expert, comme un ensemble de garde-fous qui garantissent aux États la possibilité de recourir à l'expertise avec une singulière sérénité, elle présente également, comme le démontrera la section à venir, plusieurs avantages indéniables du point de vue de l'efficacité du règlement juridictionnel des différends entre États.

Section 2

LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE L'EXPERT OU LA CONCILIATION ENTRE EXPERTISE ET EFFICACITE DU REGLEMENT JURIDICTIONNEL DES DIFFERENDS

152. Il n'est pas exagéré de dire que, jusqu'à présent dans cette étude, l'expertise n'est indubitablement pas apparue sous son meilleur jour. À l'issue de la première partie de la thèse, l'on aura pu démontrer qu'elle ne remplit véritablement dans le contentieux interétatique aucune des fonctions qui lui sont traditionnellement assignées dans les droits internes, qu'il s'agisse de la défense des prétentions des parties ou de la recherche de la vérité « objective » des faits. Elle ne s'est pas montrée plus habile à renforcer la légitimité du juge international, et il résulte même de son utilisation un certain nombre de déconvenues dont les plus importantes touchent directement au caractère équitable de la procédure. Si d'aucuns pourraient légitimement conclure, dans ces

⁷⁷³ *Supra*, première partie de la thèse, notamment le chapitre 2 du titre premier et le chapitre 2 du titre second.

circonstances, à l'inutilité – voire, pour les plus sévères, à la nocivité – du recours à l'expert, l'hypothèse d'une hybridation entre les fonctions du juge et de l'expert semble néanmoins capable de changer substantiellement la donne en matière d'expertise. Outre sa contribution à la conciliation entre expertise et souveraineté de l'État, l'on verra que le caractère hybride de l'expert-juge permet de réhabiliter la science dans le prétoire et ainsi d'améliorer sensiblement la qualité des décisions juridictionnelles (§1). Par ailleurs, en apaisant les craintes que les acteurs à l'instance nourrissent régulièrement à l'égard de l'expert, et en participant à l'institution d'une plus grande flexibilité et polyvalence dans le cadre de l'instance, l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise concourt à une administration plus rapide et moins coûteuse de la justice internationale (§2).

§1 - L'expert-juge (ou expert-arbitre), valeur ajoutée quant à la qualité de la décision

153. Dans le cadre de la première partie de cette étude, l'on a pu constater à quel point la science constitue aujourd'hui un enjeu de pouvoir, que ce soit pour les parties ou même pour le juge. Si les admonestations, les critiques et autres récriminations qui lui sont adressées résultent, pour la plupart, bien moins des insuffisances de la science elle-même que de la manière inappropriée dont elle est utilisée, celle-ci ne subit pas moins directement les conséquences de l'instrumentalisation dont elle fait l'objet. Il va sans dire que ce résultat n'est pas satisfaisant : si le confinement – et au-delà le bannissement pur et simple – de la science n'empêche certes pas le règlement juridictionnel du différend, il ne permet pas non plus d'envisager une solution de qualité, capable de mettre fin de manière satisfaisante et définitive au litige qui oppose les États.

154. Cette conclusion ne s'impose toutefois pas comme une fatalité : l'on va voir que le recours aux créations hybrides comme celles de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre paraît renouveler en grande partie le problème de l'instrumentalisation de la science dans le prétoire. Outre le contrôle évident dont les parties jouissent alors sur la procédure de règlement du différend – qui leur permet, comme évoqué dans la section précédente, de choisir elles-mêmes l'expert et donc de sélectionner plus facilement un expert dont l'impartialité *a priori* semble assurée à leurs yeux – les compétences spécialisées de l'expert, couplées aux obligations statutaires qui s'imposent à lui dans ce cas, réduisent considérablement le risque d'instrumentalisation de son savoir. En effet, si l'expert dispose habituellement de connaissances ou compétences spécialisées sans pouvoir garantir l'indépendance et l'impartialité qui caractérisent l'utilisation qu'il en fait, le juge, lui, paraît au contraire statutairement lié par ces deux exigences sans toujours disposer des connaissances ou compétences spécialisées nécessaires pour les mettre en œuvre au mieux.

L'on comprend dès lors aisément l'intérêt de l'hybridation entre les fonctions juridictionnelle et d'expertise : le juge, qui est traditionnellement tributaire de sa propre ignorance à l'égard des aspects technico-scientifiques du différend pendant devant lui, dispose au contraire de l'ensemble des connaissances spécialisées nécessaires pour se prononcer au mieux lorsque la fonction juridictionnelle est confiée à un expert. Quelles que soient la spécificité, la complexité ou la très grande technicité des thèses avancées par les parties, l'expert-juge (ou l'expert-arbitre) est, grâce à ses connaissances ou compétences particulières, à même de trancher de manière indépendante et la plus impartiale possible les questions qui lui sont posées. En effet, au-delà de l'indépendance statutaire et financière dont jouit habituellement le juge, l'expert-juge se caractérise également par l'indépendance intellectuelle que lui confèrent ses propres connaissances dans le cadre de l'instance. Si celles-ci le dispensent en principe de toute forme de dépendance à l'égard de tiers (et notamment d'autres experts), elles lui assurent également une maîtrise des problématiques en jeu suffisante pour que l'appréciation qu'il porte sur celles-ci ne soit pas prioritairement voire exclusivement fonction d'éléments formels, qui seraient de nature à affecter son impartialité. L'on pourrait certes craindre que l'expert-juge soit confronté à un problème de compétence épistémologique à l'égard des aspects juridiques du cas dont il n'a logiquement pas la maîtrise. Cependant, comme l'a démontré la section précédente, le choix des parties de confier le règlement juridictionnel de leur différend à un expert n'apparaît véritablement cohérent que dans la mesure où le différend en cause se situe exclusivement dans le champ technico-scientifique, ou à défaut, dans la mesure où les problématiques juridiques résiduelles ne sont en aucun cas essentielles pour les parties dans les circonstances de l'espèce. Par suite, il semble peu probable que l'expert-juge et l'expert-arbitre se trouvent effectivement confrontés à un déficit de compétence épistémologique comparable à celui qu'expérimentent traditionnellement les juges, juristes de formation, à l'égard des aspects technico-scientifiques des différends qui leur sont soumis.

Si l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise semble donc permettre de résoudre en grande partie le problème de compétence épistémologique qui handicape régulièrement le juge international, elle constitue également une réponse possible aux critiques récurrentes visant le manque – réel ou présumé – d'indépendance et d'impartialité de l'expert dans le cadre du règlement juridictionnel des différends interétatiques. Comme démontré ci-dessus, ce qui fait principalement défaut à l'expert pour pouvoir prendre pleinement sa place et faire bénéficier l'ensemble des acteurs de l'instance internationale de ses connaissances, c'est un garde-fou effectivement capable de garantir son indépendance et son impartialité ; or, parce qu'elle impose à son titulaire de garantir aux

litigants une procédure équitable et notamment, l'accès à un tribunal indépendant et impartial⁷⁷⁴, la fonction juridictionnelle constitue indubitablement une contrainte qui, sans exclure totalement le risque de partialité de l'expert, est néanmoins de nature à le réduire fortement. Cela est d'autant plus vrai que les obligations de l'expert-juge et/ou de l'expert-arbitre en la matière semblent difficilement pouvoir demeurer, comme cela est parfois le cas avec l'expert du tribunal, de nature essentiellement théorique : si l'hypothèse d'une éventuelle action en nullité de la décision rendue par l'expert sur le fondement de son manque d'indépendance ou d'impartialité peut, à bien des égards, paraître délicate dans l'ordre juridique international⁷⁷⁵, l'État qui s'estime lésé pourra bien plus simplement se contenter d'opposer un refus à sa mise en œuvre. En tout état de cause, l'échec de l'expert à garantir une procédure équitable au profit des États litigants ne saurait, selon toute vraisemblance, manquer d'être sanctionné par ces derniers. Les obligations statutaires qui s'imposent à l'expert lorsqu'il est investi d'une fonction juridictionnelle semblent donc constituer un cadre efficace pour parer au risque d'instrumentalisation de la science dans le prétoire.

155. À la lumière de ces développements, et bien que la pratique demeure à ce jour encore limitée dans l'ordre juridique international, l'on ne sera pas surpris de constater que les créations hybrides comme celles de l'expert-juge et de l'expert-arbitre puissent non seulement fonctionner mais même présenter de réels avantages pour les États litigants. Le principal d'entre eux réside évidemment dans la réhabilitation de la science dans le cadre du règlement juridictionnel des différends interétatiques : parce que les États n'ont plus à redouter le manque de compétence épistémologique du juge à l'égard des problématiques scientifiques, et qu'à défaut de pouvoir toujours utiliser la science à leur avantage, ils sont rassurés quant au fait que le savoir scientifique délivré par l'expert-juge se doive d'être non biaisé, la nécessité qui semblait jusque là s'imposer de bannir la science du prétoire n'a plus réellement de raison d'être. Un lien de confiance semble même alors pouvoir s'instaurer entre les parties et l'expert-juge (ou l'expert-arbitre), en lieu et place de la traditionnelle méfiance que les États nourrissent à l'égard de l'expert. La meilleure preuve de cette confiance réside indubitablement dans le choix – peu banal – que font les litigants de lui confier le pouvoir de trancher de manière obligatoire et définitive leurs différends. L'on remarquera ainsi que la volonté de l'Argentine et du Chili de prévoir, dans l'*Affaire du Canal de Beagle*, que les décisions des experts-arbitres « *shall have full force from the moment it is signed by the Experts, and it shall be*

⁷⁷⁴ Sur l'exigence d'équité de la procédure qui s'impose au juge et à l'arbitre international, *supra* chapitre 2 de la première partie, §81 et s.

⁷⁷⁵ Concernant les difficultés inhérentes aux actions en nullité (notamment lorsqu'elles visent des sentences arbitrales), voy. par exemple WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992-VI, vol. 237, p. 324 et s. ; MONCAYO (G. R.), « La médiation pontificale dans l'affaire du canal de Beagle », *RCADI*, 1993-V, vol. 242, pp. 248-251.

considered stable and valid without the necessity of further formalities or proceedings »⁷⁷⁶ traduit une vraie confiance des deux États dans les experts concernés. De la même manière, la précision contenue à l'article 28 du traité de délimitation colombo-vénézuélien du 14 décembre 1833 – et rééditée dans de nombreux traités de délimitation conclus postérieurement entre les deux parties – selon laquelle les procès-verbaux et les plans dressés d'un commun accord par les commissions techniques arbitrales doivent « être considérés comme faisant partie du traité » et comme « ayant les mêmes force et valeur que s'ils y étaient insérés »⁷⁷⁷ implique nécessairement un haut degré de confiance des États à l'égard des experts en cause.

Si l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise permet donc de réhabiliter l'expert et, à travers lui, la science dans le cadre de l'instance internationale, elle favorise surtout *in fine* une amélioration de la qualité des décisions juridictionnelles. Et pour cause puisque, du fait tout à la fois de ses connaissances spécialisées et de son champ d'intervention intrinsèquement limité, l'expert-juge ne souffre en principe d'aucun déficit de compétence épistémologique qui justifierait, comme cela est régulièrement le cas pour le juge, qu'il ait besoin d'en appeler à un tiers, de statuer sans disposer des informations nécessaires ou même qu'il décide d'exclure purement et simplement du champ de sa décision certains aspects du différend qui lui est soumis. Au-delà du fait d'éviter le déficit de compétence épistémologique qui grève fréquemment l'intervention du juge ou de l'arbitre international et qui aboutit à des décisions potentiellement viciées, le recours à un expert-juge ou à un expert-arbitre constitue même une vraie valeur ajoutée pour les litigants lorsque leur différend présente une dimension scientifique forte : parce qu'il ne se contente pas d'avoir une simple connaissance des problématiques en cause mais qu'il est un spécialiste (souvent choisi parmi les plus brillants et les plus réputés) à l'égard de ces problématiques, l'expert-juge est à même de garantir aux litigants que leur cause sera tranchée au regard des connaissances technico-scientifiques les plus récentes et les mieux étayées.

Bien sûr, cela ne signifie en aucun cas que l'expert-juge et l'expert-arbitre soient insusceptibles d'erreurs : s'ils endossent un rôle réunissant apparemment dans une parfaite complémentarité les pouvoirs du juge et les connaissances spécialisées de l'expert, ils n'en demeurent pas moins faillibles, dans l'absolu, que tout expert et tout juge traditionnels. Cela est d'autant plus vrai que, comme l'ont démontré les développements de la partie précédente, la science n'est, pas plus que le

⁷⁷⁶ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85 (article premier du traité de délimitation du 23 juillet 1881).

⁷⁷⁷ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 281.

droit, en mesure de fournir la vérité, entendue en son sens intangible et absolu⁷⁷⁸. Cependant, face à l'indéniable technicisation des contentieux dont est témoin à l'heure actuelle l'ordre juridique international, la science demeure quoi qu'il en soit incontournable pour les États pour régler de manière pacifique, efficace et durable les différends hautement techniques qui les opposent. Certains d'entre eux l'ont d'ailleurs bien compris : si la Suisse et la France ont choisi, dans l'*Affaire des zones franches*, de confier le règlement de leur litige à des experts-arbitres, ce n'est pas seulement pour s'épargner les écueils du déficit de compétence épistémologique auquel un juge traditionnel – juriste de formation, dépourvu de connaissances particulières en matière économique et commerciale – aurait sans doute été confronté mais aussi parce que le recours à des experts-arbitres représentait une valeur ajoutée pour la qualité de la décision en permettant de régler « *d'une façon mieux appropriée aux conditions économiques actuelles les modalités des échanges entre les régions intéressées* »⁷⁷⁹. Pareillement, la décision de l'Inde et du Pakistan de faire trancher leur différend par un expert-arbitre, dans l'*affaire du barrage de Baglihar*, procède sans aucun doute autant de la volonté d'éviter d'embarrasser un juge qui n'aurait très probablement pas eu les connaissances nécessaires pour comprendre et interpréter lui-même le contenu – parfois très technique – du traité de 1960, que de la volonté d'obtenir une décision de la meilleure qualité possible « *in light of the key role that the Treaty gives to engineers in interpreting its most important provisions [...]* »⁷⁸⁰. Le Japon a quant à lui déclaré, dans l'*affaire du thon à nageoire bleue*, envisager le recours à des experts neutres en vue du règlement de certains différends qui l'opposaient à la Nouvelle-Zélande et à l'Australie, et ce parce que ceux-ci « *sont mieux capables de faire la distinction entre la science de la pêche et la politique nationale* »⁷⁸¹.

156. Ainsi donc, par la neutralisation des craintes que nourrissent traditionnellement les acteurs de l'instance internationale à l'égard de la science, il semble que l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise permette tout à la fois de réhabiliter l'expert dans ce cadre et, *in fine* d'envisager une amélioration sensible de la qualité des décisions juridictionnelles internationales. Si cet apport des créations hybrides que sont l'expert-juge et l'expert-arbitre au règlement pacifique des différends interétatiques n'est sans doute pas anodin, tant l'exigence de qualité de la décision juridictionnelle paraît essentielle dans un ordre juridique qui se veut par nature décentralisé, d'autres

⁷⁷⁸ *Supra*, §120 et s.

⁷⁷⁹ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1459.

⁷⁸⁰ *Affaire des eaux de l'Indus*, Inde/Pakistan, sentence partielle du 18 février 2013, p. 101, §276, disponible sur le site internet de la CPA (consulté le 4 février 2015).

⁷⁸¹ TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, compte-rendu de l'audience publique du 19 août 1999 (matin), p. 35, disponible en ligne sur le site du TIDM, (consulté le 4 février 2015).

avantages semblent encore résulter pour les États de cette pratique, notamment au regard de l'exigence globale de bonne administration de la justice dans le cadre du procès international.

§2 - L'expert-juge (ou expert-arbitre), atout pour une bonne administration de la justice

157. L'on a déjà eu l'occasion d'évoquer dans la première partie de cette étude les reproches couramment adressés par les États au système de règlement juridictionnel des différends dans l'ordre international : si les exigences du procès équitable y sont évidemment de rigueur, il semble malgré tout difficile en pratique de lutter contre les lourdeurs du système, lesquelles induisent régulièrement une augmentation importante des délais et des coûts de la justice internationale. Ainsi, l'on avait noté que lorsque cela leur est possible, les États préfèrent avoir recours à des mécanismes extra-juridictionnels telles les procédures de bons offices, de médiation et de conciliation, en lieu et place d'un recours devant une juridiction internationale permanente. La force proclamatoire des règlements obtenus au travers de ces mécanismes n'égale certes pas celle des arrêts et autres décisions rendus par le juge international mais cet inconvénient se trouve le plus souvent largement compensé par la flexibilité, la rapidité et la discrétion qui caractérisent ces mécanismes diplomatiques traditionnels⁷⁸². Par ailleurs, si l'arbitrage interétatique a sans doute par le passé été plus épargné par ces critiques⁷⁸³ – et pour cause puisque les parties à l'instance pouvaient déterminer elles-mêmes les modalités de règlement de leur différend – il n'en va plus exactement ainsi à l'heure actuelle. L'accroissement sensible du volume du contentieux international et son caractère de plus en plus spécialisé et techniquement complexe rendent globalement moins performante cette institution par ailleurs généralement appréciée des États. En effet, bien que l'arbitrage demeure sans doute aujourd'hui plus rapide qu'un recours devant une juridiction généraliste telle la CIJ, il n'est pas certain qu'il n'ait pas à souffrir de la concurrence exercée par certaines juridictions spécialisées comme l'organe de règlement des différends de l'OMC, dont le caractère tout à la fois permanent et hautement spécialisé favorise indubitablement une prompt expédition des affaires. Pareillement, si l'arbitrage a fréquemment été plébiscité par les États pour la maîtrise des coûts qu'il leur confère dans le cadre de l'instance, la complexification du contentieux et l'incertitude qui affecte de manière de plus en plus

⁷⁸² *Supra*, §42.

⁷⁸³ À cet égard, voy. par exemple CAFLISCH (L.), « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *AFDI*, 1979, vol. 25, pp. 9-45 ; THIERRY (H.), *L'évolution du droit international – Cours général de droit international public*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 96 et s. ; JOHNSON (D. H. M.), « International arbitration back in favour », *Yearbook of World Affairs*, 1980, pp. 305-328 ; GRAY (Ch.), KINGSBURY (B.), « Developments in dispute settlements : inter-state arbitration since 1945 », *BYIL*, 1992, vol. 63, pp. 97-134.

prégnante les problématiques soumises à l'arbitre rendent moins prévisibles les dépenses engagées à cette occasion. Dans ces circonstances, et comme le notait déjà Lucius Caflisch il y a près de trente-cinq ans, l'institution d'un tribunal arbitral ad'hoc peut s'avérer moins rentable pour les litigants que le recours à une juridiction permanente dont les dépenses de fonctionnement sont assumées non pas seulement par ces derniers mais par l'ensemble des États parties au statut⁷⁸⁴. Si les avantages de l'arbitrage par rapport au recours devant une juridiction permanente semblent donc devoir en partie s'estomper, la propension des États à leur préférer en tout état de cause les mécanismes diplomatiques précités ne paraît pas véritablement surprenante dès lors qu'ils semblent aujourd'hui encore être les mieux à même de leur garantir un règlement rapide, discret et peu coûteux de leurs différends.

158. Pour regrettable qu'elle puisse paraître pour l'arbitre et le juge international, cette préférence donnée par les États aux modes extra-juridictionnels de règlement des différends ne devrait pas manquer d'être encouragée par les difficultés patentes rencontrées par les fors internationaux dans le cadre du recours à l'expert. En effet, si l'expertise est devenue de plus en plus incontournable en raison de la forte technicisation des différends soumis aux fors internationaux, la première partie aura montrée que la déception et la méfiance qu'elle suscite aujourd'hui sont à la hauteur des attentes qui pesaient sur elle dans ce cadre. Du fait de l'affrontement dont sont fréquemment témoins les fors internationaux entre les traditions juridiques continentale et de common law, l'expertise s'avère, on l'a vu, globalement peu efficace, qu'il s'agisse pour le juge de rechercher la vérité, de développer sa légitimité ou même pour les parties de défendre leur cause. Mais au-delà, l'on constate que dans ces circonstances, elle peut devenir une cause notoire d'allongement de la durée de la procédure et d'augmentation du coût du procès international⁷⁸⁵. L'on rappellera par exemple à cet égard la pratique qui a parfois cours devant les fors internationaux et qui consiste à laisser aux parties toute liberté de présenter un ou plusieurs témoins-experts et d'argumenter parfois longuement sur tel ou tel point, pourtant considéré comme peu pertinent en vue du règlement du litige. Les décisions rendues par la CIJ dans un certain nombre d'affaires, parmi lesquelles l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁷⁸⁶, celle du *Différend territorial et*

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁸⁵ L'on renverra à nouveau sur ce point aux informations communiquées à l'auteur de la présente étude par plusieurs juges de la Cour internationale de Justice et par son greffier, M. Philippe Couvreur, à l'occasion d'interviews réalisées à l'été 2011 à La Haye.

⁷⁸⁶ CIJ, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 42.

*maritime entre le Nicaragua et la Colombie*⁷⁸⁷, celle de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*⁷⁸⁸, l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*⁷⁸⁹ et l'affaire du *Plateau continental* entre la Tunisie et la Libye⁷⁹⁰, sont particulièrement édifiantes à cet égard : la Cour a permis aux États litigants de présenter, dans ces affaires, de nombreux témoignages et rapports d'experts visant à éclairer certains aspects techniques ou scientifiques des différends en cause pour ensuite les écarter en affirmant que les questions auxquelles ils se rapportaient n'étaient en tout état de cause que de peu d'intérêt en vue de la solution desdits différends.

Cependant, même lorsque les expertises présentées se rapportent à une question jugée pertinente par le juge, les « combats d'experts » engendrent encore de nombreux retards de procédure et une augmentation sensible du coût de l'instance. D'une part, l'incapacité du juge à utiliser en ces circonstances les expertises produites par les États litigants implique que le temps et les moyens financiers engagés pour la présentation de ces expertises ont été investis à perte. D'autre part, en raison tout à la fois du peu de confiance dont il crédite généralement les témoins-experts des parties et de l'impossibilité d'utiliser les résultats de leurs expertises, le juge choisit régulièrement de commanditer sa propre expertise en sus de celles déjà soumises par les parties. L'on renverra entre autres à l'*Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*⁷⁹¹, à l'affaire *Mannella*⁷⁹², à l'*Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*⁷⁹³, à celle du *Détroit de Corfou*⁷⁹⁴, ou à l'affaire *États-Unis – Crevettes*⁷⁹⁵ comme autant d'illustrations de la volonté du juge et/ou de l'arbitre de s'assurer une seconde, voire parfois même une troisième source d'informations, dans la mesure où ils considèrent comme peu satisfaisantes et insuffisamment fiables les expertises soumises par les parties. Si ce choix paraît non seulement rationnel mais encore parfaitement justifié dans les circonstances susmentionnées et au regard des enjeux du règlement des différends interétatiques, il

⁷⁸⁷ CIJ, *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 décembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 644.

⁷⁸⁸ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 98 et p. 104.

⁷⁸⁹ CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, Malaisie/Singapour, arrêt du 23 mai 2008, *Rec.* 2008, p. 60.

⁷⁹⁰ CIJ, *Plateau continental*, Tunisie/ Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, pp. 50-54.

⁷⁹¹ *Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 301.

⁷⁹² Commission de conciliation italo-américaine, *Affaire Mannella*, décision n°168 du 5 avril 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 310-311.

⁷⁹³ *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 65.

⁷⁹⁴ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 9 et ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec.* 1948, p. 124.

⁷⁹⁵ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 177.

n'en résulte pas moins un allongement évident de la durée de l'instance et une hausse possiblement conséquente des dépenses engagées dans ce cadre⁷⁹⁶.

159. En dépit de ce constat, l'on ne saurait trop se garder d'une tendance au défaitisme s'agissant de l'impact de l'expertise sur la bonne administration de la justice dans le procès international. La première partie de l'étude avait d'ores et déjà souligné les avantages que celle-ci pouvait présenter du point de vue de l'équité de la procédure lorsqu'elle était au service d'un juge actif. Les développements à venir montreront dans un cadre sensiblement différent, en l'occurrence celui des créations hybrides comme celles de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre, de quelle façon l'expert peut contribuer à diminuer la durée et le coût de la procédure juridictionnelle. Pour expliquer cet état de fait, il faut sans doute souligner qu'une hybridation entre la fonction juridictionnelle et la fonction d'expertise induit des circonstances tout à fait singulières comme base du recours à l'expert. Alors que celui-ci apparaît régulièrement comme un « passage obligé » plus ou moins subi par les acteurs à l'instance – que ce soit pour permettre aux parties de défendre leurs prétentions ou au juge de s'informer et de rechercher la vérité objective des faits – le recours à l'expert est envisagé de manière radicalement différente dans le cadre de cette hybridation. L'expert-juge ou l'expert-arbitre est, lui, choisi le plus souvent d'un commun accord par les parties, dans le cadre d'une démarche volontaire où l'expertise, loin d'apparaître comme un choix par défaut ou une obligation, est au contraire plébiscitée pour les avantages qu'elle présente aux fins du règlement de leur différend. Comment expliquer alors une telle différence dans la façon dont l'expertise est envisagée par les acteurs à l'instance et quelles sont les conséquences qui en découlent en pratique dans le cadre du recours à l'expert ?

160. S'agissant des raisons susceptibles d'expliquer cette différence sensible de perception de l'expertise, elles résident pour l'essentiel dans le dépassement de l'opposition patente existant entre les traditions juridiques de common law et de droit continental, opposition qui s'exprime particulièrement au travers de la question du recours à l'expert devant les tribunaux internationaux et

⁷⁹⁶ Une variante de ce cas doit encore être signalée dans laquelle le juge décide, pour parer au caractère peu fiable et globalement inutilisable des expertises soumises par les parties, d'ordonner à celles-ci de faire réaliser une expertise conjointe. Le cas s'est notamment présenté dans l'*Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, dans laquelle la Commission de conciliation franco-italienne a estimé que les expertises que les parties avaient fait réaliser séparément – et qui avaient abouti à des conclusions sensiblement divergentes – étaient insuffisamment probantes et ordonné en conséquence à ces dernières de faire procéder à une expertise conjointe (Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°162 du 20 novembre 1953, *RSA*, vol. XIII, pp. 162-163). Si cette décision paraît à nouveau cohérente et justifiée au regard des circonstances de l'espèce et de la nécessité pour la Commission de parvenir à un règlement définitif du litige, elle a cependant retardé de près de trois mois la procédure en cours devant elle et entraîné un surcoût inévitable pour les parties dans ce cadre... Le tout inutilement dans la mesure où la partie italienne a par la suite dénié toute valeur probante à l'expertise conjointe, et contraint par là même la Commission à faire réaliser sa propre expertise – la quatrième dans cette affaire – pour pouvoir statuer, accentuant par-là même un peu plus le retard et le coût de la procédure devant elle.

qui est à l'origine, on l'a vu, d'une grande partie des difficultés habituellement rencontrées par le juge et l'arbitre international en matière d'expertise. Si la crainte principale des États dans le cadre du recours à l'expert est de perdre tout contrôle sur le déroulement de l'instance et ainsi d'être incapables d'assurer au mieux la préservation de leurs intérêts, l'hybridation des fonctions juridictionnelle et d'expertise figure vraisemblablement une alternative intéressante pour eux de ce point de vue. À côté de cela, le juge international paraît, lui, habituellement inquiet à l'idée d'être floué, induit en erreur par les litigants et leur logique finaliste, ce qui le conduirait à adopter une décision possiblement inexacte, injuste, et en tout état de cause insusceptible de mettre fin de manière satisfaisante au différend qui oppose les États litigants. Cependant, le recours à un expert-juge ou à un expert-arbitre devrait pour l'essentiel permettre d'annihiler ce genre de craintes : parce que le titulaire de la fonction juridictionnelle est lui-même un expert, il dispose des connaissances et compétences nécessaires pour se prononcer en toute indépendance et en toute impartialité sur les aspects technico-scientifiques du cas, et pour garantir une décision de la meilleure qualité possible en vue du règlement du litige. Ainsi, en conciliant tout à la fois le besoin de réassurance des États et l'exigence de justesse, d'exactitude (et plus globalement de qualité) de la décision, le principe d'hybridation entre les fonctions juridictionnelle et d'expertise semble permettre de dépasser le clivage existant en matière d'expertise entre les traditions juridiques de common law et de droit continental et de pacifier sensiblement la question du recours à l'expert dans le contentieux interétatique. L'expert ne saurait, en effet, apparaître dans ces circonstances comme un défenseur des intérêts de l'une ou de l'autre des parties – ce que son obligation statutaire d'impartialité lui interdit au demeurant strictement – ni comme un acteur qui, étant au service exclusif du juge, serait à l'inverse insensible aux inquiétudes et aux besoins des parties. L'expert-juge apparaît bien plutôt comme un acteur qui bénéficie de la confiance des États litigants et dont l'intervention est perçue par ces derniers comme une valeur ajoutée en vue du règlement du différend qui les oppose.

161. Qu'en est-il alors des conséquences pratiques induites par cette perception renouvelée de l'expertise ? Au regard des nombreuses difficultés qui émaillent régulièrement le recours à l'expert devant les fors internationaux, l'on pressent qu'elles ne sont sans doute pas anodines. En passant sur l'amélioration globale qui en résulte du point de vue de la qualité des décisions juridictionnelles – ce qui constitue à n'en pas douter l'objectif ultime du principe de bonne administration de la justice⁷⁹⁷ –

⁷⁹⁷ Sur la notion – certes floue – de bonne administration de la justice, voy. par exemple CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une 'notion fonctionnelle' : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, p. 3 et s. ; APCHEIN (H.), « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p. 587 et s. ; BUFFETEAU (P.), « Réflexion sur l'intérêt d'une bonne administration de la justice en matière pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1998, n°3-4, p. 168 et s. ; FAVRET (J.-M.), « La bonne administration de la justice

et en se concentrant plus précisément sur les questions de durée et de coût de l'instance internationale, plusieurs éléments sont à noter. S'agissant tout d'abord des incohérences majeures soulignées plus tôt dans la gestion que font le juge et l'arbitre international du recours à l'expert, elles semblent globalement vouées à disparaître lorsque le règlement des différends est confié à un expert-juge ou à un expert-arbitre. Dans la mesure où les États litigants disposent dans ce cas d'un contrôle plus étendu sur la procédure de règlement du litige et dans la mesure où ils placent également plus facilement leur confiance en l'expert, il ne paraît pas particulièrement nécessaire pour ce dernier de chercher à les rassurer en leur permettant par exemple d'argumenter longuement sur certains aspects du cas qui ne seraient pas pertinents à ses yeux. Ce besoin de rassurer les États au prix d'un gaspillage éventuellement important de temps et de ressources est d'autant moins concevable que la décision de recourir à un expert-juge ou à un expert-arbitre est, outre les raisons déjà évoquées dans ce chapitre, indubitablement motivée par la volonté des litigants d'obtenir une décision rapide. Par ailleurs, parce que le titulaire de la fonction juridictionnelle est un expert qui ne souffre aucun déficit de compétence épistémologique à l'égard des problématiques – en général volontairement restreintes – qui lui sont soumises, la multiplication des expertises et les hypothèses de combats d'experts deviennent largement sans objet. En effet, l'expert-juge est choisi par les parties en raison précisément des connaissances et/ou des compétences spécialisées dont il dispose en relation avec les problématiques du différend ; il semble donc peu probable que ces dernières jugent encore utile ou tactiquement avantageux dans ces circonstances de faire préparer de coûteux rapports d'expertise et de réserver un temps par trop précieux à l'audition de leurs (nombreux) témoins-experts respectifs lors de l'instance. Quant à l'expert-juge, dans la mesure où son champ d'intervention est le plus souvent limité aux questions relevant de sa compétence spécialisée ou, lorsque ce n'est pas le cas, dans la mesure où les questions de nature juridique auxquelles il s'étend ne paraissent que rarement nécessiter une expertise dans les circonstances de l'espèce, il est sans doute peu vraisemblable d'imaginer qu'il ressente le besoin d'ordonner lui-même une expertise supplémentaire⁷⁹⁸. En conséquence, de l'*affaire du Canal de Beagle*⁷⁹⁹ à l'*affaire du barrage de Baglihar*⁸⁰⁰, en passant entre autres par celle des *zones franches franco-suisse*⁸⁰¹, par celle des

administrative », *RFDA*, 2004, n°5, p. 943 et s. ; GABARDA (O.), « L'intérêt d'une bonne administration de la justice – Etude de droit du contentieux administratif », *RDP*, 2006, n°1, pp. 153-184.

⁷⁹⁸ *A contrario*, l'on rappellera que l'expert-arbitre dans l'*affaire du barrage de Baglihar* a pourtant manifesté le souhait que soit nommé pour l'assister un expert juriste.

⁷⁹⁹ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 53.

⁸⁰⁰ *Affaire du barrage de Baglihar*, Pakistan c. Inde, décision du 12 février 2007 (disponible sur le site internet de la Banque Mondiale, consulté le 18 mars 2015).

⁸⁰¹ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1455.

*pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*⁸⁰², par la délimitation des *frontières colombo-vénézuéliennes*⁸⁰³, ou encore par l'*affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*⁸⁰⁴, l'on ne sera pas véritablement surpris de constater que les incohérences sus-évoquées qui affectent traditionnellement la gestion que font les fors internationaux du recours à l'expert semblent avoir disparu. Si la pratique à cet égard demeure bien entendu encore limitée, le recours aux créations hybrides comme celles de l'expert-juge et de l'expert-arbitre paraît ainsi susceptible de remédier à un certain nombre de déconvenues régulièrement liées à l'expertise, notamment celles relatives à l'allongement de la durée de l'instance ou à la hausse du coût du procès international.

162. Toutefois, ce n'est pas là la seule vertu résultant de l'hybridation des fonctions du juge et de l'expert. Au-delà de sa contribution à l'apaisement des craintes manifestées par les acteurs à l'instance et de son effet vraisemblablement salutaire sur la gestion de l'expertise dans le contentieux interétatique, le recours à l'expert-juge ou à l'expert-arbitre possède encore certaines caractéristiques intrinsèques qui favorisent tout à la fois une prompte expédition des différends et une diminution des coûts de la justice internationale. En effet, si l'on a déjà évoqué les avantages que présente pour les États la spécialisation de l'expert-juge, il faut également souligner la flexibilité et le moindre formalisme qui entourent généralement son intervention. L'on notera par exemple dans l'affaire précitée des *frontières colombo-vénézuéliennes* que les seules obligations imposées aux experts-arbitres concernant l'organisation de la procédure devant eux consistaient respectivement dans l'obligation de tenir compte des mémoires, plans et autres documents présentés par les parties avant de prendre leur décision et dans celle de rendre leur décision avant le 31 décembre 1924⁸⁰⁵. L'annexe F au traité de 1960 sur les eaux de l'Indus postule lui aussi au profit de l'expert-arbitre une entière liberté dans la détermination des modalités d'organisation de la procédure devant lui, sous réserve pour celui-ci de garantir le droit des parties à être entendues et de rendre sa décision dans des délais aussi brefs que possible⁸⁰⁶. De même encore, loin de la procédure formelle et très structurée de la CIJ, qui implique invariablement une phase écrite à laquelle succède une phase orale et qui impose aux litigants, en fonction de la façon dont la Cour a été saisie, le respect de modalités précises pour la soumission de leurs mémoires et la présentation de leurs plaidoiries, le compromis d'arbitrage conclu

⁸⁰² *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 7 septembre 1910, *RSA*, vol. XI, p. 167.

⁸⁰³ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 223.

⁸⁰⁴ *Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch*, Royaume-Uni c. Éthiopie, sentence du 7 octobre 1927, *RSA*, vol. II, p. 821.

⁸⁰⁵ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 226 (article 3 du compromis du 3 novembre 1916) et p. 289.

⁸⁰⁶ Cf. articles 6 et 9 de l'Annexe F au traité.

entre la France et la Suisse dans l'*affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* ne fait mention d'aucune exigence particulière en la matière⁸⁰⁷. Il paraît clair, au travers de ces quelques illustrations, que l'absence de formation juridique de l'expert tout autant que son caractère naturellement polyvalent constituent deux éléments qui s'opposent à un trop grand formalisme de la procédure devant l'expert-arbitre et qui permettent donc, en évitant un certain nombre de lourdeurs, d'espérer des décisions sensiblement plus rapides. Ces caractéristiques propres à l'expert constituent même une source de flexibilité qui, dans le cadre de l'instance, peut s'avérer hautement appréciable en vue de parvenir à un règlement rapide et efficace du différend. L'*affaire des zones franches* illustre d'ailleurs parfaitement ce dernier point : l'intervention des experts-arbitres ayant succédé à plusieurs mois de négociations entre les parties, dans le cadre desquelles ces mêmes experts avaient déjà été sollicités, le respect d'une procédure formaliste comparable à celle de la Cour de La Haye aurait entraîné des redites inutiles et un allongement injustifié de la durée de l'instance. C'est pourquoi celle-ci semble plutôt avoir pris la forme d'une dialectique relativement informelle entre la France, la Suisse et les experts-arbitres, à l'issue de laquelle ces derniers ont rapidement pu faire part de leur décision⁸⁰⁸.

163. Enfin, et si l'on vient d'évoquer la polyvalence qui caractérise de manière intrinsèque l'expert-juge et l'expert-arbitre, il faut sans doute encore souligner l'indéniable avantage que celle-ci confère aux litigants dans la perspective d'un abaissement des coûts de la justice internationale. Outre sa contribution à la simplification de la procédure, le caractère polyvalent de l'expert-juge implique que celui-ci est en mesure d'assumer seul des tâches qui requièrent habituellement l'intervention de plusieurs acteurs, en l'occurrence *a minima* celle du juge (ou de l'arbitre) d'une part et celle de l'expert d'autre part. Cela couvre bien évidemment les situations dans lesquelles l'expert-juge se voit confier le règlement d'un litige dans son ensemble, son mandat englobant alors non seulement les aspects technico-scientifiques du cas mais encore les problématiques juridiques qui s'y rapportent. Ainsi, dans l'*affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, les experts-arbitres désignés par le Conseil fédéral suisse étaient chargés d'opérer tout à la fois la délimitation – opération juridique traditionnellement confiée au juge ou à l'arbitre – et le bornage – opération matérielle relevant de l'expert – des différentes parties de la frontière soumises à leur appréciation⁸⁰⁹. Mais la polyvalence de l'expert-juge ou de l'expert-arbitre n'est pas nécessairement moins profitable aux

⁸⁰⁷ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1455.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 1462 et s.

⁸⁰⁹ *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 286.

parties lorsque ce dernier voit son mandat restreint aux seules problématiques technico-scientifiques d'un différend : dès lors que celles-ci appellent, à la suite du règlement juridictionnel, une mise en œuvre concrète de la décision rendue par l'expert, la polyvalence de ce dernier lui permet ici aussi d'assumer tout à la fois la prise de décision et son exécution subséquente. L'*affaire du Canal de Beagle* entre l'Argentine et le Chili en est une bonne illustration : si le champ d'intervention des experts-arbitres était certes limité, dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, aux différends purement techniques survenus lors du bornage « *owing to the existence of certain valleys formed by the bifurcation of the Cordillera, and where the water divide should not be clear* », il leur était également demandé, par la suite, de traduire dans les faits les décisions auxquelles ils étaient parvenus en procédant effectivement à l'abornement sur le terrain⁸¹⁰. L'avantage économique conféré dans ce cas paraît sans doute moins évident que dans les hypothèses où l'expert-arbitre intervient à l'égard des aspects technico-scientifiques tout autant que juridiques du cas. Pourtant, les hypothèses ne sont pas rares dans lesquelles un juge ou un arbitre décide de faire appel à un expert pour vérifier des coordonnées ou trancher des controverses purement techniques portant sur la ligne de démarcation...alors même que le bornage sur le terrain sera laissé à la charge des parties et de leurs experts⁸¹¹. La polyvalence de l'expert-juge (ou de l'expert-arbitre) apparaît ainsi indubitablement avantageuse pour les parties dans la mesure où, en maximisant l'intervention de l'expert, elle permet une rationalisation des coûts du procès international.

CONCLUSION DU CHAPITRE

164. Les récriminations régulièrement adressées à l'expert dans le contentieux interétatique sont nombreuses, variées et indubitablement complexes. Les acteurs de l'instance internationale craignent son caractère incoercible mais lui reprochent dans le même temps sa trop faible impartialité ou son manque – réel ou supposé – d'indépendance ; ils recherchent son savoir spécialisé et le censurent pourtant précisément en raison des connaissances qu'il possède mais qui, eux, leur font défaut ; ils le fustigent de ne pouvoir dire le vrai tout en redoutant la perte de liberté qui découlerait pour eux de l'hypothèse inverse dans le cadre de l'instance. L'ambivalence du comportement du juge

⁸¹⁰ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85 et 87 respectivement.

⁸¹¹ Voir par exemple *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 65 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 153 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, p. 119 ; *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 265.

et des États à l'égard du recours à l'expert traduit, si un doute devait encore subsister sur ce point, la difficulté qu'ils ont à s'approprier cet élément d'extranéité devenu largement incontournable dans le cadre du procès. C'est à cet égard que l'hybridité qui caractérise un expert-juge ou un expert-arbitre semble pouvoir déployer tout son potentiel : en plaçant l'expert au centre de l'instance et à la base de la procédure, en le drapant des atours du juge et en lui conférant les mêmes prérogatives, elle permet de vaincre une grande partie des hésitations, voire même des résistances des acteurs du procès, lesquelles sont d'autant plus virulentes que les enjeux des différends interétatiques sont sensibles. Bien sûr, nul n'osera prétendre que le recours à l'expert-juge ou à l'expert-arbitre puisse pour autant constituer une solution universelle et définitive aux difficultés sus-évoquées : s'il permet de parer au déficit de compétence épistémologique qui affecte traditionnellement le juge, il est en revanche impuissant à remédier à ce même déficit lorsqu'il affecte les litigants. C'est pourquoi il ne saurait fonctionner sans que les États aient préalablement placé leur entière confiance dans l'expert. Par ailleurs, le problème de la compétence épistémologique du juge n'est vaincu qu'à la condition que le champ d'intervention de l'expert-juge soit limité aux problématiques couvertes par ses connaissances spécialisées, exception faite des cas dans lesquels certaines problématiques – bien que non maîtrisées par l'expert – n'apparaissent pas suffisamment importantes aux yeux des litigants pour justifier l'intervention d'un autre expert, notamment un juriste. Si ces limites possibles à l'efficacité des créations hybrides ne devraient pas se faire sentir de manière excessive lorsque les États parties au différend affichent un comportement parfaitement cohérent, il est sans doute peu raisonnable de croire qu'il puisse toujours en aller ainsi. Néanmoins, au regard de ses caractéristiques originales permettant d'estomper le poids des divergences entre tradition continentale et tradition de common law, de concilier souveraineté des États et qualité de la décision, de faire le lien entre droit et science, l'on ne peut nier que le recours à l'expert-juge ou à l'expert-arbitre constitue une alternative non seulement sérieuse mais encore attrayante à l'utilisation actuelle de l'expertise dans le contentieux interétatique. Dans une logique différente mais non moins intéressante, le prochain chapitre permettra d'envisager une seconde alternative qui repose cette fois non pas sur un cumul de fonctions de l'expert, mais plutôt sur un retour aux sources de la fonction d'expertise, celle-ci se limitant alors à une intervention purement technique de l'expert dans le cadre de la mise en œuvre des décisions juridictionnelles.

Chapitre 2

L'EXPERT ET LA MISE EN ŒUVRE DE LA DECISION

165. La première partie de cette étude, et plus particulièrement son titre second, ont permis de souligner l'importance fondamentale de la notion de confiance dans la réussite ou, en l'occurrence, dans l'échec que représente aujourd'hui bien souvent le recours à l'expert dans le contentieux interétatique. L'on aura montré par la suite que le fait de confier à l'expert une fonction de nature juridictionnelle permet en revanche, grâce au cumul des fonctions juridictionnelle et d'expertise et donc aux modalités originales selon lesquelles cette dernière se trouve mise en œuvre, de susciter chez les États une confiance suffisante en l'expert pour que ceux-ci puissent retirer les fruits de l'expertise et bénéficier des divers avantages qu'elle a à leur offrir. Les développements à venir montreront quant à eux que cette même confiance peut encore être atteinte au travers d'un usage relativement bien ancré et traditionnel de l'expertise dans le contentieux international, qui consiste pour les litigants dans le fait de limiter l'intervention de l'expert à l'exécution des décisions des fors internationaux (section 1). L'on constatera alors les bénéfices qui découlent pour les États du recours à l'expert en pareils cas, que ce soit en termes « d'opérationnalisation » des décisions juridictionnelles ou même dans le cadre plus large de leur exécution (section 2).

Section 1

L'EXPERT-EXECUTANT, SOURCE DE REASSURANCE POUR LES PARTIES

166. De par le pouvoir de conviction qu'elle recèle, l'expertise est aujourd'hui – et depuis plusieurs décennies déjà – le lieu de luttes quasiment épiques entre les acteurs de l'instance internationale, opposant les tentatives d'instrumentalisation des uns à la méfiance à peine dissimulée des autres. Si cette situation peut de prime abord paraître irrémédiable et largement décourageante, c'est pourtant à tort puisque l'on verra que l'expertise, en tant que simple moyen technique d'exécution des décisions juridictionnelles, constitue un instrument dont la neutralité – et par suite l'efficacité – est non seulement possible mais même réelle (§1). Au-delà, le confinement de l'expert aux problématiques techniques d'exécution de la décision possède même une seconde vertu, qui réside dans sa capacité à créer de la confiance entre les acteurs de l'instance internationale, contribuant par-là même un peu plus au succès de l'expertise lorsqu'elle est utilisée dans ce cadre (§2).

§1 - L'influence limitée de l'expert sur la prise de décision, gage de neutralité de l'expertise

167. Comme les développements de la première partie l'ont montré, si l'expert est aujourd'hui l'objet de toutes les convoitises et de toutes les craintes, c'est qu'il jouit d'une influence potentiellement déterminante sur les acteurs du procès et partant, bien souvent, sur l'issue des différends, dont on sait qu'elle peut être particulièrement lourde de conséquences dans le contentieux interétatique. L'on a déjà envisagé les avantages qu'il y aurait, de ce point de vue, à enserrer l'intervention de l'expert dans le carcan de la fonction juridictionnelle, celle-ci agissant comme un ensemble de garde-fous visant à prévenir l'instrumentalisation de son savoir. Il existe toutefois une alternative bien plus simple encore qui, sans « dénaturer » la fonction traditionnelle de l'expert, est sans nul doute à même de limiter les attentes, les pressions et les déceptions que l'intervention de ce dernier suscite régulièrement chez les États et le juge international : celle-ci consiste à ramener la fonction de l'expert à celle d'un simple exécutant technique des décisions des fors internationaux.

168. En effet, si la figure de l'expert savant, omnipotent par le truchement d'une science elle-même toute-puissante, semble aujourd'hui faire autorité, sa prévalence sur l'image originelle d'un homme de l'art qualifié non en vertu de connaissances scientifiques considérées comme objectives et universelles mais au titre de compétences techniques acquises par une pratique personnelle est, là aussi, relativement récente. Elle va de pair avec le mouvement susévoqué de glorification de la science et n'a ainsi commencé à se manifester qu'à partir du XVII^{ème} siècle dans les ordres internes⁸¹², et bien plus tard encore dans l'ordre juridique international. Il semble en fait que l'image de l'expert savant ne se soit véritablement imposée dans ce cadre qu'au cours des toutes dernières décennies, à la faveur d'un mouvement global de technicisation du contentieux interétatique, auquel répond depuis une trentaine d'années une spécialisation croissante des juridictions internationales. Au surplus, si le recours aux experts scientifiques est aujourd'hui le plus répandu, il n'a pas pour autant fait disparaître la nécessité de recourir à un homme de l'art chaque fois qu'une opération de nature technique doit être réalisée. Aussi n'est-il sans doute pas inenvisageable d'imaginer soustraire, dans un certain nombre de cas, l'instance internationale à la tyrannie de la science sans pour autant que l'expertise n'en perde tout intérêt dans le cadre du règlement des différends entre États. Mais dans quelle mesure exactement le fait de limiter l'intervention de l'expert à l'exécution des décisions

⁸¹² *Supra*, §113 et s.

juridictionnelles est-il susceptible de faire échec aux tentatives d'instrumentalisation de l'expertise par les acteurs de l'instance internationale ?

169. La réponse à cette question appelle une constatation simple, qui tient à la nature de la mission confiée à l'expert et à la temporalité spécifique qui en résulte pour l'expertise : à la différence des cas dans lesquels l'expert, parce qu'il assiste le juge dans la considération d'éléments technico-scientifiques qui entrent en jeu dans sa décision, est appelé à intervenir en amont de celle-ci, l'expert-exécutant ne saurait, lui, en tant qu'il est voué à mettre en œuvre la décision à laquelle le juge ou l'arbitre international est parvenu en droit, intervenir qu'en aval de la décision concernée. Dès lors, la capacité de l'expert à influencer le processus de décision est naturellement restreinte, pour ne pas dire inexistante. La fonction qui lui est confiée n'appelle en général aucune intervention de sa part lors de l'instance et plus largement dans le cadre de la procédure juridictionnelle ; son aide n'apparaît à vrai dire nécessaire qu'à la condition que celle-ci ait pris fin, après que le juge a affirmé sa conviction et statué définitivement sur les questions de droit qui lui étaient soumises par les litigants. L'intervention de l'expert se trouvant alors strictement cantonnée à la phase d'exécution de la décision et l'office du juge international s'épuisant en principe avec le rendu de celle-ci, ces deux acteurs interviennent non pas concomitamment mais successivement, dans une temporalité unique et linéaire qui rend de fait très difficile pour l'un d'influer sur l'activité de l'autre.

La décision de la CIJ dans l'affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental* illustre bien cet état de fait : les parties avaient en effet requis de la Cour qu'elle indique dans sa décision les principes juridiques applicables à leur délimitation tandis qu'elles avaient réservé à leurs experts la détermination subséquente des coordonnées de la ligne de démarcation, telle qu'elle résultait de l'application des principes en cause. En conséquence, l'intervention des experts devait succéder à celle du juge sans qu'il soit nécessaire ou même possible pour les premiers de s'inviter dans la prise de décision et pour le second, dans son exécution. D'ailleurs, lorsque la Tunisie demanda à la Cour, à l'occasion de la demande en révision et en interprétation, d'ordonner elle-même une expertise aux fins de la détermination de ces coordonnées en raison des difficultés rencontrées par les experts des parties à cet égard, la Cour n'eut d'autre choix que de refuser. Rappelant les limites du mandat que les parties lui avaient confié, elle estima que

« [d]ans leur compromis, les Parties ont assumé l'obligation de conclure un traité aux fins de la délimitation [...] Il n'appartient pas à la Cour d'envisager que cette obligation puisse ne pas être respectée [...] Elles doivent par conséquent faire en sorte que leurs

experts et leurs représentants se livrent en toute sincérité à un effort véritable pour établir ces coordonnées [...] »⁸¹³.

La nature de la mission confiée aux experts tout autant que le mandat, somme toute très conventionnel, conféré au juge ont prohibé, dans cette affaire, toute ingérence de l'un dans la mission de l'autre. Si cet exemple laisse entrevoir les conséquences inattendues et parfois indésirables susceptibles de résulter pour les États d'une répartition stricte des tâches (et plus largement des rôles) entre le juge et l'expert, il permet également de comprendre en quoi une telle répartition permet d'assurer une plus grande neutralité de l'expertise. L'expert n'étant pas en mesure, dans ces circonstances, de prendre part à la procédure et d'influencer d'une quelconque manière la décision juridictionnelle, l'expertise cesse de constituer aux yeux du juge international comme aux yeux des États une mesure inquiétante et potentiellement dangereuse. Les enjeux de pouvoir que recèle habituellement le recours à l'expert étant alors en grande partie annihilés, il est moins tentant pour les acteurs de l'instance internationale de chercher à instrumentaliser celui-ci.

170. Si le fait de borner l'expertise aux questions d'exécution de la décision semble donc permettre de limiter le pouvoir de l'expert et son influence dans le cadre du règlement juridictionnel, l'on ne peut ignorer que c'est à la condition que l'intervention du juge soit elle-même strictement contenue dans le champ juridique. Or, par dérogation à la conception classique du mandat du juge qui prévalait dans l'affaire précitée, certains États choisissent parfois – en particulier dans le contentieux des délimitations – de charger le juge international non seulement de statuer en droit sur les problématiques qu'ils lui auront soumises mais encore de tirer, au moins pour partie, les conséquences pratiques de la solution juridique dégagée. Ainsi, le compromis d'arbitrage conclu par la Guinée-Bissau et le Sénégal le 12 mars 1985 prévoit d'une part, en son article 2, que l'arbitre devra déterminer les règles juridiques applicables en vue de la délimitation de la frontière maritime entre les États litigants et d'autre part, en son article 9, qu'il devra faire figurer sur une carte le tracé résultant de l'application des règles juridiques en cause⁸¹⁴. De manière similaire, l'Erythrée et le Yémen n'ont pas seulement exigé du tribunal arbitral créé en vue d'opérer la délimitation de leurs frontières communes qu'il dégager les principes juridiques pertinents à cet égard mais encore qu'il « *procède à la délimitation de manière techniquement précise* », notamment en faisant figurer celle-

⁸¹³ CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne*, arrêt du 10 décembre 1985, *Rec.* 1985, p. 229.

⁸¹⁴ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, pp. 123-124.

ci sur une carte⁸¹⁵. Il en va de même dans le compromis arbitral conclu par la France et le Royaume-Uni en 1975 en l’*Affaire du plateau continental de la mer d’Iroise*⁸¹⁶, dans celui conclu par les États-Unis et le Canada en l’affaire du *Golfe du Maine*⁸¹⁷, ou encore dans l’accord d’arbitrage passé par la France et le Canada en 1989 en vue de la délimitation de leurs espaces maritimes respectifs⁸¹⁸. Dans chacun de ces exemples, et dès lors qu’il est appelé à envisager non plus seulement la décision juridique mais aussi sa traduction dans les faits, le juge s’invite nécessairement dans les questions techniques relatives à l’exécution de la décision. Et de fait, parce que l’accomplissement de son mandat suppose une coopération avec l’expert, il ouvre à nouveau la porte à une possible influence de l’expert sur la décision juridictionnelle. Le risque apparaît certes moindre qu’il ne l’est lorsque l’assistance fournie par l’expert vise à aider le juge à former sa conviction et à statuer, puisqu’il ne s’agit ici en principe que de traduire sa décision d’un point de vue technique en vue de sa mise en application pratique. Néanmoins, il semble assez peu vraisemblable d’imaginer que les considérations d’ordre technique – et plus globalement toutes considérations d’ordre pratique – soient totalement insusceptibles d’influer sur la décision du juge, y compris dans ses aspects purement juridiques. Dans la mesure où le juge est appelé à considérer des questions relatives à la mise en œuvre de sa propre décision, le risque qu’il subisse l’influence de l’expert à cette occasion est sans doute faible mais il n’est pas inexistant. Dans ces conditions, le fait de limiter l’intervention de l’expert à l’exécution des décisions des foras internationaux ne semble plus véritablement suffisant pour prévenir l’instrumentalisation de l’expertise par les acteurs de l’instance. Pourtant, cela présente un autre avantage qui pourrait bien s’avérer décisif en vue d’atteindre ce but, et ce, même lorsque le mandat du juge international le conduit à s’inviter dans les questions d’exécution de la décision.

171. Cet avantage, d’ordre essentiellement psychologique, repose sur la perception substantiellement différente que les acteurs du procès retiennent régulièrement de l’expertise selon qu’elle se développe dans le domaine scientifique ou au contraire dans le domaine technique. Cette divergence de perception semble trouver sa source dans une vérité qu’ils ne peuvent manquer de percevoir, même si c’est à un niveau inconscient, à savoir que le fait de contenir l’expertise dans le domaine technique concourt à limiter l’incertitude qui accompagne aujourd’hui souvent l’intervention de l’expert et dont on a déjà souligné les effets sur les acteurs du procès international.

⁸¹⁵ *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 507.

⁸¹⁶ *Affaire du plateau continental de la mer d’Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 5.

⁸¹⁷ CII, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 253.

⁸¹⁸ *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 271.

Sans développer de manière extensive la question des liens étroits et complexes qu'entretiennent science et technique⁸¹⁹, les spécificités de chacune plaident pourtant en faveur d'une différenciation qui n'est pas sans conséquence sur la façon dont l'expertise est reçue par les litigants et par le juge. Ainsi, et pour n'évoquer sans doute que l'élément le plus évident de cette différenciation, il est constant que science et technique poursuivent chacune un but distinct et précis, à savoir une connaissance essentiellement théorique et prospective du monde pour la première lorsque la seconde vise bien plutôt à agir sur celui-ci au travers de moyens déterminés. Dès l'Antiquité, Aristote distinguait d'ailleurs entre la science, activité « libérale » dont l'objet résidait dans l'acquisition du savoir pour le savoir, et la technique, activité « utilitaire » ne concevant le savoir qu'au travers de l'avantage pratique qu'il pouvait engendrer⁸²⁰. Si cette dernière a parfois été décriée par certains philosophes au motif de son asservissement apparent à la nécessité⁸²¹, c'est précisément ce trait distinctif qui la rend si rassurante pour les acteurs du procès lorsqu'elle est mise en œuvre à l'occasion d'une expertise. En effet, il y a dans la nécessité pratique qui précède toute expertise technique un ensemble de contraintes qui, en s'imposant à l'expert, circonscrivent naturellement son intervention au monde connu, d'ores et déjà maîtrisé par l'homme. Sir Francis Bacon soulignait ce point dès le XVI^{ème} siècle en affirmant que

« [l]a puissance de l'homme est en raison de sa science parce que c'est l'ignorance de la cause qui fait manquer l'effet ; car on ne commande à la nature qu'en lui obéissant et ce qui est cause dans la théorie devient moyen dans la pratique »⁸²².

En d'autres termes, la capacité d'agir sur le monde est invariablement subordonnée à la connaissance préalable du fonctionnement de ce dernier. Il paraît délicat dans ces conditions d'imaginer exiger de l'expert la réalisation de telle ou telle opération technique qui prendrait appui sur des phénomènes très mal connus ou donnant encore lieu à une grande incertitude. La recherche d'un effet ou d'un résultat déterminé au travers du recours à l'expert implique nécessairement pour ce dernier une

⁸¹⁹ Pour un aperçu sur cette question, voy. notamment CANGUILHEM (G.), *La connaissance de la vie*, Paris : Vrin, 2000 (rééd.), 198 p. ; BERGSON (H.), *L'évolution créatrice*, Paris : PUF, 2013, 12^{ème} éd., 693 p. ; BACON (F.), *Novum Organum*, Paris : PUF, 2010, 352 p. ; BELOT (G.), « Une théorie nouvelle de la religion », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1913, vol. 75, n°4, pp. 329-379 ; WEBER (L.), *Le rythme du progrès – Etude sociologique*, Paris : Félix Alcan, 1913, 311 p. ; BACHELARD (G.), *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, 2013, 183 p.

⁸²⁰ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, X, 7, 1177 a19, et Aristote, *Métaphysique*, A, 1, 981, b13-b25 (trad. J. Tricot). Dans le même sens, voy. « Technique » dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1992 et le dictionnaire en ligne *Trésor de la langue française*, selon lequel la technique s'entend des « applications de la science, de la connaissance scientifique ou théorique, dans les réalisations pratiques, les productions industrielles et économiques » (le dictionnaire Trésor de la langue française est en accès libre à l'adresse : <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>).

⁸²¹ Cf. notamment PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres : Timoléon*, Paris : Louis Duprat-Duverger, 1811, tome 4, p. 327 (rapportant la vision de la technique qu'avaient Platon et Archimède) ; CANTU (C.), *Histoire universelle*, Paris : Firmin Didot Frères, 1845, p. 284 et s.

⁸²² BACON (F.), *Novum Organum*, Paris : PUF, 2010, 1, §129.

connaissance, si ce n'est parfaite, à tout le moins suffisante et relativement stabilisée de l'élément sur lequel il souhaite agir. Aussi comprend-t-on que, si elle n'est sans doute pas à même de supprimer toute forme d'incertitude – notamment relativement aux compétences et à l'habileté personnelles de l'expert en vue de l'accomplissement de la tâche qui lui est confiée – l'expertise technique permet néanmoins de limiter de manière non négligeable l'incertitude qui accompagne d'ordinaire l'expertise scientifique, laquelle s'affranchit bien plus facilement des limites du monde sensible et du pragmatisme qu'impose la recherche d'un effet sur ce dernier.

172. De là découle un ensemble d'éléments qui affectent sensiblement l'influence dont jouit l'expert dans le cadre du procès. En effet, si l'incertitude qui étroit de plus en plus souvent le contentieux interétatique contribue sans nul doute, sous l'effet du phénomène susmentionné d'intolérance au doute, à faire de l'expertise une mesure tout à la fois inquiétante, puissante et incontournable dans le cadre du procès international, le fait de limiter l'intervention de l'expert à l'exécution des décisions des foras internationaux retire au contraire à celui-ci une large partie de son pouvoir. C'est que l'expertise mise en œuvre à cette occasion n'est plus en principe une expertise de nature scientifique, visant à l'acquisition de la connaissance (et au-delà même, de la vérité) mais une expertise de nature technique destinée à agir sur le monde et à produire tel ou tel effet prédéterminé pour permettre de transcrire dans les faits la décision à laquelle le juge international est parvenu en droit. Or, parce que l'expertise technique se développe essentiellement, ainsi qu'expliqué ci-dessus, dans des domaines que l'homme connaît et maîtrise nécessairement assez bien, le halo de mysticisme qui entoure par trop souvent l'expertise scientifique dans le cadre du procès disparaît. Le juge international et les États litigants ont certes besoin des compétences de l'expert pour mener à bien telle ou telle opération technique qu'ils ne peuvent réaliser par eux-mêmes, mais en l'absence d'incertitude manifeste quant aux phénomènes en jeu, l'expertise semble naturellement beaucoup moins inquiétante.

Cela est d'autant plus vrai que, celle-ci ne s'illustrant plus alors comme une mesure dispensatrice de savoir au bénéfice d'ignorants mais comme un simple moyen visant à la réalisation d'une opération matérielle précise, le déficit de compétence épistémologique dont sont affectés les acteurs de l'instance internationale à cette occasion apparaît évidemment moindre. Loin de l'expert scientifique, détenteur (au surplus parfois unique) d'un savoir complexe, fréquemment instable et qui peut donc peiner à rendre accessibles au juge international les questions sur lesquelles il intervient, l'expert-exécutant est au contraire par nature le dépositaire de connaissances stabilisées, de techniques éprouvées, qui sont le plus souvent familières ou à défaut aisément compréhensibles, et même jusqu'à un certain point directement praticables par les acteurs de l'instance internationale.

Pour imparfaites qu'elles soient, les décisions de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*⁸²³ ou dans l'*Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*⁸²⁴ illustrent bien de ce dernier point : le choix de la Cour de procéder elle-même au calcul des coordonnées des points des deux délimitations révèle de toute évidence les moindres craintes que fait naître dans l'esprit du juge – pourtant moins porté à l'audace qu'à la pusillanimité – cette opération purement technique, sans doute largement familière à ses yeux puisque très courante dans le contentieux des différends entre États. Sans discuter plus avant du point de savoir si et dans quelle mesure la Cour a pu avoir recours à cette occasion à l'assistance d' « experts fantômes » – hypothèse au demeurant peu probable dans ces deux cas au vu des erreurs techniques substantielles que contiennent les décisions⁸²⁵ – l'on peut supposer sans trop s'avancer qu'il en aurait été autrement si la difficulté à résoudre avait été d'ordre scientifique et ce, en dépit de l'éventuelle assistance qu'auraient pu lui fournir ces mêmes « experts fantômes ». C'est que la perception par le juge et les États litigants de l'étendue du déficit de compétence épistémologique dont ils souffrent varie sensiblement entre ces deux hypothèses : si ce déficit semble relativement limité dans le cas de l'expertise technique, il s'apparente bien souvent au contraire à un gouffre insurmontable dans le cas de l'expertise scientifique.

Par suite, le positionnement intellectuel du juge international et des États à l'égard de l'expert technique (et plus précisément à l'égard de l'expert-exécutant) diffère en général de manière significative de celui qu'ils adoptent à l'égard de l'expert scientifique. S'ils sont toujours en position de demande à l'égard de l'expert et s'ils s'en remettent bien à son habileté personnelle pour réaliser telle ou telle opération spécifique dans le cadre du règlement de leur différend, l'atténuation voire la disparition du sentiment d'infériorité, de dépendance, et de méfiance qui les étreint régulièrement face à l'expert scientifique permet d'instaurer avec l'expert technique des relations globalement bien plus saines et équilibrées. Parce qu'il n'est plus perçu comme le dépositaire de savoirs qui font nécessairement défaut aux acteurs du procès ou de connaissances qui s'avèrent si complexes et instables qu'elles leur sont difficilement accessibles, l'expert ne dispose plus de la même aura, du même pouvoir de conviction et donc de la même influence sur la prise de décision. Le juge, qui manifeste dans ces circonstances une plus grande confiance en lui et en ses connaissances, est alors en principe moins dépendant de l'expert et plus autonome à l'égard des positions adoptées par ce

⁸²³ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 40.

⁸²⁴ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt du 10 octobre 2002 (fond), *Rec.* 2002, p. 303.

⁸²⁵ *Supra*, §61.

dernier. L'expertise technique se développant dans des domaines d'ores et déjà maîtrisés par l'homme, il est également rare qu'un très petit nombre d'experts techniques puissent revendiquer un monopole de compétences de nature à susciter, sur le plan psychologique, un sentiment fort de dépendance chez les acteurs du procès. Bien au contraire, le caractère éprouvé et largement stabilisé des techniques à mettre en œuvre garantit généralement au juge et aux litigants un assez large choix d'experts auxquels confier la réalisation de l'opération technique en cause, renforçant par là-même leur indépendance à l'égard de l'expert choisi. En conséquence, l'expertise redevient beaucoup plus neutre dans le cadre du règlement juridictionnel : l'influence dont jouit l'expert-exécutant sur la prise de décision étant en ce cas relativement limitée, ou à tout le moins raisonnablement contenue, les tentatives d'instrumentalisation de l'expertise perdent une grande partie de leur intérêt.

173. Que ce soit donc en raison de la temporalité spécifique qui en résulte pour l'expertise, et qui réduit drastiquement les hypothèses dans lesquelles le juge et l'expert sont en mesure d'influencer l'accomplissement de leurs mandats respectifs, ou même en raison du positionnement intellectuel plus équilibré et moins déstabilisant qui en découle pour les acteurs du procès dans leurs relations à l'expert, il paraît clair que le fait de limiter l'intervention de ce dernier à l'exécution des décisions des fors internationaux présente des avantages non négligeables en vue d'assurer la neutralité de l'expertise. Parce qu'à défaut de les rassurer, le recours à l'expert inquiète beaucoup moins le juge international et les États dans ces circonstances, parce que l'expert-exécutant n'est pas *a priori* perçu comme une menace pour la légitimité du premier et pour les intérêts des seconds, la nécessité de le contrôler disparaît et la volonté d'instrumentaliser son intervention, à supposer qu'elle persiste, se fait bien plus ténue. Ce faisant, loin des écueils et des déceptions qui accompagnent aujourd'hui souvent le recours à l'expert, c'est bien un retour à la fonction originelle d'assistance de l'expertise qui s'opère. Mais au-delà de cette amélioration d'ores et déjà non négligeable, le fait de borner l'expertise aux questions d'exécution de la décision juridictionnelle présente encore un autre avantage substantiel puisqu'il milite, comme l'illustrera le paragraphe à venir, en faveur de l'instauration d'un véritable lien de confiance entre l'expert et les acteurs de l'instance internationale.

§2 - Le confinement de l'expert à la dimension technique, gage de confiance dans l'expertise

174. Le paragraphe précédent a mis en lumière un élément important en vue d'assurer une plus grande neutralité de l'expertise et de désamorcer un certain nombre des craintes latentes qui animent les acteurs du procès lorsqu'il est question du recours à l'expert : le fait de limiter l'intervention de

ce dernier au domaine technique et, plus précisément encore, aux problématiques relatives à la mise en œuvre de la décision juridictionnelle, entraîne inéluctablement une perte de pouvoir pour l'expert dans le cadre du règlement du différend et corrélativement, une diminution de la méfiance que lui vouent dans ce même cadre le juge international et les États litigants. Toutefois, sans être anodine, cette amélioration n'est sans doute pas pour autant de nature à inaugurer des relations pleinement satisfaisantes entre ceux-ci et l'acteur incontournable qu'est aujourd'hui l'expert dans le contentieux interétatique. C'est pourquoi il convient de souligner qu'au-delà de sa contribution à la neutralité de l'expertise, le confinement de l'expert aux problématiques techniques d'exécution de la décision présente un autre avantage, bien plus décisif à vrai dire, qui réside dans sa capacité à créer de la confiance entre l'expert et les acteurs de l'instance internationale. De quels phénomènes procède alors cette confiance nouvelle en l'expert ? En quoi le fait de limiter l'intervention de ce dernier au domaine technique permet-il non plus seulement de combattre la méfiance que suscite traditionnellement l'expertise mais encore de faire naître un lien de confiance entre l'expert, le juge et les parties ?

175. Un premier élément d'explication peut être proposé qui réside pour l'essentiel dans la question de la compétence épistémologique⁸²⁶. L'on a déjà évoqué à plusieurs reprises cette question en relation avec les déficits de connaissances et de compétences dont sont inévitablement affectés, bien qu'à des degrés variables, le juge, l'arbitre et les parties face à l'expert. Cependant, ce n'est plus tant la compétence épistémologique de ces derniers que celle de l'expert lui-même qui retiendra ici l'attention. En effet, si la crainte que suscite l'expertise, si la méfiance que génère l'expert, trouvent pour une large part leur explication dans le risque de délégation par le juge de son office à l'expert⁸²⁷, cette constatation est sans doute en elle-même insuffisante à expliquer pourquoi ce risque – certes réel – est perçu comme un tel danger par les acteurs du procès international, ni en quoi son éventuelle réalisation devrait dans l'absolu s'opérer à leur nécessaire désavantage. L'on peut aisément concevoir qu'il ne soit guère agréable pour le juge d'imaginer se trouver dépossédé de ses prérogatives, et l'on comprend tout aussi aisément que la perspective, pour un État, de voir sa volonté méconnue à l'occasion du règlement juridictionnel est par principe difficilement acceptable. Néanmoins, dans le cadre de contentieux qui se veulent toujours plus techniques, cette délégation du juge à l'expert (qui s'opère au demeurant le plus souvent de manière inconsciente) peut tout aussi bien être vécue comme un soulagement par le juge tandis que les États, entités hautement

⁸²⁶ L'adjectif n'est plus ici employé dans son acception étroite relative à la connaissance scientifique mais dans un sens bien plus large renvoyant de manière générale au savoir et à la théorie de la connaissance.

⁸²⁷ *Supra*, §97 et s.

pragmatiques s'il en est, sont susceptibles de trouver un intérêt réel et non négligeable à voir leur différend tranché par l'expert, comme l'ont d'ores et déjà illustré les développements de cette seconde partie. Aussi, et bien que ces éléments ne soient de toute évidence pas sans importance, l'on ne peut se départir du sentiment qu'il y a sans doute d'autres raisons aux craintes latentes qu'induit chez les acteurs de l'instance internationale l'hypothèse d'une délégation par le juge de son office à l'expert. À cet égard, la question de la compétence épistémologique de l'expert, ou plus exactement la question du déficit de compétence épistémologique dont celui-ci est affligé dans le domaine juridique, semble non seulement pertinente mais même essentielle pour comprendre les inquiétudes que suscite l'expertise. D'ailleurs, sous réserve de pousser l'analyse au-delà des violations qui en résulteraient bien évidemment sur le plan des principes juridiques (notamment celui du procès équitable), il faut bien avouer que la perspective d'une délégation par le juge de son office à l'expert paraîtrait sans doute moins inquiétante si l'expert disposait, en sus de sa compétence technique ou scientifique, de connaissances et compétences juridiques globalement satisfaisantes et avérées. Aussi, l'on pressent que le déficit de compétence dont souffre l'expert en matière juridique pourrait bien se trouver au cœur des craintes manifestées par ces derniers : en dehors des quelques hypothèses tout à fait particulières évoquées dans le chapitre précédent⁸²⁸, aucun État ne semble généralement prêt à confier la détermination de ses droits et prérogatives à une entité qui serait parfaitement incompétente en matière juridique.

176. De ce point de vue, le confinement de l'expert à la dimension technique du différend ne peut manquer d'agréer les acteurs du procès international. Parce qu'il favorise, y compris pour les raisons de temporalité précédemment évoquées⁸²⁹, le respect de la répartition des compétences entre le juge et l'expert, il contribue à garantir que la mission conférée à chacun d'eux relève bien en principe de son champ de compétence. Le juge, choisi par les États en considération de sa compétence juridique, est ainsi voué à statuer sur les droits des intéressés et à trancher le différend tandis que l'expert, dont la compétence spécialisée est recherchée en vue de la mise en œuvre de la décision, voit en général effectivement son intervention limitée au domaine technique⁸³⁰. Dans ces

⁸²⁸ *Supra*, §136 et s. L'on fait ici référence aux cas, évidemment assez rares bien que non inexistant, dans lesquels les parties peuvent choisir de confier le règlement de l'ensemble de leur différend – aspects techniques comme juridiques – à un expert qui, bien que non compétent sur le plan juridique, peut permettre par son statut de scientifique et l'image plus informelle qu'il renvoie (très différente donc de celle d'un juge ou d'un arbitre traditionnel) de rassurer les parties et de faciliter le règlement juridictionnel de leur litige.

⁸²⁹ *Supra*, §169 et s.

⁸³⁰ D'aucuns pourraient certes s'inquiéter de ce que le confinement de l'expert à la dimension technique de la décision ne soit en réalité un moyen peu efficace d'assurer le respect de cette traditionnelle *summa divisio* entre le juge et l'expert : l'exécution de la décision (ou plus largement sa traduction en termes techniques) appelant nécessairement une interprétation par l'expert de la décision du juge, l'on pourrait craindre en effet que l'expert ne trouve là un moyen alternatif de s'inviter dans le champ du droit. Cependant, plusieurs éléments concourent à éviter cela : outre les précisions qu'il peut spontanément décider d'inclure dans sa décision – l'on renverra à cet égard au paragraphe de la

circonstances, loin de susciter l'inquiétude du juge et des États, le recours à l'expert est au contraire susceptible de les rassurer : la stricte limitation de l'expertise aux questions relatives à l'exécution de la décision constitue en effet une garantie de qualité et de fiabilité de celle-ci. Parce que l'expert est un technicien hautement qualifié dont l'intervention se borne aux questions relevant exclusivement de son champ de compétence, l'expertise n'est logiquement le lieu d'aucun déficit de compétence épistémologique ; fort de ses connaissances spécialisées et de la pratique qu'il a acquise au long cours, l'expert se voit confier un mandat limité qui atteste alors de sa spécialisation, de ses qualités et de son habileté particulière pour l'exécution de la mission concernée. Que ce soit donc en favorisant le respect de la répartition des compétences entre le juge et l'expert ou, surtout, en garantissant *in fine* la qualité de l'expertise (tout autant d'ailleurs que du jugement) qui sera mise en œuvre, le fait de contenir l'intervention de l'expert dans le domaine technique contribue sans nul doute à faire naître une relation de confiance entre l'expert et les acteurs du procès international.

177. Toutefois, au-delà de cette première constatation, un second élément d'explication permet de comprendre en quoi le confinement de l'expert à la dimension technique est de nature à susciter la confiance des États et du juge dans l'expertise. Ce second élément tient à la nature de l'expertise mise en œuvre en vue de l'exécution d'une décision juridictionnelle : comme souligné dans le paragraphe précédent, si celle-ci est aujourd'hui souvent une expertise de nature scientifique lorsqu'il s'agit pour l'expert d'aider le juge à former sa conviction et à statuer, elle est en revanche presque exclusivement de nature technique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la décision à laquelle le juge est parvenu⁸³¹. Or, cette différence de nature de l'expertise emporte des conséquences

présente étude consacré à « l'opérationnalisation » des décisions – le juge peut parfois suivre les opérations d'exécution et indiquer à l'expert, en cas de besoin, comment il convient qu'il interprète ladite décision. Outre les arbitrages interétatiques dans lesquels les parties peuvent expressément conférer ce pouvoir à l'arbitre, c'est notamment vrai devant la Cour EDH ou la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (*a contrario*, la CIJ, elle, continue pour l'instant à refuser de se reconnaître pareille compétence : pour de plus amples développements sur ce point, cf. GESLIN (A.), LE FLOCH (G.), « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2015-2016) », *Journal du droit international (Clunet)*, 2016, n°4, §25). D'autre part, l'État étant l'interprète naturel de la norme de droit international, il est fort probable que l'expert doive composer à cet égard avec la lecture que font respectivement les litigants de la décision judiciaire. D'une manière ou d'une autre, l'expert n'est donc, on le voit, que rarement libre de l'interprétation qu'il fait de celle-ci.

⁸³¹ Sur la prévalence logiquement très importance de l'expertise technique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les décisions des fors internationaux, voir entre autres CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, p. 78 ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 253 ; CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, p. 53 ; CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Burkina Faso/Mali, ordonnance du 9 avril 1987, *Rec.* 1987, p. 7 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, p. 92 ; *The Alaska Boundary Case*, Royaume-Uni/États-Unis, sentence du 20 octobre 1903, *RSA*, vol. XV, p. 489 (le compromis emploie certes le terme d'experts « scientifiques » mais la mission qui leur est confiée, à savoir opérer le bornage de la frontière, est d'ordre purement technique) ; *Tacna – Arica question*, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 957 ; *Affaire de la Dette publique ottomane*, Bulgarie, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie, sentence du 18 avril 1925, *RSA*, vol. I, p. 534 ; *Honduras borders Case*, Guatemala/Honduras, sentence du 23 janvier 1933, *RSA*, vol. II, p. 1312 ; *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 6 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 153.

indéniables sur la façon dont la mesure est perçue par les acteurs du procès et sur les attentes qu'ils nourrissent à son égard. Si l'expertise scientifique vise en général la recherche du vrai, dans ce qu'il a de plus universel et intangible, l'expertise technique est quant à elle vouée, de manière certes bien plus terre-à-terre, à la réalisation d'une opération matérielle précise dans le cadre d'un différend particulier, d'une instance spécifique. À cela rien d'étonnant bien sûr puisque la science se défend traditionnellement de toute contrainte liée aux nécessités pratiques lorsque la technique constitue au contraire un moyen ou un ensemble de moyens mis au service d'une fin pré-déterminée et concrètement réalisable⁸³². Cependant, cette divergence de nature et d'objet entre science et technique n'est pas sans conséquence sur les relations que tissent le juge, les parties et l'expert dans le cadre du règlement juridictionnel : alors que celles-ci semblent fondées le plus souvent sur une logique binaire vérité – absence de vérité, qui se traduit soit par la certitude soit par la méfiance importante que suscite l'intervention de l'expert scientifique lors du procès, les relations entre les acteurs du procès et l'expert paraissent au contraire essentiellement dominées par la voie médiane que constitue la confiance lorsqu'il est fait appel à un expert technique dans ce même cadre.

C'est que, comme l'ont montré les développements de la première partie de la thèse, les vertus d'objectivité, de rigueur, d'universalité prêtées à la méthodologie scientifique et la capacité théorique subséquente de la science à révéler le vrai, ont peu à peu fait disparaître la nécessité de faire confiance. Si la science est à même de dire le vrai, alors elle produit des certitudes et la confiance apparaît superflue ; inversement, si elle échoue dans cette entreprise, les doutes engendrés sont d'une telle ampleur au regard des vertus qui lui sont prêtées que toute confiance en l'expert devient impossible⁸³³. Les relations qu'entretiennent les acteurs de l'instance internationale avec l'expert scientifique se déclinent ainsi le plus souvent en un tout ou en un rien, qui reflète selon les cas la puissance et la légitimité importantes que développe la science dans le procès ou la déception et la méfiance non moins importantes qu'elle suscite à cette occasion. Si l'on a d'ores et déjà pu constater que c'est cette dernière alternative qui l'emporte le plus souvent dans la pratique⁸³⁴, le caractère extrême des deux solutions traduisait dès l'origine la dimension hautement politique de l'expertise et il laissait sans doute en grande partie présager des difficultés rencontrées aujourd'hui par les fors internationaux dans le cadre du recours à l'expert.

⁸³² *Supra*, §171 et s.

⁸³³ *Supra*, Chapitre 2, Titre II de la première partie.

⁸³⁴ *Supra*, §125 et s. L'on renverra notamment à nouveau à KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, 284 p. et à FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, 350 p.

Heureusement, la situation apparaît sensiblement différente lorsque le juge ou les États parties au différend manifestent, au travers de l'expertise, le besoin de faire réaliser telle ou telle opération de nature technique en vue de la mise en œuvre de la décision juridictionnelle : ces derniers ne semblent alors plus tant préoccupés par la recherche du vrai que par le résultat concret qu'ils souhaitent atteindre. La réussite de l'expertise, sa crédibilité, sa légitimité même, ne reposent plus dans ce cas sur la capacité présumée d'une quelconque méthodologie à transcender les limites du monde sensible pour atteindre un idéal de vérité mais plutôt sur les compétences et l'habileté personnelle que l'expert est susceptible de mettre en œuvre en vue de la réalisation de l'objectif concret qui lui aura été assigné par les acteurs de l'instance internationale. Ce déplacement de la légitimité d'une méthodologie uniforme et volontairement désincarnée vers l'humain, caractérisé à l'inverse par sa finitude et sa diversité, implique inévitablement un retour à la confiance dans le cadre de l'expertise. Toute aspiration à l'absolu est alors abandonnée au profit de la foi placée dans les capacités individuelles de l'expert qui, bien que faillible, demeure le plus compétent pour réaliser de manière rigoureuse les gestes et opérations techniques nécessaires à l'exécution de la décision. Cette nouvelle relation de confiance qui s'instaure alors entre l'expert et les acteurs du procès international transparaît entre autres dans le choix que font ces derniers de s'adresser régulièrement et de manière préférentielle aux mêmes experts : et pour cause, il ne s'agit plus ici de rechercher l'expert qui paraîtra le plus crédible ou qui étiera au mieux par ses recherches telle ou telle position possiblement controversée, mais plutôt l'expert en qui le juge et surtout les parties pourront placer leur confiance pour produire le résultat précis qu'elles escomptent de lui, à savoir la traduction exacte dans les faits de la décision juridictionnelle. À cet égard, le fait qu'un expert ait d'ores et déjà participé, avec succès, à l'exécution d'une telle décision constitue un élément qui, en sus de ses compétences spécialisées, plaide évidemment en faveur de sa « ré-élection » par le juge international comme par les États à l'occasion de la mise en œuvre d'autres décisions. Ainsi, l'on notera à titre d'illustration que la collaboration de Peter Beazley, capitaine de frégate de la marine britannique et hydrographe rompu au fonctionnement de la justice internationale, a été recherchée en vue de la mise en œuvre de pas moins de quatre sentences arbitrales et un arrêt de la Cour internationale de Justice sur une période d'une quinzaine d'années⁸³⁵.

⁸³⁵ *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 347 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 155 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, p. 126 ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, ordonnance du 30 mars 1984, *Rec.* 1984, p. 166 ; *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 299.

178. En conclusion, que ce soit parce que le confinement de l'expert à la dimension technique contribue à assurer la qualité et la fiabilité de l'expertise comme du jugement, ou parce qu'en substituant la confiance à la certitude, il permet de jeter les bases d'une relation moins frustrante et plus saine entre les acteurs du procès et l'expert, l'on ne sera guère surpris de constater que les fors internationaux font un usage bien plus libéral de l'expertise lorsque celle-ci est convoquée aux fins d'exécution de leurs décisions. Les tribunaux arbitraux y ont très régulièrement recours dans ce cadre comme l'illustrent de très nombreuses affaires parmi lesquelles l'affaire *Tacna-Arica*⁸³⁶, l'*Affaire de la Dette publique ottomane*⁸³⁷, celle de la délimitation frontalière entre le Honduras et le Guatemala⁸³⁸, celle de la *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*⁸³⁹, l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*⁸⁴⁰ ou entre la Guinée-Bissau et le Sénégal⁸⁴¹, l'*Affaire de la délimitation maritime Érythrée – Yémen*⁸⁴², celle du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas⁸⁴³ ou encore celle de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*⁸⁴⁴. Quant à la CIJ, que l'on sait particulièrement prudente – voire même rétive – en matière d'expertise, elle a pourtant régulièrement accepté, au cours des dernières décennies, de nommer des experts afin de « *l'aider dans la considération des questions techniques et notamment dans la préparation de la description de la frontière maritime et des cartes mentionnées au paragraphe 2 [du compromis]* »⁸⁴⁵ ou encore afin « *de permettre aux parties de parvenir à un règlement définitif de leur différend en application de l'arrêt qu'elle a rendu* »⁸⁴⁶. Cette attitude non seulement plus neutre mais même relativement confiante adoptée par la Cour de La Haye à l'égard du recours à l'expert est d'autant plus

⁸³⁶ *Tacna – Arica question*, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 957.

⁸³⁷ *Affaire de la Dette publique ottomane*, Bulgarie, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie, sentence du 18 avril 1925, *RSA*, vol. I, p. 534 et 612.

⁸³⁸ *Honduras borders Case*, Guatemala/Honduras, sentence du 23 janvier 1933, *RSA*, vol. II, p. 1312.

⁸³⁹ *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, pp. 418-419.

⁸⁴⁰ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 153.

⁸⁴¹ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, p. 124. Pour de plus amples développements sur cette dernière affaire, voy. GHERARI (H.), « La sentence arbitrale du 31 juillet 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal », *Afri. J. Int'l & Comp. Law*, 1991, vol. 3, pp. 41-60.

⁸⁴² *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 453 et 507.

⁸⁴³ *Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (Affaire du Rhin de fer)*, Belgique/Pays-Bas, sentence du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 120.

⁸⁴⁴ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, pp. 21-22 (disponible sur le site internet de la CPA, consultée le 30 mai 2016).

⁸⁴⁵ CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, ordonnance du 30 mars 1984, *Rec.* 1984, p. 166.

⁸⁴⁶ CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Burkina Faso/Mali, ordonnance du 9 avril 1987, *Rec.* 1987, p. 8 et CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, ordonnance du 12 juillet 2013, *Rec.* 2013, p. 227.

significative que, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner dans la première partie de cette étude, elle n'a recouru en tout et pour tout à l'expertise que dans deux affaires en plus de soixante années d'existence lorsque cette mesure était destinée à l'assister dans la formation de sa décision⁸⁴⁷.

179. À l'aune de ces développements, il paraît donc évident que le confinement de l'expert à la dimension technique constitue, tant par la neutralité que par la confiance qu'il induit dans le cadre de l'expertise, un élément de réassurance pour les acteurs du procès et en tout premier lieu, pour les États qui demeurent aujourd'hui encore les acteurs principaux de l'ordre juridique international. Néanmoins, l'on verra dans la section prochaine que ce n'est pas là la seule vertu que présente pour ces derniers le recours à un expert-exécutant : en effet, au-delà du sentiment de réassurance appréciable qu'il leur procure, l'expert-exécutant constitue encore et surtout une véritable source d'assistance pour les États litigants.

Section 2

L'EXPERT-EXECUTANT, SOURCE D'ASSISTANCE POUR LES PARTIES

180. De par les craintes importantes qu'elle fait naître chez les acteurs du procès international, l'expertise se trouve hélas aujourd'hui le plus souvent privée de l'essentiel de son utilité dans ce cadre. Toutefois, l'on vient de constater que le confinement aux problématiques techniques d'exécution de la décision était indubitablement un élément porteur de réassurance et même de confiance pour les États litigants (et pour le juge d'ailleurs) dans le cadre du recours à l'expert. Ce changement de perception de l'expertise rend alors possible une redécouverte de sa fonction d'assistance, qui s'exprime notamment au travers de sa contribution à « l'opérationnalisation » des décisions des fors internationaux (§1) et au-delà, au travers de l'aide que l'expert est susceptible d'apporter aux États lors de l'exécution, y compris matérielle, de ces mêmes décisions (§2).

§1 - Une fonction « d'opérationnalisation » des décisions juridictionnelles

181. L'on a vu à l'occasion de l'introduction de cette étude que l'expertise est une mesure assez ancienne et présente dans la plupart des systèmes juridiques existant de par le monde ; si l'on ajoute

⁸⁴⁷ Elle y a en effet recouru par deux fois dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, puis une fois dans l'affaire précitée de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*. Cette dernière affaire est un peu particulière puisque selon le mandat que lui avaient assigné les parties dans leur compromis, l'expert était tout à la fois voué à aider la Cour à former sa conviction en amont du jugement et à traduire par la suite celui-ci dans les faits en faisant une description précise de la délimitation et en la reportant sur une carte. Ce mandat large conféré à l'expert ne semble cependant pas avoir posé de problème particulier puisqu'il procédait alors de la volonté souveraine des États litigants.

à cela la popularité dont elle jouit aujourd'hui dans les différents champs de la société, l'on ne saurait véritablement s'étonner du sentiment de familiarité qu'elle semble désormais habituellement inspirer. À bien y regarder toutefois, ce sentiment paraît peut-être moins lié à l'institution elle-même qu'aux quelques fonctions récurrentes qui lui sont allouées et auxquelles elle se trouve donc le plus souvent associée, telles la défense de la cause des parties ou la recherche de la vérité matérielle des faits. En effet, si chacun conçoit aisément le rôle de « décodeur » qui échoit par exemple à l'expert dans ce dernier cas, c'est-à-dire la mission qui lui incombe de rendre accessibles au juge des éléments de nature technique ou scientifique nécessaires pour la solution du différend, il semble en revanche que d'autres fonctions de l'expertise ne bénéficient pas toujours de la même visibilité et qu'elles demeurent de ce fait globalement plus absconses, malgré leur contribution possiblement déterminante en vue du règlement du différend. Il en va par exemple ainsi dans le contentieux interétatique – et même d'ailleurs dans le contentieux de droit interne – de la fonction « d'opérationnalisation » de l'expertise, qui consiste pour l'essentiel dans la démarche inverse à celle qui anime l'expert dans le cadre de la recherche de la vérité matérielle des faits : il ne s'agit plus ici pour lui de permettre la compréhension des éléments factuels techniques ou scientifiques du cas et le passage subséquent du fait au droit, mais bien plutôt d'apporter son concours au juge ou à l'arbitre afin que celui-ci puisse donner à la solution juridique qu'il a dégagée son exacte traduction en termes techniques. L'on précisera d'emblée que, si « l'opérationnalisation » de la décision juridictionnelle concourt évidemment à son exécution, les deux opérations ne peuvent se confondre dans la mesure où la première prend place en amont du rendu par le juge ou l'arbitre de la décision tandis que la seconde ne saurait intervenir qu'en aval et en application de celle-ci.

182. Cette fonction « d'opérationnalisation » allouée à l'expertise n'apparaît pas véritablement novatrice si l'on considère son usage séculaire par les juridictions de droit interne en vue d'assurer la bonne compréhension et l'exécution de leurs décisions par les litigants privés auxquels elles s'adressent. Il n'est ainsi pas rare de voir le juge interne faire appel à un expert pour préciser dans sa décision les conséquences techniques qui découlent des constatations juridiques qu'il a effectuées. Cependant, de la même façon que le recours à l'expert aux fins « d'opérationnalisation » de la décision apparaît relativement naturel dans le cadre de contentieux entre personnes privées, l'on pressent instinctivement qu'il ne va sans doute pas de soi dans le cadre de contentieux entre États souverains. Outre la vision volontairement restrictive que ces derniers retiennent en général de l'office du juge international et la méfiance que leur inspire invariablement l'expert, les États disposent en effet de moyens financiers, techniques et humains sans commune mesure avec ceux que peuvent convoquer des litigants privés et *a priori* largement suffisants pour garantir la bonne

réception et l'exécution correcte des décisions des fors internationaux. Par conséquent, l'expertise envisagée sous l'angle de « l'opérationnalisation » de la décision aurait pu être perçue par les États comme de nature essentiellement superfétatoire et demeurer de ce fait largement inusitée dans le contentieux interétatique.

Pourtant, il n'en est rien : contrairement à ce que pourrait laisser supposer l'absence d'écrits spécifiquement dédiés à son étude, cette fonction « d'opérationnalisation » ne semble pas d'utilisation exceptionnelle dans les contentieux entre États impliquant une forte dimension technique, et elle apparaît même d'emploi courant dans les contentieux relatifs aux délimitations territoriales ou maritimes. L'on remarquera ainsi qu'en l'affaire de la *Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, après avoir prié le tribunal arbitral de procéder, conformément aux principes et règles de droit international applicables, à la délimitation des espaces maritimes relevant de chacun d'eux, les litigants avaient indiqué dans leur compromis que

« [l]e Tribunal décrira[it] le tracé de cette délimitation de façon techniquement précise », étant entendu qu'il préciserait notamment « la nature géométrique de tous les éléments de ce tracé [...] et la position de tous les points mentionnés [...] par leurs coordonnées géographiques dans le système géodésique North America Datum 1927 »⁸⁴⁸.

Par suite, l'article 2 §3 du compromis prévoyait que « [l]e Tribunal désignera[it], après consultation avec les Parties, un expert technique pour l'aider dans l'exécution des tâches [susmentionnées] »⁸⁴⁹. De la même façon, dans son ordonnance n°6 adoptée en application de l'article 11 §3 du compromis d'arbitrage en l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, le tribunal arbitral décida de nommer un expert hydrographe pour l'assister « *in the drawing and explanation of the maritime boundary line or lines in a technically precise manner* »⁸⁵⁰. Les parties avaient pareillement exigé du tribunal arbitral, en l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, qu'il fasse figurer le tracé précis de la ligne frontière sur une carte et avaient donc prévu qu'« [à] cette fin, le Tribunal sera[it] habilité à désigner un ou des experts techniques pour l'assister dans la préparation de cette carte »⁸⁵¹. La Cour internationale de

⁸⁴⁸ *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 271.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 271.

⁸⁵⁰ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, p. 22, §108 (disponible sur le site internet de la CPA, consultée le 30 mai 2016).

⁸⁵¹ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, p. 124. L'on notera que le compromis conclu cinq ans auparavant en vue de la délimitation des espaces maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau prévoyait, en des termes

Justice fut quant à elle priée, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, non pas seulement de dégager les principes et les règles juridiques applicables à la délimitation entre les parties mais encore « *de décrire le tracé de la frontière maritime en termes de lignes géodésiques reliant les coordonnées géographiques des points* ». Aussi, le Canada et les États-Unis avaient-ils indiqué à l'article 2 de leur compromis que la Cour était invitée à nommer un expert technique « *pour l'aider dans la considération des questions techniques et notamment dans la préparation de la description de la frontière maritime [...]* »⁸⁵².

183. Si ces quelques exemples permettent de se convaincre de ce que le recours à l'expert aux fins « d'opérationnalisation » de la décision n'est pas, comme on aurait pu le craindre, un phénomène exceptionnel dans le contentieux des différends entre États, l'on ne peut que s'interroger sur les raisons d'un tel état de fait. Cela d'autant plus que l'expertise, lorsqu'elle est mise en œuvre à cette fin, paraît être le lieu d'une incohérence évidente : formellement convoquée au bénéfice du juge et s'insérant dans le cadre de la procédure contentieuse, il ne fait cependant aucun doute que c'est bien plutôt aux parties qu'à celui-ci que bénéficie alors l'assistance de l'expert. L'on en veut d'ailleurs pour preuve le fait que le recours à l'expert procède le plus souvent dans ces circonstances non pas d'une décision unilatérale ou même d'une demande du juge, qui manifesterait son souhait d'obtenir l'aide d'un expert, mais au contraire d'une invitation voire d'une demande expresse des États litigants, qui exigent du juge international qu'il se fasse assister d'un expert⁸⁵³. Pourquoi dans ces conditions les États ne privilégient-ils pas systématiquement, une fois la décision du juge rendue, la possibilité – *a priori* plus rassurante et moins risquée pour eux – de charger leurs experts respectifs de traduire en termes techniques la décision juridictionnelle et au besoin de l'exécuter par la suite

exactement identiques, le recours à l'expertise aux fins « d'opérationnalisation » de la décision du tribunal : cf. *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 153.

⁸⁵² CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 253. Pour d'autres illustrations de cette fonction « d'opérationnalisation » de l'expertise, voir encore notamment CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental*, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 10 décembre 1985, *Rec.* 1985, p. 196 ; *Tacna – Arica question*, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 921 ; *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 6 ; *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 507 (annexe 1).

⁸⁵³ L'on renverra sur ce point à la rédaction, parfois particulièrement éclairante, des compromis d'arbitrage ou, s'agissant de la CIJ, des compromis de saisine de la Cour dans les affaires susmentionnées : cf. par exemple CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Canada/États-Unis, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 253 : « *Les parties prient la Chambre de nommer un expert technique désigné conjointement par les parties pour l'aider dans la considération des questions techniques et notamment dans la préparation de la description de la frontière maritime [...]* » ; *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 271 : « *[l]e Tribunal décrira le tracé de cette délimitation de façon techniquement précise [...]. Le Tribunal désignera, après consultation avec les Parties, un expert technique pour l'aider dans l'exécution des tâches [susmentionnées]* » ; *Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime)*, Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 507 : « *a) Le Tribunal procède à la délimitation de manière techniquement précise [...]. b) Après consultation avec les Parties, le Tribunal désigne un expert technique pour l'aider à mener à bien ses fonctions énoncées à la lettre a) ci-dessus* ».

(étant entendu que les deux opérations ont alors toutes les chances d'être confondues) ? Pour quelle(s) raison(s) des entités traditionnellement aussi protectrices de leur souveraineté choisissent-elles de confier au juge ou à l'arbitre une partie des tâches qu'elles pourraient accomplir – et qu'elles accomplissent effectivement régulièrement – par elles-mêmes, au travers de leurs propres experts, lors de la phase d'exécution de la décision ?

184. Le fait que l'expertise prenne appui, en pareil cas, sur une conception inhabituellement large de l'office du juge international, dans laquelle ce dernier n'est pas seulement appelé à dire le droit, mais encore à envisager sa mise en œuvre pour régler en amont, dans sa décision, les éventuelles difficultés techniques auxquelles elle pourrait donner lieu, constitue sans aucun doute un élément significatif pour comprendre l'intérêt de la fonction « d'opérationnalisation » de l'expertise. Au-delà de la simplification évidente des opérations que les États litigants devront entreprendre en vue de l'exécution de la décision juridictionnelle, l'on suggèrera que c'est surtout pour la sécurisation qu'il leur procure que le recours à l'expert paraît alors retenir l'attention des États. En effet, si le passage du fait au droit au travers de l'opération de qualification juridique des faits constitue toujours, ainsi que souligné dans la première partie de cette étude, un acte d'interprétation et de reconstruction des faits par l'expert puis par le juge⁸⁵⁴, il n'en va pas différemment lorsqu'il s'agit d'assurer à l'inverse le passage du droit aux faits. La décision juridictionnelle est « reçue » par les litigants, auxquels il revient de l'interpréter afin de pouvoir la mettre en œuvre. Si l'on peut sans trop de risque gager que les énoncés de nature juridique qu'elle contient seront, selon toute vraisemblance, aussi clairs, précis et univoques que possible – il en va là tout à la fois de la l'utilité, de la légitimité et *in fine* de la pérennité des fors internationaux – il n'est pourtant pas possible pour les litigants de se prémunir totalement contre les aléas que constituent les divergences d'interprétation. L'existence, bien établie depuis les Conventions de La Haye, d'un recours en interprétation devant les tribunaux internationaux en est d'ailleurs la meilleure preuve⁸⁵⁵. Si le risque de divergences entre les parties relativement à l'interprétation des énoncés juridiques est donc réel, il est encore inévitablement exacerbé lorsque cette interprétation suppose, de surcroît, une traduction du juridique vers le technique, c'est-à-dire lorsqu'elle implique un changement de nature du référent.

⁸⁵⁴ *Supra*, §97 et s. De manière plus générale, sur le jugement en tant qu'acte d'interprétation, voy. par exemple DWORKIN (R.), « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et société*, 1985, n°1, pp. 99-114 ; POSNER (R. A.), « Pragmatic adjudication », *Cardozo Law Review*, 1996, vol. 18, n°1, pp. 1-21 ; TROPÉ (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, n°4, pp. 51-68.

⁸⁵⁵ Sur ce point, cf. ZOLLER (E.), « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *AFDI*, 1978, vol. 24, pp. 327-351.

L'on renverra pour illustrer ce dernier point à l'affaire, assez topique, du *Plateau continental* entre la Tunisie et la Libye ainsi qu'à l'arrêt subséquent en révision et en interprétation rendu par la CIJ dans la même affaire en 1985. En effet, lors de l'instance initiale de 1982, une controverse s'était fait jour entre les parties sur « *le degré de précision que devra[it] revêtir l'arrêt de la Cour et sur la latitude laissée en conséquence aux Parties et à leurs experts pour établir la ligne de délimitation* »⁸⁵⁶, la Tunisie estimant que la Cour devait « *spécifier en termes précis la manière pratique d'appliquer les principes et règles [de droit international pertinentes pour la délimitation]* »⁸⁵⁷ tandis que la Libye affirmait pour sa part que le mandat conféré à la Cour ne l'habilitait pas à « *mener la tâche jusqu'au point ultime précédant le travail purement technique [...]* »⁸⁵⁸ et ne lui permettait donc pas de déterminer elle-même la ligne de délimitation. Bien qu'ayant décidé, contre la position libyenne, d'indiquer approximativement – en sus des règles juridiques applicables – le tracé de la ligne de délimitation, la Cour choisit néanmoins de renvoyer aux experts des parties la détermination exacte des coordonnées des points de la ligne, avec la conséquence que l'on sait : ces derniers n'étant pas parvenus à s'accorder sur lesdites coordonnées, la Tunisie réitéra, lors de l'instance de 1985, sa demande tendant à ce que la Cour détermine précisément la position de ces points en ordonnant elle-même une expertise. Le recours à l'expert ne paraissant cependant aucunement nécessaire à la Cour pour s'acquitter de la mission restreinte qui lui incombait alors d'interpréter l'arrêt de 1982, celle-ci n'eut d'autre choix que de rejeter la demande tunisienne et de rappeler aux parties l'obligation qui leur incombait, aux termes de leur compromis, de conclure un traité aux fins de la délimitation et donc de « *faire en sorte que leurs experts et leurs représentants se livrent en toute sincérité à un effort véritable pour établir les coordonnées [...]* »⁸⁵⁹. Pareillement, l'arrêt rendu par la CIJ en 1962 dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et la demande en interprétation subséquente présentée devant la Cour par le Cambodge au cours de l'année 2011, fournissent un autre exemple des difficultés susceptibles de découler pour les litigants du passage du droit aux faits, de la transposition en termes techniques d'un énoncé de nature juridique. Bien que les divergences entre les litigants résultent en l'espèce d'une rédaction originellement défailante de la problématique soumise par les parties à la Cour – le Cambodge ayant nié qu'il s'agissait d'un différend relatif à une délimitation territoriale alors même que le contentieux entre les parties, que n'avait manifestement pas épuisé l'arrêt initial de la Cour, débordait clairement

⁸⁵⁶ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, p. 39.

⁸⁵⁷ *Id.*

⁸⁵⁸ *Id.*

⁸⁵⁹ CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental*, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 10 décembre 1985, *Rec.* 1985, p. 229.

et dès l'origine la seule question de la souveraineté sur le temple – elles n'en prennent pas moins appui sur la généralité des énoncés de la Cour, sur le manque de précision dont était affecté l'arrêt de 1962 quant à l'emplacement précis de la frontière entre les deux États. Ainsi par exemple, la Thaïlande qui, aux termes dudit l'arrêt était priée de « *retirer tous les éléments de forces armées ou de police ou autres gardes et gardiens [du] temple et de ses environs cambodgiens* »⁸⁶⁰ n'avait de toute évidence pas retenu de l'expression « environs du temple » la même interprétation que le Cambodge : si la première avait attribué à cet énoncé – certes pour le moins imprécis – un sens volontairement restrictif selon lequel les droits du Cambodge n'avaient été reconnus qu'à l'égard du temple et du sol sur lequel il était construit, le Cambodge estimait au contraire quant à lui que la Cour renvoyait par cette expression à la ligne de délimitation établie par une carte de 1907 présentée en annexe de ses écritures lors de l'instance de 1962 et selon laquelle la frontière entre les deux États était située plus loin, au nord de Préah Vihéar⁸⁶¹. Loin d'être anecdotiques, ces divergences d'interprétation auront pesé pendant plus de cinquante ans après le rendu de l'arrêt de 1962 sur les relations bilatérales entre les deux États, lesquelles furent marquées, on le sait, par des échauffourées régulières et des périodes de tensions très vives. Enfin, un dernier exemple des divergences susceptibles de survenir entre les litigants quant à l'interprétation de l'énoncé juridique et à sa traduction en termes techniques peut encore être tiré de l'affaire des *litiges frontaliers entre l'Inde et le Pakistan portant sur l'interprétation du rapport de la Commission de délimitation des frontières du Bengale*. En effet, au lendemain de la décolonisation, les deux parties avaient constitué ladite Commission en vue de déterminer l'emplacement exact de leur frontière commune dans l'ancienne province du Bengale, divisant celle-ci en Bengale Est d'une part et Bengale Ouest d'autre part. La Commission rendit ainsi le 13 août 1947 une décision connue sous le nom de « Radcliffe award » – du nom du président de la Commission – qui établissait de manière assez grossière le tracé de la ligne frontière et qui prévoyait à cette fin le transfert de certaines portions du Bengale d'un État à l'autre. L'Inde et le Pakistan ayant échoué par la suite à trouver un accord amiable quant à la manière d'interpréter la sentence et quant au tracé exact de la délimitation, elles n'eurent d'autre choix que de

⁸⁶⁰ CIJ, *Temple de Préah Vihéar*, Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 15 juin 1962 (fond), *Rec.* 1962, p. 37.

⁸⁶¹ CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar*, Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec.* 2013, pp. 298-299. Voy. également l'ordonnance en mesures conservatoires rendue par la Cour le 18 juillet 2011, dans laquelle elle note clairement qu'une « *divergence d'opinions ou de vues paraît exister entre les parties [...] sur le sens et la portée de l'expression 'environs situés en territoire cambodgien' utilisée au deuxième paragraphe du dispositif de l'arrêt [...]* » (*Rec.* 2011, p. 544, §31).

constituer, fin décembre 1948, un tribunal arbitral chargé de trancher ces questions, repoussant par là même de près de trois ans le règlement complet de leur contentieux⁸⁶².

185. Ces affaires constituent, si besoin est, de bonnes illustrations des conséquences fâcheuses qui peuvent résulter pour les États litigants d'une interprétation divergente des effets produits sur le plan technique par l'application d'une règle ou d'un énoncé juridique et des suites pratiques qu'il convient donc de lui donner. Le juge international semble d'ailleurs conscient de ces difficultés, comme en témoignent les déclarations de la CIJ en l'affaire de la *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen* : ici aussi, les parties avaient adopté des vues divergentes sur le rôle du juge, le Danemark estimant que la Cour ne devait pas se limiter à indiquer les règles ou principes juridiques applicables mais qu'elle devait également tracer la ligne de délimitation, tandis que la Norvège souhaitait qu'elle se limitât à rendre « *un arrêt qui serait déclaratif des fondements de la délimitation, mais s'en remettrait aux négociations entre les Parties pour l'articulation (ou la délimitation) précise du tracé* »⁸⁶³. Forte de son expérience dans les affaires précitées, et sentant manifestement le risque qu'un refus de sa part faisait courir aux États de voir perdurer leur contentieux après le rendu de sa décision, la Cour décida d'accéder à la demande du Danemark. Elle affirma à cet égard

*« qu'elle ne s'acquitterait pas complètement de son obligation de statuer sur le différend si elle ne donnait qu'une indication générale de la façon dont devrait être fixée la ligne de délimitation et s'en remettait à un accord ultérieur entre les Parties [...] La Cour est convaincue qu'elle doit définir la ligne de délimitation de telle sorte que les questions qui resteraient à résoudre soient strictement des questions relatives aux techniques hydrographiques que les Parties, avec l'aide de leurs experts, peuvent certainement résoudre [...] »*⁸⁶⁴.

Et la Cour d'explicitier plus loin la nature de ses craintes et la raison précise de son choix : le tracé de la ligne de délimitation nécessitant en l'espèce le recours à deux constructions géométriques, à savoir la ligne médiane d'une part et la ligne des deux cents milles du Groënland d'autre part, « *il pourrait y avoir des divergences d'opinions au sujet des points de base [...]* » de ces lignes – et donc, *ipso*

⁸⁶² *Affaire concernant les litiges frontaliers entre l'Inde et le Pakistan portant sur l'interprétation du rapport de la Commission chargée de déterminer les frontières du Bengale*, Inde/Pakistan, sentence du 26 janvier 1950, *RSA*, vol. XXI, pp. 7-10.

⁸⁶³ CIJ, *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen*, Danemark c. Norvège, arrêt du 14 juin 1993, *Rec. 1993*, p. 77, §88.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 78, §89.

facto, des divergences au sujet du tracé même de la délimitation – alors que lorsque « *les points de base sont déterminés, les deux lignes s’ensuivent automatiquement* »⁸⁶⁵.

186. L’on comprend bien, à la lumière de ces quelques exemples, l’enjeu que peut représenter pour les litigants « l’opérationnalisation » des décisions des fors internationaux : en confiant au juge la tâche qui, à défaut, leur incomberait de transcrire en termes techniques la solution juridique à laquelle il est parvenu, les États optent pour une unité d’interprétation dont le principal avantage, outre la cohérence et le suivi qu’elle assure entre l’énoncé juridique et sa traduction technique, est de prévenir les éventuels contentieux auxquels la mise en œuvre de la décision pourrait donner lieu. Cela apparaît d’ailleurs clairement dans les arguments développés par la Tunisie en l’affaire précitée du *Plateau continental* : celle-ci justifie en effet sa demande tendant à ce que la Cour indique non seulement les principes et règles juridiques applicables mais encore la méthode pratique aux fins du tracé de la délimitation par le fait que

*« [s]i le choix de la méthode risquait de provoquer un désaccord, il appartiendrait à la Cour de trancher, des points de vue juridique et pratique, afin d’éviter toute divergence de vue entre les experts des Parties ; il ne resterait plus à ceux-ci qu’à accomplir un travail d’application technique ‘sur le sens et les modalités duquel [ils] ne puissent rencontrer aucune difficulté’ »*⁸⁶⁶.

Dans ces circonstances, loin d’être une gêne, l’expertise aux fins « d’opérationnalisation » de la décision devient un instrument précieux pour les États. L’on a déjà souligné dans la section précédente que les modalités selon lesquelles elle est mise en œuvre à cette occasion sont de nature à rassurer ces derniers, voire même à favoriser l’institution d’un lien de confiance avec l’expert. Cela est d’autant plus vrai et d’autant plus probable que la mesure constitue en l’espèce une vraie source d’assistance pour eux : parce qu’elle permet au juge d’assumer, en dépit d’un déficit inévitable (bien que plus ou moins important selon les cas) de compétence épistémologique, cette tâche supplémentaire « d’opérationnalisation » de la décision, l’expertise concourt indubitablement à la bonne exécution des décisions des fors internationaux et partant, à la normalisation des relations entre les États litigants. Ces derniers y trouvent une forme de sécurisation quant aux suites favorables de la procédure contentieuse et l’assurance que leur passage devant le juge n’aura pas été vain. Aussi, l’on ne sera pas surpris de constater que le recours à l’expert aux fins

⁸⁶⁵ *Id.*

⁸⁶⁶ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, p. 39.

« d'opérationnalisation » de la décision soit d'usage courant dans les contentieux très sensibles comme ceux des délimitations territoriales et maritimes.

187. Si l'expertise apparaît, au travers de sa fonction « d'opérationnalisation », sous un tout nouveau jour puisqu'elle cesse d'être source de craintes pour les États et s'illustre bien plutôt, de manière quasi-exclusive, comme un instrument au service de leurs intérêts – et partant, comme un instrument de nature à les rassurer – l'on verra dans le paragraphe à venir qu'elle possède encore une seconde vertu en ce sens, qui réside dans l'assistance qu'elle leur offre après le prononcé par le juge international de sa décision, en vue et lors de la mise en œuvre de celle-ci.

§2 - Une aide à l'exécution des décisions juridictionnelles

188. Si la contribution à « l'opérationnalisation » des décisions des fors internationaux passe pour être une fonction relativement méconnue, peu valorisée – et en conséquence peu commentée – de l'expertise, il n'en va pas exactement de même lorsqu'il est question de l'assistance que celle-ci fournit aux États lors de la mise en œuvre de la décision. Il s'agit certes d'une fonction qui, dans le cadre du recours à l'expert, suscite là aussi manifestement peu de débats et d'inspiration chez les praticiens et les membres de la doctrine ; pourtant, au regard de son usage ancien, usuel et pérenne dans l'ordre juridique international, le silence de ces derniers ne saurait vraisemblablement être attribué à la méconnaissance ou même à l'insignifiance relative de cette fonction de l'expertise. C'est sans doute davantage dans le caractère sécurisant que revêt le recours à l'expert en pareille hypothèse qu'il convient de rechercher les raisons de ce silence. En effet, à la différence des cas où l'expertise est recherchée pour son apport à « l'opérationnalisation » de la décision juridictionnelle et où elle demeure encore nécessairement – en dépit du bénéfice qu'en escomptent à titre principal les litigants – le reflet des interactions entre le juge et l'expert, l'expertise est ici toute entière pensée par et pour les États. Elle s'analyse le plus souvent comme une prestation que s'attachent librement ces derniers après le prononcé de la décision et dont l'objet n'est autre que de les aider dans la mise en œuvre de celle-ci, de les assister dans la réalisation des diverses opérations intellectuelles et matérielles nécessaires à son exécution. Comme l'explique sans ambages la Cour internationale de Justice dans son ordonnance en désignation d'experts dans l'*Affaire du différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali,

« ce que les Parties demandent à la Chambre n'est pas d'ordonner une expertise au sens de l'article 50 du Statut de la Cour, dont le but serait d'aider la Cour à se prononcer sur les questions qu'elle est appelée à trancher [...] mais d'exercer un pouvoir qui lui est

conféré par le compromis, celui de désigner trois personnes auxquelles les Parties elles-mêmes ont décidé de confier une expertise en vue de la mise en œuvre de l'arrêt de la Chambre [et] dont le but est précisément de permettre aux Parties de parvenir à un règlement définitif de leur différend en application de l'arrêt qu'elle a rendu »⁸⁶⁷.

Aussi, loin des craintes, des tensions et des incertitudes qui en résultent habituellement, l'expertise apparaît ici comme un instrument rassurant dont la finalité, la mise en œuvre et les modalités sont parfaitement maîtrisées par les États.

En outre, l'étendue et le contenu de la mission confiée à l'expert sont en l'espèce étroitement corrélés à la qualité des relations qu'entretiennent les litigants dans le cadre bilatéral : comme l'ont montré les développements du paragraphe précédent, l'absence de confiance, l'existence de tensions et de craintes quant aux suites qui seront données par l'autre à la décision juridictionnelle, poussent les litigants à investir le juge (ou l'arbitre) d'un mandat bien plus large qu'il n'aurait été strictement nécessaire pour résoudre le différend dans le cadre de relations bilatérales plus paisibles et plus saines⁸⁶⁸. Le juge étant alors appelé à rendre non pas seulement une décision, mais une décision pleinement opérationnelle dont le degré de précision – y compris sur le plan technique – ne laisse place dans l'idéal à aucune divergence possible dans l'interprétation qu'en feront les litigants et leurs experts, ces derniers voient de fait leur office réduit au strict minimum. Dans ces circonstances, le recours à l'expert ne saurait guère apparaître comme une menace pour la préservation des intérêts des États litigants. À l'inverse, lorsque le mandat confié par les intéressés à leurs experts en vue de l'exécution de la décision est conçu en termes plus larges, c'est que l'expertise s'inscrit alors dans le cadre de relations bilatérales qui, à défaut d'être parfaitement satisfaisantes, sont en tout cas d'une qualité suffisante pour permettre la discussion et le règlement amiable des éventuelles divergences auxquelles la mise en œuvre de la décision pourrait donner lieu⁸⁶⁹. Dans un cas comme dans l'autre, l'on notera que le risque que représente le recours à l'expert est donc soigneusement évalué et adapté aux circonstances de l'espèce ; de cette façon, les États sont à même de tirer le meilleur parti de l'expertise sans que celle-ci ne suscite chez eux de craintes excessives.

En l'absence de difficulté particulière liée à son utilisation (et au regard du caractère même très largement rassurant du recours à l'expert dans ces conditions), l'on comprend évidemment mieux le faible nombre d'écrits consacrés à ce sujet ; néanmoins, il ne semble pas inutile de souligner l'usage

⁸⁶⁷ CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Burkina Faso/Mali, ordonnance du 9 avril 1987, *Rec.* 1987, p. 8.

⁸⁶⁸ *Supra*, §184 et s.

⁸⁶⁹ Dans ce sens, voir par exemple BOISSON DE CHAZOURNES (L.), ANGELINI (A.), « After “The Court Rose” : The rise of diplomatic means to implement the pronouncements of the International Court of Justice », *The L. & Pract. Int'l Courts & Trib.*, 2012, vol. 11, p. 13 et s.

satisfaisant qui peut être fait d'une institution aussi controversée et fréquemment décriée que l'est aujourd'hui l'expertise. Alors qu'elle suscite de manière croissante depuis plusieurs décennies les craintes des États tout autant que du juge et de l'arbitre international, l'expertise s'illustre comme un instrument performant et hautement bénéfique pour les acteurs du contentieux international lorsqu'elle est sollicitée aux fins d'exécution de la décision juridictionnelle. Mais de quelle(s) manière(s) l'expertise déploie-t-elle alors ses bienfaits ? Comment contribue-t-elle à assister les États dans le cadre de la mise en œuvre par ces derniers des décisions des fors internationaux ?

189. L'on distingue pour l'essentiel ici deux modalités d'utilisation du recours à l'expert. La première – et la plus évidente – consiste dans la réalisation même par l'expert des opérations d'exécution de la décision en cause. Comme expliqué plus avant, la nature, l'étendue de ces opérations paraissent très variables selon les cas et le mandat confié à l'expert à cette occasion peut donc être formulé en termes plus ou moins larges, dépendant principalement de la qualité des relations entretenues par les États concernés. L'on notera ainsi que lorsque les relations entre les intéressés laissent apparaître un risque de survivance du contentieux après le rendu par le juge de sa décision, l'assistance fournie par les experts se limite le plus souvent à réaliser les opérations matérielles et les gestes techniques concrets nécessaires pour donner corps sur le terrain à la décision, dont le degré de précision ne laisse en tout état de cause de place qu'à un travail de simple mise en conformité de la réalité matérielle avec le contenu de la décision juridictionnelle. L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire précitée de la *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen*⁸⁷⁰ constitue une bonne illustration de l'office d'application quasiment « mécanique » de la décision dont furent finalement chargés les experts des parties à l'issue de la procédure contentieuse. C'est d'ailleurs peu ou prou la même conception du rôle de l'expert que défendait la Tunisie dans l'affaire du *Plateau continental* qui l'opposait en 1985 à la Libye puisque la Cour devait, selon elle, rendre un arrêt d'une précision telle qu'« *il ne resterait plus à ceux-ci qu'à accomplir un travail d'application technique 'sur le sens et les modalités duquel [ils] ne puissent rencontrer aucune difficulté'* »⁸⁷¹. De la même façon, c'est une assistance purement pratique à l'exécution de la décision que recherchait le Vénézuéla à l'occasion du recours à l'expert dans l'*Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes* : selon lui, les questions d'interprétation ne pouvaient être confiées aux experts dans la mesure où « *l'expertise n'est qu'un élément servant de*

⁸⁷⁰ CIJ, *Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen*, Danemark c. Norvège, arrêt du 14 juin 1993, *Rec.* 1993, p. 78, §89.

⁸⁷¹ CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, p. 39.

base aux décisions ou un moyen pour les exécuter »⁸⁷². En conséquence, « toute difficulté qui n'est pas d'ordre purement pratique (qui sont les seules qu'ils doivent résoudre sur le terrain) échappe à leur capacité technique [...] »⁸⁷³. Enfin, le contentieux survenu entre l'Inde et le Pakistan dans les années cinquante relativement à la délimitation des frontières du Bengale fournit encore une bonne illustration du mandat limité qui peut échoir aux experts des litigants dans le cadre de l'assistance qui leur est demandée en vue de l'exécution de la décision : le compromis conclu entre les deux États prévoyait en son article 3 qu'à l'issue de la procédure contentieuse,

« *the boundaries shall be demarcated jointly by the experts of both Dominions* »⁸⁷⁴, avec cette limite expresse que « *[i]f there is any disagreement between the experts regarding the actual demarcation of the boundary in situ, such disagreement shall be referred to the Tribunal for decision and the boundary shall be demarcated finally in accordance with such decision* »⁸⁷⁵.

À côté de cela, il est un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles, les relations entre les États litigants étant plus apaisées, les experts de ces derniers se voient investis de mandats sensiblement plus larges : s'ils interviennent évidemment toujours aux fins d'exécution de la décision juridictionnelle, leur assistance ne se limite plus en pareil cas à une simple mise en conformité de la réalité matérielle avec la décision mais englobe également la réalisation de diverses autres opérations, notamment l'opération intellectuelle – dont la dimension politique est cependant indéniable – de traduction de l'énoncé juridique en termes techniques, c'est-à-dire en un mot le passage du droit au fait. Cette dernière tâche, dont on a vu qu'elle était souvent « déléguée » au juge ou à l'arbitre (et aux experts dont ils se sont éventuellement assurés la collaboration) en cas de tensions entre les litigants, fait au contraire partie intégrante du mandat confié par ceux-ci à leurs propres experts en l'espèce. L'on notera par exemple que, loin des limitations expresses qui affectaient le mandat des experts des parties dans les affaires mentionnées ci-avant, le Royaume-Uni et les États-Unis ont opté pour une rédaction en termes bien plus généraux du mandat confié à leurs experts à l'occasion du contentieux relatif à la délimitation de leur frontière commune en Alaska : selon l'article VI du compromis du 24 janvier 1903,

⁸⁷² *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 270.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 272.

⁸⁷⁴ *Affaire concernant les litiges frontaliers entre l'Inde et le Pakistan portant sur l'interprétation du rapport de la Commission chargée de déterminer les frontières du Bengale*, Inde/Pakistan, sentence du 26 janvier 1950, *RSA*, vol. XXI, p. 10.

⁸⁷⁵ *Id.*

« [w]hen the High Contracting Parties shall have received the decision of the Tribunal upon the questions submitted as provided in the foregoing Articles [...] they will at once appoint, each on its own behalf, one or more scientific experts who shall, with all convenient speed, proceed together to lay down the boundary-line in conformity with such decision »⁸⁷⁶.

De manière assez similaire, c'est l'ensemble des opérations – fussent-elles indistinctement de nature intellectuelle ou matérielle – nécessaires à l'exécution de la décision juridictionnelle que s'est vu confier la Commission d'experts techniques mise en place par le Honduras et le Guatemala dans l'*Affaire des frontières Honduriennes*. En effet, aux termes du compromis conclu entre les deux États (et outre la question de savoir quel était en l'espèce le for compétent), il était seulement demandé au Tribunal arbitral « *to adjudicate the frontier question* »⁸⁷⁷, sans autre exigence quant au degré de précision de la décision ni même quant à la description du tracé de la ligne de délimitation. Ces questions et les éventuelles difficultés auxquelles pourraient donner lieu la mise en œuvre de la décision étaient de toute évidence laissées à l'appréciation des parties et de leurs experts au sein de la Commission technique sus-évoquée, laquelle s'était vu expressément réservé « *the actual work of frontier demarcation* »⁸⁷⁸. Le rôle essentiel joué par les experts dans l'opération de traduction de l'énoncé juridique en termes techniques est apparu encore plus clairement à l'occasion de l'*Affaire de la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy* : outre que l'accord conclu en 1888 entre l'Argentine et le Chili aux fins de la délimitation leur donnait mission, dans le cadre de commissions techniques créées par les intéressés, « *to fix on the ground the demarcation of the lines indicated in Articles 1, 2 and 3 of the Boundary Treaty* »⁸⁷⁹, l'on apprend que les experts des deux parties « *met [...] in order inter alia to draft the instructions for the demarcation commissions* »⁸⁸⁰ et que « *[...] the Chilean expert suggested that the instructions should include a general interpretation of the [Boundary] Treaty* »⁸⁸¹. Si cette proposition a finalement mis un frein au

⁸⁷⁶ *The Alaska Boundary Case*, Royaume-Uni/États-Unis, sentence du 20 octobre 1903, *RSA*, vol. XV, p. 489. L'on précisera à nouveau que si le compromis emploie le terme d'experts « *scientifiques* », la mission qui leur est confiée, à savoir traduire dans les faits la décision du tribunal arbitral et opérer le bornage de la frontière, est d'ordre technique et non scientifique (sur la distinction science/technique, *supra*, §171).

⁸⁷⁷ *Honduras borders Case*, Guatemala/Honduras, sentence du 23 janvier 1933, *RSA*, vol. II, p. 1310.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 1312.

⁸⁷⁹ *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy*, Argentine/Chili, sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 14, §22.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 14, §24.

⁸⁸¹ *Id.* Bien que ce choix n'apparaisse guère plus fructueux *a posteriori* que celui similaire réalisé par l'Argentine et le Chili dans la présente affaire, il semble que la Tunisie et la Libye aient elles aussi décidé d'accorder un mandat relativement large à leurs experts respectifs en vue de la mise en œuvre de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire précitée du *Plateau continental*. La Cour a d'ailleurs souligné, à l'occasion de son arrêt en révision de 1985, que les litigants ayant « *assumé l'obligation de conclure un traité aux fins de la délimitation* », ils se devaient de

règlement définitif de la question frontalière entre les litigants, les deux experts n'étant pas parvenus à s'accorder sur l'interprétation du traité, elle ne laisse en revanche subsister que peu de doutes sur le rôle déterminant – fût-ce, comme ici, de manière négative – que ces derniers auront eu dans l'opération de traduction du juridique vers le technique. Enfin, c'est également dans le cadre d'un mandat dépassant largement la stricte application de la sentence arbitrale que sont intervenus les experts respectivement choisis par les litigants dans l'affaire du *Litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago* : aux termes de l'article IX du compromis d'arbitrage, si ces derniers étaient certes appelés à procéder à la démarcation de la frontière, il était également entendu qu'ils pourraient, en accord avec les parties, « *grant such reciprocal concessions as they may consider advisable in order to adjust the aforesaid line to geographical realities* »⁸⁸².

190. Si le fait de confier aux experts la réalisation de tout ou partie des diverses opérations d'exécution de la décision juridictionnelle constitue, on le voit, une modalité habituelle – pour ne pas dire traditionnelle – d'assistance aux parties dans le contentieux interétatique, l'on signalera cependant l'existence d'une seconde forme d'assistance que les experts sont susceptibles d'offrir à celles-ci dans le cadre et aux fins de la mise en œuvre de la décision. Bien moins familière et usitée que la précédente, celle-ci consiste pour l'essentiel dans une mission de surveillance et de contrôle confiée (le plus souvent d'ailleurs par le juge ou l'arbitre international) à l'expert : il s'agit alors pour ce dernier de superviser la bonne exécution par les litigants de la décision, de s'assurer que celle-ci est non seulement mise en œuvre mais encore correctement mise en œuvre. L'*Affaire de la Dette publique ottomane* constitue à cet égard un exemple assez topique. En effet, suite au démembrement de l'Empire Ottoman, organisé au lendemain de la première guerre mondiale par les traités de Sèvres puis de Lausanne, un plan de répartition des annuités de la dette publique ottomane entre la Turquie et les nouveaux États issus dudit démembrement avait été mis au point par le Conseil de la Dette publique ottomane. Cependant, les intéressés soutenant de part et d'autre que la répartition était inéquitable et/ou affligée d'erreurs, il fut décidé que la question serait soumise à un arbitre désigné par le Conseil de la Société des Nations, conformément à l'article 47 du Traité de Lausanne. C'est dans ce cadre qu'Eugène Borel fut appelé à se prononcer sur la validité du plan de répartition et qu'il décida que

« faire en sorte que leurs experts et leurs représentants se livrent en toute sincérité à un effort véritable pour établir les coordonnées » en application de l'arrêt initial rendu par le Cour en 1982 (CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental*, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 10 décembre 1985, *Rec.* 1985, p. 229, §67 et 68).

⁸⁸² *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, pp. 418-419.

« désireux d'assurer [aux parties], comme résultat de la sentence, le bénéfice d'une situation définitivement arrêtée quant au montant des annuités leur incombant en vertu de la dite sentence, [il] chargerait un expert financier de se rendre à Constantinople pour contrôler le travail de rectification auquel le Conseil de la D.P.O. aurait à procéder sur les points à modifier en application de la sentence »⁸⁸³.

L'expert en cause fut ainsi chargé de superviser l'exécution de la sentence et, si nécessaire, d'apporter son concours au Conseil de la Dette publique ottomane pour lui permettre de s'acquitter de sa responsabilité de manière satisfaisante. Ce faisant, et bien que l'expertise ait été diligentée par l'arbitre, il paraît évident que c'est bien aux parties (et exclusivement à elles) que bénéficiait l'assistance fournie par l'expert : par son intervention, il leur garantissait non seulement que la sentence d'Eugène Borel serait effectivement mise en œuvre mais encore que son exécution ne donnerait lieu à aucune divergence entre les parties dans la mesure où il assurerait l'unité d'interprétation qui pourrait autrement leur faire défaut. Cette forme d'assistance, qui réunit tout à la fois les avantages de l'opérationnalisation et de l'exécution de la décision juridictionnelle, apparaît donc hautement bénéfique pour les États parties au différend.

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

191. Si l'expertise est aujourd'hui le plus souvent abordée sous l'angle des déceptions et des inquiétudes qu'elle suscite, les développements du dernier chapitre et plus globalement du dernier titre doivent, à défaut de convaincre du contraire, tout du moins conduire à relativiser cette vision sans doute parcellaire de la mesure et des synergies qui se créent autour de sa mise en œuvre. À l'idée que l'expertise renfermerait inévitablement, intrinsèquement, un certain nombre de dangers, à l'idée qu'elle constituerait par nature un instrument « à double tranchant », l'on opposera la vision, appuyée par la pratique jurisprudentielle, d'une mesure qui, employée aux fins de règlement du différend et dans le cadre de l'exécution des décisions juridictionnelles, s'illustre au contraire manifestement comme une source de réconfort et d'assistance pour les parties. En effet, le recours à un expert-juge ou à un expert-arbitre est susceptible de garantir aux États le bénéfice cumulé d'un règlement juridictionnel de qualité très largement respectueux de leurs prérogatives et de leurs intérêts. Il constitue ainsi un substitut plus que séduisant à l'exercice d'équilibrisme malaisé auquel

⁸⁸³ *Affaire de la Dette publique ottomane*, Bulgarie, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie, sentence du 18 avril 1925, *RSA*, vol. I, p. 534.

s'adonnent régulièrement (mais sans doute bien malgré eux) les États et qui les voit hésiter, dans le cadre du recours à l'expert, entre la défense de leurs intérêts d'une part et la recherche d'un règlement véritablement satisfaisant et définitif du différend d'autre part. De même, loin de brider les États, le recours à l'expert dans le cadre de l'exécution des décisions des foras internationaux apparaît comme un vecteur de sécurisation au service direct de leurs intérêts : il leur permet d'obtenir, avec une prise de risque limitée et au demeurant strictement choisie par eux, l'assurance que la décision du juge ou de l'arbitre international sera exécutée, mais encore qu'elle le sera de telle sorte que le litige soit définitivement épuisé. Quant au juge, s'il n'est certes pas le bénéficiaire directement désigné de l'assistance fournie par l'expert dans les hypothèses envisagées dans le présent titre, il trouve pourtant en ces occasions dans l'expertise un concours indirect mais non moins précieux en vue d'assurer la bonne exécution de ses décisions et partant, le succès de son intervention. Il ne saurait dès lors manquer d'accorder à cette mesure, qui rassure et assiste les États tout en servant indirectement ses intérêts, une attention particulière et renouvelée.

192. Une constatation s'impose à l'aune des derniers développements : les difficultés rencontrées aujourd'hui dans le cadre du recours à l'expert dans le contentieux international tiennent évidemment moins à l'expertise elle-même qu'à la fonction qui lui est allouée et aux modalités de sa mise en œuvre. Si la première partie de cette étude a permis de souligner les incohérences qui résultent de la conciliation défailante de l'héritage des deux traditions qui fondent l'ordre juridique international, l'on ne sera guère surpris de constater que l'expertise peut en revanche s'illustrer comme un instrument utile et satisfaisant lorsqu'est dépassé le clivage entre common law et droits continentaux. L'opposition entre les modèles quasi-archétypaux du témoin-expert et de l'expert du tribunal peine en effet à conserver un intérêt lorsque les États litigants ont acquis la conviction que l'expertise est en tout état de cause mise en œuvre à leur entier (mais non pas exclusif) bénéfice ; la question de l'équilibre des pouvoirs entre le juge, les parties et l'expert n'est guère plus pertinente lorsque l'expert devient le juge et, au surplus, un juge dont le mandat et les prérogatives apparaissent *de jure* comme *de facto* largement dictés par les besoins qu'expriment les litigants. S'il semble que le fait de recentrer l'expertise sur les parties puisse, on le voit, constituer dans le contentieux interétatique une clé de dépassement du schisme entre tradition continentale et tradition de common law, cette constatation ne résulte pas seulement des cas envisagés tout au long de ce titre et dans lesquels l'expertise était mise en œuvre pour parvenir à un règlement opérationnel du différend. L'on verra dans le prochain titre qu'au delà de la fonction juridictionnelle qu'il peut être amené à assumer ou de la mission d'exécution des décisions dont il peut être chargé, l'expert est encore susceptible d'endosser un troisième rôle pour le bénéfice exclusif des États parties au litige : l'expertise s'illustre

alors comme un vecteur de communication qui permet de maintenir et de favoriser la discussion entre les litigants que ce soit durant la procédure contentieuse (et parallèlement à celle-ci) ou même en dehors.

LA POURSUITE DU DIALOGUE *INTER PARTES*

193. Le premier titre de cette seconde partie aura d'ores et déjà permis de se rassurer quant aux perspectives de l'expertise dans le contentieux interétatique. Sans que cela ne paraisse véritablement surprenant, c'est par la prise en compte des particularismes de l'ordre juridique international et des différends qui opposent les États qu'elle semble le plus à même de faire la preuve de sa pertinence et *in fine* de trouver sa place dans le contentieux interétatique. Ainsi, là où les droits internes continentaux font du juge la figure centrale du procès, le droit international s'intéresse lui bien davantage aux parties qui, seules, possèdent le pouvoir de mettre réellement fin au différend ; et là où les droits de common law promeuvent le principe d'une confrontation directe et généralement brutale des parties à l'occasion du procès, exacerbant de fait bien souvent les tensions entre elles, le contentieux interétatique a pour sa part, du fait de ses enjeux, davantage intérêt à favoriser un règlement apaisé et collaboratif du différend. C'est à l'aune de cette dernière nécessité que l'on envisagera plus particulièrement l'adaptation de l'expertise dans les développements à venir. L'on verra que l'expert s'illustre désormais dans le contentieux interétatique comme un acteur susceptible de permettre le maintien d'un dialogue, d'un lien entre les parties, lorsque précisément les tensions et oppositions qui les animent risqueraient d'annihiler toute chance de voir intervenir un règlement pacifique et durable du différend. L'on constatera alors que l'adaptation de l'expertise aux particularismes de l'ordre international apparaît incontestablement réussie : d'une mesure qui suscitait en effet craintes et méfiance, qui ne semblait pouvoir se concevoir autrement que comme un sujet de discorde supplémentaire entre les acteurs du procès, elle se mue aujourd'hui discrètement et néanmoins sûrement en un outil de communication et d'échange entre eux (chapitre 1) et au-delà, en un outil qui, lorsqu'il prend appui sur les institutions de la négociation et de la conciliation internationales, est susceptible d'apaiser la procédure contentieuse et de favoriser sensiblement le rapprochement des parties (chapitre 2).

Chapitre 1

L'EXPERT COMME VECTEUR DE COMMUNICATION ET D'ÉCHANGE DANS LES PROCEDURES CONTENTIEUSES INTERÉTATIQUES

194. L'on a vu, dans le titre précédent, qu'un renouvellement de la fonction de l'expert – celui-ci s'illustrant tantôt sous les traits d'un juge, tantôt sous ceux d'un simple exécutant de la décision juridictionnelle – pouvait permettre de modifier les modalités de l'expertise et au-delà, de dépasser les clivages stériles et autres impasses dans lesquels elle se trouve par trop souvent acculée dans le cadre du contentieux interétatique. L'on constatera cependant dans le chapitre à venir que l'inverse est également vrai : une variation des modalités, du cadre de l'expertise, agit sur la fonction de celle-ci et peut permettre de neutraliser les difficultés mises en exergue dans la première partie de la thèse. L'on s'apercevra ainsi que certaines modalités précises mais simples permettent de pacifier l'expertise et de lui assurer une indéniable efficacité, y compris dans le cadre des fonctions « classiques » qui lui sont dévolues dans les droits internes et dans le contentieux interétatique, notamment la recherche par le juge de la vérité (section 1). Si la mise en place de pareilles modalités peut donc permettre de répondre aux critiques régulièrement adressées à l'expert, il semble qu'elle conduise encore à l'apparition de nouvelles fonctions prometteuses pour lui, qu'il s'agisse d'empêcher la dégradation du différend dans l'attente de la décision judiciaire ou même de faciliter, dans le cadre du procès, la communication d'informations sensibles que les États préfèrent d'ordinaire occulter en invoquant le secret d'État (section 2).

Section 1

UN CADRE APAISANT POUR LE RECOURS A L'EXPERT

195. Que l'on se place dans le cadre de l'ordre juridique interne ou même, comme dans la présente étude, dans le cadre de l'ordre juridique international, il est un constat qui s'impose avec prégnance lorsqu'on en vient à considérer la question de l'expertise, celui du caractère hautement contesté que revêt pour l'heure cette institution. Les développements du titre précédent ont pourtant montré que l'expertise pouvait s'avérer non seulement fonctionnelle mais même utile pour les États lorsqu'elle prend appui sur une vision « renouvelée »⁸⁸⁴ du rôle de l'expert ; l'on s'emploiera ici à écarter toute conjecture par trop hâtive quant aux limitations intrinsèques dont souffrirait cette

⁸⁸⁴ Cela s'entend par référence aux fonctions plus traditionnelles de l'expertise que l'on évoquait dans la première partie de cette étude.

institution millénaire en soulignant deux éléments qui, en pratique, semblent permettre à l'expertise de déployer ses bienfaits, y compris lorsqu'elle demeure *a priori* enfermée dans les fonctions plus classiques évoquées dans la partie précédente de l'étude. Il s'agira alors d'une part d'envisager les bénéfices que peut générer, en matière d'expertise, l'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs de l'instance (§1) et d'autre part, de mettre en lumière l'intérêt que présente une vision démystifiée de la science pour garantir un cadre moins frustrant, plus apaisé et donc plus productif pour le recours à l'expert (§2).

§1 - L'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs du procès

196. L'idée d'instaurer une collaboration entre les acteurs de l'instance internationale peut, de prime abord au moins, paraître assez simple voire même simpliste à la lumière des difficultés qui grèvent depuis plusieurs décennies déjà l'utilisation de l'expertise dans le contentieux interétatique. Toutefois, la prise en compte des spécificités qui caractérisent ce contentieux permet de se défaire assez rapidement de cette première impression peu favorable. Simple, la collaboration entre les acteurs du procès international ne peut guère l'être : et pour cause puisque le règlement juridictionnel, qui demeure exceptionnel en droit international, ne se justifie habituellement que lorsqu'aucune solution viable ne peut être envisagée par le jeu de la logique transactionnelle et des méthodes plus classiques que sont les bons offices, la médiation ou la conciliation. Outre la méfiance que suscite invariablement l'intervention d'un tiers dans le règlement de leurs différends, les États n'élisent donc pas en principe le recours au juge comme leur premier choix mais comme un choix qui leur est imposé ponctuellement par le caractère particulièrement sensible du litige qui les oppose ou de manière parfois plus structurelle, par la mauvaise qualité des relations qu'ils entretiennent. Les circonstances qui entourent le règlement juridictionnel (et qui semblent souvent sonner le glas de toute forme de discussion entre les parties) laissent ainsi entrevoir que l'institution d'une collaboration – qui plus est efficace et non pas seulement formelle – entre les acteurs de l'instance constitue un objectif qui ne manque certes pas d'ambition.

Simpliste, l'idée d'une collaboration entre les parties, l'expert et le juge ne semble pas l'être non plus. S'il est vrai qu'elle n'a sans doute pas, dans un ordre juridique par nature décentralisé, l'attrait de la nouveauté ou le mérite d'une grande originalité, elle permet en revanche de dépasser un blocage majeur et récurrent auquel les acteurs du procès se trouvent confrontés dans le cadre du recours à l'expert, à savoir la difficulté à concilier le *leg* respectif des traditions de common law et de droit continental qui constituent historiquement et aujourd'hui encore les sources principales

d'influence du droit international. En effet, la première partie de cette étude a permis de démontrer que l'opposition parfois virulente entre les modèles quasi-archétypaux du témoin-expert d'une part et de l'expert du tribunal d'autre part trahissait en réalité une opposition entre les deux traditions juridiques elles-mêmes sur le plan de la philosophie du procès et au-delà, sur le rapport à la notion de vérité. Si le témoin-expert de common law reflète ainsi le choix d'une logique accusatoire et d'une vision essentiellement procédurale de la vérité, le modèle de l'expert du tribunal procède lui au contraire d'une logique inquisitoire que justifie la recherche de « la » vérité, entendue non plus ici comme une notion relative mais bien comme un absolu⁸⁸⁵. Une difficulté surgit alors dans le contentieux interétatique lorsqu'il s'agit de concilier ces deux visions somme toute assez contradictoires et pourtant incapables de répondre chacune isolément aux besoins des États et aux enjeux spécifiques de ce contentieux. Bien que la logique accusatoire, globalement respectueuse de la souveraineté et des intérêts des États, soit souvent plébiscitée par les litigants, elle présente l'inconvénient majeur d'exacerber les tensions entre ces derniers en faisant du procès un autre lieu d'affrontement entre eux ; quant à la logique inquisitoire, si elle confère au juge des pouvoirs étendus qui lui permettent d'éviter cet écueil et d'envisager un retour à des relations apaisées entre les intéressés, elle souffre d'une impopularité patente auprès des États, impopularité directement liée à la place prédominante accordée au juge dans le règlement du différend. Cette difficulté, qui est aujourd'hui l'une des deux causes principales de l'utilisation souvent frustrante et malheureuse qui est faite de l'expertise dans le contentieux interétatique – la seconde, dont il sera question dans le prochain paragraphe, résidant dans le phénomène de mystification de la science – n'est cependant heureusement pas insoluble : l'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs de l'instance permet en effet, comme le montreront les développements à venir, de dépasser cette opposition entre deux visions qui s'avèrent en tout état de cause également insatisfaisantes dans le cadre du règlement des différends entre États.

197. Lorsque l'on envisage la collaboration entre les acteurs du procès international en matière d'expertise, l'on songe sans doute en premier lieu à la pratique que s'est constitué l'Organe de règlement des différends de l'OMC sur ce point au cours des dernières décennies, cela non sans raison d'ailleurs puisqu'elle figure sans aucun doute parmi les plus innovantes en la matière depuis longtemps et qu'elle suscite justement à ce titre l'attention de la doctrine ainsi que d'un grand nombre de praticiens. Le renouveau initié par l'ORD à cet égard réside pour l'essentiel dans la tentative d'associer l'ensemble des acteurs du procès – groupes spéciaux, parties et experts, par delà

⁸⁸⁵ Voir partie 1, titre premier, notamment §20 et suivants.

la distinction entre les modèles du témoin-expert et de l'expert du tribunal – dans la poursuite d'un but commun, en l'occurrence s'agissant de l'expertise celui de fournir aux groupes spéciaux les informations dont ils ont besoin pour statuer et au-delà bien sûr, celui de parvenir à un règlement satisfaisant et durable du différend. La logique dans laquelle est appréhendée l'expertise devant l'ORD ne conduit donc pas à la disparition des modèles précités d'expertise mais bien plutôt à leur adaptation par l'association des groupes spéciaux et des parties dans l'utilisation qui est faite de chacun d'eux. L'idée de l'unification par le but est brillante, elle a le mérite de lisser les oppositions – qu'il s'agisse de celles existant entre les traditions de common law et de droit continental ou même, dans le cadre de l'instance internationale, de celles qui peuvent survenir entre les parties et le juge – et de mettre l'accent sur l'intérêt exclusif des États dans le cadre de la procédure juridictionnelle. Elle est également ambitieuse puisqu'elle suppose l'institution d'une certaine confiance entre les acteurs de l'instance dans un contexte qui, par nature, ne s'y prête guère ainsi que l'on a déjà pu le souligner. Si le cadre intellectuel dans lequel s'inscrit le renouveau en matière d'expertise devant l'ORD paraît donc à bien des égards encourageant, la question demeure de savoir s'il est effectivement et efficacement relayé dans la pratique par les modalités retenues pour la collaboration entre les groupes spéciaux et les parties.

L'on considèrera tout d'abord la question de leur collaboration dans le processus de choix et de désignation des experts, tout à la fois pour des raisons de chronologie et au-delà, parce qu'il s'agit d'une revendication constante des États, à laquelle les groupes spéciaux – qui ne s'écartent guère en cela de l'attitude globale des juges et arbitres internationaux – cèdent bien volontiers pour rassurer les parties sur le respect de leurs droits et diminuer ainsi le risque d'une future contestation de la décision judiciaire⁸⁸⁶. Qu'il s'agisse pour les groupes spéciaux de laisser le soin aux parties de soumettre des noms d'experts, à charge ensuite pour eux de décider lesquels retenir sur la base des observations qu'elles auront présentées ; qu'il s'agisse à l'inverse pour les groupes spéciaux de proposer des noms aux parties, celles-ci étant appelées à faire part de leurs éventuelles objections à la désignation de tel ou tel expert ; qu'il s'agisse encore de recueillir tout à la fois les noms proposés par les parties et ceux envisagés par les groupes spéciaux, pour soumettre l'ensemble à la discussion en vue de la désignation par ces derniers des experts les plus qualifiés ou les mieux adaptés dans le cadre du différend en cause... Les modalités de cette collaboration sont, on le voit, variées et peuvent être adaptées aux circonstances de l'espèce comme aux préférences des intéressés. En ce sens, la collaboration entre les acteurs du procès en vue du choix et de la désignation des experts n'est pas

⁸⁸⁶ L'on renverra sur ce point aux développements de la première partie, en particulier §50 et s.

sans utilité : tout en conservant aux groupes spéciaux le pouvoir de choisir les experts qui seront désignés, elle associe largement les parties à la procédure en leur permettant de « guider » le choix des groupes spéciaux, tant par l'initiative qui leur est laissée de proposer des noms que par la possibilité qui leur est offerte de faire connaître leur opinion et même, si nécessaire, de s'opposer à la désignation de tel ou tel expert. Si cette collaboration paraît donc prometteuse en ce qu'elle permet théoriquement à chacun de préserver son rôle et/ou ses intérêts, c'est bien évidemment sous réserve que les groupes spéciaux et les parties jouent le jeu, notamment sous réserve que ces dernières n'abusent pas de la possibilité qui leur est donnée de s'opposer à la désignation des experts. Or, l'expérience tend à montrer que ce type d'abus est une réalité, et qu'il peut même s'avérer assez courant dans les contentieux mettant en jeu un fort degré d'incertitude : les tribulations presque cocasses par lesquelles passent régulièrement les groupes spéciaux en la matière suffisent à détromper quiconque se complairait dans l'illusion d'une collaboration efficace et parfaitement apaisée entre les parties et ces derniers. L'on se contentera de rappeler par exemple la fameuse affaire *États-Unis – Maintien de la suspension* dans laquelle les parties ont écarté l'un après l'autre comme étant insatisfaisants soixante-dix des soixante et onze experts suggérés tout à la fois par le secrétariat de l'OMC (celui-ci ayant préalablement pris conseil auprès de diverses organisations internationales compétentes telles le CIRC et le JECFA) et par les parties elles-mêmes⁸⁸⁷ ! C'est que les modalités de la collaboration entre les groupes spéciaux et les parties relativement à la désignation de ou des experts ne sont sans doute pas toujours à la mesure de l'enjeu que représente pour celles-ci le recours à l'expert. Si la collaboration instituée à ce stade atteint indubitablement ses objectifs sur le plan de la théorie des apparences, les garanties qu'elle fournit aux parties quant à la protection de leurs intérêts dans le cadre de l'expertise demeurent de nature essentiellement formelle. Les États n'ignorent pas en effet l'absence d'obligation pour les groupes spéciaux de se conformer aux souhaits des litigants ; aussi, l'on ne sera guère surpris des difficultés qu'ils peuvent parfois éprouver à placer leur confiance dans un juge pour lequel il est seulement loisible de prendre en compte leurs préoccupations. Sans autres assurances plus substantielles consenties sur ce point – et alors même que rien ne laisse le plus souvent préjuger d'une éventuelle posture d'indifférence des groupes spéciaux à leur égard – les États demeurent manifestement sur leurs gardes, comme en témoignent les dérives susmentionnées⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, pp. 178-179. Dans le même sens, voy. encore par exemple ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 178 ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, p. 235.

⁸⁸⁸ La meilleure preuve en est que les États en viennent parfois à renier *a posteriori* la désignation d'un ou plusieurs experts à laquelle ils ne s'étaient pourtant initialement pas opposés, voire à laquelle ils avaient explicitement acquiescé : cf. notamment ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport de l'Organe d'appel, pp. 64-66 ; ORD, *CE –*

Il en va globalement de même de la collaboration instituée entre les parties et les groupes spéciaux dans le cadre de l'organisation de l'expertise, dont la réussite se dessine elle aussi en demi-teinte. L'association des acteurs de l'instance dans la détermination du mandat de l'expert et des modalités de l'expertise se réalise le plus souvent dans le contentieux de l'ORD par la faculté ouverte aux litigants de commenter les questions et/ou modalités envisagées par les groupes spéciaux, voire de suggérer celles qu'ils souhaiteraient voir retenues dans le cadre de cette consultation d'experts⁸⁸⁹. Si cette pratique constitue indubitablement un gage de bonne volonté de la part des groupes spéciaux, gage que les États ne peuvent qu'apprécier, elle ne semble pourtant pas remporter une totale adhésion de la part de ces derniers et pour cause, puisque les garanties qu'elle leur offre sont à nouveau relativement limitées. Les vertus formelles de cette collaboration tendent malheureusement à s'effacer devant l'absence évidente d'obligation pour les groupes spéciaux de donner effet aux demandes et suggestions des parties. L'on pourra d'ailleurs se convaincre de la frustration qui en résulte parfois pour les États en rappelant par exemple les discussions animées auxquelles a pu donner lieu, entre les parties et les groupes spéciaux, la question de la consultation d'experts à titre individuel par préférence à la consultation d'un groupe consultatif d'experts tel que l'envisagent l'article 11 §2 de l'Accord SPS ou l'article 13 §2 du Mémoire d'Accord de l'OMC. Ainsi, les Communautés Européennes, qui avaient déjà contesté devant l'Organe d'appel la décision du groupe spécial de consulter des experts à titre individuel dans l'affaire *CE – Hormones*⁸⁹⁰, ont à nouveau tenté – avec insistance et malgré tout sans succès – d'obtenir des groupes spéciaux dans les affaires *CE – Amiante*⁸⁹¹ et *États-Unis – Maintien de la suspension*⁸⁹² qu'ils prennent en compte leur demande et qu'ils se déterminent donc en faveur de la consultation d'un groupe consultatif d'experts.

Amiante (DS135), rapport de l'Organe d'appel, p. 73, §179 ; Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°162 du 20 novembre 1953, *RSA*, vol. XIII, pp. 162-163.

⁸⁸⁹ L'on renverra à nouveau aux développements de la première partie ainsi qu'aux affaires suivantes comme illustrations de cette pratique aujourd'hui habituelle devant les groupes spéciaux : ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 111 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport du Groupe spécial, p. 130 et s. ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 178 et s. ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, p. 82 et s. ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 263 et s. ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, p. 91 et s. ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, p. 326 et s. ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 173 et s.

⁸⁹⁰ ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport de l'Organe d'appel, pp. 64-66.

⁸⁹¹ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 264. L'on remarquera que la formulation employée par les Communautés Européennes exhortait pourtant clairement le Groupe spécial à consulter un groupe d'experts, tout autant que l'interprétation restrictive qu'elles faisaient du Mémoire d'Accord et des accords SPS et OTC : « *Selon les Communautés Européennes, le Groupe spécial ne peut établir dans ce cas qu'un groupe consultatif d'experts [...] L'établissement d'un groupe consultatif d'experts est la seule option que le Mémoire d'accord donne aux groupes spéciaux désirant obtenir des renseignements sur des questions scientifiques [...] Le sens ordinaire de ses termes, ainsi que l'objet et le but de l'article 13 :2, première et deuxième phrase, dans leur contexte, conduit clairement à la conclusion que les groupes spéciaux ne sont pas autorisés à s'écarter de la procédure [relative aux groupes consultatifs d'experts] prévue à l'Appendice 4 du Mémoire d'accord [...]* ».

⁸⁹² ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 121 et s.

Ces exemples, qui tiennent à vrai dire plus du rapport de force que de la collaboration efficace et apaisée, confirment si besoin est la dimension largement formelle du dialogue institué entre les groupes spéciaux et les parties, ainsi que le peu de prise dont celles-ci disposent en réalité sur la détermination des modalités de l'expertise en cas d'opposition avec les groupes spéciaux.

198. Si les efforts de l'ORD pour instituer une collaboration satisfaisante entre les groupes spéciaux et les parties dans le cadre du recours à l'expert doivent sans aucun doute être salués, d'autres formes ou modalités de collaboration sont cependant envisageables à cet égard qui paraissent bien plus abouties et qui ont déjà fait leurs preuves dans le contentieux des différends entre États. Il en va notamment ainsi de la pratique ancienne – et sans doute trop peu répandue⁸⁹³ – de l'expertise conjointe qui, à défaut de susciter l'engouement de la nouveauté, mérite une attention particulière en ce qu'elle a justement plus à offrir aux États que de simples assurances formelles quant à la prise en compte de leurs intérêts dans le cadre du recours à l'expert. Qu'elle soit ordonnée par le juge *proprio motu* ou bien à la demande des parties, l'expertise conjointe repose sur un syncrétisme juridique étonnant à la croisée des traditions de common law et de droit continental, syncrétisme qui semble permettre, on va le voir, l'institution d'une collaboration relativement efficace entre les acteurs du procès international dans le cadre de l'expertise. Comment ce syncrétisme se réalise-t-il alors ? Tout d'abord, si l'appréciation de la nécessité de l'expertise demeure en ce cas, comme dans les droits continentaux, une prérogative exclusive du juge ou de l'arbitre, celui-ci renonce en revanche au pouvoir qui lui est habituellement reconnu dans ces mêmes droits de choisir le ou les experts qui seront nommés. Comme ce fut le cas dans l'affaire *Garibaldi*⁸⁹⁴, dans l'affaire *Bugalets*⁸⁹⁵, dans celle des *Héritiers du Duc de Guise*⁸⁹⁶, dans l'affaire *Turini*⁸⁹⁷ et dans bien d'autres encore⁸⁹⁸, le juge (ou en l'occurrence dans les espèces précitées, l'arbitre) se contente alors d'ordonner aux parties de lui communiquer le nom des experts qu'elles auront elles-mêmes choisis – d'un commun accord ou, le plus souvent, chacune pour son propre compte – avant de les

⁸⁹³ L'on constate en effet que la pratique de l'expertise conjointe, courante devant les commissions bilatérales de conciliation ou de réclamation, est en revanche relativement peu répandue dans le reste du contentieux interétatique.

⁸⁹⁴ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire Garibaldi*, décision n°28 du 11 juillet 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 99.

⁸⁹⁵ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Bugalets « Mélinite et Lumière »*, décision n°37 du 18 mars 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 133.

⁸⁹⁶ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°87 du 18 décembre 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 153.

⁸⁹⁷ Commission mixte des réclamations États-Unis – Venezuela, *Affaire Turini*, 1903-1905, *RSA*, vol. IX, p. 168.

⁸⁹⁸ Voir par exemple, toujours devant la Commission de conciliation franco-italienne, le *Différend Joseph Ousset*, décision n°92 du 14 avril 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 257 ; l'affaire *Sociétés Salchi et Lory*, décision n°119 du 31 décembre 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 318 ; le *Différend Società generale dei metalli preziosi*, décision n°167 du 9 mars 1954, *RSA*, vol. XIII, p. 581 ; le *Différend Société des procédés F.I.T.*, décision n°228 du 22 janvier 1958, *RSA*, vol. XIII, p. 798 ou encore le *Différend Opere Pie*, décision n°278 du 29 novembre 1961, *RSA*, vol. XVI, p. 193.

désigner officiellement par ordonnance pour la réalisation de l'expertise. L'on trouve là une résurgence évidente de la tradition de common law, dans laquelle les parties choisissent et paient elles-mêmes leurs experts. Par ailleurs, l'expertise étant ici destinée, comme en droit continental, à assister le juge ou l'arbitre dans sa prise de décision, celui-ci garde généralement l'entière maîtrise du mandat confié aux experts⁸⁹⁹. À l'inverse cependant, le juge (ou l'arbitre) international n'envisage manifestement qu'*a minima* la question des modalités de l'expertise lorsque celle-ci est une expertise conjointe : sauf cas exceptionnel⁹⁰⁰, il ne va guère au-delà de la question du délai octroyé aux experts pour rendre leur(s) rapport(s). Le choix du nombre d'experts, les modalités de remplacement en cas d'empêchement, la question de savoir s'ils doivent rendre un rapport unique ou des rapports séparés, celle de savoir s'ils peuvent éventuellement s'adjoindre des sapiteurs, ou encore la question de la façon dont ils doivent se déterminer (d'un commun accord sur l'ensemble, ou sur certaines parties seulement en faisant figurer au rapport les points d'accord et de désaccord etc...) demeurent généralement du ressort des parties, éventuellement par l'intermédiaire des experts qu'elles ont elles-mêmes choisis. Ainsi, l'on notera par exemple que dans l'affaire précitée des *Héritiers du Duc de Guise*, le nombre d'experts à choisir était laissé à la libre appréciation des parties, ce qui permit à la France de faire désigner quatre experts (deux pour l'évaluation des dommages mobiliers et deux pour celle des dommages immobiliers) lorsque l'Italie préféra, elle, ne confier qu'à un seul expert, l'ingénieur Filippo Sortino, l'ensemble de ces évaluations⁹⁰¹. Il en allait de même dans le *Différend Società generale dei metalli preziosi*, dans lequel la France décida de faire nommer deux experts tandis que le gouvernement italien n'en fit nommer qu'un seul⁹⁰². Pareillement, dans le *Différend Bugalets*, si l'Italie avait initialement fait désigner comme experts MM. Riccardo Striano et Giovanni Mazzella, respectivement colonel du génie naval et expert en chef du registre naval, la Commission de conciliation franco-italienne note qu'en l'absence du second, c'est finalement le dessinateur technique Pasquale D'Arco qui participa à l'expertise aux côtés du colonel Striano et sur désignation

⁸⁹⁹ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire Garibaldi*, décision n°28 du 11 juillet 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 99 ; *Différend Dame Mélanie Lachenal*, décision n°36 du 15 février 1950, *RSA*, vol. XIII, pp. 118-119 ; *Différend Società generale dei metalli preziosi*, décision n°167 du 9 mars 1954, *RSA*, vol. XIII, p. 581. L'on notera qu'il est toutefois loisible aux parties, comme devant les groupes spéciaux de l'OMC, de suggérer au juge ou à l'arbitre les questions qui leur paraissent pertinentes dans le cadre de l'expertise : cf. notamment Commission de conciliation franco-italienne, *Différend wagons-citernes*, décision n°60 du 20 mai 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 213 ; *Différend Joseph Ousset*, décision n°92 du 14 avril 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 257.

⁹⁰⁰ Pour un exemple dans lequel l'arbitre – en l'occurrence ici, la Commission de conciliation franco-italienne – a précisé elle-même, semble-t-il, un certain nombre des modalités de l'expertise, voy. *Différend Société des procédés F.I.T.*, décision n°228 du 29 janvier 1958, *RSA*, vol. XIII, p. 798.

⁹⁰¹ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°87 du 18 décembre 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 153.

⁹⁰² Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Società generale dei metalli preziosi*, décision n°167 du 9 mars 1954, *RSA*, vol. XIII, p. 581.

de celui-ci⁹⁰³. Toujours dans la même affaire, l'on remarquera que si l'expertise conjointe a tout d'abord donné lieu au rendu d'un rapport unique, le supplément d'informations demandé par la Commission a, lui, fait l'objet de deux rapports séparés, le premier par l'un des deux experts qui avaient été choisis par la France, le second par MM. Striano et Mazzella accompagnés par un troisième expert dont ces derniers s'étaient librement adjoint la collaboration, l'inspecteur en chef Antonio Corigliano⁹⁰⁴. L'affaire *Georges Pinson* devant la Commission franco-mexicaine des réclamations fournit encore un autre exemple du pouvoir dont jouissent habituellement les parties de déterminer les modalités de l'expertise conjointe puisque, telle qu'elle était envisagée par la France, celle-ci devait se dérouler « *sous la direction* » des agents des deux gouvernements, lesquels devaient fournir à la Commission, outre le nom des experts qu'ils choisiraient, un programme pour l'organisation de leurs travaux⁹⁰⁵. À cet égard, l'on se rapproche ainsi indubitablement d'une vision anglo-saxonne de l'expertise.

À la différence du parti qu'a clairement pris l'ORD de conserver tout en les adaptant les modèles traditionnels du témoin-expert et de l'expert du tribunal, l'expertise conjointe repose, on le voit, sur le dépassement de ces derniers au travers d'un modèle qui emprunte cette fois tantôt à la tradition continentale, tantôt à celle de common law. Pourtant, cet élément n'apparaît sans doute pas suffisant pour expliquer le succès de l'expertise conjointe ; c'est bien davantage la façon dont se réalise le syncrétisme, son adaptabilité aux spécificités du contentieux interétatique qui paraît ici déterminante. De ce point de vue, l'on ne peut que saluer l'équilibre qui s'est institué au travers de la pratique de l'expertise conjointe dans le contentieux des différends entre États : il a en effet ceci de remarquable qu'il permet de conserver, dans le cadre du recours à l'expert, les seuls traits les plus adaptés de chacune des deux traditions et de les combiner de manière à ce que chacun, juge comme parties, puisse être rassuré quant à la préservation effective de son rôle et/ou de ses intérêts. L'on notera ainsi que les prérogatives reconnues aux parties, qu'il s'agisse du choix des experts ou même de la détermination des modalités de l'expertise, permettent de les rassurer en leur conférant une prise réelle sur le déroulement de la procédure et en leur garantissant un « pré carré » qui échappe au juge ou à l'arbitre international. De même, au travers de l'appréciation qu'il porte à titre exclusif sur la nécessité de l'expertise et au travers du pouvoir qui lui est conféré de déterminer le mandat de l'expert, le juge ne peut manquer d'être rassuré quant à la finalité de l'institution de l'expertise qui,

⁹⁰³ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Bugalets « Mélinite et Lumière »*, décision n°37 du 18 mars 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 133.

⁹⁰⁴ *Id.*

⁹⁰⁵ Commission franco-mexicaine des réclamations, *Affaire Georges Pinson*, décision n°1 du 19 octobre 1928, *RSA*, vol. V, p. 331.

malgré la forte implication des États, affiche clairement sa vocation d'assistance au juge. Mais au-delà de l'élément psychologique – sans lequel il n'est guère possible de composer – l'expertise conjointe présente encore deux mérites majeurs en vue d'obvier aux écueils habituels de l'expertise dans le contentieux interétatique. Tout d'abord, de par la place qu'elle offre aux États, de par les prérogatives substantielles qu'elle leur reconnaît dans le cadre du recours à l'expert, elle diminue sensiblement le risque de contestation de l'expertise. La participation – et non la simple association – de ces derniers à la procédure, leur implication au même titre que le juge (ou l'arbitre) dans la création de la commission d'experts et dans son fonctionnement, constituent en effet tout à la fois des éléments qui garantissent aux États de pouvoir se faire entendre et au juge de pouvoir disposer d'une expertise dont les résultats leur seront légitimement opposables⁹⁰⁶. Par ailleurs, la pratique de l'expertise conjointe permet d'annihiler en grande partie le risque de partialité des experts : la présence d'une pluralité d'experts, choisis par les parties mais étant au service du juge, lesquels sont appelés à se prononcer au sein d'un *forum* de spécialistes, devant et aux côtés de leurs pairs, rend toute tentative d'ingérence de la part des parties comme du juge difficilement envisageable. C'est l'avantage du « peer review » que de réfréner les éventuelles velléités partisans des experts et de neutraliser ainsi largement les influences extérieures qui pourraient affecter le travail de la commission d'experts. Compte tenu des développements qui précèdent, l'on ne sera guère surpris du succès que rencontre l'expertise conjointe dans le contentieux des différends entre États : très rares sont les cas dans lesquels son emploi se solde par un échec, que l'on considère à cet égard l'hypothèse d'une opposition des parties à son sujet ou plus globalement les cas dans lesquels elle s'avèrerait ultimement inutilisable pour le juge⁹⁰⁷. Sans être évidemment parfaite⁹⁰⁸, il s'agit là d'une

⁹⁰⁶ Il s'agit là d'un avantage indéniable pour le juge, avantage qui transparait d'ailleurs clairement sous la plume de la Cour internationale de Justice : bien que souvent fustigée pour sa pusillanimité (qui l'a conduite, comme on l'a déjà souligné, à ne faire que par trois fois usage de son pouvoir de nommer des experts en près de soixante dix ans d'existence), la Cour de La Haye n'a pourtant pas hésité à s'appuyer sur l'expertise conjointe qu'avait faite réaliser le Botswana et la Namibie dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili-Sedudu*, et ce en dépit de l'opposition des parties quant aux conclusions qu'il convenait d'en tirer (arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1096 et 1100).

⁹⁰⁷ Sur la vingtaine de cas que l'auteur de ces lignes aura jusqu'à présent pu dénombrer et dans lesquels une expertise conjointe a été employée, seuls trois ont en effet donné lieu à contestation de la part des parties : cf. Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°162 du 20 novembre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 163 ; *Différend Joseph Ousset*, décision n°92 du 14 avril 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 257 ; CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1065 et 1072. Il est encore à noter que sur ces trois cas, seuls les deux premiers ont suscité entre les acteurs de l'instance une opposition de nature à priver l'expertise de toute efficacité pour le juge (concernant le troisième cas, *supra* note précédente).

⁹⁰⁸ La pratique de l'expertise conjointe demeure bien évidemment perfectible, tout comme la collaboration qu'elle institue entre les parties, les experts et le juge. Ainsi, l'opposition à laquelle elle donna lieu dans le *Différend Joseph Ousset* aurait sans doute pu être évitée si la question de la détermination du mandat de l'expert laissait elle aussi une place aux parties. L'on pourrait notamment imaginer que le juge ou l'arbitre puisse définir l'objectif global de l'expertise, à charge ensuite pour les parties de préciser d'un commun accord les termes exacts du mandat des experts, c'est-à-dire la formulation précise des questions qui leur sont adressées. Les parties pourraient ainsi participer à la rédaction du mandat des experts et disposer d'une certaine prise à cet égard avec cette limite expresse que, l'expertise demeurant à destination du juge, les questions formulées par leurs soins ne pourraient faire fi des attentes de celui-ci et manquer de lui fournir les informations demandées. Cela serait d'ailleurs d'autant plus efficace que le coût de l'expertise

pratique qui atteint incontestablement son but, tant par la qualité de la collaboration qu'elle contribue à mettre en place entre les parties, les experts et le juge (ou l'arbitre), que par l'efficacité qui en résulte pour l'institution de l'expertise.

199. Après avoir étudié les modalités de la collaboration instituée entre les acteurs de l'instance dans le cadre de l'organisation et de la réalisation de l'expertise, l'on ne peut manquer toutefois de s'intéresser à la collaboration qui peut se mettre en place par la suite entre ces mêmes acteurs dans le cadre de la restitution de l'expertise dans le prétoire : la réussite de l'expertise ne peut en effet réellement être envisagée qu'à la condition de s'assurer que les craintes et oppositions qu'elle fait habituellement naître chez le juge comme chez les parties ne se déplacent pas (ou plus simplement, ne perdurent pas) dans le champ de l'utilisation qui sera faite des résultats de l'expertise dans le procès. Si les développements qui précèdent ont sans aucun doute consacré la pratique de l'expertise conjointe comme étant bien supérieure à celle qui prévaut pour l'heure dans le contentieux de l'OMC, l'on verra cependant que la contribution de ce dernier à l'amélioration de l'institution de l'expertise est loin de se borner toute entière aux quelques traits décrits plus tôt. La pratique des groupes spéciaux apparaît notamment riche d'enseignements sur la question des modalités de collaboration susceptibles de garantir une utilisation apaisée et efficace des résultats de l'expertise dans le prétoire. À cet égard, l'un des traits les plus saillants – et néanmoins aussi, l'un des plus remarquables – qui caractérise la procédure devant les groupes spéciaux en matière d'expertise consiste dans sa très large « déformalisation ». Alors que la procédure qui prévaut le plus souvent devant les foras internationaux en la matière est empreinte de solennité et de la componction qu'impose aux parties le sentiment – qui n'est d'ailleurs sans doute pas toujours justifié – d'un juge omnipotent, celle mise en place devant les groupes spéciaux semble au contraire essentiellement mue par des impératifs de simplicité et d'efficacité. Aux traditionnels interrogatoires et contre-interrogatoires servis avec force emphase par les parties à un juge international aujourd'hui souvent passif, se substituent ainsi de modestes « réunions conjointes » dans lesquelles parties, experts et groupes spéciaux sont réunis autour d'une même table et appelé chacun à prendre une part active dans la discussion. Si les parties ont ainsi l'occasion de poser à tour de rôle des questions aux experts, c'est également le cas des groupes spéciaux, qui ne manquent pas de faire usage de la prérogative qui leur est ainsi offerte de pouvoir clarifier à souhait la portée des déclarations des experts. Les experts quant à eux, qu'ils soient au service des parties ou bien des groupes spéciaux, ne se contentent pas de subir l'épreuve de force d'un interrogatoire mené en bonne et due forme ; s'ils

serait supporté par les parties, celles-ci n'ayant évidemment pas intérêt à ce que le juge demande un supplément d'informations ni même une seconde expertise, qui serait coûteuse tout à la fois en ressources et en temps.

répondent évidemment lorsqu'ils le peuvent aux sollicitations des parties et des groupes spéciaux, ils interviennent encore de leur propre chef, lorsqu'ils le souhaitent et/ou que cela leur paraît utile pour éclaircir les termes du débat⁹⁰⁹.

200. Ces modalités de restitution – bien connues des droits anglo-saxons dans lesquels elles furent initialement élaborées et qui les désignent sous l'appellation de « *concurrent expert testimony* » ou encore de « *hot tubbing* »⁹¹⁰ – présentent, on va le voir, d'indéniables avantages en vue d'assurer une utilisation efficace et apaisée de l'expertise dans le cadre de l'instance internationale. Comme le souligne à juste titre M. le juge Cot dans son manuscrit consacré à la conciliation internationale, « [l]a simplicité des débats n'est pas seulement une coquetterie [...] Le refus de toute pompe entraîne des conséquences réelles. [Il s'agit de] créer une atmosphère informelle, plus intime, propice à l'esprit de conciliation »⁹¹¹ ou, comme en l'espèce, à l'institution d'une véritable collaboration entre les acteurs de l'instance. Comment les modalités susmentionnées parviennent-elles alors à pareil résultat ? Tout d'abord, elles contribuent à atténuer de manière importante la crainte – fut-elle justifiée ou non – qui peut étreindre les parties face au pouvoir du juge, crainte qui rend de fait difficile toute collaboration entre eux en général et plus particulièrement sur la question de l'expertise. Ainsi qu'évoqué plus tôt, le sentiment de méfiance nourri par les parties à l'égard du juge international semble le plus souvent prendre racine dans la posture d'autorité et les larges pouvoirs généralement conférés à celui-ci. S'il tend donc déjà à apparaître comme un juge puissant, sa passivité dans le procès international – affirmée à la faveur de la domination récente de la tradition de common law – n'a pourtant pas favorisé la remise en cause de ce sentiment ; bien que le juge ait sans doute pour partie ambitionné de rassurer par ce biais les États, la distance affichée à leur égard à l'occasion du procès semble paradoxalement susceptible de renforcer la crainte d'un juge omnipotent et peu accessible, dont les sentences s'apparenteraient

⁹⁰⁹ Pour des illustrations de cette pratique des réunions conjointes, cf. par exemple ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 247 et s. ; ORD, *CE – Hormones* (DS26), annexe au rapport du Groupe spécial, p. 265 et s. ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial (1998), p. 405 et s. ; ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, annexe A, p. 148 et s. ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe 6, p. 148 et s. ; ORD, *Japon – Pommes* (DS245), rapport du Groupe spécial, annexe 3, p. 220 et s. ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe G ; ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, annexe B-2.

⁹¹⁰ ERIKSSON (H.), *Experts in the Australian Hot Tub*, master thesis, University of Lund, 2008, 97 p. ; EDMOND (G.), « Merton and the Hot Tub : scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure », *Law & Contemporary Problems*, 2009, vol. 72, pp. 159-189 ; YARNALL (M. A.), « Dueling scientific experts : Is Australia's Hot Tub method a viable solution for the American Judiciary ? », *Or. L. Rev.*, 2009, vol. 88, pp. 311-340 ; REIFERT (E.), « Getting into the Hot Tub : How the United States could benefit from Australia's concept of 'Hot Tubbing' expert witnesses », *Univ. Detroit Mercy L. Rev.*, 2011, vol. 89, pp. 103-115 ; RARES (S.), « Using the 'Hot Tub' – How concurrent expert evidence aids understanding issues », disponible sur le site de la Cour fédérale australienne à l'adresse www.fedcourt.gov.au/_data/.../Rares-J-20100823.rtf (consulté le 3 mai 2014).

⁹¹¹ COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 178.

presque à des ordalies tant la manière dont s'exercerait la fonction de juger semblerait alors opaque dans le contentieux interétatique. De ce point de vue, l'on ne peut qu'accueillir avec satisfaction les propositions des groupes spéciaux en matière d'expertise : leur implication dans le déroulement de l'expertise et la part active qu'ils prennent dans le cadre des réunions conjointes avec les parties et les experts contribuent indubitablement à combattre ces craintes. Les nombreuses questions qu'ils adressent tant aux parties qu'aux experts à l'occasion de ces réunions constituent, si besoin est, un gage de leur volonté de s'impliquer au même titre que les parties, de comprendre et de décider en toute connaissance de cause. Elles participent également à la visibilité du processus de décision et assurent au bénéfice des litigants une plus grande transparence – à défaut d'une parfaite prévisibilité – quant à la façon dont les groupes spéciaux forment leur conviction. Par ailleurs, l'abandon des salles d'audience traditionnelles au profit de simples salles de conférence, la préférence donnée à la discussion – quasiment collégiale d'ailleurs – autour d'une table⁹¹² plutôt qu'aux débats menés sous forme de plaidoiries, répliques, et dupliques favorisent encore la confiance et l'apaisement en ce qu'ils traduisent l'idée d'un échange égalitaire entre les différents acteurs de l'instance⁹¹³. Ici, il n'est pas question pour les groupes spéciaux de siéger à la manière d'un tribunal, la configuration matérielle de la salle, l'organisation de la prise de parole et le déroulement global de ces réunions reflètent bien plutôt leur volonté de s'illustrer comme un simple acteur de la discussion, au même titre que les parties et les experts. Cela ne pouvait guère laisser les États indifférents : outre la distance salutaire prise avec le registre autoritaire qui suscite invariablement leur méfiance, les États reconnaissent de ce fait bien plus facilement les groupes spéciaux comme un interlocuteur tangible, accessible et avec lequel ils peuvent aborder les préoccupations qui les animent quant aux expertises et à l'utilisation qui en sera faite dans le procès.

⁹¹² L'on renverra notamment aux affaires suivantes, à l'occasion desquelles il est fait référence de manière explicite à cette configuration matérielle simplifiée : ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 415, §34 ; ORD, *CE – Hormones* (DS26), rapport du Groupe spécial, p. 278, §33 et p. 410, §855 ; ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe 6, p. 169, §100 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J, §212 ; ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, annexe G, §§36-37.

⁹¹³ S'agissant des travaux menés en général sur cette question en sociologie, voy. par exemple BERNARD (J.), « L'étude sociologique des tensions », in Association internationale de sociologie, *De la nature des conflits*, Paris : UNESCO, 1957, p. 37 et s. ; CHASE (S.), *Roads to agreement*, New York : Harper & Brothers, 1951, 250 p. ; JACKSON (E.), *Meeting of minds, a way to peace through mediation*, New York : McGraw-Hill, 1952, 200 p. ; HALL (E. T.), « Proxemics », *Current Anthropology*, vol. 9, 1968, pp. 83-108. Pour un éclairage sur l'importance de cette question dans le cadre spécifique du procès, voy. notamment KESSLER (R.), « The psychological effects of the judicial robe », *The American imago*, vol. 19, 1962, pp. 35-66 ; GREENHOUSE (C. J.), « Courting difference : issues of interpretation and comparison in the study of legal ideologies », *Law & Society Review*, vol. 22, n°4, 1988, pp. 687-707 ; HAZARD (J. N.), « Furniture arrangement as a symbol of judicial roles » in DUNDES RENTELN (A.), DUNDES (A.) (dir.), *Folk Law : Essays in the theory and practice of lex non scripta – Volume I*, University of Wisconsin Press, 1995, p. 459 et s. ; GARAPON (A.), *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris : Odile Jacob, 2001, 343 p.

201. Mais au-delà de ce premier élément très positif, les modalités retenues par les groupes spéciaux pour la restitution des expertises permettent également d’annihiler le « combat » presque inévitablement contreproductif qui s’institue habituellement entre les parties à cette occasion et qui aboutit le plus souvent à priver l’expertise de toute utilité⁹¹⁴. L’absence de formalisme et le climat plus intime dans lequel se déroulent les réunions conjointes rendent en effet difficile tout affrontement entre les litigants. Comme le note à nouveau le juge Cot,

« [d]ans une discussion amicale, les Parties sont obligées d’atténuer la vigueur de leurs propos, ne serait-ce que par civilité. [...] La réunion autour d’une table abolit [...] l’opposition naturellement ménagée dans une salle d’audience entre les agents de chaque Partie »⁹¹⁵.

Les effets de cette absence de formalisme transparaissent d’ailleurs assez clairement dans la manière dont les parties appréhendent ces réunions conjointes : l’on notera ainsi que, loin des interrogatoires et contre-interrogatoires passablement virulents auxquels les États soumettent régulièrement les experts devant les fors internationaux, c’est d’abord et avant tout dans une logique de collaboration qu’ils entrevoient la participation des différents experts conviés par leurs soins et ceux des groupes spéciaux à ces réunions. Le représentant de la Thaïlande a par exemple souligné le « *très haut degré de professionnalisme et d’éthique professionnelle* » des experts invités par le Groupe spécial dans l’affaire *États-Unis – Crevettes*, estimant que toutes les parties intéressées avaient « *beaucoup appris grâce à [ces derniers]* » et espérant en conséquence « *pouvoir adapter au mieux les mesures de conservation et les mesures d’application, dans l’intérêt de tous* »⁹¹⁶. Les propos tenus dans la même affaire par les représentants respectifs de l’Inde, du Pakistan et de la Malaisie se font d’ailleurs l’écho de ceux de la Thaïlande, saluant le caractère très enrichissant de la discussion menée entre les experts du Groupe spécial et ceux des délégations et affirmant l’utilité de pareille discussion pour bien saisir les différents problèmes qui se posaient à l’occasion de l’affaire⁹¹⁷. De la même manière, à l’occasion de l’affaire *Japon – Produits agricoles II*, la délégation des États-Unis a remercié les experts de leurs observations très utiles tandis que celle du Japon a souhaité

« *rendre hommage aux trois experts éminents [du Groupe spécial] pour leurs commentaires techniques des plus utiles touchant la fumigation au bromure de méthyle*

⁹¹⁴ *Supra*, §60.

⁹¹⁵ COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, pp. 178-179.

⁹¹⁶ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 430.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 431.

*des denrées périssables, technologie fort complexe qui demande encore beaucoup de travaux de recherche et d'étude en ce qui concerne le problème en cause »*⁹¹⁸.

Dans le même sens encore, le représentant du Canada dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* a remercié les experts de « *s'être mis à la disposition du Groupe spécial et des parties afin de leur apporter leur assistance en ce qui a trait aux problèmes soulevés [par le différend]* »⁹¹⁹, tandis que le représentant des Communautés européennes a affirmé avoir pour objectif de « *discuter les problèmes avec les scientifiques et de tirer parti de leur compétence* »⁹²⁰ à l'occasion de cette réunion conjointe. Ces quelques exemples, au demeurant non-exceptionnels dans le contentieux de l'OMC, reflètent la volonté des groupes spéciaux de faire échec aux traditionnels combats d'experts, si nécessaire en rappelant avec force aux parties qu'elles ne sont « *pas ici pour mettre les experts sur la sellette* »⁹²¹ ou encore qu'elles ne sont pas « *dans une salle d'examen ou un tribunal et [que] les experts doivent se sentir décontractés et [...] faire bénéficier de leurs compétences comme ils le jugent bon* »⁹²².

Craindrait-on cependant que l'amabilité et les bonnes dispositions manifestées par les États à l'égard des experts demeurent essentiellement formelles, l'on trouverait encore à se rassurer en constatant que, comme dans le cas précédemment évoqué des expertises conjointes, le principe du « *peer review* » sous-tend clairement les réunions entre les groupes spéciaux, les parties et les experts. En effet, l'échange spontané et dialectique qui s'institue entre les différents experts, fussent-ils au service des parties ou des groupes spéciaux, rend délicate l'hypothèse d'un éventuel parti pris des experts et au-delà, lui retire même peu ou prou toute utilité. C'est que la discussion n'est ici pas seulement menée devant des néophytes – parties et groupes spéciaux – plus ou moins bien « *briefés* » en vue de la réunion ; si elle se déroule bien en leur présence, elle prend surtout place entre spécialistes des matières et/ou des questions abordées dans le cadre du différend, lesquels sont amenés non seulement à exprimer leurs points de vue respectifs à cet égard mais encore à commenter de manière dynamique et en direct ceux de leurs confrères. La perspective de l'opprobre qui couvrirait alors tout expert suspecté de partialité constitue un élément de dissuasion puissant et contribue à assurer l'honnêteté et la qualité des débats. Enfin, quand bien même un parti pris subsisterait dans les positions défendues par un ou plusieurs des experts, la collégialité et le caractère dialectique de l'échange qui s'établit entre ces derniers permettrait sans aucun doute de neutraliser en

⁹¹⁸ ORD, *Japon – Produits agricoles II* (DS76), rapport du Groupe spécial, annexe A, pp. 158-159.

⁹¹⁹ ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J, §35.

⁹²⁰ *Ibid.*, §43.

⁹²¹ ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe 6, p. 157, §33.

⁹²² ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 248, §7.

grande partie ses effets sur la décision finale du groupe spécial. C'est pourquoi cet échange de vues entre pairs constitue selon Caroline Foster « *a focused and productive session where the experts' sense of independence is enhanced and the discussion is like a 'roundtable discussion between colleagues'* »⁹²³. Si les États peuvent bien sûr déplorer, de prime abord, la perte d'un moyen d'influencer par le biais de leurs experts l'issue du différend, ils ne peuvent en revanche qu'être séduits par le caractère largement égalitaire de la procédure de restitution, qui appréhende les avis fournis dans leur globalité et évite ainsi qu'un avantage décisif ne puisse être tiré de l'apparence de neutralité des experts nommés par les groupes spéciaux ou même encore d'un déséquilibre de ressources entre les litigants.

202. En rassurant donc d'une part les États quant à leur place dans le cadre de l'instance – notamment en estompant le poids de l'héritage romano-germanique qui leur faisait craindre les affres d'un juge tout-puissant – et en imprimant d'autre part à la procédure de restitution de l'expertise un fonctionnement et des caractéristiques de nature à rendre difficiles, pour ne pas dire impossibles, les dérives habituelles de la logique accusatoire, les groupes spéciaux ont mis en place à mi-chemin entre common law et droit romano-germanique un équilibre subtil, permettant à chacun d'appréhender avec une certaine sérénité l'intégration dans le procès des résultats de l'expertise. C'est en renonçant en grande partie à la symbolique de la fonction juridictionnelle et en réaffirmant dans le même temps leur pouvoir sur le déroulement de l'instance qu'ils sont parvenus à concilier le *leg* respectif des deux traditions et *in fine*, à mettre en place une collaboration productive entre les différents acteurs de l'instance en matière d'expertise. La pratique des réunions conjointes constitue en effet aujourd'hui une procédure efficace et relativement apaisée, à laquelle chacun participe manifestement sans opposition ni crainte excessive⁹²⁴ et qui devrait ainsi permettre à l'expertise de déployer pleinement ses effets dans le cadre du procès. L'on en veut pour preuve cette déclaration du président du groupe spécial dans l'affaire *Australie – Saumon* qui, saluant le mécanisme des réunions

⁹²³ FOSTER (C.), *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals. Expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 124.

⁹²⁴ En effet, à la différence des constatations qui s'imposaient plus tôt dans ce paragraphe sur les difficultés de collaboration en matière de désignation des experts ou même plus largement en matière d'organisation de l'expertise, l'on notera ici que les modalités de restitution de l'expertise mises en place par les groupes spéciaux ne semblent quasiment pas faire l'objet de contestations de la part des États. Seul le Canada a, à l'occasion de l'affaire *CE – Amiante*, manifesté son mécontentement relativement aux conséquences de l'absence de formalisme dans le cadre des réunions conjointes (ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe 6, pp. 156-157, §32, 34 et 36). La volonté du groupe spécial d'assister à des discussions les plus informelles possibles entre les experts a effectivement conduit ces derniers, dans l'affaire en cause, à introduire par inadvertance dans la procédure de nouveaux éléments sans que soit donné au Canada le temps et la possibilité de réfuter chacun d'eux. S'il s'agit là sans aucun doute de « *graves problèmes de procédure* » à l'aune de la pratique anglo-saxonne et de la logique strictement accusatoire qui y prévaut traditionnellement, l'on gagera cependant qu'il n'en allait sans doute pas de même dans le cadre de l'équilibre spécifique mis en place par les groupes spéciaux pour ces réunions, lequel trouve ses garde-fous dans les principes de la collégialité et du « *peer review* » bien plus que dans la veille procédurale des parties ou dans la responsabilité qui leur incombe de défendre leur cause.

conjointes, affirme que « [son] expérience passée relative à ce genre de sessions a montré qu'elles ont été conduites de façon très satisfaisante du point de vue du conseil des experts »⁹²⁵.

203. Après avoir étudié les modalités qui semblent permettre l'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs de l'instance et pointé du doigt les effets bénéfiques qui peuvent en résulter en terme d'efficacité de l'expertise dans le procès, l'on abordera dans le paragraphe à venir les solutions envisageables pour faire face à la seconde difficulté majeure qui grève généralement l'utilisation de l'expertise dans ce même cadre, à savoir le poids – très largement indu, on le verra – que fait peser sur les experts la vision aujourd'hui généralement acceptée d'une science qui se doit de savoir et au-delà surtout, de dire le « vrai ».

§2 - L'émergence d'une vision démystifiée de la science dans le prétoire

204. L'on a vu, dans la première partie de cette étude, que depuis l'avènement des Lumières, une nouvelle vision de la science – et à travers elle, de l'expertise – s'était faite jour : d'une institution fondée sur la confiance, elle est devenue, au moins en théorie, une institution fondée sur la certitude. Alors qu'elle faisait initialement appel à l'expérience personnelle d'un expert qualifié comme tel en raison de sa pratique au long cours et de sa probité, elle s'est peu à peu muée à partir du XVI^{ème} siècle en une institution qui, rejetant toute forme de subjectivité, prétendait atteindre au vrai sur le fondement d'une méthodologie propre à garantir une parfaite objectivité⁹²⁶. Loin toutefois d'accréditer cette nouvelle vision de la science et de l'expertise, les travaux menés jusqu'à présent en philosophie des sciences conduisent au contraire à penser que celle-ci procède davantage du mythe que de la réalité. Si les sociétés contemporaines sont en effet profondément imprégnées de l'idéal d'une science toute-puissante, capable de dire le vrai et au-delà même, redevable du vrai, il apparaît pourtant que celle-ci n'est aujourd'hui pas moins affaire de confiance qu'elle ne l'était avant le siècle des Lumières et l'avènement de la Raison comme unique mode d'accès valable à la connaissance.

205. Sans surprise, cette méprise ne pouvait manquer d'emporter des conséquences plus ou moins lourdes sur les relations qu'entretiennent à la science les acteurs du procès, et plus particulièrement pour s'en tenir au champ de la présente étude, sur les relations qu'entretiennent à la science les acteurs de l'instance internationale. Si le juge international pouvait de prime abord être tenté, au travers de l'expertise, de draper ses décisions d'une légitimité toute scientifique et de les

⁹²⁵ ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 248, §7.

⁹²⁶ *Supra*, §126 et s.

prémunir ainsi contre les velléités contestataires qui animent régulièrement les souverains qui estent en son for, ce n'est pas sans peine qu'il a constaté que l'expertise était plus souvent que de raison susceptible d'affaiblir ses décisions. D'un instrument sur lequel il était supposé pouvoir s'appuyer, l'expertise s'est muée en une institution qu'il a appris à redouter, et cela d'autant plus qu'il ne lui est guère possible de s'en passer désormais face à des contentieux en constante complexification. Les États, quant à eux, plaçaient sans nul doute leurs espoirs dans les perspectives que leur ouvrait la science en vue de la défense de leur cause, de la préservation de leurs intérêts dans le prétoire. Sans doute pensaient-ils tenir là quelque argument d'autorité à la force probante incontestable. Mais ici encore, le mythe s'est brisé sur les écueils d'une réalité somme toute bien différente : non seulement la science et les experts n'étaient pas capables de dire le vrai, ni de fournir de preuve indiscutable, mais ils suscitaient même la méfiance du juge international. N'étant cependant pas plus que le juge en mesure d'ignorer des éléments scientifiques devenus de plus en plus incontournables dans le contentieux interétatique – jusqu'à constituer même parfois le cœur des différends portés devant les fors internationaux⁹²⁷ – les États se sont eux aussi retrouvés enfermés dans une relation hautement ambivalente et à bien des égards aliénante de dépendance et de méfiance à l'égard de l'expertise. Si cette vision d'une science mystifiée est donc à l'origine de nombre de frustrations, de craintes et de déceptions chez les acteurs de l'instance internationale, elle a surtout conduit aux dérives que l'on examinait dans la première partie de cette étude et qui retirent le plus souvent de fait tout intérêt à l'institution de l'expertise dans ce cadre.

206. Toutes ces vicissitudes qui altèrent depuis tant d'années déjà l'utilisation de l'expertise dans le contentieux interétatique ne constituent cependant pas une fatalité. Elles apparaissent comme la conséquence logique du choix d'un référentiel erroné pour l'utilisation de cette institution, à savoir celui d'une science qui serait effectivement capable d'atteindre au vrai et par-là même, de fournir des certitudes. Confrontés à l'évidence de l'invalidité de ce référentiel, n'est-il pas ironique que les États aient placé leur salut dans l'apparence de vérité, qu'ils aient privilégié l'illusion et la superficialité, deux moyens sans doute parmi les moins à même de susciter la confiance du juge ? Quant à ce dernier, parvenu à cette même constatation de l'incapacité de la science à dire le vrai, n'est-il pas surprenant qu'il ait été jusqu'à préférer statuer dans l'ignorance plutôt que d'accorder (y compris éventuellement à tort) sa confiance, se gardant ainsi d'une éventuelle déception mais se plaçant dans

⁹²⁷ L'on pense notamment aux affaires mettant en cause un éventuel préjudice écologique : CPJI, *Prises d'eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, arrêt du 28 juin 1937, *Rec.* Série A/B, n°70 ; CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 7 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* 2010, p. 14 ; CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, Australie c. Japon, arrêt du 31 mars 2014, *Rec.* 2014, p. 226 ; *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, p. 10.

le même temps dans une situation *in fine* très semblable à celle qui le poussait à se défier de l'expertise ? En d'autres termes, la CIJ ne s'exposait-elle pas précisément, en choisissant de pêcher par ignorance, au même regard critique qu'elle portait sur les experts ? Si la confiance implique invariablement, pour les parties comme pour le juge, une prise de risque puisqu'elle est « *un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir* »⁹²⁸, elle constitue pourtant le seul cadre qui puisse permettre à l'expertise de déployer pleinement ses effets, le seul cadre qui n'exige pas des experts et de la science plus qu'ils n'ont à donner. C'est en renonçant au mythe de cette science omnipotente et en réapprenant paradoxalement à accepter l'erreur et le doute que le juge international et les États seront en mesure d'instaurer une relation apaisée avec les experts dans le prétoire et de tirer le meilleur parti de leurs connaissances, non seulement pertinentes mais encore même parfois déterminantes en vue d'assurer un règlement efficace et définitif des différends interétatiques.

207. Arrivé à ce stade, d'aucuns pourraient sans doute s'avouer découragés par l'ampleur de la tâche : la croyance en une science capable de dire le vrai, une science qui sait et n'a que des réponses à apporter, est si bien intégrée dans la psyché des sociétés contemporaines que l'on ne peut guère condamner les appréhensions auxquelles la perspective d'une telle remise en cause donnerait lieu. Pourtant, comme l'illustreront les développements à venir, l'expérience montre qu'il est effectivement possible de substituer à cette vision erronée une conception bien plus réaliste – et partant moins frustrante – de l'activité scientifique⁹²⁹. L'on renverra à nouveau à cet égard à la pratique novatrice de l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui paraît particulièrement pertinente sur ce point puisqu'elle permet tout à la fois de se rendre compte qu'il n'y a là aucune difficulté insurmontable et de comprendre comment quelques mesures assez simples permettent de transformer le cadre de référence de l'expertise. Sans s'étendre en conjectures sur la question de savoir si la procédure mise en place par les groupes spéciaux en matière d'expertise – notamment à l'occasion des réunions conjointes – visait délibérément cet objectif ou s'il ne s'agit là au contraire que d'un effet secondaire heureux d'autres choix retenus pour la constitution et le fonctionnement des groupes spéciaux (notamment par exemple leur composition), l'on gagera qu'elle s'illustre aujourd'hui en tout état de cause comme l'une des contributions les plus substantielles à l'amélioration de l'institution de l'expertise devant les fors internationaux. Comment cette simple procédure parvient-elle alors à pareil résultat ?

⁹²⁸ SIMMEL (G.), *Secret et sociétés secrètes*, Strasbourg : Circé, 1991, p. 22.

⁹²⁹ Les termes sont empruntés à Bruno Latour, dans son ouvrage consacré à cette question : LATOUR (B.), *L'espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris : Éditions La Découverte, 2007, 347 p.

208. Le principal inconvénient lorsque l'on pense en termes de « vérité » – plus précisément d'une vérité qui se voudrait unique, définitive et absolue – réside évidemment dans l'éradication de toute forme de pluralisme tant dans la pensée que dans le discours qui s'y rapporte. La notion de vérité, pour rassurante qu'elle puisse paraître, implique donc une logique intrinsèquement enfermante, désirable peut-être pour la stabilité, l'apparente fiabilité ou plus simplement le contrôle qu'elle laisse à espérer sur tel ou tel phénomène, mais néanmoins relativement mal adaptée pour décrire la complexité du monde et son absence de finitude. Comme le souligne Paul Ricoeur, si « nous voulons que la vérité soit au singulier [...] l'esprit de vérité est de respecter la complexité des ordres de vérité ; c'est l'aveu du pluriel »⁹³⁰. Le pluralisme – entendu ici au sens d'une pluralité d'idées, d'opinions – apparaît quant à lui sans doute déstabilisant à certains égards puisque, récusant par principe le discours unique, il implique de renoncer à l'illusion de la sécurité et par-là même à un certain confort. Néanmoins, il est également porteur de sens en ce qu'il contribue bien mieux que la notion de vérité à permettre une compréhension fine et exhaustive des problèmes auxquels l'homme se trouve confronté. C'est en effet dans la multiplicité et dans l'échange dialectique que sont révélés les limitations, les erreurs et autres vices qui affectent par trop souvent la vision individuelle d'un problème, d'une question ; à supposer que cela soit possible, c'est encore dans la multiplicité et dans l'échange dialectique que ces insuffisances peuvent à toutes fins utiles être surmontées. La procédure mise en place par les groupes spéciaux en matière d'expertise est alors intéressante en ce qu'elle reflète justement, on va le voir, l'abandon d'une réflexion en termes de vérité au profit d'une recherche de sens sur la base d'un pluralisme d'idées non seulement assumé mais même encouragé.

209. À l'heure où la plupart des juges – internes⁹³¹ comme internationaux – semblent engagés dans une lutte avec cette vérité qu'ils recherchent ou qu'ils fuient selon les cas, les modalités retenues par les groupes spéciaux pour les consultations d'experts semblent au contraire faire l'éloge de la pluralité, de la diversité, du foisonnement des opinions et des idées. L'on a déjà noté, dans le paragraphe précédent, que les groupes spéciaux ont à plusieurs reprises manifesté sans ambages leur volonté de consulter des experts à titre individuel plutôt que des groupes consultatifs d'experts et ce, afin d' « entendre toute opinion dissidente ou minoritaire parmi les experts plutôt que de recevoir un

⁹³⁰ RICOEUR (P.), *Histoire et vérité*, Paris : Seuil, 1955, p. 156 et 175.

⁹³¹ S'il est encore possible de lire chez les auteurs anglo-saxons que la tradition de common law ne serait pas affectée par les enjeux de vérité – cette notion étant ici entendue au sens le plus absolu du terme – l'on fera néanmoins remarquer que les difficultés patentes rencontrées depuis plus d'un siècle par les juges et juristes de droit anglo-saxon dans leur utilisation de l'expertise et des témoins-experts ne rendent guère crédible pareille affirmation. Le fait que le juge américain s'interroge par exemple depuis plusieurs décennies sur les critères les plus à même de lui permettre de peser correctement les témoignages d'experts, le fait qu'il s'inquiète de pouvoir être trompé par un témoignage qui, bien que convaincant, serait biaisé, sont autant d'éléments qui démontrent, si besoin est, qu'il est loin de s'en tenir à une vision strictement procédurale de la vérité.

texte consensuel d'un groupe consultatif d'experts »⁹³². Si la préférence très nette – et désormais usuelle – donnée à la consultation d'experts individuels apparaît d'ores et déjà significative à cet égard, l'étude des modalités et du déroulement des réunions conjointes entre les parties, les experts et les groupes spéciaux confirme encore la volonté de ces derniers de ne pas s'enfermer dans un mode de pensée particulier, dans une vision unique et sans aucun doute réductrice des problématiques scientifiques et techniques qui leur sont soumises. Menées sur le mode de la discussion, le but affiché de ces réunions est en effet, selon les groupes spéciaux, de « *permettre un échange complet de points de vue entre les experts, les parties et le Groupe spécial* »⁹³³, de « *permettre aux experts de développer leurs rapports écrits et de débattre du problème devant nous, dans l'intérêt du Groupe spécial* »⁹³⁴ afin de permettre à ce dernier « *to gain a better understanding of the scientific issues [at hand]* »⁹³⁵. Les groupes spéciaux ne ménagent ainsi pas leurs efforts pour garantir à chacun, au cours de ces réunions, la possibilité d'exprimer son point de vue, d'échanger et de réagir aux déclarations des autres participants, experts, parties ou même membres du groupe spécial concerné. L'abandon du formalisme qui caractérise traditionnellement le débat judiciaire, la volonté de mettre sur un pied d'égalité les différents acteurs du procès à cette occasion, dans une ambiance que les groupes spéciaux ont voulue délibérément décontractée, constituent autant d'éléments qui, comme l'ont montré les développements du paragraphe précédent, favorisent de manière naturelle le dialogue et l'échange⁹³⁶. Toutefois, et au-delà de ces aspects de pure forme, les groupes spéciaux ont encore veillé à rassurer les experts sur le fond, en leur faisant part de leur ouverture aux différentes opinions qui pourraient avoir cours parmi eux sur telle question scientifique ou technique et de leur souhait d'obtenir la plus large représentation possible des points de vue existant sur celle-ci. Ainsi, ayant entendu l'un des experts se prononcer en faveur d'une approche mondiale de la protection des stocks de tortues dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, le Président du groupe spécial estima qu'il pouvait ensuite s'« *adresser à un autre des experts qui ont également mis en avant ce sujet et entendre peut-être un point de vue légèrement différent sur ce problème* »⁹³⁷. De même, dans l'affaire *Australie – Saumon*, le Président du groupe spécial sollicita pour leurs avis apparemment sensiblement divergents sur ce point l'intervention de plusieurs experts en réponse aux affirmations des experts

⁹³² ORD, *États-Unis – Maintien de la suspension* (DS320), rapport du Groupe spécial, p. 174. Dans le même sens, voy. encore ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, p. 264.

⁹³³ ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, p. 247 ; dans le même sens et dans des termes pratiquement identiques, ORD, *CE – Amiante* (DS135), rapport du Groupe spécial, annexe VI, §11 ; ORD, *CE – Produits biotechnologiques* (DS291), rapport du Groupe spécial, annexe J, p. 7.

⁹³⁴ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 405.

⁹³⁵ ORD, *Australie – Pommes* (DS367), rapport du Groupe spécial, annexe B-2, p. 6.

⁹³⁶ *Supra*, §201.

⁹³⁷ ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial, p. 415.

australiens relatives au type d'évaluation des risques le plus approprié⁹³⁸. Quant au Président du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Hormones*, la déclaration suivante qu'il adressa aux experts ne pouvait être plus claire quant aux attentes du groupe spécial dans le cadre de la réunion conjointe : « *Je précise que nous ne recherchons pas un consensus. Nous nous contentons de prendre note de ce que disent les experts, sans essayer d'arriver à un consensus* »⁹³⁹. Si ces quelques exemples n'apparaissent du reste que très cohérents au regard du choix des groupes spéciaux de consulter des experts à titre individuel plutôt que des groupes consultatifs d'experts, ils confirment que les groupes spéciaux se défient de toute vision univoque, parcellaire, ou trop étriquée des questions scientifiques et/ou techniques qu'ils sont amenés à considérer.

210. Loin d'être anodines, ces constatations marquent l'importance du renouveau induit par les groupes spéciaux dans le traitement des questions scientifiques dans le prétoire. Si le pluralisme d'idées ou de points de vue n'est pas exactement une absolue nouveauté dans ce cadre, le procès impliquant par nature au minimum deux visions plus ou moins distantes des questions – y compris scientifiques – soumises au juge, il apparaissait en revanche jusque là au mieux comme un élément purement consubstantiel aux débats judiciaires, et au pire comme un élément qui, exacerbé par le jeu de la logique accusatoire, était très largement subi par le juge international, particulièrement en matière d'expertise⁹⁴⁰. Les difficultés patentes rencontrées par les fors internationaux dans le cadre du recours à l'expert dérivent d'ailleurs pour l'essentiel de l'échec des modes traditionnels d'évaluation des preuves – à commencer par l'interrogatoire et le contre-interrogatoire, fers de lance du système de preuve anglo-saxon – à permettre l'émergence d'un discours unique à partir de ce pluralisme initial de points de vue. La démarche des groupes spéciaux est alors remarquable en ce qu'elle repose pour sa part non pas sur un pluralisme subi mais sur un pluralisme sciemment encouragé et choisi. Quelles conséquences tirer de ce choix peu banal ? Que révèle-t-il quant à la manière dont la science est appréhendée par les groupes spéciaux ?

Le premier élément à relever – et sans doute aussi le plus important – concerne la fonction allouée à la science et, partant, à l'expertise dans le cadre de l'instance : comme souligné à de multiples reprises déjà, la science est aujourd'hui plébiscitée pour sa capacité présumée à dire le vrai, pour ses vertus d'objectivité, de rigueur, qui lui permettraient seules de fournir des certitudes. L'expert scientifique, dépositaire de ce savoir, de cette méthodologie, est donc à son tour supposé

⁹³⁸ ORD, *Australie – Saumon* (DS18), rapport du Groupe spécial, pp. 268-270.

⁹³⁹ ORD, *CE – Hormones* (DS26 et DS48), rapport du Groupe spécial, p. 280.

⁹⁴⁰ L'on renverra sur ce point aux développements de la première partie de la thèse, notamment ceux concernant le problème de la compétence épistémologique du juge, §46 et 59.

détenir la vérité, dans le sens le plus exigeant qui puisse être donné à ce terme. Devant les groupes spéciaux au contraire, l'idéal d'une science toute-puissante est abandonné et l'expertise cesse dès lors d'être appréhendée dans son rapport exclusif à cette vérité intangible et absolue ; plus précisément, et à supposer que l'objet du procès international demeure la recherche de cette même vérité⁹⁴¹, l'expertise cesse alors de s'inscrire dans une vision finaliste de celle-ci. Si elle participe toujours de la recherche de la vérité dans le procès, ce n'est certes pas en délivrant des vérités immuables ou absolues mais bien plutôt en permettant aux groupes spéciaux de comprendre, au travers de la diversité des points de vue adoptés par les experts, les tenants et les aboutissants des questions scientifiques qui leur sont soumises, d'en saisir les subtilités et les zones d'ombres au regard des données scientifiques disponibles à un moment « T ». D'un instrument dédié à la recherche de la vérité et redevable de celle-ci, l'expertise se mue en somme en un instrument au service d'une recherche de sens qui, tout en contribuant évidemment à la recherche de la vérité dans le procès, permet la prise en compte des limitations intrinsèques dont souffre la science à cet égard.

Le second élément qui retient l'attention s'impose comme une conséquence logique du changement de fonction de la science et de l'expertise dans le procès : puisque ces dernières ne peuvent donner accès au vrai, l'existence d'une pluralité de discours sur la science et sur les phénomènes qu'elle s'attache à décrire n'apparaît désormais plus choquante ni même surprenante. Elle ne s'illustre plus systématiquement comme une cause de méfiance pour les groupes spéciaux. Chaque expert est libre de présenter sa vision individuelle, sa compréhension propre d'un phénomène, sans craindre de voir son point de vue raillé ou autrement décrédibilisé au motif de la distance prise avec une opinion qui se voudrait dominante. Non seulement la subjectivité des experts n'est plus niée mais elle est même source de richesse puisqu'elle permet un dialogue entre les scientifiques, dialogue qui ouvre à son tour la possibilité pour les groupes spéciaux de cerner très précisément les problèmes sur lesquels ils auront à se prononcer. Ainsi, indépendamment du fait de savoir s'il est nommé par les parties ou par le groupe spécial lui-même, chaque expert est susceptible par sa vision spécifique d'une question et par son interaction avec les autres experts à cet égard, de contribuer à améliorer la compréhension qu'à le groupe spécial de cette même question. Les difficultés récurrentes liées à l'opposition des deux modèles traditionnels du témoin-expert et de l'expert du tribunal s'en trouvent en grande partie désarmées : d'une part, puisqu'il est admis que chacun d'eux n'a en tout état de cause qu'une vision individuelle et nécessairement subjective à

⁹⁴¹ Il n'y a en effet, comme on l'a d'ores et déjà souligné dans la première partie de l'étude, aucune incompatibilité logique entre le fait d'admettre que la vérité – toujours entendue en son sens absolu – est inaccessible et le fait de choisir de conférer comme but à l'institution de la justice – qui s'inspire très largement d'idéaux – la recherche de cette même vérité (*supra*, note n°93).

proposer de la question, il n'en est aucun pour revendiquer un avantage décisif sur l'autre dans le cadre de l'instance ; d'autre part, dans la mesure où l'apport de l'expertise ne réside plus tant dans la recherche de la vérité que dans la recherche du sens que peuvent revêtir les problèmes scientifiques en cause, une vision collaborative de l'expertise se fait jour par-delà les deux modèles traditionnels, qui repose sur l'égalité d'implication de tous les experts dans cet échange dialectique dont émergera pour le groupe spécial une compréhension exhaustive des problèmes concernés. C'est ainsi une relation fondée non plus sur la certitude mais sur la confiance qui s'instaure peu à peu entre les experts et les acteurs du procès international.

Un troisième élément enfin mérite d'être souligné. Si le renoncement au mythe d'une science omnipotente et la substitution subséquente d'un pluralisme d'idées, de discours, à la notion de vérité comme cadre de référence de l'expertise est d'ores et déjà, au regard des développements ci-dessus, de nature à rassurer les acteurs du procès dans le cadre du recours à l'expert, la mise en place dans le contentieux de l'OMC de nouveaux modes d'évaluation de la preuve par expertise va encore dans ce sens. Comme on le notait plus tôt dans ce paragraphe et tout au long de la première partie de la thèse, les modes traditionnels d'évaluation des preuves – à commencer par l'interrogatoire et le contre-interrogatoire, hérités de la tradition anglo-saxonne et très largement usités dans le contentieux interétatique – apparaissent globalement inefficaces à cet égard⁹⁴² et sont d'un bien faible secours pour les fors internationaux. C'est que, pensés d'abord et avant tout comme les instruments d'un combat entre différentes visions, différentes prétentions défendues par les parties et/ou les experts, ils visent par nature à l'élimination de tout pluralisme pour ne laisser subsister qu'un discours unique, celui de la partie à laquelle la victoire aura été accordée. Ils apparaissent ainsi bien mal adaptés pour tester la solidité d'énoncés scientifiques qui, une fois encore, ne peuvent s'envisager de manière réaliste sous l'angle du discours unique, de la vérité absolue. Heureusement, le renouveau amorcé par les groupes spéciaux en matière d'expertise a permis l'émergence de nouveaux modes d'évaluation des preuves qui, eux, non seulement ne s'opposent pas à la coexistence de plusieurs discours sur la science mais qui, au-delà, font même de ce pluralisme d'idées la base d'une reconstruction « cumulative » de la vérité judiciaire⁹⁴³. En effet, l'on a vu dans le paragraphe

⁹⁴² *Supra*, §60 et s. notamment.

⁹⁴³ La notion de « cumulativité », bien connue des sociologues, renvoie à un processus dynamique qui « permet à la fois l'épuration (exclure des classes d'explication), l'intégration (inclure de nouvelles explications), et la restructuration (changer l'ordre) » des connaissances, des savoirs (LIVET (P.), « La cumulativité en sciences sociales : distances entre les théories », *Revue européenne des sciences sociales*, 2006, XLIV-133, pp. 131-148). Pour des développements généraux sur cette notion, au demeurant particulièrement pertinente pour décrire la façon dont les connaissances scientifiques s'agrègent, se complètent et s'ordonnent devant les groupes spéciaux de l'OMC, voy. par exemple PUMAIN (D.), « Cumulativité des connaissances », *Revue européenne des sciences sociales*, 2005, XLIII-131, pp. 5-12 ; BRIDEL (P.), « Cumulativité des connaissances et science économique », *Revue européenne des sciences*

précédent que les groupes spéciaux s'opposaient fermement à ce que les experts subissent, comme c'est normalement le cas devant les fors internationaux, l'épreuve d'un interrogatoire et d'un contre-interrogatoire en bonne et due forme ; ils en appellent bien plutôt, pour tester la solidité des avis développés par les scientifiques, au caractère dialectique de l'échange qui s'opère en direct devant eux entre les intéressés et aux vertus du « peer review ». Chacun des experts, ayant exposé son opinion sur tel ou tel point de la discussion, est ainsi amené à débattre avec ses collègues des éventuelles objections que ces derniers pourraient formuler à cet égard, chacun est en mesure de s'expliquer, de se justifier, de se positionner également au regard des déclarations et des prises de position de ses confrères. Aussi, et sauf cas tout à fait exceptionnel, si les échanges qui s'instituent entre les experts induisent bien à terme une prise de position du groupe spécial sur les questions qui lui étaient soumises, cette position ne résulte généralement pas d'une vision unique de la question (les mesures prises en amont par les groupes spéciaux pour encourager la pluralité des opinions et des points de vue perdraient au demeurant l'essentiel de leur intérêt s'il devait en aller autrement). À la différence de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire qui aboutissent à l'émergence d'une position par élimination des visions concurrentes de la question, l'échange dialectique permet, lui, l'émergence d'une position qui tire parti de l'ensemble des visions présentées par les experts, et qui, si elle ne s'analyse pas nécessairement comme la somme de celles-ci, reflète en tout état de cause une approche cumulative des connaissances et des opinions développées par les experts. Les acteurs de l'instance internationale ne peuvent alors que saluer une fois de plus le renouveau induit par les groupes spéciaux en matière d'expertise : outre que les groupes spéciaux eux-mêmes peuvent, comme on le notait plus avant, se voir rassurés par ces nouveaux modes d'évaluation qui rendent très difficile et presque sans objet l'hypothèse d'une partialité des experts, ce sont surtout les États qui devraient apprécier la garantie qui leur est ainsi offerte de pouvoir se faire entendre et de pouvoir faire prévaloir leur position sur certains points de l'affaire même – et peut-être surtout – lorsque l'issue globale du différend n'est pas conforme à ce qu'ils espéraient.

211. Loin de l'utopie naïve, les développements ci-dessus montrent qu'il est non seulement possible d'adopter dans le cadre du procès une vision plus réaliste et partant moins frustrante de l'activité scientifique mais encore que les intéressés – juge comme parties – devraient, par l'intermédiaire de mesures relativement simples à mettre en œuvre, pouvoir en tirer chacun de réels bénéfices dans le cadre du recours à l'expert. N'étant certes plus attendue au tournant de cette vérité absolue et définitive à laquelle, dans un égarement mystificateur, on prétendait l'enchaîner,

sociales, 2005, XLIII-131, pp. 63-79 ; TIMSIT (G.), « La cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, 2005, XLIII-131, pp. 81-86.

l'expertise est alors en mesure de dévoiler son potentiel certain pour la recherche de sens, son apport décisif pour la compréhension des nuances, et *in fine*, paradoxalement, pour la recherche de la vérité dans le procès, conçue non plus ici comme une obligation de résultat mais bien plutôt comme une obligation de moyens. Si l'on ne peut que se réjouir de ce que cette institution millénaire et néanmoins incontournable retrouve ainsi son sens, sa raison d'être – ou au moins l'une de ses raisons d'être, la plus ancienne et peut-être aussi la plus évidente – l'on verra que les mesures étudiées dans la présente section, qu'elles s'illustrent en faveur de l'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs du procès ou même en faveur de l'émergence d'une vision démystifiée de la science dans le procès, ont encore conduit à l'apparition de nouvelles fonctions pour l'expert dans le contentieux interétatique, fonctions que l'on s'attachera donc à décrire et à expliciter dans la section à venir.

Section 2

UN RENOUVELLEMENT PRODUCTIF DE LA FONCTION D'EXPERT

212. Après avoir étudié les conditions dans lesquelles l'expertise est susceptible de s'extraire des difficultés mises en lumière dans la première partie de cette étude, la présente section montrera que la mise en œuvre de pareilles conditions, bien qu'encore balbutiante, induit des effets qui semblent indubitablement encourageants dans le cadre du contentieux interétatique : d'une part, l'expertise n'est plus une mesure inquiétante mais revêt désormais même parfois les traits d'une mesure conservatoire que le juge international ordonne en vue de prévenir une éventuelle escalade du conflit entre les parties dans l'attente de la décision (§1) ; d'autre part, elle tend à être un instrument d'échange et d'apaisement dans la gestion des problématiques de confidentialité lorsqu'un (ou plusieurs) des litigants refuse(nt) dans le cadre de l'instance la communication de documents ou d'informations qu'il(s) considère(nt) comme secrets ou, à tout le moins, comme particulièrement sensibles (§2).

§1 - Une fonction de prévention de la dégradation du différend

213. Bien que surprenante dans le contexte actuel – notamment au regard du caractère hautement conflictuel que revêt souvent l'expertise aujourd'hui – l'action de l'expert en faveur du rapprochement des parties et, au-delà, en faveur de leur réconciliation dans le cadre des différends

interétatiques n'est pas nouvelle⁹⁴⁴. Cette fonction de l'expertise, à laquelle seront d'ailleurs consacrés les développements du chapitre deux de ce titre, est cependant clairement distincte de la fonction de prévention de la dégradation des différends dont il sera ici question. Si l'une et l'autre prennent également appui sur l'enquête menée par l'expert, elles l'utilisent en revanche chacune dans un but différent et bien précis, à savoir parvenir en tout ou partie à une solution viable et définitive du différend pour la première quand la seconde se concentre, de manière plus humble mais non moins essentielle selon les cas, sur le fait d'entériner un *statu quo* entre les parties, de faire en sorte que leur conflit ne dégénère pas dans l'attente d'une décision judiciaire supposée y mettre fin. Par ailleurs, alors que la première de ces fonctions de l'expertise apparaît, comme mentionné plus tôt, relativement courante et bien connue dans le contentieux des différends entre États, il en va tout à fait autrement de la seconde. D'aucuns pourraient d'ailleurs s'avouer surpris de cet état de fait au regard de l'objet bien plus modeste de la mission conférée à l'expert dans ce second cas : la préservation du *statu quo* entre les parties étant un objectif *a priori* plus simple à satisfaire que celui qui consiste à trouver une issue mutuellement acceptable à leur différend, l'on aurait pu s'attendre à ce que la fonction de prévention de la dégradation des différends se développe bien plus vite dans le contentieux interétatique que celle qui assigne à l'expertise une mission pacificatrice, réconciliatrice même. L'on gagera que cette apparente incohérence trouve sans doute à s'expliquer dans l'autonomie plus ou moins importante acquise par l'expertise à l'égard de la procédure contentieuse dans chacun des deux cas. En effet, comme l'ont montré les développements de la première partie de cette étude, le procès international, loin de figurer un cadre neutre pour l'expertise, suscite et cristallise nombre de tensions dans l'utilisation de celle-ci, au point de lui retirer souvent toute efficacité et donc toute utilité. Aussi, l'on ne s'étonnera finalement qu'à moitié de ce que la fonction de prévention de la dégradation des différends ait pu peiner à s'imposer : à la différence des cas dans lesquels l'expertise est sollicitée pour favoriser le rapprochement des parties et où, tout en n'étant le plus souvent pas exempte de liens avec une procédure contentieuse, elle acquiert une vraie autonomie par rapport au procès, l'expertise utilisée aux fins de prévention de la dégradation du différend demeure généralement, on le verra, au service de la procédure contentieuse, dont elle fait au demeurant intégralement partie puisqu'elle prend alors la forme de mesures conservatoires ordonnées par le juge.

⁹⁴⁴ L'on notera néanmoins que cette fonction de l'expertise est également connue en dehors du cadre spécifique des différends interétatiques. Pour de plus amples informations, l'on renverra aux développements du chapitre deux à venir.

214. Si l'on ne dispose donc à l'heure actuelle que de quelques exemples pour illustrer cette nouvelle fonction allouée à l'expertise, ceux-ci laissent en revanche parfaitement entrevoir l'utilité de cette institution, les avantages spécifiques qu'elle présente au service du maintien d'un *statu quo* entre les parties dans l'attente de la décision judiciaire. Ainsi, dans l'affaire des *Héritiers du Duc de Guise*, la partie française soutenait, dans le cadre d'une demande de décision préparatoire, que la partie italienne était à l'origine de dégradations importantes infligées aux biens du Duc de Guise situés en territoire italien, cela tant par l'effet des opérations de guerre menées par l'Italie que par son occupation postérieure du Palais d'Orléans. Le différend entre les parties portant précisément sur la restitution des biens illégalement soustraits par les autorités italiennes au Duc de Guise, il allait de soi que si cette allégation devait s'avérer exacte, elle mettait en péril la possibilité pour la Commission de conciliation franco-italienne de statuer sur le différend et au-delà, de manière plus générale, elle mettait même potentiellement en péril la possibilité pour les deux parties de parvenir à un règlement pacifique de leur différend. Faisant suite aux demandes du gouvernement français en ce sens, la Commission décida donc d'ordonner une expertise « à l'effet de protéger les biens en cause contre les dommages qui pourraient leur être causés, jusqu'à la notification de la décision définitive »⁹⁴⁵. Il s'agissait alors d'obtenir grâce à l'expertise un inventaire précis des biens concernés, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, afin de préserver les droits du Duc de Guise et, *in fine*, l'objet de la procédure contentieuse qui opposait en l'espèce la France à l'Italie. L'expertise présentait en effet un caractère doublement protecteur pour la première et doublement dissuasif pour la seconde : d'une part, au travers de « l'état des lieux » officiel qui en résulterait, elle rendrait impossible pour l'Italie de dégrader ou même de faire disparaître les biens en cause dans l'ignorance de la partie adverse et du juge *pendente lite* ; d'autre part, en estimant la valeur des biens du Duc de Guise, en fixant un prix tant pour le Palais d'Orléans que pour les biens meubles qu'il contenait, elle serait à même de permettre une indemnisation en argent si d'aventure la *restitutio in integrum* s'avérait en tout ou partie inenvisageable.

Pareillement, dans l'*Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, la volonté de Singapour d'étendre son territoire sur la mer et de gagner ainsi artificiellement près d'un hectare de terre suscitait l'inquiétude de son voisin, la Malaisie, tant du point de vue des risques que cela faisait courir à l'environnement marin que des retombées économiques néfastes qui en résulteraient probablement pour les pêcheurs malaisiens. Singapour semblant refuser toute association et toute discussion du projet avec la Malaisie, et compte tenu du

⁹⁴⁵ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43 du 3 avril 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 152.

caractère très largement irréversible des travaux envisagés comme des conséquences qui pouvaient en découler, celle-ci décida alors de requérir du TIDM une ordonnance en mesures conservatoires dans l'attente de la décision du tribunal arbitral qui devait être constitué par les parties conformément à l'Annexe VII de la Convention de Montego Bay. Notant tout à la fois que « *la coopération entre les parties laissait à désirer* »⁹⁴⁶ et que Singapour n'avait procédé à aucune étude de l'impact des travaux envisagés sur les eaux de la Malaisie – travaux qui étaient d'ailleurs engagés depuis un certain temps déjà alors même « *qu'on ne saurait exclure que [...] les travaux de poldérisation puissent avoir un impact négatif sur le milieu marin* »⁹⁴⁷ – le TIDM décida de prescrire, à titre de mesures conservatoires, la constitution par les parties d'un groupe d'experts indépendants chargé d'étudier l'impact desdits travaux. Ce faisant, et s'il a bien accédé à la demande de mesures conservatoires de la Malaisie, l'on notera avec intérêt que le Tribunal préféra ordonner une expertise plutôt qu'une suspension pure et simple des travaux, comme celle-ci le préconisait dans sa demande. Ce choix semblait justifié au regard de plusieurs raisons : tout d'abord, comme dans le cas précédent des *Héritiers du Duc de Guise*, les constatations des experts permettraient d'attester de l'état de l'environnement marin tel qu'il existait avant que les travaux de poldérisation soient réalisés et effectivement achevés par Singapour ; aussi, elles constitueraient un élément puissant pour dissuader ce dernier de poursuivre les travaux s'il demeurait un doute quant à leur dangerosité, s'il y avait lieu de craindre qu'ils puissent d'une manière ou d'une autre porter atteinte au milieu marin. De ce point de vue, l'expertise s'avérait sans doute aussi efficace pour protéger les intérêts de la Malaisie que la suspension que celle-ci avait initialement requise. En revanche, parce qu'elle impliquait nécessairement la collaboration des deux parties, l'expertise ordonnée par le TIDM présentait encore cet avantage supplémentaire de rétablir le dialogue entre les litigants et de favoriser, par l'intermédiaire de la commission d'experts, l'échange de toutes informations utiles entre eux sur le projet de poldérisation entrepris par Singapour. En ce sens, elle contribuait bien plus qu'une simple mesure de suspension des travaux à éviter une dégradation des relations entre les parties et elle permettait donc *in fine* de donner de meilleures chances de succès à la procédure contentieuse qui s'annonçait.

⁹⁴⁶ TIDM, *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Déroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, §97. L'on remarquera que des mesures conservatoires très similaires en substance avaient d'ores et déjà été ordonnées par le Tribunal dans l'affaire de l'Usine Mox, bien qu'aucune expertise n'eût alors été formellement prescrite à cette occasion. Les parties devaient, aux termes de l'ordonnance prise par le Tribunal, procéder à des consultations pour « *échanger des informations supplémentaires concernant les conséquences possibles, pour la Mer d'Irlande, de la mise en service de l'usine Mox* » et « *surveiller les risques ou les effets qui pourraient découler ou résulter, pour la Mer d'Irlande, des opérations de l'usine Mox* » (ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Rec.* 2001, pp. 148-149).

⁹⁴⁷ *Ibid.*, §§95-96.

215. Comme l'illustrent ces exemples, l'expertise peut constituer un véritable atout en vue de maintenir un *statu quo* entre les parties, de prévenir une escalade de leur conflit qui pourrait s'avérer particulièrement lourde de conséquences dans le contentieux interétatique. Si, pour les raisons susévoquées, elle a jusqu'à présent été assez peu utilisée au titre de cette fonction de prévention de la dégradation des différends entre États, il s'agit là d'un état de fait regrettable et cela d'autant plus qu'il n'est en rien irrémédiable. Plusieurs éléments permettent en effet ici de réguler voire d'annihiler l'essentiel des craintes qui animent d'ordinaire le juge comme les parties à propos du recours à l'expert dans le cadre du procès. Le premier d'entre eux concerne le régime des mesures conservatoires dans lequel l'expertise se trouve enserrée dans les exemples susmentionnés. Ce régime, loin de constituer un cadre permissif, pose au contraire un ensemble de contraintes qui enferment de fait l'expertise dans des limites assez strictes⁹⁴⁸. Pour commencer, le juge doit vérifier que sa compétence est établie, à tout le moins *prima facie*, à l'égard du différend à l'occasion duquel les mesures conservatoires sont demandées. Dans une démarche au demeurant assez proche de celle suivie par le juge de common law lorsqu'il apprécie si les preuves soumises par le demandeur sont suffisantes *prima facie* pour donner lieu à un procès, il s'agira pour le juge international de s'interroger sur l'existence d'une base de compétence plausible pour exercer son office, y compris au regard des éventuelles exceptions préliminaires qui pourraient être invoquées par les parties. Cette exigence de compétence *prima facie* ne relève pas de la simple formalité : si elle n'implique sans doute pas pour le juge, comme l'a affirmé la CIJ, de devoir « *s'assurer de manière définitive [qu'il] a compétence quant au fond de l'affaire* »⁹⁴⁹, elle nécessite néanmoins que sa compétence paraisse raisonnablement possible à établir, faute de quoi aucune mesure conservatoire ne pourra être ordonnée, quelles que soient par ailleurs l'urgence ou la gravité des faits invoqués au soutien de la

⁹⁴⁸ L'on soulignera à cet égard que si le nombre précis de conditions à remplir peut varier d'un auteur de doctrine à l'autre, ces différences ne semblent guère revêtir qu'une portée formelle, les auteurs se retrouvant globalement sur le fond. Ainsi, lorsque P.M. Dupuy retient trois conditions – absence d'incompétence manifeste du tribunal, imminence d'un préjudice irréparable et risque d'aggravation du différend (DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris : Dalloz, 2014, 12^{ème} éd., p. 626) – P. Daillier, A. Pellet et M. Forteau n'en dénombrent que deux – imminence d'un préjudice irréparable et risque d'aggravation du différend (DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, Paris : LGDJ, 2009, 8^{ème} éd., p. 904) – tout comme J. Combacau et S. Sur – préjudice irréparable et compétence *prima facie* (COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris : Montchrestien, 2016, 12^{ème} éd., p. 601). Ces différences dans la présentation trouvent sans doute à s'expliquer par l'absence de disposition précise à cet égard dans les textes constitutifs des fors internationaux et par le fait que certaines conditions (telle l'exigence d'aggravation du différend ou de compétence du tribunal) paraissent suffisamment évidentes pour être passées sous silence.

⁹⁴⁹ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, ordonnance en mesures conservatoires du 8 avril 1993, *Rec.* 1993, p. 11. *A contrario* cependant, le TIDM a parfois semblé retenir une vision beaucoup plus exigeante de la notion de compétence *prima facie* lorsqu'il statuait sur les demandes de mesures conservatoires qui lui étaient soumises : cf. MAHINGA (J.-G.), *Le tribunal international du droit de la Mer : organisation, compétence et procédure*, Paris : Larcier, 2013, §443. L'on notera néanmoins les hésitations qui semblent exister aujourd'hui à ce sujet, même du côté de la Cour de La Haye : GESLIN (A.), LE FLOCH (G.), « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2010-2011) », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2011, n°4, §§44-45.

demande. À supposer donc que cette première condition soit remplie, deux autres exigences au moins semblent résulter de la pratique qui doivent encore être satisfaites avant que ne puissent être ordonnées en général des mesures conservatoires : d'une part, il faudra démontrer l'imminence⁹⁵⁰ d'une atteinte irréversible aux droits de l'État concerné⁹⁵¹ ; d'autre part, le juge international doit se convaincre de ce que le préjudice en cause serait, s'il venait à se réaliser, susceptible d'aggraver sensiblement le différend entre les parties. Ces trois conditions constituent d'ores et déjà, on le voit, un cadre relativement exigeant pour le recours à l'expert, qui ne pourra dès lors être mis en œuvre par le juge sur la base de simples considérations d'opportunité comme c'est généralement le cas lorsque l'expertise est sollicitée dans le cadre de ses fonctions plus traditionnelles.

Pourtant, et si les États devaient néanmoins conserver certaines craintes liées tant à l'utilisation de l'expertise qu'au prononcé d'éventuelles mesures conservatoires à leur encontre, un autre trait spécifique du régime des mesures conservatoires devrait encore permettre d'atténuer grandement ces craintes, à savoir en l'occurrence la portée intrinsèquement limitée que revêtent lesdites mesures. Comme le rappelle invariablement la CIJ dans chacune de ses ordonnances rendues en la matière, l'indication de mesures conservatoires « *ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire ni aucune question relative au fond lui-même et [...] laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens tant sur la compétence que sur le fond* »⁹⁵² ; elle reprend ainsi en substance l'affirmation de la CPIJ dans l'affaire de l'*Administration du Prince Von Pless* aux

⁹⁵⁰ L'article 89 §4 du Règlement intérieur du TIDM mentionne par exemple « *l'urgence de la situation* ». Les textes constitutifs du TIDM sont parmi les seuls à aborder expressément la question des conditions à remplir pour que puissent être ordonnées des mesures conservatoires.

⁹⁵¹ Sur le critère de l'atteinte irréversible aux droits, voy. notamment CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, ordonnance en mesures conservatoires du 11 septembre 1976, *Rec.* 1976, p. 3 ; CIJ, *Passage par le Grand Belt*, Finlande c. Danemark, ordonnance en mesures conservatoires du 29 juillet 1991, *Rec.* 1991, p. 18 ; CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo c. Belgique, ordonnance en mesures conservatoires du 8 décembre 2000, *Rec.* 2000, p. 201 ; CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, ordonnance en mesures conservatoires du 8 avril 1993, *Rec.* 1993, p. 22 ; CIJ, *Affaire Lagrand*, Allemagne c. États-Unis, ordonnance en mesures conservatoires du 3 mars 1999, *Rec.* 1999, p. 15 ; TIDM, *Affaire de l'ARA Libertad*, Argentine c. Ghana, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Rec.* 2012, §78 et s. Pour un aperçu doctrinal de ce critère, voir par exemple PESCATORE (P.), « Les mesures conservatoires et les référés », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Colloque de Lyon, Paris : Pedone, 1986, p. 339 ; GROSS (V. L.), « Some observations on provisional measures in international law at a time of perplexity », in DINSTEIN (Y.), TABORY (M.) (dir.), *Essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht : Nijhoff, 1989, p. 307 et s.

⁹⁵² CIJ, *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni et RFA c. Islande, ordonnance en mesures conservatoires du 17 août 1972, *Rec.* 1972, p. 16. Dans le même sens et en des termes pratiquement identiques, voy. encore par exemple CIJ, *Anglo-iranian oil Company*, Royaume-Uni c. Iran, ordonnance en mesures conservatoires du 5 juillet 1951, *Rec.* 1951, p. 93 ; CIJ, *Affaire de l'Interhandel*, Suisse c. États-Unis, ordonnance en mesures conservatoires du 24 octobre 1957, *Rec.* 1957, p. 111 ; CIJ, *Affaire des essais nucléaires*, Australie et Nouvelle-Zélande c. France, ordonnance en mesures conservatoires du 22 juin 1973, *Rec.* 1973, p. 105 ; CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, ordonnance en mesures conservatoires du 11 septembre 1976, *Rec.* 1976, p. 13 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, ordonnance en mesures conservatoires du 10 mai 1984, *Rec.* 1984, p. 186 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, ordonnance en mesures conservatoires du 15 mars 1996, *Rec.* 1996, p. 23 ; CIJ, *Affaire Lagrand*, Allemagne c. États-Unis, ordonnance en mesures conservatoires du 3 mars 1999, *Rec.* 1999, p. 15.

termes de laquelle, bien qu'ayant décidé de prescrire des mesures conservatoires, « *la Cour entend ne préjuger en rien la question de sa propre compétence pour statuer sur la requête introductive d'instance du Gouvernement allemand [...] non plus que sur la recevabilité de celle-ci* »⁹⁵³. Le TIDM a également confirmé, en des termes quasiment identiques à ceux employés par la CIJ, que ses ordonnances en mesures conservatoires

« *ne préjuge[nt] en rien la question de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative au fond lui-même, et qu'elle[s] laisse[nt] intact le droit [des parties] de faire valoir leurs moyens en ces matières* »⁹⁵⁴.

Quant aux sentences des tribunaux arbitraux, elles soulignent avec beaucoup de précaution la « portée préparatoire » des ordonnances en mesures conservatoires⁹⁵⁵, lesquelles sont rendues « *sans préjuger de la solution à intervenir* » sur le fond de l'affaire⁹⁵⁶. Ainsi donc, outre leur caractère par nature provisoire, les mesures conservatoires ne sauraient altérer les droits que les litigants revendiquent ou qu'ils entendent faire valoir dans le cadre de la procédure contentieuse : puisqu'elles ne préjugent ni de la compétence du juge ni du règlement de l'affaire au fond, elles n'emportent en principe aucune autre conséquence que celle de sauvegarder momentanément le *statu quo* existant entre les parties au moment de la demande. Certes, d'aucuns pourraient craindre qu'il ne soit difficile pour le juge, en pratique, de renverser lors de son jugement au fond une solution qu'il aurait retenue précédemment, fût-elle qualifiée de « préparatoire » ; mais pour fondées que ces craintes soient, l'on doit garder à l'esprit le risque que cela représente pour le juge concerné, tant du point de vue de sa légitimité que de la pérennité de son for. Le phénomène, à plusieurs reprises souligné par la doctrine au cours des dernières décennies, de l'autonomie acquise par les mesures conservatoires à l'égard de la volonté des parties⁹⁵⁷ devrait logiquement pousser le juge international à user de son pouvoir avec prudence et parcimonie : si lesdites mesures devaient présenter un risque réel d'atteinte

⁹⁵³ CPJI, *Administration du Prince Von Pless*, Allemagne c. Pologne, ordonnance en mesures conservatoires du 11 mai 1933, *Rec. Série A/B*, n°54, p. 153.

⁹⁵⁴ TIDM, *Affaire de l'ARA Libertad*, Argentine c. Ghana, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Rec.* 2012, §106. Dans le même sens, TIDM, *Affaire du Navire Louisa*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne, mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, *TIDM Rec.* 2008-2010, §80 et TIDM, *Affaire de l'Arctic Sunrise*, Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie, mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, *TIDM Rec.* 2013, §100.

⁹⁵⁵ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43 du 3 avril 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 152 et décision n°87 du 18 décembre 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 153.

⁹⁵⁶ *Id.*, décision n°43 du 3 avril 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 152.

⁹⁵⁷ Sur ce point, *op. cit.* PESCATORE (P.), « Les mesures conservatoires et les référés », in *La juridiction internationale permanente*, p. 325 et s. ; BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression des crimes de génocide », *AFDI*, 1993, vol. 39, p. 519 ; DANIELE (L.), « La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra Bosnia-Erzegovina e Jugoslavia (Serbia e Montenegro) », *Rivista di diritto internazionale*, 1993, n°1, p. 377.

à leur souveraineté et/ou à leurs intérêts, il est fort probable que les États se détourneraient à plus ou moins court terme du prétoire du juge concerné. Que ce soit donc en raison des conditions relativement exigeantes posées pour leur mise en œuvre ou même en raison de leur portée nécessairement limitée, l'institution des mesures conservatoires constitue de toute évidence un cadre peu banal et manifestement restrictif pour l'expertise, qui devrait rassurer les acteurs du procès international et ce faisant, permettre à l'expert de jouer efficacement son rôle au service de la prévention de la dégradation du différend.

216. Toutefois, plus encore que leur régime, c'est surtout la logique qui préside à l'institution des mesures conservatoires qui devrait permettre à l'expertise de déployer ici pleinement ses effets. Dans la mesure où leur objet consiste dans le maintien d'un *statu quo* entre les parties, dans la prévention d'une éventuelle dégradation de leur conflit, il va de soi que l'expertise ne saurait s'illustrer, lorsqu'elle est utilisée à titre de mesure conservatoire, comme un facteur de tension ou d'opposition entre les litigants, comme c'est malheureusement trop souvent le cas dans le cadre de ses fonctions plus traditionnelles étudiées dans la première partie de la thèse. Comment cela est-il possible alors même que l'expertise demeure en ce cas une partie intégrante de la procédure contentieuse – lieu d'une confrontation institutionnalisée entre les parties dont on ne soulignera plus les effets souvent pervers sur l'expertise ? L'on a vu dans la section précédente qu'un renouveau important avait été initié à cet égard, principalement grâce à deux éléments : l'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs du procès d'une part et l'émergence d'une vision démystifiée de la science d'autre part. L'un et l'autre apparaissent en l'espèce, on va le voir, comme des éléments clés du succès de l'expertise employée en tant que mesure conservatoire.

S'agissant de la collaboration entre les acteurs du procès, celle-ci est au cœur de l'utilisation qui a été faite de l'expertise, tant dans l'affaire précitée des *Héritiers du Duc de Guise* que dans celle des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*. Dans la première affaire, bien que la Commission de conciliation franco-italienne ait tout d'abord ordonné aux parties, à titre de mesure conservatoire, de faire procéder chacune séparément à l'expertise du Palais d'Orléans et de ses dépendances – à charge ensuite pour leurs experts respectifs, si nécessaire, de discuter les résultats pour parvenir à une évaluation commune – elle décida finalement d'ordonner une seconde expertise des biens en cause, à mener cette fois conjointement par les parties. Si tout esprit de collaboration n'était certes pas absent lors des premières expertises, qui appelaient clairement les parties à la discussion et, au-delà, à la négociation en cas de divergences dans les résultats de l'évaluation, le rapprochement induit ne fut en effet pas suffisant pour rassurer pleinement les intéressées sur le devenir du Palais d'Orléans et garantir de ce fait le *statu quo* entre

elles⁹⁵⁸. La seconde expertise ordonnée par la Commission de conciliation fut, de ce point de vue, bien plus satisfaisante : après que la Commission eut décidé cette expertise conjointe et indiqué le mandat précis qui serait confié aux experts, ce furent les parties qui choisirent, chacune pour son propre compte, le ou les experts qui seraient en charge de cette mission d'évaluation⁹⁵⁹. Les experts respectivement désignés par les parties procédèrent ensemble aux travaux et remirent bientôt à la Commission une évaluation unique acceptée par les deux parties. La collaboration entre celles-ci, qui avait débuté dès la constitution du groupe d'experts et qui s'était poursuivie, par leur intermédiaire, tout au long de l'expertise, avait ainsi permis l'émergence d'un nouveau *statu quo* entre elles⁹⁶⁰ dans l'attente de la décision au fond par laquelle le Palais et ses dépendances seraient éventuellement restitués aux héritiers du Duc de Guise.

De la même façon, dans l'affaire des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, c'est encore sur la collaboration entre les parties que le TIDM avait décidé de miser en ordonnant à la Malaisie et à Singapour, à titre de mesure conservatoire, de constituer un groupe d'experts indépendants chargé d'étudier les effets potentiels des travaux de poldérisation entrepris par Singapour. En effet, il ne s'agissait pas simplement pour le Tribunal d'obtenir une évaluation des dommages possibles mais encore – et peut-être même surtout – d'amener les parties à effectuer ensemble ce travail. Cela ressort clairement des termes de l'ordonnance en mesures conservatoires du 8 octobre 2003, selon laquelle « *Malaysia and Singapore shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to [...] establish promptly a group of independant experts [...]* »⁹⁶¹. Sans surprise, pour favoriser l'action commune des parties, leur implication solidaire dans l'élucidation des risques découlant des travaux de poldérisation, l'ordonnance s'en remet à elles non seulement pour le choix des experts mais même, en l'espèce, pour la détermination exacte des termes de leur mandat⁹⁶². Cette collaboration poussée, par laquelle les parties auront pu superviser ensemble l'expertise dans sa quasi-intégralité, aura ici aussi permis de rétablir le dialogue entre elles et de les rassurer sur leurs intentions mutuelles, à tel point d'ailleurs

⁹⁵⁸ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43 du 3 avril 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 152.

⁹⁵⁹ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°87 du 18 décembre 1950, *RSA*, vol. XIII, pp. 153-154.

⁹⁶⁰ Ce nouveau *statu quo* reposait en l'occurrence d'une part, sur l'octroi aux héritiers du Duc de Guise d'une indemnité compensant les dommages qui avaient effectivement été causés jusque là au Palais et aux biens meubles qu'il contenait et d'autre part, sur le versement d'un loyer pour l'occupation – qui se poursuivait d'ailleurs – par les autorités italiennes du Palais.

⁹⁶¹ TIDM, *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, §106.

⁹⁶² *Id.*

que le rapport du groupe d'experts indépendants constitua finalement la base d'un règlement amiable de leur différend.

Un second élément a toutefois encore participé de la réussite de l'expertise dans cette seconde affaire : au-delà de la volonté manifeste du TIDM de favoriser la collaboration des parties, l'on remarquera que celles-ci avaient également pris conscience de ce que l'expertise n'était sans doute pas à même de leur fournir la vérité, entendue en son sens le plus exigeant. Après avoir en effet constaté le désaccord entre leurs experts respectifs sur la question de l'impact des travaux de poldérisation engagés par Singapour, les deux États reconnurent eux-mêmes lors des audiences devant le Tribunal qu'ils s'étaient « *rendu compte que l'essentiel du différend tournait autour de données scientifiques extrêmement complexes et que les interprétations dépendaient d'expertises scientifiques très compliquées et présentant des différences* »⁹⁶³. La référence à l'interprétation des données scientifiques laisse à penser qu'ils avaient renoncé à concevoir l'expertise en termes de vérité et qu'ils étaient donc prêts à envisager l'existence d'une pluralité d'opinions sur les données en cause. Ce faisant, la Malaisie et Singapour allaient donner – peut-être bien même sans le savoir – à l'expertise ordonnée par le TIDM toutes ses chances : affranchies des barrières qu'impose invariablement la recherche d'une vérité absolue, universelle et donc unique, les deux parties décidèrent d'orienter l'expertise vers l'acquisition d'une meilleure compréhension des données scientifiques disponibles et surtout vers le développement d'une interprétation commune de celles-ci. Loin du facteur de discordance qu'elle figure le plus souvent, l'expertise ouvrait ainsi en l'espèce la voie à un apaisement du conflit entre les États concernés.

217. Comme le montrent ces développements, le recours à l'expert se trouve sensiblement renouvelé au travers de la fonction de prévention de la dégradation des différends qui peut lui être conférée dans le contentieux interétatique. Non seulement l'expertise possède-t-elle naturellement de vrais atouts au service du maintien d'un *statu quo* entre les parties mais il apparaît que l'institution des mesures conservatoires qui lui sert alors de cadre permet également d'assurer son efficacité au service de cette cause. Que ce soit en lui fournissant un encadrement strict de nature à rassurer les acteurs du procès ou même en favorisant, du fait de son objet, un usage collaboratif et moins frustrant du recours à l'expert, celle-ci permet de révéler le potentiel indéniable de l'expertise pour prévenir une éventuelle aggravation du conflit, aggravation qui hypothèquerait sérieusement les chances d'un règlement pacifique du différend. L'on verra dans le paragraphe à venir que ce

⁹⁶³ TIDM, *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, audience publique du 26 septembre 2003 (matinée), *TIDM Mém., P. V. & Doc.* 2003, vol. 11.

renouveau de l'expertise est encore perceptible au travers du rôle d'intermédiaire et au-delà même de facilitateur que l'expert peut être amené à jouer entre les différents acteurs du procès, notamment lorsqu'est en jeu la communication d'informations considérées comme confidentielles ou autrement jugées particulièrement sensibles.

§2 - Un rôle de facilitateur dans la communication des informations sensibles

218. À côté de la fonction de prévention de la dégradation des différends, l'étude de la jurisprudence internationale récente laisse apparaître une seconde fonction inédite de l'expertise, qui tranche à vrai dire à plusieurs égards radicalement avec les fonctions qui lui sont traditionnellement conférées dans le contentieux interétatique : l'expert se voit ici confier le rôle d'un intermédiaire et plus largement d'un facilitateur – tant entre le juge et les parties qu'entre les parties elles-mêmes – à l'occasion de demandes de communication d'éléments d'information considérés comme confidentiels ou, à tout le moins, comme suffisamment sensibles pour que la partie qui en dispose ait un intérêt légitime à ne pas les voir dévoiler. Ainsi, dans l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, les litigants s'opposaient sur la question de l'accès par le Guyana à des documents historiques détenus par les Pays-Bas, ancien pays colonisateur des deux États parties au différend. Si le Guyana affirmait en effet avoir besoin d'accéder aux documents en cause pour préparer efficacement son mémoire, le Suriname avait quant à lui fait part de son refus de voir lesdits documents communiqués au Guyana au motif que « *[t]hey cover many sensitive subjects including national security matters and matters pertaining to Suriname's other territorial disputes with Guyana* »⁹⁶⁴. Le Tribunal arbitral décida alors de nommer un expert, le Professeur Van Houtte, « *in order to aid the Tribunal in its determination of whether the files or the documents which are the subject of the request, are indeed prima facie relevant and have been identified with reasonable specificity* »⁹⁶⁵. Pareillement, dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, le Groupe spécial constata que « *les parties n'avaient pas fourni certains éléments de preuve et renseignements demandés dans les questions écrites qu'il avait posées après la première réunion de fond* »⁹⁶⁶. Le Groupe spécial ayant rappelé qu'il incombait aux parties de collaborer à la présentation des éléments de preuve et qu'il était dans ses pouvoirs de tirer des conclusions défavorables de leur

⁹⁶⁴ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, §18 (disponible sur le site internet de la CPA, consulté le 18 janvier 2016).

⁹⁶⁵ *Ibid.*, §62, 2.6.

⁹⁶⁶ ORD, *Argentine – Mesures affectant l'importation de marchandises* (DS438), rapport du Groupe spécial, p. 38, §1.27.

refus à cet égard, il apparut que celles-ci étaient en réalité inquiètes à l'idée de communiquer certains renseignements commerciaux qu'elles considéraient comme sensibles ou confidentiels. Le Groupe spécial proposa donc de nommer un expert indépendant « *pour l'aider à établir la teneur de certains documents lorsqu'une partie considér[ait] que des aspects des renseignements [en cause] devraient être confidentiels et non accessibles aux autres parties* »⁹⁶⁷. S'ils ne constituent certes en l'état actuel des choses qu'un épiphénomène, ces deux exemples récents n'en sont pas moins suffisamment significatifs pour retenir l'attention. Ils trahissent en effet un bouleversement profond du rôle de l'expert et des relations que celui-ci entretient aux différents acteurs du procès : d'une part, l'expert n'est plus considéré dans son rapport à la notion de vérité mais à la notion de secret ; d'autre part, il n'est plus ici objet de crainte et de discorde, mais il s'illustre comme celui qui, ayant au contraire la confiance nécessaire des parties et du juge, permet de faire le lien entre eux en vue d'une gestion rationalisée et apaisée du secret dans le contentieux des différends entre États.

219. Si la problématique du secret est devenue plus prégnante au cours des dernières décennies, notamment en raison des progrès de l'informatique, de la dématérialisation des données et de la rapidité de transmission de l'information, le juge international y est pourtant confronté depuis bien longtemps déjà, non d'ailleurs sans un certain désarroi⁹⁶⁸. Les États ont en effet de longue date invoqué le secret – qu'il s'agisse du secret militaire, du secret d'Etat, du secret des affaires ou autre – pour s'opposer parfois à la communication de certains documents ou informations demandés dans le cadre d'une procédure contentieuse internationale, sans qu'il soit le plus souvent possible pour le juge (ou l'arbitre) de savoir si cette démarche était mise en œuvre de bonne foi ou pas, et surtout sans disposer quoi qu'il en soit des moyens de contraindre le ou les intéressés à soumettre effectivement les documents et informations en cause. La qualité souveraine des parties explique tout à la fois le caractère peu ou prou inévitable du secret dans le cadre du contentieux interétatique et le sentiment d'impuissance qui étreint d'ordinaire le juge international en pareil cas. Ainsi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, confrontée au refus du Royaume-Uni de lui communiquer certains documents au motif qu'ils étaient protégés par le secret naval, la Cour internationale de Justice conclut qu'il ne lui

⁹⁶⁷ *Ibid*, p. 38, §1.28.

⁹⁶⁸ Sur la question (semble-t-il peu abordée par la doctrine) du secret en droit international public, voir par exemple REUTER (P.), « Le droit au secret et les institutions internationales », *AFDI*, 1956, vol. 2, pp. 46-65 ; PERINA (A.), « Black holes and open secrets : The impact of covert action on international law », *Columb. J. Transn. L.*, 2015, vol. 53, n°3, pp. 507-583. Le sujet semble toutefois susciter un peu plus d'intérêt sous l'angle particulier du droit du commerce international ou encore dans le cadre de certaines problématiques spécifiques comme la lutte contre le terrorisme et l'encadrement des armes chimiques ou nucléaires : GRECO (É.), « Protection of confidential information and the Chemical Weapons Convention », in BOTHE (M.), RONZITTI (N.), ROSAS (A.) (éd.), *The New Chemical Weapons Convention : Implementation and prospects*, The Hague : Kluwer Law International, 1998, pp. 353-378 ; GIOIA (A.), « The International Atomic Energy Agency, nuclear security and the fight against international terrorism », *Italian Yb. Int'l L.*, 2009, vol. 18, pp. 139-157.

était « *par conséquent pas possible de connaître la portée réelle [des] ordres militaires [adressés par l'Amirauté britannique au Commandant du Volage]* »⁹⁶⁹. S'il semble que cette lacune dans l'élucidation des faits n'ait pas entravé de manière définitive la capacité de la Cour à se déterminer dans l'affaire en cause, il en allait de toute évidence différemment dans une autre célèbre affaire qui lui fut soumise quelques trente-cinq ans plus tard, à savoir l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

Outre le refus des États-Unis, défendeur en la cause, de comparaître devant la Cour – refus qui avait d'ores et déjà « *privé la Cour de la possibilité de bénéficier de son exposé complet et argumenté des faits* »⁹⁷⁰ – de nombreux aspects de cette affaire devaient demeurer irrémédiablement opaques pour celle-ci en raison du secret d'État. Il en allait notamment ainsi des allégations en vertu desquelles chacune des parties était soupçonnée d'avoir apporté son soutien – qu'il soit matériel, financier, logistique ou opérationnel – à des groupes armés dissidents opérant au Nicaragua et au Salvador, avec pour but de déstabiliser ou de renverser les gouvernements en place dans ces États. Ne cachant pas une certaine détresse, la Cour affirme dans son arrêt que sa tâche « *s'en trouve compliquée en ce qui concerne non seulement l'imputabilité des faits mais aussi leur établissement même* »⁹⁷¹. Le juge Schwebel a d'ailleurs souligné, dans son opinion dissidente, certaines des conséquences non négligeables que cela devait emporter sur la décision de la Cour : abordant la question de la licéité de la riposte américaine au comportement agressif du Nicaragua, il estime par exemple que la Cour n'était pas en mesure de statuer sur l'argument tiré d'un usage continu par les États-Unis de la légitime défense, pour la simple et bonne raison qu'il lui était impossible d'apprécier la nécessité d'un recours continu à la force dans les circonstances de l'espèce. Cela aurait exigé qu'elle puisse juger des véritables motifs de la réaction américaine et plus globalement, de la bonne foi des États-Unis dans la gestion des tensions qui l'opposaient au Nicaragua. Or, « *[l]a Cour n'est pas en mesure d'ordonner la communication des archives de la CIA et de la Maison Blanche – ni celles du Gouvernement nicaraguayen, sans parler de celles du gouvernement cubain et autres tenants de la subversion au Salvador* »⁹⁷². Selon le juge, il lui était dès lors impossible de

« se prononcer en toute assurance sur les politiques – et les mobiles – des États immédiatement intéressés, surtout dans le cas où non seulement une partie fait défaut et

⁹⁶⁹ CIJ, *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec.* 1949, p. 32.

⁹⁷⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 38.

⁹⁷¹ *Ibid.*, pp. 38-39.

⁹⁷² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, op. diss. Schwebel sous arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 295.

se refuse de toute façon pour des raisons de sécurité à divulguer des renseignements qu'elle estime secrets mais où d'autres États tout autant intéressés de près à l'instance n'y participent pas non plus et ne sont apparemment pas dans de meilleures dispositions [s'agissant de la communication desdits renseignements] »⁹⁷³.

Si cette affaire pourrait sans peine faire figure de cas d'école, tant le poids du secret s'y trouvait exacerbé, la question de la confidentialité n'en demeure pas moins aujourd'hui une préoccupation croissante des acteurs du procès international et malheureusement, parfois, une source de tensions susceptible d'annihiler les chances de succès de la procédure contentieuse et les espoirs des parties de parvenir à un règlement pacifique de leur différend.

220. Dans ces circonstances, une réflexion sur la confidentialité et le traitement des informations sensibles ne paraissait pas sans intérêt, d'autant que si elle est ici nécessairement appréhendée à l'occasion de l'instance internationale, elle intéresse de toute évidence les États au-delà de ce cadre spécifique et restreint. Comme le juge international, le juge interne a en effet été confronté de manière croissante au cours des dernières années à la problématique de la confidentialité et du secret entourant tous types d'informations, qu'elles présentent un caractère politique, militaire, commercial ou encore par exemple financier. La réponse apportée à cette problématique a consisté jusqu'à présent, dans la très grande majorité des cas, à confier au juge lui-même la protection des données sensibles, à charge pour ce dernier d'arbitrer entre les différents intérêts en présence. Ainsi,

« au Royaume-Uni comme aux États-Unis, lorsque le secret est invoqué, il revient aux juges du fond d'arbitrer entre deux types d'intérêt public, la raison d'Etat et la justice »⁹⁷⁴, étant entendu que dans ce cas, « le juge s'autorise à examiner les documents et à apprécier le bien fondé de l'invocation du secret »⁹⁷⁵.

En Allemagne, l'article 99 du code des juridictions administratives et l'article 96 du Code de procédure pénale prévoient eux aussi un contrôle par le juge du bien-fondé du secret invoqué par l'administration ou par toute autorité de l'Etat pour refuser la communication de documents dans le cadre d'une instance. Il en va de même en Espagne, où la Chambre administrative du Tribunal suprême a d'ores et déjà eu l'occasion de prononcer la nullité partielle d'une décision du Conseil des

⁹⁷³ *Id.*

⁹⁷⁴ Sénat (France), Service des affaires européennes, *Le secret de la Défense nationale devant le juge*, note de synthèse relative au projet de loi du 17 décembre 1997 instituant une Commission du secret de la Défense nationale, février 1998, en libre accès à l'adresse <http://www.senat.fr/lc/lc35/lc35.html> (consulté le 23 novembre 2015).

⁹⁷⁵ *Id.*

Ministres s'opposant à la communication de certains documents classifiés lors d'un procès⁹⁷⁶. De manière générale, si les conditions dans lesquelles le juge interne est amené à se prononcer sur le bien-fondé du secret peuvent varier d'un État à l'autre, un consensus paraît se dégager qui vise à faire du juge tout à la fois le gardien du secret et le rempart contre les abus auxquels il pourrait donner lieu⁹⁷⁷.

221. Cependant, si les droits internes constituent une source d'inspiration indubitable et récurrente de l'ordre juridique international, l'on pressent assez rapidement que la solution qu'ils proposaient en l'espèce ne pouvait raisonnablement s'imposer dans le contentieux interétatique. Parce que les parties y sont par nature souveraines, toute limitation, toute entrave potentielle à leur liberté apparaît suspecte. Il en va ainsi de l'intervention du juge international qui, comme souligné à maintes reprises déjà dans le cadre de cette étude, suscite invariablement la méfiance des États. L'hypothèse d'un juge international institué comme gardien des secrets les plus sensibles des États n'était donc que trop improbable. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, il semble d'ailleurs que l'arbitre ait compris de manière quasiment instinctive que son statut et la menace potentielle qu'il représentait aux yeux des États le rendaient

⁹⁷⁶ Tribunal suprême, chambre du contentieux administratif, session plénière, décisions du 4 avril 1997 sur les recours n°602 [RJ 1997, 4514], n°634 [RJ 1997, 4515], n°726 [RJ 1997, 4513].

⁹⁷⁷ Il ne semble guère y avoir que la France et l'Italie qui fassent aujourd'hui exception à la règle en Europe. En France, les pouvoirs du juge à cet égard sont peu ou prou inexistant : lorsque ce dernier souhaite obtenir pour les besoins d'une instance un accès à des documents classifiés, il doit aux termes de la loi n°98-567 du 8 juillet 1998 transmettre une demande en ce sens au ministère dont relèvent les informations demandées ; le ministre en charge devra à son tour saisir la Commission consultative du secret de la Défense nationale qui, ayant un accès illimité aux documents classifiés, se prononcera dans les deux mois sur la nécessité et/ou l'opportunité d'une déclassification desdites informations, étant entendu que l'avis de la Commission demeure purement consultatif et que la décision revient ultimement au ministre concerné. Le juge français ne dispose ainsi formellement d'aucun moyen pour apprécier le bien-fondé du secret et encore moins d'un quelconque pouvoir pour forcer les autorités en cause à déclassifier les informations dont il a besoin. De ce point de vue, sa situation peut sembler assez proche de celle du juge international, tout comme l'on pourrait sans doute rapprocher la mission de la Commission consultative du secret de la Défense nationale de celle d'intermédiaire confiée à l'expert dans le contentieux interétatique : dans les deux cas, les intéressés ont accès aux documents et informations confidentiels et peuvent théoriquement, par la formulation d'une opinion ou par la discussion, favoriser une gestion plus rationnelle du secret. Néanmoins, il semble difficile de croire que les conditions – sensiblement différentes – entourant l'intervention de cette Commission d'une part et celle de l'expert d'autre part ne rendent pas pour l'essentiel ce rapprochement très superficiel. En effet, la Commission consultative du secret de la Défense nationale, qui n'intervient d'ailleurs pas sur demande du juge mais du ministre lui-même, n'est sollicitée que parce que la loi de 1998 impose pareille consultation avant que la requête du juge aux fins de déclassification ne puisse être acceptée ou, surtout, rejetée par l'Exécutif. Au demeurant, l'on notera qu'aucune conséquence particulière ne découle en général pour le ministre concerné d'un refus de déclassification, quelle qu'ait été la position de la Commission sur ce point. Au contraire, dans l'ordre juridique international, l'expert est généralement sollicité par le juge au bénéfice des parties, lesquelles ont un intérêt réel à gérer de manière juste et paisible la question de la confidentialité : d'une part, ayant toutes deux le statut d'États souverains, elles partagent en principe un intérêt commun à voir leurs secrets respectifs protégés et elles ne sauraient donc traiter avec désinvolture la question de la confidentialité ; d'autre part, elles ont encore un intérêt commun à ce que cette question ne perturbe ni n'annihile complètement les chances de succès de l'instance, qui constitue souvent – lorsque les États ont pris la peine de venir devant le juge international – la seule ou la dernière chance pour ces derniers de régler de manière pacifique leur différend.

Quant à l'Italie, c'est au Président du Conseil qu'il revient, sur demande du juge italien, d'apprécier la nécessité et/ou l'opportunité d'une déclassification. Après saisine, il dispose en effet de soixante jours pour refuser la déclassification demandée, faute de quoi, une fois le délai épuisé, les documents en cause sont remis au juge. En cas de refus, le Président du Conseil doit se justifier devant un comité parlementaire restreint, sans toutefois qu'un éventuel abus de sa part entraîne d'autres conséquences qu'une simple sanction politique. Voir <http://www.senat.fr/lc/lc35/lc35.html> (consulté le 23 novembre 2015).

inapte à assurer cette fonction : l'on notera avec intérêt que si le Guyana l'avait incité à jouer lui-même ce rôle et à prendre connaissance des documents auxquels le Suriname lui refusait l'accès, le Tribunal arbitral n'évoqua même pas cette possibilité dans son ordonnance du 18 juillet 2005 sur le sujet⁹⁷⁸. Outre cette méfiance que lui vouent généralement les États, le juge international n'ignorait pas le peu de prise dont il aurait de toute façon disposé à leur égard pour obtenir la communication effective des documents et informations concernés, eût-il souhaité s'illustrer comme le juge du bien-fondé du secret invoqué. N'ayant ni une confiance suffisante de la part des États, ni le pouvoir matériel de les contraindre à coopérer, le juge international ne pouvait espérer transposer avec succès dans son prétoire la solution qui semblait se dégager dans les droits internes. C'est là ce qui l'a manifestement conduit à s'adresser à l'expert, tant dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname* que dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*.

222. Qu'en est-il alors de cette nouvelle hypothèse de recours à l'expert ? De prime abord, il se peut qu'elle ne paraisse que modérément convaincante. Les États parties au différend *Argentine – Mesures à l'importation* ont d'ailleurs finalement écarté l'offre du Groupe spécial visant à nommer un expert pour la gestion des problématiques de confidentialité⁹⁷⁹. À leur décharge, il faut bien avouer que la proposition tendant à faire de l'expert la pierre angulaire d'une gestion apaisée du secret dans le cadre des procédures contentieuses interétatiques a de quoi surprendre. D'abord, parce qu'en dépit des usages de l'expertise évoqués dans le présent titre – lequel aura démontré, on l'espère, que cette institution peut être non seulement fonctionnelle mais même très utile, notamment pour les États – l'on ne peut ignorer que l'expert demeure aujourd'hui encore un acteur largement controversé dans le cadre du procès international. De tous ceux auxquels l'on aurait pu songer pour cette mission, l'expert est sans nul doute l'un des choix les plus improbables qui soient, tant il peine d'ordinaire à susciter confiance et apaisement dans les relations qui se lient entre le juge et les parties. Ensuite, parce que la nature de la mission qui devait lui être conférée semble – en tout cas dans les deux affaires précitées – baigner dans un inquiétant « flou artistique ». En effet, le mandat de l'expert y apparaît complexe, multiple et, sur le fond, assez mal défini : si l'on sait que l'expert était appelé dans ces deux affaires à prendre connaissance des documents et informations à l'égard desquels le secret était invoqué, à entendre les parties sur les raisons justifiant ou pas selon elles leur communication dans le cadre de l'instance et à faire rapport au juge de la situation, l'on ne peut manquer de se questionner sur la nature exacte de son intervention. Ce n'est certes pas un problème

⁹⁷⁸ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, ordonnance n°1 du 18 juillet 2005 (disponible sur le site internet de la CPA, consulté le 18 janvier 2016).

⁹⁷⁹ ORD, *Argentine – Mesures à l'importation* (DS438), rapport du Groupe spécial, pp. 38-39.

de pure rédaction, les termes du mandat étant en apparence relativement clairs ; en revanche, le contenu de la mission de l'expert pourrait bien être à l'origine de sérieuses ambiguïtés en raison des rapprochements qui peuvent être opérés avec certaines fonctions traditionnelles dans l'ordre international, telles la fonction de juger ou la fonction de conciliation. Ainsi, le fait que l'expert entende contradictoirement les parties, le fait que son rapport – au demeurant, le seul élément d'information dont le juge dispose – soit utilisé pour trancher en droit la question de la bonne foi des parties, laisse craindre que la mission de l'expert puisse s'analyser comme une fonction indirecte de jugement sur la question spécifique du bien-fondé du secret. Si la précaution prise par le Tribunal arbitral et le Groupe spécial de mentionner dans ces deux affaires qu'ils se réservaient chacun expressément le jugement sur le bien-fondé du secret tend à infirmer pareille hypothèse, cela ne constitue probablement qu'un faible réconfort pour les États lorsque l'intervention de l'expert apparaît quoi qu'il en soit comme un instrument supposé permettre au juge d'appréhender une problématique comme celle de la confidentialité et de l'appréhender sous l'angle – à vrai dire en l'espèce largement réducteur – du droit.

De même, le fait que l'expert entende contradictoirement les parties, le fait qu'il en appelle à la confiance de ces dernières et qu'il tente par son intervention de susciter la discussion, l'échange entre elles sur la problématique de la confidentialité, ne peut manquer d'évoquer le rôle d'un conciliateur. Cela est d'autant plus évident que le mandat qui lui était confié dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname* mentionnait par exemple que « *any disputes between the Parties concerning a Party's failure or refusal to produce, in whole or in part, any document or file [...] shall be resolved in a timely manner by the expert [...]* »⁹⁸⁰. Seule une prise en compte de la philosophie de la conciliation, de l'esprit dans lequel elle est supposée prendre place, permet de réaliser que l'expert ne pouvait en l'espèce se trouver investi d'un véritable rôle de conciliateur : d'une part, l'intervention de l'expert fut ici imposée par le Tribunal aux parties, alors même que la conciliation ne saurait, tant par son objet que par sa nature, exister en dehors de l'accord de ces dernières⁹⁸¹. D'autre part, le Tribunal arbitral s'est empressé de retirer à l'expert toute indépendance dans l'exercice de sa mission en précisant que « *[t]he expert shall consult the Tribunal*

⁹⁸⁰ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, ordonnance du 18 juillet 2005, §6 (disponible sur le site internet de la CPA, consulté le 19 janvier 2016).

⁹⁸¹ L'on notera ainsi que l'ordonnance prise par le Tribunal arbitral le 18 juillet 2005 précise en son paragraphe 7 que « *the Parties shall cooperate fully with the expert appointed pursuant to paragraph 4 of this Order* » (nous soulignons), ce qui paraîtrait tout à fait inenvisageable et même contreproductif s'il s'agissait d'une véritable mission de conciliation (pour des développements sur le caractère nécessairement consensuel et volontaire du recours à la conciliation, cf. par exemple CÔT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, pp. 8-9 ; DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, Paris : LGDJ, 2009, 8^{ème} éd., p. 836 ; DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris : Dalloz, 2016, 13^{ème} éd., p. 594).

regarding his proposed solution to such a dispute before such solution is communicated to the Parties »⁹⁸².

223. Si l'ambiguïté existant sur un éventuel rôle de conciliateur pour l'expert paraît sans nul doute bien moins problématique ici que celle visant sa possible fonction de juge, il n'en reste pas moins que l'imprécision, les hésitations entourant la mission de ce dernier ne pouvait manquer de déstabiliser les parties dans les deux affaires précitées. Cela s'explique sans doute au regard des circonstances, le juge international ayant manifestement improvisé ce nouveau rôle dévolu à l'expert pour faire face dans l'urgence aux difficultés importantes que suscitait entre les parties à l'instance la problématique de la confidentialité. Peut-être était-il également dans l'intention du Tribunal arbitral et du Groupe spécial d'offrir à l'expert – de manière certes assez maladroite – la plus large palette possible d'instruments pour parvenir à réaliser ce qui paraissait purement et simplement impossible pour eux, à savoir pénétrer l'intimité des États et, au-delà, amener ces derniers à s'exprimer, à échanger, sur des éléments qui, en raison de leur caractère secret à leurs yeux, n'auraient autrement suscité que blocage et mutisme renfrogné de leur part.

Malgré les craintes que les États pourraient légitimement tirer du flou existant quant à la nature de la mission confiée à l'expert dans ces deux affaires, il semble bien que celle-ci doive se borner essentiellement à cela. Il suffit pour s'en convaincre de garder à l'esprit tout à la fois les circonstances dans lesquelles le juge a été amené à faire appel à l'expert en l'espèce et l'intérêt évident qu'ont les parties à trouver une solution équitable, paisible et mesurée à ce type de difficultés⁹⁸³. Parce qu'est ici en jeu la défense de la souveraineté et des intérêts parfois vitaux des États, la question de la confidentialité ne saurait être abordée prioritairement, ni même essentiellement, sous l'angle du droit. L'on remarquera d'ailleurs qu'elle n'est généralement

⁹⁸² *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, Guyana/Suriname, sentence du 17 septembre 2007, §62 (sous-paragraphe 2.10). Si le critère de l'indépendance a certes été remis en cause au cours des dernières décennies en raison principalement des hypothèses de conciliation prenant place dans le cadre ou sous l'auspice des organisations internationales (voy. par exemple COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 10 et pp. 294-297), il conservait cependant en l'espèce tout son intérêt et ce, pour deux raisons : d'une part, les conciliateurs ne sont pas – et ne doivent pas être – limités au champ juridique dans la recherche d'une solution entre les parties ; ils se doivent de prendre en compte tous les éléments pertinents, fussent-ils situés en dehors du droit, ce qu'interdisait de fait dans le cas d'espèce la subordination de l'expert au juge (sauf peut-être si la solution avait été recherchée en équité). D'autre part, l'exigence d'indépendance dans le cadre de la conciliation vise traditionnellement à assurer au conciliateur le bénéfice d'une confiance pleine et entière des États concernés, notamment lorsque ces derniers craignent une ingérence extérieure dans le cadre de leur conciliation. C'est pourquoi l'abandon de l'exigence d'indépendance du conciliateur aurait été véritablement surprenante en l'espèce : au regard de la méfiance que les États vouent en général au juge international et compte tenu du caractère hautement sensible à leurs yeux des problématiques de confidentialité, il n'aurait pas semblé particulièrement pertinent de faire fi de cette exigence s'il s'était agi d'investir l'expert d'une vraie mission de conciliation.

⁹⁸³ L'on soulignera à nouveau qu'en leur qualité respective d'États, celles-ci ont en général un égal intérêt à ce que leurs secrets puissent être protégés. C'est la raison pour laquelle aucune d'entre elles ne songerait à traiter avec désinvolture la question de la confidentialité et encore moins à initier un précédent dans lequel il serait porté atteinte au droit d'un État d'opposer à son contradicteur et au juge la nature confidentielle de certains documents ou informations.

accessible à celui-ci qu'au travers de la notion intrinsèquement protéiforme de la bonne foi. Puisqu'elle échappe donc très largement à l'autorité du juge international, l'on voit mal comment l'expert – nommé précisément pour pallier l'impuissance de ce dernier en la matière – pourrait être amené à l'appréhender au travers d'une démarche autoritaire. Au demeurant, en l'absence de moyens permettant de contraindre l'État récalcitrant à communiquer les documents et informations confidentiels – et au-delà, en l'absence de moyens permettant de lui imposer matériellement l'exécution de la décision juridictionnelle à venir – la capacité du juge à se convaincre de la bonne foi de l'intéressé importe bien moins pour le succès de la procédure contentieuse que le fait de permettre à son contradicteur d'acquiescer cette même conviction. C'est pourquoi l'intervention de l'expert au regard des questions de confidentialité ne prend véritablement tout son sens que dans le cadre des rapports mutuels qu'entretiennent les parties à l'instance. Sans lui conférer nécessairement – pour les raisons exposées plus tôt – un rôle de conciliateur, l'on gagera qu'il était en revanche certainement dans l'intention du Tribunal arbitral et du Groupe spécial dans les affaires Guyana/Suriname et *Argentine – Mesures à l'importation*, de faire de l'expert un intermédiaire voué à briser le silence, à susciter la discussion sur les problématiques de confidentialité, et éventuellement ce faisant, à permettre l'émergence chez les parties de positions équitables et mesurées en la matière.

224. Sous réserve d'un effort de définition, de clarification de la fonction confiée à l'expert dans les deux affaires précitées, et contrairement à ce que pouvait laisser augurer l'appel à un acteur aussi « sulfureux » que l'expert, ce nouvel usage de l'expertise devrait en fait constituer, on va le voir, une bonne surprise. Outre qu'il apparaît comme une proposition rafraîchissante dans la gestion d'une problématique ancienne et récurrente en droit international, l'on notera qu'il porte en lui-même les graines d'un renouveau appréciable dans les relations qui lient l'expert aux autres acteurs du procès. Non seulement l'expertise cesse-t-elle ici de s'illustrer comme un dispositif inquiétant pour ces derniers mais elle devrait même à terme pouvoir faire montre d'une vraie efficacité grâce à l'esprit de collaboration dans lequel elle s'inscrit – et dont on a vu plus tôt qu'il constituait un élément souvent décisif pour la réussite ou l'échec de cette dernière⁹⁸⁴. L'on remarque par exemple en perspective une évidente amélioration relativement à la question de la neutralité de l'expert : si celui-ci est en effet le plus souvent assimilé – avec les conséquences regrettables mises en exergue dans la première partie de la thèse⁹⁸⁵ – à l'une ou l'autre des parties ou au juge lui-même selon qu'il intervient au service des uns ou des autres dans le cadre du procès, sa neutralité devrait au contraire

⁹⁸⁴ *Supra*, section 1, paragraphe 1 du présent chapitre.

⁹⁸⁵ *Supra*, §60 et s.

ici se trouver assurée puisque son intervention, qui ne profite alors à personne en particulier, vise à garantir ce qu'il conviendrait sans doute de nommer « le bien commun ». Il ne s'agit plus pour l'expert d'apporter son aide à un acteur spécifique mais d'essayer de faire émerger par son intervention un équilibre satisfaisant entre des intérêts qui, pour essentiels qu'ils puissent être aux yeux des États intéressés, n'en sont pas moins divergents à l'occasion de l'instance. Les parties trouvent ainsi au travers de son intervention la possibilité de faire valoir leur bonne foi dans l'invocation du secret tout autant que dans leur demande de communication d'informations confidentielles. Chacune est en mesure d'explicitier ses raisons, de souligner l'importance des conséquences qui risquent de découler pour elle de l'acceptation ou du refus de communiquer lesdites informations, c'est-à-dire en un mot, de jauger sa propre position au regard de celle de son contradicteur. Le juge, qui ne dispose d'aucun moyen pour contraindre le ou les États récalcitrants à lui soumettre les informations confidentielles dont il a besoin, est susceptible quant à lui de trouver dans l'expertise un moyen inédit d'agir sur le comportement de ces derniers : parce qu'elle est alors non invasive, qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté des États d'invoquer le secret mais qu'elle favorise simplement l'échange sur cette question et le recul de chacun tant sur son comportement que sur celui de l'autre partie, l'intervention de l'expert constitue un outil potentiellement efficace pour amener les intéressés à privilégier un usage juste et mesuré du secret, outil d'autant plus efficace sans doute qu'il apparaît largement respectueux de la souveraineté et des intérêts des États. Par ailleurs, si l'expert est habituellement perçu comme un danger par les États et par le juge en raison du pouvoir important, de la crédibilité renforcée que lui confère la science, il y a peu de risques qu'il en aille de même ici puisque la mission d'intermédiaire, de facilitateur, qui lui est confiée ne nécessite pas (ou du moins pas à titre principal) qu'il dispose de connaissances scientifiques précises. Le seul critère de choix de l'expert était ainsi celui d'une parfaite maîtrise des langues anglaise et allemande dans l'affaire précitée de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname* ; quant au Groupe spécial de l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, c'est un simple notaire qu'il se proposa de nommer pour mener à bien cette mission.

Le renouvellement de la fonction de l'expert entraîne également une relativisation de la notion de vérité comme cadre de référence de l'expertise. L'on est bien loin en effet des cas dans lesquels l'expert se faisait – au moins en théorie – le champion de la vérité et où son rôle consistait à faire toute la lumière sur les aspects factuels d'une affaire. Ici, l'expertise porte le sceau du secret, l'expert apparaît comme le gardien d'informations potentiellement déterminantes pour assurer la sécurité des États litigants et, de manière plus générale, pour assurer la préservation de leurs intérêts. Ce changement ouvre de nouvelles perspectives pour l'expertise. Si la vérité constitue, en tant que but

et, au-delà, en tant que cadre de référence de l'expertise, une source de craintes, d'incompréhensions et de frustrations pour les acteurs du procès international, le secret permet au contraire de se défaire des attentes indues, des déceptions et de la méfiance qui accompagnent d'ordinaire le recours à l'expert. L'on a déjà noté ci-dessus que, n'étant plus auréolé de cette toute-puissance que la science seule est aujourd'hui supposée pouvoir conférer, l'expert parvient de fait à s'extraire du dilemme habituel aux termes duquel il ne semble guère pouvoir susciter que la déception ou la crainte des parties, comme d'ailleurs du juge international lui-même. Mais l'abandon de la notion de vérité comme cadre de référence de l'expertise semble surtout intéressant en ce qu'il permet enfin d'envisager l'établissement d'une relation de confiance entre l'expert et les acteurs du procès. Parce que ce dernier est amené à prendre connaissance d'informations sensibles aux yeux des États litigants, parce que son intervention se réalise au bénéfice de ces derniers, en vue de la recherche d'un équilibre entre des intérêts par principe difficilement discutables et encore moins aisément conciliables, il n'est pas possible pour l'expert de mener à bien sa mission sans jouir de l'entière confiance des parties. Aussi, ce n'est plus sur le fondement de ses connaissances scientifiques ni de la légitimité qu'il tirerait d'une quelconque méthodologie que l'expert est ici consulté, mais bien plutôt pour sa discrétion, son discernement et sa fiabilité dans les échanges qui prennent place entre les parties et le juge relativement à la communication d'informations sensibles. Les qualités personnelles de l'expert ne peuvent d'ailleurs manquer d'être déterminantes de la réussite ou de l'échec de sa mission de facilitateur. Si la recherche de la vérité avait conduit à écarter l'homme, la personne de l'expert, au motif des nombreuses insuffisances et limitations qu'imposait dans le cadre de l'expertise sa nécessaire subjectivité, la protection du secret contribue donc en revanche à redonner toute sa place au lien de confiance intersubjectif entre l'expert et les différents acteurs du procès.

225. Que ce soit en raison de la nouvelle neutralité de l'expert, de la disparition du poids d'une science toute-puissante, de l'abandon du cadre par trop étroit et frustrant de la recherche de la vérité, ou plus globalement en raison de la mise en place de conditions de nature à rassurer les États et à permettre l'émergence d'une relation de confiance entre les acteurs du procès et l'expert, l'on constate que la nouvelle fonction de l'expertise inaugurée dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname* et dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation* apparaît non seulement crédible mais qu'elle possède même des atouts indéniables pour permettre d'envisager effectivement une gestion rationalisée et apaisé du secret dans le cadre du contentieux interétatique. N'était-ce pour l'effort de définition qui demeure encore à réaliser quant au contenu précis de la mission de l'expert, il ne serait pas exagéré de dire – notamment au

regard du caractère de plus en plus prégnant des questions de confidentialité – que l’expert se voit ici offrir une opportunité sérieuse de briser l’image de trompette de discorde qui lui colle à la peau et, au-delà, une opportunité de revendiquer enfin un rôle substantiel dans le procès international.

CONCLUSION DU CHAPITRE

226. Si le titre premier de cette partie avait d’ores et déjà montré que l’expertise pouvait constituer un dispositif tout à fait fonctionnel et utile aux parties en vue du règlement paisible et durable de leurs différends, les développements du présent chapitre contribuent encore un peu plus à asseoir cette idée. Non seulement permettent-ils de jeter à bas l’image d’une institution qui serait fatalement vouée à l’échec dans le contentieux interétatique mais ils montrent encore et surtout que, loin d’être statique, figée face aux difficultés, l’expertise est au contraire un dispositif souple et adaptable, capable de se réformer pour faire face aux défis qu’il rencontre. C’est ainsi que sous l’impulsion de modalités innovantes, de nature à susciter la confiance et la collaboration entre les acteurs du procès, l’expertise semble finalement pouvoir trouver sa place au sein de la quête de vérité et de légitimité qui anime le juge international ; mais au-delà, en s’illustrant désormais comme un vecteur de communication et d’échange entre les parties à l’instance, elle dépasse le cadre des attentes initiales qui pesaient sur elle pour refléter au plus près et de manière bien plus ambitieuse les besoins des acteurs du procès. Ce faisant, si un doute devait encore subsister sur ce point, elle prouve qu’elle a incontestablement sa place et peut-être même dans l’avenir un rôle substantiel à jouer dans le contentieux des différends entre États. Cela est au demeurant encore attesté par le rôle que l’expert joue depuis longtemps déjà au service de la réconciliation des parties en amont et en parallèle de la procédure contentieuse, comme le montreront les développements du prochain chapitre.

Chapitre 2

L'EXPERT COMME VECTEUR DE RECONCILIATION DANS LES PROCEDURES CONTENTIEUSES INTERETATIQUES

227. Si le chapitre précédent soulignait l'émergence au cours des dernières années de nouvelles fonctions prometteuses pour l'expert dans le procès international, les développements à venir seront quant à eux consacrés à deux usages au contraire déjà relativement anciens de l'expertise, qui prennent place non plus cette fois dans le cadre du procès mais en dehors de celui-ci. Comme souligné plus avant, le procès constitue un cadre singulier, d'ordinaire peu propice à l'expertise puisque les enjeux qu'il récite interdisent le plus souvent à celle-ci de démontrer une véritable efficacité. S'il aura donc fallu passer par maintes pérégrinations avant que n'affleurent enfin des perspectives plus encourageantes pour l'expertise dans le cadre de l'instance internationale, il en allait dès l'origine différemment lorsque cette institution était convoquée par les parties dans le cadre d'une négociation (section 1) ou d'une tentative de conciliation (section 2), y compris d'ailleurs lorsque celle-ci prenait place préalablement ou concomitamment à un règlement juridictionnel en bonne et due forme. L'on constatera en effet dans les développements à venir que ces deux modes traditionnels de règlement pacifique des différends entre États réunissent naturellement, chacun à leur manière, des conditions qui permettent à l'expertise de révéler tout son potentiel pour la recherche d'une solution consensuelle, anticipant ou complétant ainsi utilement l'action du juge international en faveur d'un règlement pacifique et durable du différend.

Section 1

L'EXPERT DANS LE CADRE DE LA NEGOCIATION ENTRE LES PARTIES

228. Les développements précédents ont permis de mettre en lumière certains traits, certaines modalités spécifiques qui semblent pouvoir améliorer grandement les perspectives de l'expertise dans le cadre du procès international. L'on verra ici que si la négociation constitue à n'en pas douter un cadre profondément différent de celui du procès, elle réunit pourtant à sa façon un certain nombre des traits et modalités sus-évoqués, offrant de ce fait un cadre indubitablement favorable à l'expertise (§1). Par suite, l'on ne sera guère étonné de constater que dans ce cadre, l'expertise constitue un dispositif fonctionnel et même précieux, en ce qu'elle permet de fournir tout à la fois une vraie réassurance technique au profit des États parties à la négociation et de garantir cohérence, objectivité, et flexibilité dans le cadre des discussions qui prennent place entre eux. Loin des vicissitudes qu'elle

expérimente d'ordinaire dans le procès, l'expertise connaît donc ici une vraie réussite qui contribue sans nul doute à sa réhabilitation y compris, on le verra, hors du cadre spécifique de la négociation (§2).

§1 - La négociation, un cadre propice à la réussite de l'expertise

229. Si le recours à la négociation apparaît aujourd'hui comme un mode traditionnel de règlement pacifique des différends entre États, tant par son ancienneté que par son évidente popularité auprès de ces derniers, l'intervention de l'expert dans ce cadre n'est à vrai dire guère moins ancienne ni moins courante. Une étude du contentieux interétatique, fut-elle même non exhaustive, permet sans difficulté de constater que les hypothèses de recours à l'expert dans le cadre des négociations entre États ne manquent pas. Ainsi, et pour ne s'en tenir qu'à quelques exemples, l'Argentine et le Chili avaient prévu, dans le cadre d'un traité de délimitation de leur frontière commune signé en 1881, que leurs experts respectifs devraient procéder à la démarcation sur le terrain et résoudre à l'amiable les divergences qui pourraient se faire jour entre les deux gouvernements lors de cette opération⁹⁸⁶. Confrontées à certaines difficultés nées du déplacement, à l'issue de la seconde guerre mondiale, de la frontière entre leurs territoires, la France et l'Italie décidèrent quant à elles de confier à deux commissions d'experts civils – l'une française, l'autre italienne – l'examen desdites questions en vue de parvenir à un règlement amiable de la situation⁹⁸⁷. De manière assez semblable, l'Érythrée et l'Éthiopie décidèrent, après que la première eut fait sécession, de constituer un comité mixte d'experts pour régler à l'amiable la question des retraites des fonctionnaires et des membres des forces armées de l'ancien État éthiopien qui résidaient désormais en Érythrée⁹⁸⁸. Dans l'*Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, et alors même qu'elles avaient confié à un arbitre la question de la délimitation de leurs plateaux continentaux respectifs, les parties continuaient pourtant parallèlement à négocier. Ainsi, ayant constaté que « *some differences existed between the precise lines proposed by either Party* », la France affirma néanmoins lors de l'audience tenue le 16 février 1977 devant le tribunal arbitral qu'elle estimait que

⁹⁸⁶ *The Cordillera of the Andes Boundary Case*, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 45.

⁹⁸⁷ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Opere Pie*, décision n°277 du 4 octobre 1960, *RSA*, vol. XVI, p. 188.

⁹⁸⁸ Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Retraites – réclamations de l'Érythrée n°15, 19 et 23, sentence finale du 19 décembre 2005, *RSA*, vol. XXVI, p. 479.

« *it should be possible to resolve [these differences] by agreement between their experts* »⁹⁸⁹. Pareillement, dans l’*Affaire du thon à nageoire bleue*, le Japon a évoqué, lors des audiences devant le tribunal arbitral auquel avait été soumis le différend qui l’opposait à l’Australie et à la Nouvelle-Zélande, « *[its] willingness to agree on the simultaneous establishment of a mechanism in which experts and scientists can resume consultation on a joint [experimental fishing program]* »⁹⁹⁰. Enfin, c’est encore à des experts que le Bénin et le Niger avaient décidé de confier la charge de négocier la délimitation de leur frontière commune dans l’*Affaire du différend frontalier* qui les opposait⁹⁹¹.

230. Comme le montrent ces quelques exemples, la fonction confiée à l’expert en pareils cas consiste, outre la gestion des aspects techniques des questions en discussion, en une mission de représentation des parties à la négociation. L’expert n’est alors pas convoqué pour ses seules connaissances techniques, il se doit encore de les employer pour représenter et défendre au mieux les intérêts de l’État qui l’emploie. Cet élément doit être souligné car il est responsable – pour partie du moins – du succès de l’expertise dans le cadre des négociations entre États et, en amont évidemment, des conditions favorables qu’elle rencontre généralement à cette occasion. En effet, si l’expertise suscite d’ordinaire une méfiance non dissimulée – méfiance que les développements de la première partie de cette étude ont très largement illustrée et qui conduit le plus souvent les acteurs du procès à en limiter l’utilisation – il n’est pas anodin de constater qu’elle apparaît ici par contraste comme une institution relativement populaire et avec laquelle les États semblent parfaitement à l’aise. C’est que la fonction de représentation dont l’expert se trouve ici investi ne peut exister sans prendre appui sur une relation de confiance avec l’État commanditaire. Comment se créent alors les conditions de cette confiance nécessaire entre l’État et l’expert, clé du succès de l’expertise ?

⁹⁸⁹ *Affaire du plateau continental de la mer d’Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 62.

⁹⁹⁰ *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande/Japon et Australie/Japon, sentence du 4 août 2000, *RSA*, vol. XXIII, p. 47.

⁹⁹¹ CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Bénin/Niger, arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. 95. Pour d’autres illustrations du recours à l’expert dans le cadre des négociations bi- ou multilatérales entre États, voy. entre autres *Argentine-Chile Frontier Case*, Argentine/Chili, sentence du 9 décembre 1966, *RSA*, vol. XVI, p. 152 ; *Affaire concernant l’emplacement des balises frontalières à Taba, entre l’Égypte et Israël*, Égypte/Israël, sentence du 29 septembre 1988, *RSA*, vol. XX, p. 76 ; *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85 ; *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d’Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy*, Argentine/Chili, sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 15 ; *Décision concernant le litige entre l’Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, pp. 426-427 ; CIJ, *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, arrêt du 25 juillet 1974 (fond), *Rec.* 1974, pp. 31-32 ; CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, arrêt du 19 décembre 1978 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1978, pp. 10-11 et p. 43 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 302 ; CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1049 et 1058 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, p. 63 et 65 ; CPJI, *Interprétation du Statut du territoire de Memel*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Lituanie, arrêt du 11 août 1932, *Rec. Série A/B*, n°49, pp. 324-325 ; CPJI, *Prises d’eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, arrêt du 28 juin 1937, *Rec. Série A/B*, n°70, p. 12 ; ORD, *États-Unis – Crevettes* (DS58), rapport du Groupe spécial (1998), p. 68.

231. Le premier élément de réponse paraît relativement évident : dans le cadre de la fonction de représentation dont il investit l'expert, l'État peut être parfaitement rassuré car il possède une maîtrise pleine et entière de l'expertise. Cela débute par le choix de l'expert : puisque celui-ci est appelé à représenter l'État, la relation qui se noue entre eux est dans une très large mesure conçue *intuitu personae*. L'expert doit évidemment posséder les connaissances scientifiques ou techniques nécessaires pour appréhender correctement ces mêmes aspects dans le cadre des discussions qui s'engageront avec l'autre partie. Toutefois, il doit encore au-delà posséder une capacité à négocier et sa personnalité peut s'avérer déterminante pour éviter le blocage de la discussion, et *in fine* pour assurer le succès de la négociation. Il doit notamment savoir faire preuve de flexibilité et être capable de susciter des conditions propices au développement de relations cordiales avec l'autre partie tout en se montrant dans le même temps ferme et convaincant sur les points importants pour l'État qu'il représente. Pour cette raison, même s'il ne s'agit pas là d'une règle générale et que cette pratique peut présenter des inconvénients évidents⁹⁹², les États choisissent parfois de confier cette mission de représentation à des experts nationaux issus de leurs corps techniques et administrations, lesquels disposent généralement tout à la fois des connaissances techniques nécessaires, d'une bonne maîtrise des dossiers en cause, et lesquels apparaissent surtout naturellement sensibles aux enjeux que recèle la négociation en cours pour leur État. L'on renverra par exemple sur ce point à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, dans laquelle ce dernier État avait décidé de demander aux experts de la Commission nationale des frontières du Nigeria de le représenter à la négociation qui s'ouvrirait avec le Cameroun et qui devait permettre d'examiner les questions relatives à la délimitation de leur frontière commune⁹⁹³. Si la nature même de la fonction de représentation confère donc déjà, on le voit, un contrôle poussé à l'État au stade du choix de l'expert, les modalités de rémunération de ce dernier concourent encore à assurer à l'État une vraie maîtrise de l'expertise. En effet, dans le cadre de son rôle de représentant à la négociation, l'expert est en principe rémunéré exclusivement par l'État qui l'emploie, ce qui assoit encore un peu plus le principe de son entière subordination à celui-ci. Enfin, l'État possède encore le pouvoir de déterminer de manière très précise le mandat et les modalités pratiques dans lesquels s'inscrira la mission de représentation de l'expert : il ne saurait bien sûr manquer d'indiquer à ce dernier les

⁹⁹² L'on soulignera notamment le risque d'une vision univoque, parcellaire, et essentiellement technocratique des problèmes, qui pourrait appauvrir la discussion et affecter à terme les chances de succès de la négociation.

⁹⁹³ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 302. En effet, les commissions nationales des frontières sont créées par les États pour gérer l'ensemble des questions – tant techniques que politiques ou juridiques – relatives à leurs frontières respectives. Elles se composent donc généralement de fonctionnaires et d'experts issus des différents ministères ou corps techniques nationaux concernés par ces questions. Pour de plus amples développements sur le rôle, la composition et le fonctionnement de ces commissions, voir par exemple le guide publié à ce sujet par l'Union Africaine, disponible en ligne à l'adresse www.peaceau.org/uploads/au-3-fr-2013-creation-et-fonct-guide.pdf (consulté le 31 mars 2016).

objectifs à atteindre au travers de la négociation tout autant que la marge de manœuvre dont il dispose dans le cadre de la discussion pour y parvenir⁹⁹⁴ ; mais au-delà, il choisit encore d'ordinaire librement le nombre d'experts qu'il souhaite voir le représenter, et dans l'hypothèse d'une formation collégiale, les modalités de fonctionnement du collège d'experts. Ainsi, dans l'affaire de la *Frontière dans la Cordillère des Andes* qui opposait l'Argentine au Chili au début du siècle dernier, ces deux États avaient décidé d'un commun accord que chacun nommerait un seul expert pour le représenter lors de la démarcation et négocier à l'amiable le règlement des éventuelles difficultés qui pourraient surgir à cette occasion⁹⁹⁵. Inversement, dans le *Différend Opere Pie*, la France et l'Italie avaient manifestement préféré constituer chacune de leur côté une commission d'experts civils en vue de la négociation⁹⁹⁶, tandis que l'Érythrée et l'Éthiopie décidèrent, selon une troisième alternative, de créer un seul comité mixte d'experts pour régler à l'amiable la question des retraites des anciens fonctionnaires éthiopiens résidant désormais en Érythrée⁹⁹⁷. La fonction de représentation confiée à l'expert assure ainsi à l'État le bénéfice d'un contrôle quasi-absolu sur l'expertise, depuis le choix de l'expert jusqu'aux modalités d'exercice de sa mission, ce qui explique sans doute la bienveillance *a priori* surprenante que ces derniers lui manifestent en l'espèce. À cet égard, l'on ne peut guère d'ailleurs ignorer la similitude frappante entre la situation du témoin-expert et celle dans laquelle se trouve l'expert lorsqu'il agit en tant que représentant de l'État à la négociation... Avec toutefois cette différence notable que, dans le second cas, le contrôle exercé par l'État sur l'expertise n'est pas problématique puisque tout enjeu de vérité est alors abandonné.

232. Le rapport à la science et la place de celle-ci dans le cadre des discussions : c'est là le second élément essentiel qui permet d'expliquer le succès de l'expertise dans le cadre des négociations entre États. Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner plus tôt dans cette étude, le rapport à la science hérité de la philosophie des Lumières pèse aujourd'hui très lourdement sur

⁹⁹⁴ Voy. par exemple CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1049 ; Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Retraites – réclamations de l'Érythrée n°15, 19 et 23, sentence finale du 19 décembre 2005, *RSA*, vol. XXVI, p. 479 ; *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, pp. 426-427 ; CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, arrêt du 19 décembre 1978 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1978, p. 43.

⁹⁹⁵ *The Cordillera of the Andes Boundary Case*, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 45.

⁹⁹⁶ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Opere Pie*, décision n°277 du 4 octobre 1960, *RSA*, vol. XVI, p. 188. Pour d'autres illustrations, cf. par exemple CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 302.

⁹⁹⁷ Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Retraites – réclamations de l'Érythrée n°15, 19 et 23, sentence finale du 19 décembre 2005, *RSA*, vol. XXVI, p. 479. Dans le même sens, voy. *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, p. 426 ; CPJI, *Prises d'eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, arrêt du 28 juin 1937, *Rec. Série A/B*, n°70, p. 12 ; CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1049 ; CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Bénin/Niger, arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. 95 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, p. 63.

l'expertise, avec les conséquences regrettables mises en exergue dans la première partie de la thèse. La croyance en une science capable de révéler le vrai – au sens absolu du terme – a conféré à la science, et à travers elle à l'expert, un rôle majeur (au surplus souvent largement disproportionné) dans nombre de différends interétatiques survenus au cours des dernières décennies. Puisque la méthodologie scientifique garantissait la parfaite objectivité du résultat, puisque la connaissance scientifique se caractérisait par son absolue exactitude et son universalité dans le temps comme dans l'espace, l'une et l'autre ne pouvaient manquer d'apparaître séduisantes aux États et aux fors internationaux qui ont sans doute pensé trouver là une solution à des problèmes potentiellement complexes et épineux, qu'il s'agisse d'assurer la défense de leurs intérêts pour les uns, ou la pérennité de leur institution pour les autres. Pourtant, comme démontré précédemment, les attentes manifestées à l'égard de l'expert procédaient, tout comme les vertus d'objectivité, de véracité et d'exactitude prêtées à la démarche scientifique, d'une simple mystification de la science, laquelle devait bientôt engendrer frustrations, méfiance et déception à l'égard de l'expertise⁹⁹⁸.

Heureusement, il semble que la négociation constitue tant par ses objectifs que par sa philosophie et les moyens qu'elle emploie, un cadre naturellement peu réceptif à cette vision erronée de la science et, par conséquent, un cadre très largement préservé des vicissitudes exposées ci-dessus. En effet, si le procès international – profondément marqué aujourd'hui par la tradition anglo-saxonne – est généralement le lieu d'un affrontement entre les parties, affrontement lui-même destiné à faire émerger une seule thèse, un discours unique et rigide caractérisé comme la vérité⁹⁹⁹ – certes judiciaire, mais néanmoins tenue comme la seule valable à l'issue du procès – la négociation vise au contraire à l'institution ou au rétablissement de relations cordiales entre les parties au différend et elle promeut dans ce cadre la discussion, la flexibilité et l'esprit de conciliation. La négociation est ainsi éminemment politique, elle est toute entière inspirée d'une logique transactionnelle et la recherche de la vérité, bien qu'elle ne soit sans doute pas dépourvue de tout intérêt même dans ce cadre, n'apparaît alors au mieux que comme un enjeu secondaire, et au pire, comme un enjeu qui lui est purement et simplement étranger. S'il devait en aller autrement – et eu égard à la rigidité, au caractère intrinsèquement manichéen de la notion de vérité – cela contreviendrait très certainement à l'efficacité de la discussion et au-delà, cela interdirait probablement la recherche d'une solution mutuellement convenue entre les parties, ce qui est pourtant l'objectif ultime de la négociation. Ces différences substantielles entre le cadre que constituent d'une part le procès et d'autre part la

⁹⁹⁸ *Supra*, §125 et s.

⁹⁹⁹ L'on renverra utilement sur ce point aux développements des §106 et §208.

négociation emportent des conséquences non moins substantielles sur la manière dont l'expertise est appréhendée dans les deux cas.

S'agissant tout d'abord de la place de la science (et à travers elle, bien sûr, de l'expert), alors que celle-ci se voit souvent conférer un rôle exagérément décisif¹⁰⁰⁰ dans le cadre du procès, force est de constater qu'il en va différemment dans le cadre de la négociation. Si les aspects scientifico-techniques ne sont le plus souvent pas absents des questions soumises par les parties à la discussion, la science n'est guère qu'une donnée – et sans doute pas la plus déterminante – parmi tant d'autres prises en compte par les parties à cette occasion. Le *Différend Duc Decazes et de Glucksberg* en est d'ailleurs une bonne illustration : les expertises réalisées par les parties constituaient tout au plus, selon la Commission de conciliation franco-italienne à qui le différend fut par la suite soumis, le « *point de départ d'une discussion* » entre celles-ci¹⁰⁰¹. C'est encore le constat que faisait Prosper Weil à l'occasion de sa plaidoirie devant la CIJ en l'*Affaire du Plateau continental* entre la Libye et Malte : évoquant le cas des délimitations frontalières, le conseil de Malte souligna les limites évidentes auxquelles se heurte la science dans ce cadre et la faible pertinence qui est la sienne au regard du caractère intrinsèquement politique et hautement sensible des délimitations, qui constituent au demeurant sans surprise une hypothèse traditionnelle de recours à la négociation entre États. Il expliqua ainsi que :

« [c]omme les frontières terrestres, les frontières maritimes sont le fruit de la volonté politique des États ou de la décision juridique du juge international ; et ni les gouvernements ni le juge international ne bornent l'exercice de leur pouvoir à un constat scientifique »¹⁰⁰².

Il semble donc que les objectifs de la négociation imposent de fait une flexibilité qui ne permet guère à la science de s'illustrer autrement que comme un simple élément du débat qui aura lieu entre les parties. Loin d'apparaître regrettable ou inquiétant, cet état de fait contribue au contraire à instaurer un rapport sain et apaisé à la science dans le cadre des négociations entre États. L'expert – qui est d'ailleurs choisi, on l'a vu, au moins autant en raison de son habileté à négocier que pour ses connaissances scientifico-techniques – ne saurait manquer d'apprécier l'équilibre salutaire qui en

¹⁰⁰⁰ Cela est également vrai dans le cadre des instances devant la CIJ, nonobstant la tendance de la Cour à nier parfois purement et simplement l'intérêt des aspects scientifiques dans les différends qui lui sont soumis. En effet, cette tendance ne relève pas moins de l'immodération que celle consistant à faire de la science la clé unique de résolution du différend. L'une et l'autre traduisent – certes de manière différente – un rapport mal aisé et globalement vicié à la science dans le procès.

¹⁰⁰¹ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Duc Decazes et de Glucksberg*, décision n°265 du 10 juin 1960, *RSA*, vol. XIII, p. 842.

¹⁰⁰² CIJ, *Affaire du Plateau continental*, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, plaidoirie de Prosper Weil, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, p. 394.

résulte pour lui : la relativisation de la place qu'est appelée à occuper la science dans le règlement du différend lui offre en effet la possibilité d'échapper à la pression écrasante des attentes que celle-ci suscite d'ordinaire tout autant qu'à la frustration, à la méfiance et à l'hostilité qui s'ensuivent presque invariablement lorsqu'elle ne se montre pas à la hauteur desdites attentes.

Au-delà de la place plus modeste qui lui est conférée, c'est encore et surtout la vision plus réaliste du rôle de la science, de ce qu'elle est susceptible ou non d'apporter, qui explique le succès de l'expertise dans le cadre de la négociation. Si les acteurs du procès sont souvent tentés de la convoquer pour faire face aux enjeux de vérité, il n'en va certes pas de même des nécessités – bien plus terre-à-terre et pragmatiques – qui imposent aux États de recourir à l'expert dans le cadre de leurs négociations. Qu'il s'agisse de procéder à la délimitation ou à la démarcation d'une frontière, comme dans l'affaire de la *Frontière dans la Cordillère des Andes*¹⁰⁰³, dans l'affaire du *Canal de Beagle*¹⁰⁰⁴, dans celle du *Plateau continental de la mer d'Iroise*¹⁰⁰⁵, dans la *Délimitation entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*¹⁰⁰⁶, et dans les multiples différends frontaliers ayant opposés le Niger à ses voisins au cours des dernières décennies¹⁰⁰⁷, ou même de déterminer la valeur d'un bien mobilier ou immobilier en vue d'indemniser sa perte ou les dommages qui lui ont été causés comme c'était le cas dans le *Différend Duc Decazes et de Glucksberg*¹⁰⁰⁸ et dans le *Différend Opere Pie*¹⁰⁰⁹ (tous deux ultérieurement soumis à la Commission de conciliation franco-italienne), ou bien encore qu'il s'agisse de mettre en place les modalités d'une gestion commune des eaux de la Meuse¹⁰¹⁰, des retraites des anciens fonctionnaires éthiopiens¹⁰¹¹ ou des stocks de thon à nageoire bleue¹⁰¹², l'on remarquera que c'est presque inévitablement des besoins d'ordre pratique qui justifient le recours à l'expert. En d'autres termes, l'on comprend que l'expertise convoquée à l'occasion de la négociation est essentiellement d'ordre technique : si les États s'en

¹⁰⁰³ *The Cordillera of the Andes Boundary Case*, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 45.

¹⁰⁰⁴ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 85.

¹⁰⁰⁵ *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 62.

¹⁰⁰⁶ *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, pp. 426-427.

¹⁰⁰⁷ CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Bénin/Niger, arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. 95 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, p. 63.

¹⁰⁰⁸ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Duc Decazes et de Glucksberg*, décision n°265 du 10 juin 1960, *RSA*, vol. XIII, p. 842.

¹⁰⁰⁹ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Opere Pie*, décision n°277 du 4 octobre 1960, *RSA*, vol. XVI, p. 188.

¹⁰¹⁰ CPJI, *Prises d'eau à la Meuse*, Pays-Bas c. Belgique, arrêt du 28 juin 1937, *Rec.* Série A/B, n°70, p. 12.

¹⁰¹¹ Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie, Retraites – réclamations de l'Érythrée n°15, 19 et 23, sentence finale du 19 décembre 2005, *RSA*, vol. XXVI, p. 479.

¹⁰¹² *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande/Japon et Australie/Japon, sentence du 4 août 2000, *RSA*, vol. XXIII, p. 47.

remettent alors à l'expert, c'est bien moins pour son savoir scientifique et sa capacité présumée à dire le vrai que pour son habileté à résoudre, par l'application de principes et connaissances bien établis, les difficultés pratiques auxquelles ces derniers se trouvent confrontés. Loin à nouveau d'être un inconvénient, cela présente au contraire un caractère doublement rassurant : pour les parties d'une part puisque, comme souligné plus tôt dans cette étude, la recherche d'un effet précis sur le monde implique tout un ensemble de contraintes qui, en s'imposant à l'expert, circonscrivent naturellement son intervention au monde connu, doré et déjà maîtrisé par l'homme et limitent ce faisant fortement le degré d'incertitude entourant l'expertise¹⁰¹³ ; pour l'expert lui-même ensuite, puisque personne n'exige alors de lui qu'il se fourvoie dans un rôle de « champion de la vérité » qui n'est manifestement pas à sa portée. Le caractère essentiellement technique que revêt l'intervention de l'expert contribue ainsi, en limitant l'incertitude et la pression qui pèsent sur ce dernier à assurer une utilisation paisible, efficace et mesurée de l'expertise.

233. À l'issue de ces développements, l'on ne doutera plus des conditions tout à fait favorables que la négociation institue comme toile de fond du recours à l'expert. Si la maîtrise parfaite (ou quasi-parfaite) de l'expertise conférée aux États au travers de la fonction de représentation y est sans doute pour beaucoup, l'on ne doit pourtant pas oublier qu'il ne saurait en aller ainsi que parce que la négociation favorise dans le même temps, tant par ses objectifs que par ses modalités, un rapport plus sain, moins inquiétant et donc moins conflictuel à la science. La preuve en est à nouveau que le recours au témoin-expert offre lui-même aux parties la possibilité de jouir d'un contrôle plus ou moins absolu sur l'expertise... Las ! bien sûr pas sans heurts ni difficultés puisqu'à la différence de la négociation, le procès ne permet pas facilement de s'affranchir des enjeux de vérité¹⁰¹⁴. Ayant souligné ce que la négociation, en tant que cadre, pouvait apporter à l'expertise, l'on s'interrogera désormais dans le paragraphe à venir sur les apports de l'expertise à la négociation, c'est-à-dire en un mot sur les atouts que celle-ci est susceptible de déployer dans le cadre des discussions engagées par les parties au différend en vue d'assurer le succès de ces dernières.

¹⁰¹³ *Supra*, §171 et s.

¹⁰¹⁴ Cela est vrai en dépit d'ailleurs des allégations d'une partie de la doctrine anglo-saxonne, qui souhaiterait manifestement se convaincre de l'inverse : cf. par exemple LANDSMAN (S.), *The Adversary System, A Description and Defense*, Washington D.C. : American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, 55 p. ; FINKELSTEIN (R.), « The adversarial system and the search for truth », *Monash University Law Review*, 2011, vol. 37, n°1, p. 135.

§2 - L'apport de l'expertise dans le cadre de la négociation

234. Comme les développements précédents l'auront démontré, le cadre entourant l'intervention de l'expert est réellement déterminant de la façon dont celle-ci est perçue – tant par les États que par les autres acteurs potentiellement intéressés au différend – ainsi que du rôle que l'expert est amené à jouer. Sollicitée dans le cadre – d'ores et déjà naturellement propice au développement d'antagonismes nombreux – du procès, l'expertise est d'ordinaire considérée essentiellement dans son rapport à la notion de vérité et elle s'illustre dès lors presque invariablement comme une pomme de discorde. Pourtant, que l'on parvienne à instituer, en dépit de ces antagonismes, un certain degré de collaboration entre les acteurs du procès et que l'on substitue la recherche de sens à la recherche d'une vérité absolue qui, pour enviable et rassurante qu'elle soit, n'en demeure pas moins de l'ordre du mythe, l'expertise se découvre alors une toute nouvelle vocation dans le cadre du procès, une vocation bien moins frustrante et bien plus utile aux parties, tout comme d'ailleurs au juge et/ou à l'arbitre international lui-même¹⁰¹⁵. L'importance du cadre dans lequel s'inscrit l'expertise pour en comprendre l'échec ou au contraire la réussite relative est encore attestée en l'espèce par le cas de la négociation. Celle-ci offre en effet, on l'a vu, tant au travers de ses objectifs que des moyens qu'elle privilégie pour les atteindre, un cadre original et très largement pacifié pour le recours à l'expert. Sous les auspices favorables du processus de négociation, l'expertise cesse d'apparaître comme un dispositif inquiétant et conflictuel pour s'illustrer, à l'inverse comme un vecteur de flexibilité et d'apaisement sans nul doute propice à l'émergence d'une solution amiable entre les parties au différend. Comment le recours à l'expert permet-il alors de rassurer les États dans le cadre de leurs discussions ? En quoi peut-il contribuer à apaiser le processus de négociation ?

235. L'on notera tout d'abord, avant d'examiner les diverses pistes envisageables pour répondre à ces questions, que dès lors que les négociations comportent certains aspects scientifiques ou techniques, c'est moins l'expertise en elle-même que la nature de la mission que les parties confèrent à l'expert dans ce cadre – en l'occurrence, celle de négocier pour et en leur nom – qui doit retenir l'attention. L'on aurait sans difficulté pu imaginer que les États décident de s'en remettre, pour cette mission de représentation, à une autorité plus traditionnelle tel un chef d'État, un ministre ou toute autre autorité politique ayant une maîtrise suffisante du dossier, laquelle aurait pu s'adjoindre si nécessaire l'assistance d'un ou plusieurs experts à l'égard des aspects scientifico-

¹⁰¹⁵ L'on renverra sur ce point aux développements du chapitre premier de ce titre.

techniques de la discussion spécifiquement. Les différends relatifs aux questions frontalières, qui font souvent l'objet de négociations directes entre les États concernés, confirment d'ailleurs cette pratique non seulement traditionnelle mais sans doute même dominante : l'on notera par exemple que le Burkina-Faso et le Mali avaient chargé leurs ministres de l'intérieur respectifs, assistés de représentants de divers ministères des deux États, de négocier la délimitation de leur frontière commune au sein d'une commission paritaire permanente constituée par eux à la fin des années soixante¹⁰¹⁶ ; de même, dans l'affaire de la *Frontière indo-pakistanaise*, les États avaient prévu d'un commun accord que « *one month after the cease-fire, Ministers of the two Governments will meet in order to agree on the determination of the border in the light of their respective claims, and the arrangements for its demarcation* »¹⁰¹⁷. Pareillement, dans l'*Affaire du Canal de Beagle*, l'Argentine avait désigné M. Irigoyen, son ministre des affaires étrangères, comme négociateur en chef tandis que le Chili avait pour sa part délégué cette mission de représentation lors des négociations à M. Barros Arana, ministre plénipotentiaire chilien à Buenos Aires¹⁰¹⁸. Enfin, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Égée*, la Grèce et la Turquie décidèrent de confier à leurs ministres des affaires étrangères puis, par la suite, aux secrétaires généraux de leurs ministères des affaires étrangères respectifs, le soin de rechercher un accord sur la question du plateau continental¹⁰¹⁹. Dès lors, et puisqu'il ne s'agit manifestement pas là d'une pratique systématique ou qui s'imposerait aux États au nom d'une quelconque tradition, le choix de confier à l'expert une mission de représentation dans le cadre de la négociation apparaît évidemment significatif. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, la CIJ constata que « *les négociations entre les deux États concernant la délimitation ou la démarcation de leur frontière ont été menées dans des cadres variés, à des niveaux divers : chefs d'État, ministres des affaires étrangères, experts* »¹⁰²⁰, soulignant par là-même le choix qui s'offre aux États au moment de désigner leurs représentants et de décider

¹⁰¹⁶ CIJ, *Affaire du différend frontalier*, Burkina Faso/Mali, arrêt du 22 décembre 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 571 et 632.

¹⁰¹⁷ *The Indo-Pakistan Western Boundary Case*, Inde/Pakistan, sentence du 19 février 1968, *RSA*, vol. XVII, p. 8.

¹⁰¹⁸ *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 98.

¹⁰¹⁹ CIJ, *Plateau continental de la Mer Égée*, Grèce c. Turquie, arrêt du 19 décembre 1978 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1978, p. 9 et 11. Dans le même sens, et sans prétendre évidemment à l'exhaustivité, voir encore notamment CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, pp. 1081-1082 ; CIJ, *Différend frontalier*, Burkina Faso/Niger, arrêt du 16 avril 2013, *Rec.* 2013, p. 63 ; *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 231 ; *Argentine-Chile Frontier Case*, Argentine/Chili, sentence du 9 décembre 1966, *RSA*, vol. XVI, p. 157 ; *Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago*, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, p. 416 ; *Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est*, Grande-Bretagne/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 287. Le choix de confier la charge de la négociation à une autorité politique, quelle qu'elle fut, était d'autant plus justifié dans les exemples précités que les délimitations territoriales et maritimes présentent par nature un caractère hautement sensible et éminemment politique.

¹⁰²⁰ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 302.

de l'échelon auquel se dérouleront les négociations. La question se pose alors évidemment de savoir pourquoi les États choisissent dans certains cas de s'adresser préférentiellement à l'expert. Trois éléments de réponse au moins semblent pouvoir être avancés à cet égard.

236. Le premier – et indubitablement aussi le plus évident – réside dans la réassurance technique, la facilité et la stabilité que ce choix offre aux parties dans le cadre de leurs discussions. À la différence d'un ministre, d'un ambassadeur ou d'un chef d'État qui, quelle que soit la maîtrise qu'il peut avoir du dossier sur le plan politique, sera susceptible d'être plus ou moins rapidement dépassé lorsque surgiront des questions d'ordre pratique, en particulier si celles-ci revêtent un caractère hautement technique, l'expert, lui, peut être « briefé » avec plus de facilité sur les aspects politiques de la discussion et il ne risque pas d'être décontenancé quand bien même celle-ci se mêlerait alternativement de considérations techniques. S'il ne dispose certes pas de la légitimité politique dont jouissent ministres et chefs d'État pour conduire la négociation, sa capacité à maîtriser de manière satisfaisante les divers aspects de la discussion peut en revanche être de nature à rassurer les États. Cela est d'autant plus vrai que, sauf à imaginer pouvoir scinder – souvent de manière artificielle au surplus – la discussion pour en isoler les aspects techniques et les soumettre pour avis à l'expert, l'alternance naturelle des problématiques politiques et techniques qui s'entremêlent dans la discussion peut être assez mal aisée à gérer pour les représentants plus traditionnels que sont les ministres et les chefs d'État. Aussi, le choix de confier à un spécialiste la charge de négocier au nom et pour le compte d'un État peut permettre, sous réserve qu'il soit suffisamment encadré et informé des enjeux politiques, d'assurer une vraie continuité de la discussion et d'éviter que celle-ci ne pâtisse d'interruptions qui ne seraient pas spécifiquement organisées par les parties pour surmonter un blocage ou favoriser autrement l'avancée de la négociation.

En outre, chaque fois que la négociation fait intervenir des considérations d'ordre scientifique ou technique en sus des questions plus directement politiques, le fait de confier à l'expert cette mission de représentation semble constituer un gage de cohérence et de stabilité dans le cadre des discussions entre les parties, lesquelles peuvent s'étendre sur plusieurs années, voire même parfois sur plusieurs décennies comme l'illustre par exemple le différend concernant la délimitation de la frontière entre l'Argentine et le Chili, qui a vu le jour à la fin du XIX^e siècle et qui perdurait manifestement encore un siècle plus tard¹⁰²¹. Si le fait pour chaque partie de trouver en l'expert un

¹⁰²¹ Voir à cet égard *The Cordillera of the Andes Boundary Case*, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 29 et s. ; *Argentine-Chile Frontier Case*, Argentine/Chili, sentence du 9 décembre 1966, *RSA*, vol. XVI, p. 109 et s. ; *Affaire du Canal de Beagle*, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 53 et s. ; *Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy*, Argentine/Chili, sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII,

interlocuteur unique – sur le plan formel tout du moins – offre d’ores et déjà une certaine réassurance technique et des facilités appréciables en termes d’organisation, cela permet encore d’instituer une certaine stabilité dans le cadre des discussions entre les États. À la différence des ambassadeurs, ministres, et chefs d’État, dont la mission de représentation est en effet conçue *ès qualités* – et donc par nature consubstantielle à la fonction qu’ils occupent au sein de l’État – l’expert, lui, se voit généralement confier cette mission au contraire à titre *intuitu personae*. Par suite, il peut plus facilement que les premiers envisager dans la durée sa fonction de représentation : n’étant en principe que peu exposé aux alternances politiques et s’acquittant de la mission de négociateur à titre personnel, rien n’interdit qu’il puisse l’occuper pendant une période de temps relativement longue, voire même jusqu’au règlement définitif du différend si tel est le souhait de l’État qu’il représente. Cela peut s’avérer un avantage potentiellement déterminant dans le cadre de la négociation : au-delà du climat de bienveillance et de cordialité sans lequel celle-ci ne saurait en tout état de cause avoir la moindre chance de succès, la permanence du lien qui peut alors s’établir entre les experts négociateurs favorise indubitablement l’institution d’une relation de confiance propice à la discussion et au règlement amiable du différend.

237. Au-delà de ce premier élément d’explication, une seconde piste peut sans doute être envisagée qui réside dans la possibilité d’une certaine objectivation des discussions entre les parties grâce à la présence – en lieu et place d’une autorité politique – de l’expert dans le rôle du négociateur. Si la négociation constitue de manière générale, on l’a vu, un mode de règlement pacifique des différends apprécié des États et largement usité par eux, l’on ne saurait ignorer qu’elle s’illustre encore, de par sa logique et les moyens peu invasifs qu’elle emploie, comme un outil privilégié pour la gestion des contentieux éminemment politiques ou d’une autre manière considérés comme particulièrement sensibles. L’on en veut pour preuve à nouveau le contentieux des délimitations territoriales et maritimes qui, puisqu’il touche au cœur de la souveraineté étatique, nécessite généralement d’être appréhendé avec patience, doigté, et qui constitue de ce fait une hypothèse habituelle de recours à la négociation¹⁰²². En pareils cas, le choix des États de confier à l’expert la charge de négocier pour et en leur nom est susceptible de présenter de réels avantages. D’une part en effet, l’expert apparaît généralement comme un interlocuteur sensiblement plus neutre qu’un ministre, un ambassadeur ou un chef d’État qui, par sa fonction même, peut difficilement prétendre se détacher de la dimension politique du différend. S’il se trouve certes investi des pleins

p. 3 et s. et sentence du 13 octobre 1995 en révision et en interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 151 et s.

¹⁰²² *Supra*, note 990.

pouvoirs par l'État qu'il représente, l'expert n'en reste lui pas moins dépourvu en principe de toute autorité politique puisque, comme souligné dans le paragraphe précédent, c'est vraisemblablement surtout en raison de sa personnalité et de ses connaissances spécialisées qu'il est sollicité pour cette mission de représentation. Sa qualité d'expert tend même à vrai dire à lui conférer l'image d'un acteur naturellement porté à l'objectivité¹⁰²³. S'il ne s'agit bien sûr en aucun cas de prétendre que l'expert serait capable d'être parfaitement objectif – que ce soit dans le cadre du procès, on l'a vu, ou même d'ailleurs dans le cadre plus apaisé de la négociation, dont il est ici question – l'on ne saurait véritablement douter de ce qu'il jouit en revanche d'une image bien plus neutre que celle des représentants de l'État que l'on mentionnait plus tôt et qui sont revêtus dans le cadre de leur fonction d'une autorité politique manifeste. Cette relative neutralité de l'expert peut alors favoriser l'abandon d'un certain nombre d'*a priori* chez les négociateurs, permettre de ménager les susceptibilités et ce faisant, de garder la discussion aussi ouverte que possible.

Cela est d'autant plus vrai que le fait de confier à l'expert la charge de négocier peut, d'autre part, contribuer à une prise en compte plus équilibrée et *in fine* plus saine des divers aspects du différend : l'expert étant par nature enclin à considérer avec beaucoup d'attention les aspects technico-scientifiques du litige, il est susceptible d'éviter que la dimension politique de celui-ci ne soit surinvestie lors des discussions – ce qui pourraient être le cas avec les négociateurs plus traditionnels évoqués ci-dessus qui, malgré leur bonne foi, peuvent demeurer très largement prisonniers de la fonction qu'ils occupent au sein de l'État. Les questions d'ordre technique ou scientifique étant dominées par le jeu de la logique et soumises, dans une certaine mesure au moins, aux rigueurs du raisonnement scientifique, leur (re)valorisation au travers de la présence de l'expert à la négociation permet d'atténuer si nécessaire le poids des considérations politiques et de les enfermer dans un cadre technico-scientifique plus neutre, possiblement apaisant pour les parties. En contribuant au développement d'une vision globale des difficultés et en lissant les aspects les plus sensibles de la négociation, l'expert est donc susceptible de faciliter grandement la discussion et de minimiser les risques de blocage.

238. En lien direct avec ces derniers développements, l'on soulignera enfin une troisième piste qui peut être avancée pour expliquer le choix des États de confier à l'expert la mission de les représenter à la négociation, une piste qui repose sur la flexibilité que cela est susceptible de leur offrir dans le cadre de leurs discussions. L'on vient en effet de remarquer que la présence de l'expert dans le rôle du négociateur est sans doute de nature à favoriser l'émergence d'un équilibre salutaire

¹⁰²³ L'on renverra notamment dans ce sens aux développements de la fin de la première partie de cette étude, §112 et suivants.

entre les divers aspects – politiques, techniques ou autres, ces derniers apparaissant peut-être moins controversés mais pas nécessairement moins pertinents pour le règlement du différend – des problèmes soumis à la discussion entre les parties. Au-delà de cette possibilité d’objectiver la discussion pour lui conserver les meilleures chances de succès, l’on notera surtout que la présence de l’expert constitue de manière générale un indéniable gage de flexibilité – tant sur le fond que sur la forme – dans le cadre de la négociation. S’agissant du fond, parce qu’il apparaît comme un acteur qui dispose d’une vision globale du différend, d’une maîtrise des aspects tant politiques que technico-scientifiques du litige, l’expert offre aux parties la possibilité de déterminer en fonction de leurs souhaits et au plus près de leurs besoins la place respective qui sera laissée à chacun de ces aspects dans la discussion, et les modalités de leur agencement en vue de la mise au point d’un règlement amiable. Les questions scientifiques et/ou techniques peuvent notamment constituer, au travers de la présence de l’expert dans le rôle du négociateur, une véritable variable d’ajustement de la discussion : il est ainsi loisible aux parties de leur conférer une place de premier plan dans le processus de négociation, particulièrement pour faciliter, comme expliqué précédemment, la recherche d’un accord qu’elles sauraient être difficilement envisageable si les discussions étaient menées prioritairement ou même exclusivement sur le plan politique ; à l’inverse, si la négociation semble finalement pouvoir atteindre son but par le jeu de la logique politique, les considérations techniques, sans perdre évidemment tout intérêt, peuvent être relayées au second plan et appréhendées essentiellement à l’aune de la solution politique intervenue entre les parties, en vue de sa mise en œuvre pratique.

S’agissant de la forme, le fait de nommer un expert à titre de négociateur peut également s’avérer très profitable pour les parties, en leur permettant notamment d’adapter le degré de formalisme de leurs discussions : si les ministres, ambassadeurs et chefs d’État contribuent invariablement, lorsqu’ils agissent à titre de négociateurs, à conférer aux discussions un tour très solennel – effet qui peut au demeurant être recherché par les parties au différend, particulièrement pour marquer le sérieux de leur engagement dans la négociation – l’expert, lui, leur offre au contraire par sa présence la possibilité d’instituer une ambiance moins formelle, plus intime et détendue, en toile de fond de la négociation. N’étant généralement investi – en dehors de son rôle ponctuel de plénipotentiaire lors de la négociation – d’aucune fonction officielle de représentation au sein de l’État, et étant sans doute assez peu familier des questions d’étiquette, l’expert est naturellement porté à un moindre formalisme, à une plus grande simplicité dans le cadre des relations qu’il lie avec l’autre partie. Rien n’interdit bien sûr à l’État qu’il représente de le briefier pour tenter, si tel est son souhait, d’enfermer les discussions dans un formalisme éventuellement assez poussé, mais cela

relève alors d'un choix de la part de celui-ci bien plus que d'un état de fait qui s'imposerait à lui. En donnant aux États parties à la négociation la possibilité de moduler le caractère plus ou moins solennel des discussions, l'expert peut favoriser l'échange, la cordialité entre les parties et à terme l'émergence d'une solution amiable entre celles-ci. Aussi, le choix des États de confier à un expert la charge de négocier pour et en leur nom est susceptible, on le voit, de constituer un gage précieux de flexibilité dans le cadre de leurs discussions.

239. À l'issue de ces développements, l'on comprend sans trop de peine le succès que rencontre le recours à l'expert dans le cadre de la négociation. Non seulement ce mode de règlement pacifique des différends fournit-il un cadre particulièrement favorable à l'expertise, limitant l'inquiétude qu'elle suscite d'ordinaire chez les États et lui permettant de déployer ses effets sur la base d'un rapport à la science qui se veut réaliste – donc par conséquent moins frustrant et plus sain que celui qui prévaut d'ordinaire dans le procès – mais il semble encore qu'il lui offre la possibilité de démontrer un potentiel inattendu pour l'apaisement des situations conflictuelles. Que ce soit en raison de ses connaissances spécialisées, de sa relative neutralité ou même de sa capacité à développer une maîtrise globale des problématiques soumises à la discussion, l'expert peut être pourvoyeur tout à la fois de réassurance technique, de cohérence, d'objectivité, et de flexibilité pour les États parties à la négociation. Considérant le choix que font régulièrement ces derniers de lui confier la charge de les représenter dans le cadre de leurs discussions, il semble bien que les atouts de l'expertise à cet égard ne leur aient pas échappé. Alors même qu'elle peine à convaincre de sa pertinence dans le procès, l'expertise constitue, on le voit, un dispositif parfaitement fonctionnel dans le cadre de la négociation entre États. Et de manière peut-être assez surprenante, son succès est alors susceptible de déborder le cadre limité de la négociation : par le truchement de ce mode de règlement pacifique des différends, l'expert se voit finalement offrir une opportunité inattendue de réinvestir le prétoire.

240. Utilisée dans le cadre de la négociation et avant même l'engagement d'une quelconque procédure contentieuse, l'expertise contribue sans nul doute comme l'auront montré les développements ci-dessus à donner à la discussion entre les parties toutes ses chances. Toutefois, quand bien même le différend subsisterait à l'issue de la négociation, elle n'en conserve pas moins une utilité réelle qui transparaît cette fois-ci dans le cadre même de la procédure contentieuse. Les discussions menées par les experts lors de la négociation fournissent en effet au juge ou à l'arbitre international des informations précieuses, tant quant à l'élucidation des faits que sur la chronologie du différend et les aspects scientifiques et/ou techniques de ce dernier. Elles lui facilitent considérablement la tâche pour cerner les tenants et les aboutissants des questions en litige et

peuvent lui épargner la nécessité de faire appel à un ou plusieurs autres experts pour l'aider à appréhender les aspects du différend nécessitant des connaissances spécialisées. Cela est d'autant plus vrai que, si l'expertise est généralement une cause d'affrontements entre les parties et une source d'inquiétude pour tous les acteurs du procès, il n'est que très peu probable qu'il en aille de même ici puisque, comme expliqué précédemment, la négociation lui offre un cadre très largement favorable et pacifié. L'expertise n'en acquiert de fait qu'une plus grande légitimité dans le procès : ayant initié les discussions et les travaux des experts et jouit d'un contrôle poussé sur les échanges engagés entre ces derniers dans le cadre de la négociation, les États ne peuvent envisager – sans risquer du moins de se voir taxer de mauvaise foi – d'en contester à la légère le bien-fondé. Les discussions menées par les experts en amont de la procédure contentieuse peuvent ainsi constituer une source d'informations précieuse pour le juge ou l'arbitre international, et cela d'autant plus que les éléments qui en résultent sont issus d'un processus largement consensuel. C'est sans craintes excessives que la Commission de conciliation franco-italienne a donc utilisé, comme base de ses constatations, les rapports des deux commissions d'experts civils – l'une française, l'autre italienne – que les parties avaient préalablement nommées pour négocier sur la question des Œuvres Pies dans le *Différend Opere Pie*¹⁰²⁴. Pareillement, dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili-Sedudu*, la CIJ décida de s'appuyer à plusieurs reprises sur le rapport du groupe d'experts constitué par le Botswana et l'Afrique du Sud en 1985 pour discuter des questions frontalières pendantes entre les deux pays¹⁰²⁵. Quant au Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Frontière dans la Cordillère des Andes*, ayant renvoyé aux travaux et discussions menés par les experts des parties « *[in a] very courteous and conciliatory manner* »¹⁰²⁶, il a affirmé sa volonté

« *of acknowledging our indebtedness to [...] the experts appointed by both Governments for their laborious researches, for the extensive surveys which they have executed in regions hitherto but little known, and for the historical and scientific information which they have laid before us relating to the controversy* »¹⁰²⁷.

De même, son succès dans le cadre de la négociation entre États a parfois permis à l'expert de revendiquer un rôle complémentaire à celui du juge international dans le cadre du règlement du

¹⁰²⁴ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Opere Pie*, décision n°277 du 4 octobre 1960, *RSA*, vol. XVI, p. 189. L'on notera avec intérêt que grâce aux négociations préalables qui lui ont servi de cadre, l'expertise est apparue suffisamment pacifiée à la Commission de conciliation pour que celle-ci décide par la suite que, pour autant qu'il soit besoin de procéder à des évaluations de biens, « *les Commissions d'experts civils, désignées par les deux gouvernements, sont invitées à procéder d'un commun accord à ces évaluations* » (p. 191).

¹⁰²⁵ CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu*, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1095 et 1100.

¹⁰²⁶ *The Cordillera of the Andes Boundary Case*, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 39.

¹⁰²⁷ *Id.*

différend. En effet, l'engagement d'une procédure contentieuse entre les États concernés n'a pas pour effet, contrairement à ce que l'on pourrait craindre de prime abord, de retirer tout intérêt à la négociation. Si celle-ci est évidemment le plus souvent mise en œuvre en amont du règlement juridictionnel, rien n'interdit aux parties d'y avoir recours également durant le procès et en parallèle de ce dernier. Il peut s'agir ce faisant d'isoler et de soustraire à la procédure contentieuse en cours certaines problématiques, certains aspects du différend qui nécessitent d'être appréhendés avec une souplesse, un doigté particulier et/ou pour lesquels il semble possible aux États de parvenir à un accord amiable. Outre que le règlement amiable apparaît sans doute toujours préférable pour les parties dans le contentieux interétatique, cela contribue à entretenir le dialogue entre elles, à favoriser une attitude cordiale et productive y compris dans le cadre du procès qui se tient alors concomitamment à leurs discussions. C'est ainsi que dans l'*Affaire du Thon à nageoire bleue*, le Japon, l'Australie et la Nouvelle-Zélande continuaient, parallèlement à l'instance devant le Tribunal arbitral, à négocier sur la mise au point par leurs experts respectifs d'un programme de pêche expérimental acceptable par l'ensemble des parties. Loin de s'opposer à la tenue de pareilles négociations, le Tribunal salua le fait que ces dernières avaient « *increasingly manifested flexibility of approach to the problems that divide them* »¹⁰²⁸. Par ailleurs, la négociation menée par les experts des parties en parallèle de la procédure contentieuse est encore susceptible d'offrir au juge international un concours précieux en vue du règlement du différend, puisque les aspects technico-scientifiques de celui-ci peuvent alors être écartés des débats lors du procès et traités dans un cadre plus serein et pacifié. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, l'on notera d'ailleurs que la CIJ a choisi d'ordonner à l'Islande et au Royaume-Uni de négocier sur la question des droits préférentiels, laquelle « *nécessite une connaissance scientifique détaillée des terrains de pêche* »¹⁰²⁹, plutôt que de se prononcer elle-même sur cette question dans sa décision, ce qui aurait de toute évidence nécessité de convoquer les savoirs d'experts dans le cadre du procès, avec les risques que l'on sait. Le Tribunal arbitral constitué par la France et le Royaume-Uni dans l'*Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise* décida de la même manière de s'en remettre, au cours de l'instance, à la négociation entre les parties et leurs experts « *to identify precisely the respective terminal points of each of the agreed segments in the Channel and to give the relevant coordinates of the median line in*

¹⁰²⁸ *Affaire du thon à nageoire bleue*, Nouvelle-Zélande/Japon et Australie/Japon, sentence du 4 août 2000, *RSA*, vol. XXIII, p. 47.

¹⁰²⁹ CIJ, *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, arrêt du 25 juillet 1974 (fond), *Rec.* 1974, p. 32.

those segments »¹⁰³⁰, afin de lui permettre de se prononcer sur la délimitation de leurs plateaux continentaux respectifs.

241. Si l'on s'était jusqu'à présent essentiellement interrogé sur les difficultés rencontrées par l'expertise dans le cadre du procès et sur les diverses options qui s'offraient à elle pour les surmonter et prouver qu'elle avait toujours un rôle à jouer à l'instance, il n'est pas sans intérêt de constater que c'est peut-être aussi en sortant de ce cadre, en faisant ailleurs la preuve de sa pertinence et de son efficacité, qu'elle se trouve finalement en mesure de réinvestir le prétoire des fors internationaux. Après avoir constaté que l'expertise constituait un dispositif parfaitement fonctionnel et largement usité dans le cadre de la négociation entre États, après avoir souligné les nombreux atouts – raison de son succès – qu'elle pouvait mettre à la disposition des intéressés en pareil cas, l'on s'interrogera dans la seconde et dernière section de ce chapitre sur son emploi dans le cadre d'un autre mode bien connu de règlement pacifique des différends entre États, à savoir la conciliation internationale.

Section 2

L'EXPERT DANS LE CADRE DE LA CONCILIATION INTERNATIONALE

242. L'on a vu dans la section précédente que c'est sans aucun doute grâce au cadre favorable que lui offrait la négociation que l'expertise était en mesure de déployer ses effets bénéfiques, de démontrer une nouvelle fois qu'elle avait parfaitement sa place dans le cadre du règlement des différends interétatiques. L'on constatera dans les développements à venir que cela se vérifie également s'agissant d'un autre mode de règlement pacifique des différends, à savoir la conciliation internationale : si celle-ci diffère bien sûr sensiblement de la négociation, elle présente elle aussi une logique et des caractéristiques originales qui en font un cadre tout à fait propice au bon fonctionnement et même au succès de l'expertise (§1). Ayant surmonté les craintes qu'elle suscite d'ordinaire chez les États, bénéficiant d'un cadre neutre dans lequel toute velléité d'autoritarisme est écartée au profit d'une confiance non seulement nécessaire mais encore indispensable dans la personne du ou des conciliateurs, l'expertise contribue alors pleinement à la réussite de la conciliation, qu'il s'agisse de faire toute la lumière sur les faits de l'affaire, d'éviter une trop grande juridictionnalisation de la procédure ou encore d'assurer la légitimité des conclusions des conciliateurs auprès des parties (§2).

¹⁰³⁰ *Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise*, France/Royaume-Uni, sentence du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 63.

§1 - Les atouts de la conciliation comme cadre du recours à l'expert

243. Si la négociation apparaît comme un mode ancien de règlement pacifique des différends, bien connu et très usité des États, l'histoire de la conciliation internationale, apparue seulement quant à elle au lendemain de la première guerre mondiale, est moins univoque et sans aucun doute plus mouvementée. Depuis les incertitudes affectant sa définition, questionnant son autonomie par rapport à la notion voisine de médiation, jusqu'aux doutes planant sur son champ d'application, son efficacité et sa pertinence¹⁰³¹, la conciliation internationale a manifestement peiné à s'imposer comme un mode crédible de règlement pacifique des différends interétatiques. Pourtant, sous réserve de lui reconnaître la nécessaire flexibilité qu'imposent tant son but que sa philosophie, l'on constate comme le remarquait le juge Cot dans son ouvrage consacré sur le sujet, que le « principe de conciliation » est non seulement approprié aux besoins des États mais qu'il inspire encore aujourd'hui nombre de procédures visant au règlement amiable des différends interétatiques, y compris en dehors du cadre restreint des relations bilatérales entre les États concernés¹⁰³². S'approchant sur le plan formel du modèle arbitral tout en s'en distinguant sur le fond par le caractère intrinsèquement non obligatoire des constatations des conciliateurs, partageant les objectifs de la médiation tout en pariant sur l'absence d'autorité politique des individus auxquels on la confie, faisant enfin de la confiance un élément-clé de la relation qui se tisse entre les conciliateurs et les parties, la conciliation s'inspire et synthétise, tout en les dépassant, les divers modes existants de règlement pacifique des différends. Il en résulte une procédure originale, pensée toute entière pour vaincre les craintes des États parties au différend et finalement mieux susciter leur adhésion à la solution proposée.

244. C'est dans ce cadre peu banal que l'expertise a régulièrement été sollicitée par les États depuis le début du XXème siècle et au cours des dernières décennies. Ainsi, dans la célèbre affaire du *Dogger Bank*, la Russie et le Royaume-Uni décidèrent de constituer une commission d'experts maritimes (en l'occurrence, cinq amiraux assistés de deux jurisconsultes-asseesseurs avec voix consultative) pour faire toute la lumière sur les faits ayant conduit, un peu moins d'un an avant l'épilogue de la guerre russo-japonaise, une escadre russe à ouvrir le feu sur plusieurs chalutiers britanniques, qu'elle avait semble-t-il confondu avec des torpilleurs nippons¹⁰³³. De même, dans les

¹⁰³¹ COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 3 à 12.

¹⁰³² *Ibid*, p. 10 puis p. 252 et s.

¹⁰³³ Voy. « Affaire du *Dogger Bank* ou des Pêcheurs de Hull », *Journal du droit international privé*, 1905, tome 1, p. 241 ; « De quelques règles de procédure appliquées en matière d'enquête internationale », *Journal du droit international privé*, 1906, p. 332 ; MANDELSTAM (A.), « La Commission internationale d'enquête sur l'incident de la

affaires relatives aux emprunts japonais, c'est un expert unique qui fut nommé comme conciliateur en la personne du Président du Fonds monétaire international s'agissant de l'emprunt à 4% de 1910 et du Président de la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement s'agissant de l'emprunt à 5% de 1912¹⁰³⁴. À côté de ces exemples dans lesquels la conciliation fut utilisée de manière autonome, d'autres cas témoignent évidemment de ce que l'expert peut être amené à faire œuvre de conciliation en amont ou en parallèle d'une procédure contentieuse entre les parties.

À cet égard, l'on remarquera que dans l'*Affaire de l'interprétation de l'article 79§6 c) du traité de paix franco-italien*, la Commission de conciliation franco-italienne – dont l'appellation ne saurait en l'occurrence être plus trompeuse¹⁰³⁵ – décida de confier une expertise à un collège de trois membres qui devait commencer par « *[e]xaminer les prétentions de chaque intéressé [...]* » sur la question délicate des biens « manquants » et « *prendre toutes informations aptes à consentir un jugement tant sur la faute du gouvernement français ou de l'Administrateur-séquestre que sur le montant du dommage* » pour ensuite « *faire des propositions motivées d'indemnisation [...]* » visant à clore à l'amiable cet aspect du litige pendant entre les deux parties¹⁰³⁶. De même, dans le *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière*, la Commission de conciliation franco-italienne avait nommé un « *expert neutre* », M. Solari, qui, ayant écouté les revendications des parties et de leurs experts, fit des propositions pour rechercher, parallèlement à l'instance, une solution consensuelle sur certains aspects du différend qui, par leur nature ou leur sensibilité, se prêtaient assez mal à une décision purement judiciaire. Il conseilla par exemple aux gouvernements « *d'envisager une rectification de la frontière pour qu'une partie des biens privés des habitants d'Olivetta San Michele cesse de se trouver sur territoire français [...]* » ou proposa « *[...] d'accord d'ailleurs avec ses collaborateurs français et italiens* » de « *laisser le bois de Paola en copropriété des deux communes de Breil et d'Olivetta San Michele, les quotes-parts étant respectivement de 44% et de 56%* », ce qui permettait d'assurer une répartition

Mer du Nord », *RGDIP*, 1905, tome 12, p. 161 et s. ; *Dogger Bank Inquiry*, in SCOTT (J. B.) (ed.), *The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, pp. 403-413. L'on soulignera que la Commission constituée par les parties en cette occasion était – au moins officiellement – une commission d'enquête et non une commission de conciliation. Néanmoins, celle-ci ne s'est pas contentée dans les faits de simples constatations sur les aspects factuels du différend, elle a également tiré des conclusions quant à l'engagement de la responsabilité de la Russie sur le plan juridique et fait des recommandations à destination des parties quant aux modalités qui lui semblaient le mieux à même de clore de manière définitive le différend. Aussi, l'on peut sans doute se demander s'il demeure encore pertinent de lui dénier l'exercice d'une fonction de conciliation.

¹⁰³⁴ Sur ce point, voir par exemple CHARPENTIER (J.), « Pratique française concernant le droit international public », *AFDI*, 1957, vol. 3, n°1, p. 796.

¹⁰³⁵ L'on soulignera qu'en dépit de son appellation, le caractère arbitral des décisions rendues par la Commission de conciliation franco-italienne ne fait en effet guère de doute : cf. notamment sur ce point, FITZMAURICE (G. G.), « The juridical clauses of the peace treaties », *RCADI*, 1948-II, vol. 73, pp. 363-364 ou encore VIGNES (D.), « La Commission de conciliation franco-italienne », *AFDI*, 1955, vol. 1, pp. 212-217.

¹⁰³⁶ Commission de conciliation franco-italienne, *Affaire de l'interprétation de l'article 79§6 c) du traité de paix franco-italien*, décision n°196 du 7 décembre 1955, *RSA*, vol. XIII, pp. 438-439.

équitable des moyens de subsistance entre les populations locales des deux États¹⁰³⁷. L'expertise ordonnée par la Commission de conciliation franco-italienne dans le *Différend Textiles et Textiles* pour déterminer le montant de l'indemnité due par l'Italie à la société requérante permit, elle aussi, de faire apparaître alors que l'instance touchait à sa fin « *des possibilités de règlement amiable* » entre les deux parties, laissant entrevoir des perspectives très encourageantes pour le règlement du différend et au-delà, pour le rétablissement de relations cordiales entre la France et l'Italie¹⁰³⁸. Dans l'*Affaire des zones franches franco-suisse*s, c'est encore à trois experts que les parties décidèrent de confier le soin de tenter de concilier leurs vues sur la meilleure façon de régler les échanges entre les zones concernées, avant d'opter un peu plus tard pour un règlement juridictionnel de la question, qui s'en trouva manifestement facilité¹⁰³⁹. Enfin, le Canada et la France choisirent d'instituer une commission permanente d'experts pour tenter de concilier, avant tout recours au juge, les vues des deux parties chaque fois que des divergences se feraient jour dans l'application de la convention du 27 mars 1972 réglant leurs droits et obligations réciproques en matière de pêche, ainsi que ce fut le cas dans l'*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁷ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière*, décision n°163 du 9 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 541.

¹⁰³⁸ Commission de conciliation franco-italienne, *Différend Textiles et Textiles*, décision n°249 du 12 mai 1959, *RSA*, vol. XIII, p. 760. Dans le même sens, voir encore devant la Commission de conciliation franco-italienne le *Différend Bonnet-Piemontese*, décision n°120 du 3 mars 1952, *RSA*, vol. XIII, pp. 86-87 et le *Différend Héritiers Lebas de Courmont*, décision n°224 du 21 novembre 1957, *RSA*, vol. XIII, p. 769.

¹⁰³⁹ *Affaire des zones franches franco-suisse*s, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, pp. 1458-1459. L'on notera que la terminologie utilisée dans la sentence (la négociation devait être menée « *avec le concours et sous la médiation de trois experts* », p. 1458, nous soulignons) peut *a priori* paraître flottante et jeter le doute sur le contenu exact de la mission confiée aux experts. Cependant, plusieurs éléments permettent d'écarter sur le fond l'hypothèse d'une médiation et de confirmer qu'il s'agissait bien là d'une conciliation, à commencer par le fait que les parties ont décidé de recourir à trois experts en leur capacité individuelle (élément hautement significatif lorsqu'on sait qu'en 1933, la médiation se définissait presque exclusivement, selon une formule empruntée au juge Cot, comme « *le recours au Prince* », c'est-à-dire à l'État, comme médiateur). Par ailleurs, le fait que les parties aient prévu qu'en cas d'échec des discussions, les trois mêmes experts seraient appelés à siéger en tant que tribunal arbitral plaide encore en faveur de la conciliation, dont la proximité du modèle arbitral est indéniable (certains auteurs sont même allés jusqu'à la qualifier de procédure quasi-judiciaire, cf. *op. cit.* Cot, p. 191-195), et qui marque sur ce point sa différence avec la médiation.

¹⁰⁴⁰ *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 231. L'on pointerait encore du doigt une autre affaire, celle des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, qui mérite une attention particulière en ce qu'elle donne à voir une procédure à bien des égards semblable à une conciliation, à l'exception notoire de ses modalités de mise œuvre : en effet, ainsi qu'on le verra dans les développements à venir, si la conciliation se singularise traditionnellement par son caractère éminemment volontariste, le cas des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor* demeure à part puisque la procédure engagée en faveur du rapprochement des parties avait été ordonnée par le TIDM à titre de mesure conservatoire – et donc sans que les parties puissent s'y opposer. Plus précisément, le TIDM ordonna à la Malaisie et à Singapour dans son ordonnance du 8 octobre 2003 de constituer un groupe d'experts indépendants auquel il serait demandé, dans l'attente de la décision du juge au fond, « *to conduct a study [...] to determine [...] the effects of Singapore's land reclamation and to propose, as appropriate, measures to deal with any adverse effects of such land reclamation* » (TIDM, *Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor*, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, p. 10). Les travaux de ce groupe d'experts indépendants, menés en parallèle de la procédure contentieuse sous la direction et le contrôle des parties puis résumés dans un rapport remis à celles-ci (et non au juge, ce qui ne laisse guère planer de doute sur l'objectif alloué à ce groupe d'experts), permirent finalement à celles-ci de parvenir à un accord à l'amiable pour la totalité de leur différend sur la base des recommandations (évidemment non contraignantes) qu'il contenait.

245. Au regard de ces quelques exemples, il semble que l'expertise soit d'emploi régulier dans le cadre de la conciliation internationale et qu'elle permette, lorsqu'elle est articulée à une procédure contentieuse, d'anticiper et/ou de suppléer utilement l'intervention des fors internationaux en vue du règlement pacifique des différends entre États. Quelles caractéristiques spécifiques, quels traits originaux ce mode de règlement des différends présente-t-il qui permettent de pacifier le recours à l'expert et d'en tirer le meilleur parti en vue d'un rapprochement des États en amont ou en parallèle de la procédure contentieuse ? Le trait le plus remarquable de la conciliation tient sans aucun doute à son caractère strictement volontariste. Bien entendu, chacun admettra qu'il s'agit là d'une caractéristique de prime abord assez commune et que partagent à vrai dire, d'une manière ou d'une autre, tous les modes de règlement des différends mettant en cause des États souverains. Néanmoins, si l'on ne peut que s'accorder sur le principe d'une nécessaire prise en compte de la volonté de l'État, force est de constater que tous les modes de règlement pacifique des différends ne lui font pas la même place. Ainsi, le choix pour les États de porter leurs différends devant des cours ou des tribunaux internationaux permanents, dotés de statuts et de règlements de procédure préexistants, a-t-il tendance à se traduire par un moindre contrôle de leur part sur le déroulement de l'instance que celui dont ils disposent en cas de recours devant un tribunal arbitral, dont ils peuvent alors maîtriser tout à la fois le mandat et la procédure. L'arbitrage implique lui-même des contraintes plus lourdes pour les intéressés que la médiation, qui est généralement facultative tant dans sa mise en œuvre que dans son résultat¹⁰⁴¹. Quant à la conciliation, elle constitue – à l'exception des négociations directes, qui n'appellent bien sûr pas de recours à des tiers indépendants et impartiaux pour favoriser l'émergence d'une solution consensuelle entre les parties – le mode de règlement pacifique des différends qui apparaît sans doute aujourd'hui le plus respectueux de la souveraineté des États et celui qui leur offre aussi le plus de liberté. Outre qu'elle est en principe, comme la médiation, facultative dans sa mise en œuvre¹⁰⁴² aussi bien que dans son résultat, elle apparaît marquée par une volonté très nette de prémunir les États contre toute forme de pression – notamment politique – qui pourrait s'exercer à leur encontre à l'occasion de la procédure, cela en réaction aux dérives qui se

¹⁰⁴¹ L'on relève certes dans l'histoire un certain nombre de cas de médiation obligatoire, notamment à partir du Congrès de Vienne de 1815. Mais loin d'entériner le principe d'une médiation obligatoire, les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 l'ont plutôt par la suite vidé de son contenu : les Puissances signataires s'engageaient en effet, au titre de l'article 2 desdites conventions, à recourir à la médiation mais seulement « *en tant que les circonstances le permett[raient]* ». Depuis, à quelques exceptions près – voy. par exemple CHARPENTIER (J.), « L'affaire du Rainbow Warrior : le règlement interétatique », *AFDI*, 1986, vol. 32, pp. 873-885 – il semble que le principe de la médiation facultative se soit largement imposé.

¹⁰⁴² Si le principe de la conciliation obligatoire existe et a pu être retenu dans un certain nombre de traités de conciliation tels les célèbres accords de Locarno de 1925, l'on notera cependant qu'il est demeuré d'ordre très théorique, n'étant par nature que difficilement compatible avec la logique et le cadre de la conciliation. Au demeurant, dès l'origine, il ne se concevait d'ailleurs que de manière limitée puisque les parties n'étaient tenues de recourir à la conciliation qu'en cas de différend non justiciable. Pour de plus amples développements sur ce point, voir COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, pp. 106-107.

firent parfois jour dans le cadre de la médiation. Comme l'explique en effet le juge Cot, si le « *recours au Prince* » peut hâter le règlement du conflit, c'est toujours au risque de voir ce dernier « *jeter son glaive dans le fléau de la balance, afin que sa proposition l'emporte* »¹⁰⁴³ car, pour neutre qu'il soit à l'égard des parties, « *il possède un intérêt propre et l'on peut craindre que la solution préconisée par lui reflète davantage ses préoccupations que le souci de parvenir à un compromis équitable* »¹⁰⁴⁴. Et le juge de conclure : « *La neutralité d'une autorité politique est toujours suspecte* »¹⁰⁴⁵. En conséquence, la conciliation vise, sans doute plus que tout autre mode de règlement pacifique des différends faisant intervenir des tiers impartiaux et indépendants, à préserver au maximum les prérogatives des États en conflit, ceci dans l'idée d'éviter de cristalliser au travers de la procédure leurs craintes et oppositions et de s'assurer leur pleine et entière collaboration, c'est-à-dire dans l'idée de créer de la confiance tant entre les conciliateurs et les parties qu'entre les parties elles-mêmes. Comment ce préalable de la confiance – qui constitue à n'en pas douter un trait distinctif et très spécifique à la conciliation – se traduit-il alors dans la pratique ?

246. Pour commencer, et puisqu'elle vise à rapprocher leurs points de vue, la conciliation ne saurait évidemment, ainsi que souligné plus avant, être mise en œuvre sans l'accord ou en dehors de l'adhésion des États en conflit. Cela ne signifie certes pas que l'accord de ces derniers doive être stipulé de manière explicite ou avant même la survenance du différend ; il peut demeurer essentiellement tacite et être donné au cas par cas, après la naissance du conflit, quels que soient par ailleurs les autres mesures que les intéressés pourraient avoir prises pour assurer un règlement pacifique de celui-ci¹⁰⁴⁶. Mais pour tacite et ponctuel qu'il soit, il ne doit laisser planer aucun doute sur la volonté des parties de collaborer à la conciliation, sans quoi celle-ci ne saurait avoir la moindre chance de succès. Ainsi, les expertises diligentées pour rapprocher les parties en parallèle des procédures contentieuses engagées dans les affaires susmentionnées de l'*Interprétation de l'article 79§6 c) du traité de paix franco-italien* ou de la *Répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière* furent-elles ordonnées par la Commission de conciliation franco-italienne et non par les parties elles-mêmes ; cependant, outre le fait que ces dernières ont manifesté une volonté évidente de collaborer aux travaux de ou des experts¹⁰⁴⁷, l'on notera que la

¹⁰⁴³ *Ibid*, p. 1.

¹⁰⁴⁴ *Ibid*, p. 2.

¹⁰⁴⁵ *Id.*

¹⁰⁴⁶ L'on renverra à nouveau sur ce point, aux travaux du juge Cot dans son ouvrage précité, *op. cit.*, pp. 8-9. *A contrario* toutefois, et pour un cas limite sur ce critère, voy. par exemple l'affaire précitée des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor* (TIDM, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, p. 10).

¹⁰⁴⁷ Cela paraît flagrant, notamment à la lecture de la sentence concernant la *Répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière* (voy. par exemple p. 541 et s.).

volonté initiale des parties en créant ladite commission était précisément – indépendamment du fait que celle-ci ait par la suite agi presque exclusivement comme un tribunal arbitral – de permettre le recours à la conciliation avant un éventuel règlement judiciaire du différend¹⁰⁴⁸. Aussi, l'adhésion des parties à la conciliation ne faisait-elle dans les deux cas, en dépit des modalités de sa mise en œuvre, guère de doute.

247. Outre ce premier élément, la conciliation peut encore s'appuyer, pour rassurer les États, sur un formalisme qui approche volontairement celui du procès : tirant les leçons des dérives intervenues dans le cadre – à vrai dire bien plus informel – de la médiation, la conciliation s'inscrit, elle, dans des formes et dans un maillage procédural qui visent de toute évidence à protéger les prérogatives des États en conflit. S'inspirant en cela directement de l'arbitrage, l'organe de conciliation fonctionne donc généralement suivant des règles préétablies par les parties, lesquelles déterminent entre autres, pêle-mêle, les modalités de choix des conciliateurs, leur nombre (en principe toujours impair cependant)¹⁰⁴⁹, la compétence et le mandat précis qui leur sont alloués, le délai qui leur est imparti pour rendre leur rapport ou encore les modalités d'organisation et de vote au sein de l'organe de conciliation. S'agissant du choix des conciliateurs, ceux-ci devaient par exemple être choisis d'un commun accord par les parties dans l'affaire susmentionnée des *Zones franches franco-suisse*, à défaut de quoi « *lesdits experts seront désignés parmi les ressortissants de pays autres que la Suisse et la France par le juge exerçant actuellement les fonctions de Président de*

¹⁰⁴⁸ La combinaison des alinéas 1 et 6 de l'article 83 du traité du 10 février 1947 en vertu duquel la Commission de conciliation franco-italienne fut instituée ne laisse planer aucun doute sur ce point. L'alinéa 1 se lit ainsi : « *Tous les différends qui pourront s'élever à propos de l'application [...] du présent traité, seront soumis à une commission de conciliation, composée d'un représentant du gouvernement de la Nation Unie intéressée et d'un représentant du Gouvernement italien, agissant sur un pied d'égalité. Si un règlement n'est pas intervenu dans les trois mois qui suivront la date à laquelle le différend a été soumis à la commission de conciliation, l'un ou l'autre gouvernement pourra demander l'adjonction à la Commission d'un tiers membre choisi, d'un commun accord, par les deux gouvernements, parmi les ressortissants d'un État tiers [...]* » (nous soulignons). Quant à l'alinéa 6, il ajoute : « *La décision de la majorité des membres de la commission sera considérée comme décision de la commission et acceptée par les parties comme définitive et obligatoire* » (nous soulignons). Aussi, il ressort d'une lecture conjointe de ces deux alinéas que c'est seulement lorsque les parties ont fait appel au troisième membre de la Commission que celle-ci peut rendre des décisions définitives et obligatoires. L'on notera au demeurant que cette façon d'agencer conciliation et arbitrage est assez courante : cf. par exemple les traités Knox du 3 août 1911 ou plus récemment, l'article 10 de l'Accord du 27 mars 1972 entre la France et le Canada, qui prévoit des modalités sensiblement identiques (*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, p. 231).

¹⁰⁴⁹ L'on remarquera par exemple que si les États en conflit avaient privilégié, dans l'*Affaire des zones franches franco-suisse* et dans celle du *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, un organe de conciliation composé de trois experts (*Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, RSA, vol. III, p. 1458 et *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, p. 231), il en allait différemment dans le *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière* et dans les affaires des emprunts japonais où celle-ci fut confiée à un expert unique (Commission de conciliation franco-italienne, *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière*, décision n°163 du 9 octobre 1953, RSA, vol. XIII, p. 541 et CHARPENTIER (J.), « Pratique française concernant le droit international public », *AFDI*, 1957, vol. 3, n°1, p. 796). L'affaire du *Dogger Bank*, bien que non adossée à une quelconque procédure contentieuse, offre à voir quant à elle un organe de conciliation composé non plus d'un ou de trois, mais de cinq experts (*Dogger Bank Inquiry*, in SCOTT (J. B.) (ed.), *The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, pp. 403-413).

la Cour permanente de Justice internationale [...] »¹⁰⁵⁰. En revanche, dans l’*Affaire concernant le filetage à l’intérieur du golfe du Saint-Laurent*, la France et le Canada avaient décidé que chacun désignerait un expert de sa nationalité, avant de nommer le troisième et dernier expert d’un commun accord¹⁰⁵¹. Quant à la Russie et au Royaume-Uni dans l’affaire du *Dogger Bank*, ils choisirent, outre un commissaire-expert de leur nationalité respective, de demander à la France et aux États-Unis de nommer chacun un commissaire-expert de leur nationalité, à charge ensuite pour les quatre commissaires ainsi nommés de choisir d’un commun accord le dernier commissaire-expert appelé à siéger parmi eux¹⁰⁵². S’agissant des délais, les parties avaient précisé, dans l’affaire précitée du *Filetage à l’intérieur du golfe du Saint-Laurent*, que l’organe de conciliation disposerait d’un mois pour parvenir à les rapprocher¹⁰⁵³ tandis que la Commission de conciliation franco-italienne bénéficiait quant à elle de trois mois pour mener à bien sa mission – certes demeurée très théorique – de conciliation¹⁰⁵⁴. Pareillement, si la procédure de conciliation comprend traditionnellement deux phases, l’une écrite donnant lieu à la soumission de mémoires, l’autre orale et consacrée en principe non pas à des plaidoiries en bonne et due forme mais plutôt à une discussion entre les conciliateurs et les parties, il est encore loisible à celles-ci de préciser plus avant les règles de procédure qui encadreront les travaux des conciliateurs¹⁰⁵⁵ ou, au contraire, de les laisser libres de déterminer eux-mêmes la procédure, comme ce fut le cas devant la Commission de conciliation franco-italienne¹⁰⁵⁶ et dans l’affaire précitée du *Dogger Bank*¹⁰⁵⁷. L’on notera néanmoins que, tout en leur consentant une grande liberté pour fixer les détails procéduraux, la Russie et le Royaume-Uni avaient prévu dans cette dernière affaire que « [l]a Commission présentera[it] aux deux Hautes Parties Contractantes

¹⁰⁵⁰ *Affaire des zones franches franco-suisse*, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1458.

¹⁰⁵¹ *Affaire concernant le filetage à l’intérieur du golfe du Saint-Laurent*, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 231.

¹⁰⁵² *Déclaration de St Pétersbourg entre la France et la Russie du 12/25 novembre 1904*, in SCOTT (J. B.) (ed.), *The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, p. 415.

¹⁰⁵³ *Op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁵⁴ Texte constitutif de la Commission de conciliation franco-italienne, *RSA*, vol. XIII, p. 1 (article 83 alinéa 1 du traité du 10 février 1947).

¹⁰⁵⁵ L’on citera par exemple le cas du Traité de Washington du 7 février 1923 conclu entre le Honduras, le Guatemala, les États-Unis, le Salvador, le Costa Rica et le Nicaragua, qui permettait la création de commissions d’enquête et de conciliation dont la procédure était manifestement réglée dans les moindres détails par les États parties (pour une analyse, *op. cit.*, COT (J.-P.), pp. 77-78).

¹⁰⁵⁶ Règlement de procédure de la Commission de conciliation franco-italienne, *RSA*, vol. XIII, p. 25.

¹⁰⁵⁷ *Déclaration de St Pétersbourg entre la France et la Russie du 12/25 novembre 1904*, in SCOTT (J. B.) (ed.), *The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, p. 414. Dans le même sens, voy. par exemple le traité d’enquête et de conciliation conclu le 26 mars 1920 entre la Suède et le Chili (UNTC LoN-111) ou encore les accords de Locarno du 16 octobre 1925 (UNTC LoN-1292).

son rapport signé par tous les membres de la Commission »¹⁰⁵⁸ et que « [l]a Commission prendra[it] toutes ses décisions à la majorité des voix des cinq commissaires »¹⁰⁵⁹.

248. Enfin, si le formalisme entourant la conciliation contribue sans nul doute déjà à rassurer les États en leur conférant un contrôle étendu sur le déroulement de la procédure et le fonctionnement de l'organe de conciliation, c'est pourtant un troisième et dernier élément – de loin d'ailleurs le plus caractéristique de la procédure de conciliation – qui apparaît déterminant pour créer le lien de confiance qui conditionne la réussite de celle-ci : il s'agit bien sûr de l'absence d'autorité – politique tout autant que juridique – des conciliateurs. D'une part, pour faire échec aux dérives rencontrées dans le cadre de la médiation, ces derniers sont toujours – outre les exigences d'indépendance et d'impartialité – des personnes privées, agissant *ipso facto* à titre personnel, sur le seul fondement des qualités que les États en conflit leur reconnaissent pour les aider à faire émerger une solution consensuelle à leur différend. D'autre part, les constatations des conciliateurs sont dépourvues de tout effet contraignant : quelles que soient les découvertes faites par l'organe de conciliation au stade de l'élucidation des faits, quelles que soient ses conclusions quant à l'engagement probable des responsabilités des uns et des autres, ou le contenu même de ses recommandations, les États en litige peuvent rejeter le rapport des conciliateurs et ils ne sauraient en principe se le voir opposer à l'occasion d'une quelconque procédure contentieuse, que celle-ci prenne place de manière concomitante ou qu'elle soit engagée en aval, en cas d'échec de la conciliation¹⁰⁶⁰. Il résulte de la combinaison de ces deux éléments un organe de conciliation totalement désarmé, avec les conséquences évidentes que cela implique : « *Sans autorité autre que celle à lui conférée par les Parties [...]* » et « *[d]ès lors que les Parties n'ont pas accepté par avance de considérer comme obligatoire l'avis qui leur est donné* », l'organe de conciliation « *ne dispose d'aucun moyen de faire triompher la raison. La bonne volonté des parties peut seule assurer le succès de la procédure* »¹⁰⁶¹. Cette configuration particulière entre toutes, d'autant plus particulière qu'elle s'inscrit on l'a vu dans un cadre procédural très proche de celui de l'arbitrage, a alors le mérite de faire de la confiance non seulement la clé de réussite de la conciliation mais encore un préalable qui conditionne sa viabilité, son utilité même. Quel intérêt y aurait-il pour les États à rechercher l'avis d'individus qui, volontairement privés d'autorité politique et juridique, ne

¹⁰⁵⁸ *Ibid*, p. 415.

¹⁰⁵⁹ *Id.*

¹⁰⁶⁰ Le caractère non obligatoire des conclusions de l'organe de conciliation a parfois été contesté au début du siècle dernier : cf. par exemple VULCAN, *La conciliation dans le droit international*, thèse, Paris, 1932, qui considérerait qu'une des procédures (article 4 §3) prévues par le Protocole de Genève de 1924 constituait un exemple de conciliation à effet contraignant. Cependant, d'autres auteurs ont contesté ce point de vue (et souligné un certain nombre d'erreurs dans l'analyse de M. Vulcan), qui ne semble plus aujourd'hui avoir cours : *op. cit.* à nouveau COT (J.-P.), p. 9.

¹⁰⁶¹ COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 2.

susciteraient pourtant que leur défiance ? Sauf à souhaiter temporiser – et d’autres possibilités plus simples s’offrent alors à eux dans ce cas – quel apport pourraient-ils en escompter sur le plan du règlement de leur différend ? La méfiance ne saurait donc être de mise pour la seule et bonne raison qu’en dénaturant le principe même de la conciliation, elle retirerait de fait à celle-ci tout intérêt.

249. À l’issue de ces développements, il est assez aisé de comprendre en quoi la conciliation peut constituer un cadre original et particulièrement favorable à l’expertise. Chacun des trois éléments mis en exergue ci-dessus – qui ne sont d’ailleurs pas sans rappeler ceux que l’on a d’ores et déjà pu souligner à l’occasion de précédents chapitres de cette seconde partie – contribue à faire de celle-ci un cadre apaisé et rassurant pour le recours à l’expert. D’une part, les États n’ont pas à lutter pour préserver leur souveraineté : la conciliation est organisée de telle manière que la volonté des parties et leurs intérêts puissent être pris en compte à chaque étape de la procédure, leur offrant flexibilité et contrôle, s’adaptant ainsi au plus près à leurs besoins. Loin d’inquiéter les parties, l’expert apparaît au contraire dans ces circonstances comme un acteur inoffensif, tout entier voué à les assister en vue du règlement pacifique à leur différend. En tant que conciliateur, il ne peut en effet intervenir sans l’accord des États, qui le choisissent librement au regard de ses connaissances spécialisées, de son indépendance, de son impartialité et plus largement des capacités particulières qu’il est susceptible de mettre à leur service dans la recherche d’une solution mutuellement acceptable pour eux ; par la suite, les parties déterminent encore selon leurs souhaits sa compétence, son mandat, ses pouvoirs, les formes et la procédure qui s’imposeront à lui dans l’exercice de sa mission de conciliation. De ce point de vue, et en raison de la proximité évidente existant sur le plan formel entre conciliation et arbitrage, l’on retrouve ici un certain nombre des avantages qui caractérisaient déjà l’hypothèse de l’expert-arbitre¹⁰⁶². D’autre part, parce que la notion de confiance lui est consubstantielle, la conciliation se prête naturellement très mal aux ressorts de la logique accusatoire et de manière plus générale, à l’idée d’un quelconque affrontement entre les parties. L’expert étant, lorsqu’il agit en tant que conciliateur, entièrement désarmé, le poids de ses connaissances, la valeur accordée à son avis, et les conséquences qui en découleront sont exclusivement fonction des parties. Elles seules choisissent, au regard de la confiance que celui-ci leur inspire et des conditions qu’il sera parvenu à créer en toile de fond de la conciliation, les suites à donner à son rapport. L’expertise cesse alors de s’illustrer comme la pomme de discorde qu’elle est par trop souvent, notamment dans le cadre du procès : en permettant ici d’informer les États sans pression aucune, de faire un « état des lieux » de leur différend puis de leur offrir un avis neutre,

¹⁰⁶² *Supra*, §136 et s.

éclairé et non contraignant sur les options qui s'offrent à eux, elle retrouve pleinement sa vocation d'assistance et peut déployer tout son potentiel au service d'un règlement paisible des différends interétatiques. L'on remarquera encore, non sans un certain intérêt, que si l'assistance fournie par l'expert-conciliateur est évidemment destinée en premier comme en dernier ressort aux parties, elle n'en bénéficie pour autant pas moins en l'espèce au juge ou à l'arbitre international lui-même, puisqu'il est question en l'occurrence des hypothèses dans lesquelles la conciliation se trouve articulée à une procédure contentieuse.

250. Après avoir étudié les caractères et traits spécifiques qui font de la conciliation un cadre original, véritablement à part dans la typologie des modes de règlement pacifique des différends interétatiques, et au-delà un cadre qui, par l'association improbable d'un formalisme assez rigoureux et d'une liberté très largement préservée pour les États, permet de pacifier l'expertise et de lui rendre tout son potentiel, l'on examinera dans le prochain paragraphe comment celle-ci contribue effectivement à la réussite de la conciliation et les atouts qu'elle présente au service de l'accompagnement des parties dans le règlement de leur différend.

§2 - La contribution de l'expertise au succès de la conciliation

251. Les développements du paragraphe précédent ont permis de souligner toute l'originalité de la procédure de conciliation qui, à mi-chemin entre médiation, enquête et arbitrage, peut arguer d'une véritable originalité tout en se revendiquant pourtant d'une certaine continuité à l'égard des divers modes existants de règlement pacifique des différends interétatiques. De manière assez similaire, l'on verra que la façon dont l'expertise, dispositif ancien et présent dans la plupart des ordres juridiques, s'intègre dans ce cadre original et y déploie ses effets oscille là aussi entre tradition et nouveauté, mettant tantôt à profit des États certaines de ses fonctions les plus classiques et proposant d'autres fois une contribution innovante, particulièrement adaptée aux caractéristiques et aux buts de la conciliation.

252. Le premier apport de l'expertise à la procédure de conciliation s'impose ainsi assez rapidement à l'esprit : puisque les conciliateurs se doivent d'examiner tous les aspects du litige, il leur faut nécessairement enquêter sur les faits. C'est donc pour sa contribution à la recherche de la vérité matérielle des faits que l'expertise peut le plus simplement ici se trouver sollicitée. En effet, si l'on a coutume de souligner la parenté entre médiation et conciliation, c'est pourtant bien plus à l'enquête internationale que la conciliation est redevable de ce point de vue. Alors que le médiateur peut être amené à délaissier volontairement les aspects factuels du différend, à en minorer

l'importance dans l'intérêt du rapprochement des parties, les conciliateurs eux sont tenus d'instruire le cas, d'élucider pleinement les faits de la cause avant la formulation de toute recommandation. C'est que si la médiation est d'ordinaire réservée au champ des litiges politiques majeurs, qui par nature se prêtent mal à l'intransigeance qu'impose une recherche exhaustive de la réalité des faits, la conciliation s'est surtout illustrée pour sa part dans le règlement de différends moins sensibles – la plupart étant d'ailleurs, selon le juge Cot, d'ordre juridique et parfaitement arbitrables¹⁰⁶³ – mais pour lesquels les aspects factuels pouvaient sembler relativement déterminants pour permettre l'émergence d'une solution consensuelle et durable. La conciliation s'inscrit indubitablement à cet égard dans la droite file des procédures d'enquête visées à l'article 9 commun aux Convention de La Haye de 1899 et 1907 selon lequel :

« [d]ans les litiges d'ordre international n'engageant ni l'honneur ni des intérêts essentiels et provenant d'une divergence d'appréciation sur des points de fait [...] les Parties, qui n'auraient pu se mettre d'accord par des voies diplomatiques, instituent, en tant que les circonstances le permettent, une Commission internationale d'enquête chargée de faciliter la solution de ces conflits en éclaircissant, par un examen impartial et consciencieux, les questions de fait ».

La procédure de conciliation, que Max Huber avait au demeurant coutume de nommer « *l'enquête médiatrice* »¹⁰⁶⁴, repose donc généralement sur une volonté de restituer de la manière la plus complète et la plus exacte possible les faits de la cause afin de pouvoir présenter par la suite aux parties un « état des lieux » précis de leur différend et des options qui s'offrent véritablement à elles dans ce cadre.

Dans cette perspective, le recours à l'expert prend tout son sens puisqu'il permet à l'organe de conciliation d'appréhender de manière satisfaisante l'ensemble des aspects factuels du différend, fussent-ils hautement techniques ou autrement complexes, par exemple dans leur dimension scientifique. Chaque fois que la recherche de la vérité implique des connaissances ou compétences spécialisées, le choix de nommer un expert en tant que conciliateur permet donc aux États de s'assurer que les recommandations qui leur seront adressées à l'issue de la procédure reposeront sur une compréhension aussi fine et exhaustive que possible des problématiques factuelles en jeu. Cela constitue évidemment un gage de cohérence et d'efficacité de la conciliation, d'autant plus que l'expertise n'a pas en l'espèce à pâtir des maux qui l'affectent traditionnellement dans le procès :

¹⁰⁶³ COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, p. 5.

¹⁰⁶⁴ Rapport du Conseil fédéral suisse du 11 décembre 1919 sur les traités d'arbitrage et de conciliation (*Feuille fédérale suisse*, 1919, p. 820).

comme expliqué dans le paragraphe précédent, la notion de confiance qui sous-tend la procédure de conciliation contribue à rassurer fortement les États et, ce faisant, à pacifier le recours à l'expert. Puisque les constatations et avis émis par les experts ne sauraient avoir de valeur autre que celle que les parties voudront bien leur accorder, l'expertise est largement préservée des dérives de la procédure accusatoire ; les experts peuvent en appeler à leurs connaissances et/ou expérience pour proposer la lecture des faits qui leur paraît la plus exacte sans craindre de se voir systématiquement opposée une exigence de certitude qui, ne pouvant selon toute logique être satisfaite, aboutirait de fait à priver l'expertise de toute utilité¹⁰⁶⁵. Celle-ci retrouve donc ici sa fonction de recherche de la vérité matérielle des faits qui, bien que peu originale il est vrai, peut pourtant s'avérer décisive pour fournir aux États une appréciation au plus juste de leurs perspectives dans le cadre du différend et favoriser ainsi la réussite de la conciliation. Cela est apparu particulièrement évident dans l'affaire du *Dogger Bank*, dans laquelle il s'agissait de déterminer les circonstances qui avaient conduit une escadre russe à attaquer par erreur un chalutier britannique : le choix de confier la conciliation à cinq experts maritimes, étant au surplus eux-mêmes des amiraux, a manifestement été déterminant pour convaincre la Russie de la responsabilité pesant sur l'Amiral russe Rojdestvensky et l'amener à privilégier un règlement à l'amiable avec le Royaume-Uni¹⁰⁶⁶. Quand bien même la conciliation ne permettrait pas aux parties de parvenir à une solution amiable et définitive de leur différend, le choix d'avoir recours à l'expert en tant que conciliateur conserve un intérêt indéniable pour la réussite d'une éventuelle procédure contentieuse entre les parties. En effet, les constatations factuelles réalisées par l'expert dans le cadre apaisé et hautement respectueux de la souveraineté étatique qu'est la conciliation peuvent être acceptées comme valides par les États en litige y compris au-delà de ce cadre restreint et donc fournir par la suite au juge ou à l'arbitre international une base consensuelle et solide pour sa décision. Il s'agit de la même logique qui sous-tend d'ailleurs souvent les traités articulant conciliation et arbitrage : les deux procédures sont alors conçues dans la continuité, l'arbitrage succédant certes à la conciliation mais se construisant aussi et surtout à partir des résultats de celle-ci. L'*Affaire des zones franches franco-suisse*s constitue une bonne illustration à cet égard puisque les trois experts initialement désignés pour concilier les parties étaient également ceux qui furent chargés par la suite d'arbitrer le différend, assurant ainsi la parfaite continuité entre les deux procédures et évitant la perte de temps que causeraient d'éventuelles redites¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁵ L'on renverra sur ce point aux développements de la première partie de la thèse.

¹⁰⁶⁶ *Dogger Bank Inquiry*, in SCOTT (J. B.) (ed.), *The Hague Court Reports*, New York : Oxford University Press, 1916, pp. 403-413.

¹⁰⁶⁷ *Affaire des zones franches franco-suisse*s, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1458.

253. Au-delà de ce premier apport non négligeable, l'expertise contribue encore au succès de la conciliation en lui conférant une grande plasticité et en favorisant sa nécessaire adaptabilité. Si l'on ne peut que saluer la volonté des « pères » de la conciliation d'offrir aux États la sérénité et la flexibilité nécessaires pour leur permettre de transiger et donc « *de céder tout en laissant entière la question de principe* »¹⁰⁶⁸, c'est toutefois au prix d'une procédure qui se conçoit par nature comme un équilibre instable et dont les modalités doivent presque inévitablement être réagencées en fonction des spécificités de l'espèce pour espérer répondre effectivement aux besoins des États. Soulignant cet état de fait, le juge Cot explique que « *[l]'intervention de personnalités extérieures dans le règlement d'un différend international peut se concevoir de multiples façons et doit s'adapter à la nature de chaque litige. Seul compte le succès, peu importe la forme* ». Et de conclure que, sans surprise,

*« la composition des Commissions, les fonctions qui leur sont attribuées varient d'une organisation à l'autre, voire d'un litige à l'autre [...] Cette variété des formes spontanées de conciliation, qui ne doivent rien à la réflexion des hommes de cabinet, [est née] des nécessités de la vie internationale »*¹⁰⁶⁹.

Pour chaque recours à la conciliation, un nouvel équilibre se dessine donc entre constatations et discussions, entre faits, droit, équité et opportunité. Dans le cadre de ce savant exercice de dosage, l'on se surprend alors à trouver dans l'expertise un vecteur d'adaptabilité précieux aux circonstances.

S'il semble en effet que le besoin sus-évoqué de flexibilité induise le plus souvent chez les États en litige un consensus en faveur d'un organe de conciliation qui soit à la fois collégial et mixte dans sa composition, il apparaît en revanche que les conciliateurs sont majoritairement choisis parmi deux catégories de professionnels, à savoir les diplomates d'une part et les juristes d'autre part¹⁰⁷⁰. Or si les compétences mises à disposition par chacune de ces catégories sont indubitablement utiles – d'aucuns diraient même fondamentales – dans le cadre de la conciliation, elles n'en présentent pas moins le risque d'enfermer la procédure dans une vision au mieux duale, au pire unique, et dans tous les cas restrictive. Le choix de faire appel à des juristes garantit certes à l'organe de conciliation qu'il sera à même d'appréhender les aspects juridiques du différend, notamment au regard des questions de qualification des faits ; étant chargé d'examiner tous les aspects du litige, celui-ci se doit effectivement de tenir compte des règles de droit applicables à l'espèce, ce qui peut lui permettre

¹⁰⁶⁸ La formule fut employée par Max Huber dans le Rapport du Conseil fédéral suisse du 11 décembre 1919 sur les traités d'arbitrage et de conciliation (*Feuille fédérale suisse*, 1919, p. 820). Les travaux du Professeur Huber sont en effet, avec ceux de Nicolas Politis, ceux qui semblent avoir le plus fortement influencé le développement et les traits de la conciliation internationale : cf. par exemple POLITIS (N.), « L'avenir de la médiation », *RGDIP*, 1910, vol. XVII, p. 136 et s.

¹⁰⁶⁹ *Op. cit.*, COT (J.-P.), p. 8.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, pp. 116-117.

d'informer les parties de manière assez précise des suites qu'elles peuvent respectivement escompter en cas de recours au juge. Néanmoins, la présence de juristes – notamment dans le cas où ils seraient surreprésentés par rapport aux non-juristes, hypothèse parfaitement plausible au demeurant puisque l'organe de conciliation comporte toujours un nombre impair de membres¹⁰⁷¹ – est susceptible d'entraîner *de facto* une certaine juridictionnalisation de la procédure¹⁰⁷². La proximité accrue avec le modèle arbitral est alors susceptible de donner à la conciliation un tour beaucoup plus rigide que nécessaire et pourrait finalement aboutir à figer les parties dans leurs positions respectives plutôt que de les amener à amiable composition. De la même manière, la présence de diplomates au sein de l'organe de conciliation apparaît sans aucun doute souhaitable car outre la bonne connaissance qu'ils possèdent des questions internationales, ils sont évidemment rompus aux techniques de la négociation entre États, ce qui ne peut que favoriser la discussion et la coopération entre les parties et à terme, la réussite de la conciliation. Toutefois, Nicolas Politis souligna au début du siècle dernier le risque qu'il y avait à s'en remettre largement aux diplomates, ces derniers étant par principe formés à la défense des intérêts de leur État et manquant donc sans doute de la neutralité – de l'impartialité même – qui devait précisément, on l'a vu, constituer le cœur de la conciliation¹⁰⁷³. Au surplus, un organe de conciliation composé majoritairement de diplomates, acteurs par excellence des situations de crise, habitués à gérer et à désarmer les tensions qui se font jour dans le cadre des différends politiques sensibles, peut contribuer à conférer à la conciliation un ton plus grave, plus inquiétant qu'il n'est généralement nécessaire. Sans surprise et comme l'auront démontré les développements du précédent paragraphe, c'est au contraire de confiance, de flexibilité et, sans que cela ne remette nullement en cause le formalisme intrinsèque de la procédure, d'une certaine dose de décontraction que les parties ont essentiellement besoin pour donner à la conciliation toutes ses chances.

Si les compétences des juristes et des diplomates paraissent donc à n'en pas douter incontournables dans le cadre de la conciliation, il semble cependant qu'une composition de l'organe de conciliation à partir de ces seuls corps professionnels ne soit – sauf cas particuliers ou volonté des États de conférer précisément à la procédure les traits décrits ci-dessus – pas nécessairement à l'avantage des parties. C'est à cet égard que l'expertise a un rôle à jouer : au-delà de sa contribution à

¹⁰⁷¹ Sur ce point, voir par exemple §246 et noté 1043.

¹⁰⁷² Pour des illustrations en ce sens, l'on renverra notamment au cas de la Commission de conciliation Franco-Suisse dans l'*Affaire des frais d'internement d'une division polonaise et des activités de certains agents du Service des douanes françaises* et à celui de la Commission de conciliation italo-suisse dans l'*Affaire de l'impôt extraordinaire sur le patrimoine* (RSA, vol. XIII, décision n°32 du 29 août 1949, pp. 108-116). Pour des analyses doctrinales sur ces deux affaires, cf. BASTID (S.), « La Commission de conciliation franco-suisse », *AFDI*, 1956, vol. 2, n°1, pp. 436-440 et BRETON-JOKL (M.), « La Commission permanente de conciliation italo-suisse », *AFDI*, 1957, vol. 3, n°1, pp. 210-221.

¹⁰⁷³ POLITIS (N.), « L'avenir de la médiation », *RGDIP*, 1910, vol. XVII, p. 136 et s.

l'enquête sur les faits, le choix de nommer un ou même éventuellement plusieurs experts en tant que conciliateurs est un gage d'adaptabilité de la procédure aux spécificités du cas, un élément de flexibilité supplémentaire permettant de prendre en compte au plus près les besoins des parties à l'aune du différend particulier qui les oppose. En effet, le choix d'adjoindre un ou plusieurs hommes de l'art à l'organe de conciliation peut permettre de limiter les risques de juridictionnalisation de la procédure tout en laissant si nécessaire à la règle de droit – dont l'application dépend évidemment de l'enquête sur les faits – une place de premier ordre dans le règlement amiable à venir ; de même, la présence d'experts scientifiques ou techniques aux côtés des diplomates peut contribuer à maintenir une vraie neutralité de la procédure, sans renoncer à la souplesse indéniable que ces derniers lui assurent et sans exagérer non plus la gravité du différend qui oppose les parties¹⁰⁷⁴. Entre la rigueur naturelle du droit et la flexibilité intrinsèque qui sous-tend la pratique de la négociation, l'expertise peut ainsi favoriser l'émergence d'un équilibre spécifiquement adapté à chaque espèce, en maximisant l'apport des juristes comme celui des diplomates et en limitant les effets indésirables qu'une composition majoritaire ou exclusive de l'organe de conciliation à partir de l'un ou de l'autre groupe engendrerait.

254. Enfin, au-delà de sa contribution à la recherche de la vérité matérielle des faits d'une part et à l'adaptabilité de la procédure d'autre part, l'expertise pourrait encore posséder un avantage potentiellement déterminant en vue de la réussite de la conciliation : celui-ci tient à l'autorité particulière dont elle est revêtue. L'on a déjà eu l'occasion de souligner à maintes reprises dans la présente étude les mérites – certains incontestables et d'autres tenant davantage du mythe que de la réalité – que nos sociétés contemporaines attribuent d'ordinaire à la science et, dans la mesure où elle en constitue une application, à la technique¹⁰⁷⁵. Qu'il s'agisse de son fondement – qui se veut en principe exclusivement rationnel – de la rigueur indéniable qui caractérise la méthodologie scientifique, de l'objectivité parfaite avec laquelle la science appréhenderait les problèmes, et surtout de la capacité qui en résulterait pour cette dernière non pas seulement à débusquer le faux, mais bel et bien à révéler le vrai au sens le plus absolu que peut revêtir ce terme, la science ne manque assurément pas d'arguments pour séduire l'esprit humain. Les travaux des Lumières tout autant sans doute que les indéniables réussites dont furent à juste titre créditées la science et la technique au cours des siècles derniers, contribuent à conférer à ces dernières une autorité qui, à l'exception de celle dont a pu jouir historiquement la religion, paraît aujourd'hui largement inégalée. Que les

¹⁰⁷⁴ Le juge Cot relève au demeurant ce même effet potentiellement apaisant de l'expertise dans le cadre de la médiation. Il explique ainsi que « [l']intervention d'une Commission technique [...] traduit le souci de ne pas exagérer l'importance du différend par une médiation politique » (*op. cit.*, p. 42).

¹⁰⁷⁵ L'on renverra sur ce point aux développements de la première partie de la thèse, §112 et suivants.

mérites qui leur sont prêtés trouvent leur source dans une vision fantasmée de l'activité scientifique ou bien qu'ils dérivent de succès réels, il n'en reste pas moins que l'expert, en se réclamant de la science et/ou de la technique dans le cadre de ses compétences et connaissances spécialisées, se trouve *ipso facto* investi d'un grand pouvoir et son discours revêtu d'une autorité substantielle.

Cela étant, l'on ne peut manquer de constater qu'avec sa logique d'affrontement et de méfiance – encore renforcée aujourd'hui par la prééminence du modèle anglo-saxon dans l'ordre juridique international – le procès n'a jusqu'à présent que rarement permis à l'expert d'exploiter de manière satisfaisante l'autorité que lui confère la science. Celle-ci est en effet trop souvent perçue comme une menace par les parties et le juge international lui-même¹⁰⁷⁶, soit qu'elle se heurte directement à la leur, soit plus probablement qu'elle puisse être reprise à leur compte et détournée par les uns ou les autres afin d'asseoir leur autorité respective – de nature politique ou juridique cette fois – dans le cadre du procès. Aussi, l'hostilité manifestée par les États et le juge international à l'égard de l'expertise a-t-elle généralement été à la hauteur du pouvoir que celle-ci recélait et de la crainte qu'elle suscitait chez eux. En revanche, de par ses caractéristiques originales, l'on pressent qu'il ne peut sans doute pas en aller de même dans le cadre de la conciliation : si la question de l'autorité dont jouit l'expert n'y apparaît évidemment pas moins décisive qu'elle ne l'est dans le procès, le fait que la conciliation se soit construite précisément dans le renoncement à toute forme d'autorité politique et juridique à l'égard des parties et au-delà, dans le renoncement à toute forme d'affrontement entre ces dernières et les conciliateurs est susceptible de changer fondamentalement la donne pour l'expert.

En effet, comme l'ont montré les développements du paragraphe précédent, le contrôle quasi-absolu que les parties peuvent revendiquer à chaque stade de la procédure – depuis la décision de recourir à la conciliation jusqu'à celle des suites à donner au rapport des conciliateurs en passant par le choix de ces derniers et la détermination de leurs nombre, mandat et pouvoirs – permet de pacifier sensiblement l'expertise. Étant expressément soumis à la volonté des parties et privé de toute autorité politique ou juridique à leur égard, l'expert ne saurait en principe leur imposer sa solution lorsqu'il agit en tant que conciliateur. Mais l'intérêt d'un expert désarmé va plus loin encore dans le cadre de la conciliation : il ne s'agit pas seulement de rassurer les États et de permettre l'utilisation effective de connaissances scientifico-techniques durant la procédure ; le renoncement par l'expert-conciliateur à toute forme d'autorité politique ou juridique à l'égard des États en litige pourrait lui offrir enfin la possibilité de tirer partie de l'autorité que lui confère la science. En évitant les rapports

¹⁰⁷⁶ *Supra*, première partie de la thèse.

de force sur lesquels prennent appui tout à la fois l'autorité du souverain dans le cadre de la médiation et celle du juge dans le cadre du procès, en faisant appel aux ressorts de la confiance et non plus de la méfiance, l'expert peut s'assurer en effet que son discours, ses constatations et ses recommandations soient crédités par les parties de tout le poids que la science est susceptible de leur conférer. Ayant vaincu, grâce aux traits originaux et à l'équilibre délicat de la conciliation, les effets parasites de la crainte et de la défiance, l'expert n'a sans doute jamais été plus à même de faire valoir son autorité scientifique et morale auprès des États qu'en ces circonstances où, paradoxalement, il se trouve très largement désarmé. Derrière la faiblesse apparente qui est la sienne, l'expert-conciliateur pourrait donc bien posséder, par le truchement du prestige et de l'autorité de la science, le pouvoir d'influencer de manière déterminante l'issue de la conciliation.

255. L'expertise, qui bénéficie ici on l'a vu d'un cadre particulièrement favorable, se révèle non seulement fonctionnelle à l'occasion de la conciliation mais apparaît même comme un atout indéniable pour la réussite de la procédure, que ce soit pour sa contribution – assez peu originale et pourtant potentiellement fondamentale – à l'enquête sur les faits, pour la souplesse et l'adaptabilité qu'elle peut offrir aux parties durant la conciliation, ou finalement pour l'autorité scientifique et morale importante dont elle dispose et qui est susceptible d'être d'autant plus efficace pour amener les États à amiable composition qu'elle ne leur est en aucun cas imposée. Ayant trouvé dans la conciliation un cadre propice à son épanouissement, l'expertise s'avère ainsi réciproquement un outil si bien adapté à la logique et aux spécificités de celle-ci que l'on ne saurait douter de ce que sa contribution puisse avoir un impact décisif sur l'issue de la procédure et participer largement de son succès. L'on ne peut que se réjouir de cette conclusion car, si la conciliation internationale ne se laisse pas facilement appréhender – tant en raison de son caractère intrinsèquement protéiforme que d'une pratique qui demeure limitée dans l'ordre international et de la faible publicité dont les États l'entourent généralement – les derniers développements permettent néanmoins de constater qu'elle présente des caractéristiques peu banales, qui lui permettent de s'affranchir d'un certain nombre de blocages et lui confèrent ce faisant un vrai potentiel d'accompagnement des parties dans le règlement de leur différend. C'est d'ailleurs dans cette direction que la pratique internationale semble évoluer : la conciliation est sans doute aujourd'hui moins sollicitée en sa qualité de mode de règlement des différends à part entière que pour l'accompagnement qu'elle est susceptible d'offrir aux parties à l'occasion du recours au juge ou à l'arbitre international. Qu'il s'agisse par exemple pour ces dernières d'anticiper une éventuelle procédure contentieuse, la conciliation peut permettre d'aplanir en amont un certain nombre d'oppositions non essentielles entre les parties, de leur fournir un « état des lieux » suffisamment précis de leur différend pour les convaincre de donner au règlement

amiable toutes ses chances et de ne réserver au juge que les questions demeurées hors d'atteinte de la discussion. Pareillement, les parties peuvent – parfois à l'instigation ou sur les conseils du juge lui-même – décider de recourir à la conciliation concomitamment à la procédure contentieuse, pour en extraire certaines questions se prêtant mal à un règlement juridique ou tout simplement pour réinstaurer une forme de dialogue entre elles qui, portant initialement sur des aspects limités du différend, peut pourtant améliorer globalement leurs chances d'atteindre un règlement satisfaisant et durable du litige. Dans un cas comme dans l'autre, la conciliation peut contribuer au succès de la procédure contentieuse en diminuant la durée de l'instance, en fournissant au juge ou à l'arbitre une base solide pour sa décision et en réduisant les antagonismes et tensions existant entre les parties au différend. Quant à l'expertise, il semble bien au final que par le truchement de la conciliation, elle puisse revendiquer non seulement une fonction d'assistance aux parties dans le règlement de leur différend, mais encore qu'elle puisse recouvrer, sous une forme originale, une fonction discrète mais réelle d'assistance au juge international.

CONCLUSION DU CHAPITRE, DU TITRE ET DE LA PARTIE

256. L'on vient de voir dans le dernier chapitre que la négociation et la conciliation permettaient, chacune à sa façon, avec sa logique et ses spécificités, de créer des conditions indubitablement favorables à l'expertise. Que ce soit en enfermant l'expert dans un rôle de représentation des parties à la négociation, en misant sur le principe d'un expert qui, en tant que conciliateur, se devait nécessairement d'être désarmé, ou en relativisant dans tous les cas la place et l'importance des éléments scientifico-techniques pour la solution du litige, les États ont trouvé au travers de ces deux institutions désormais traditionnelles de règlement pacifique des différends des éléments permettant de les rassurer, d'apaiser les inquiétudes que suscite généralement chez eux la perspective du recours à l'expert. Bien sûr, là n'est pas l'essentiel : si la prise en compte des craintes des États – ou plus largement, si l'intégration de la logique éminemment volontariste qui anime l'ordre international – était un préalable inévitable pour garantir à l'expertise un minimum de « viabilité » dans les procédures de règlement des différends interétatiques, cela ne lui conférerait certes pas pour autant d'utilité dans ce cadre. La première partie de cette étude a d'ailleurs montré que les tentatives des États pour conserver une maîtrise de l'expertise dans le procès aboutissaient souvent *de facto* à priver celle-ci de l'essentiel de son utilité.

257. Heureusement, il en va de toute évidence différemment ici : loin de brider l'expertise, la négociation et la conciliation lui permettent non seulement de rassurer les États mais encore de s'émanciper de ses fonctions « classiques » envisagées dans la première partie et d'inaugurer de nouvelles fonctions prometteuses, axées sur la recherche d'une solution amiable entre les parties au différend et donc bien plus en phase avec les besoins et les attentes habituellement manifestés par ces dernières dans le cadre du règlement de leurs différends. Ce renouveau de l'expertise, qui se laisse pour l'heure tout juste entrevoir, suscite l'enthousiasme tant pour les solutions innovantes, fonctionnelles, et partant *a priori* convaincantes qu'il propose, que parce qu'il pourrait bien permettre à l'expert de réinvestir, de manière assez inattendue, le prétoire des fors internationaux. Les cas de la négociation et de la conciliation viennent ainsi confirmer les constatations faites plus tôt dans cette seconde partie s'agissant des perspectives de l'expertise en matière de règlement des différends interétatiques, y compris dans le cadre des procédures purement juridictionnelles. Que l'on conserve « l'architecture » actuelle du procès international – laquelle est fortement imprégnée par la logique accusatoire héritée de la tradition anglo-saxonne – tout en faisant évoluer la fonction de l'expertise au regard des besoins et priorités des États, ou que l'on tente plutôt de modérer les effets indésirables de la logique accusatoire en créant des conditions propices à l'émergence d'une certaine confiance entre l'expert et les acteurs du procès, de nombreuses possibilités existent qui témoignent de ce que l'expertise est non seulement un dispositif fonctionnel mais même un outil très utile, au potentiel étonnant dans le cadre des procédures contentieuses entre États.

Conclusion générale

258. La présente étude s'est ouverte sur une constatation : le droit du contentieux interétatique puise largement dans les traditions juridiques continentale et de common law en matière d'expertise. Chacune des deux traditions lui a légué sa vision de cette institution, du rôle de l'expert et partant également, du rôle du juge et des parties dans le procès. S'en est suivie une question assez logique : ces transplants étaient-ils fonctionnels, permettaient-ils de répondre aux besoins des acteurs du contentieux interétatique, étaient-ils à la hauteur des enjeux spécifiques qui traversent ce dernier ? La première partie de l'étude n'a pas contribué à jeter un éclairage très optimiste sur la question. Si l'on y a entrevu plusieurs éléments de nature à faciliter l'assimilation par le contentieux interétatique du *leg* respectif de chaque tradition, la clé de conciliation de ce double héritage faisait en revanche manifestement défaut. Alors que l'enjeu de la coexistence paisible, du maintien de la paix, qui est au cœur du système de règlement des différends interétatiques semblait plaider en faveur d'une conception continentale de l'expertise, celle-ci permettant en effet au juge de rechercher la vérité « objective » des faits et d'assurer à ses décisions une plus grande légitimité auprès des États, la qualité souveraine de ces derniers et le caractère décentralisé de l'ordre juridique international devaient quant à eux favoriser au contraire une conception anglo-saxonne du procès et de l'expertise, dans laquelle l'expert est perçu comme une arme à la disposition des parties dans la confrontation qui les oppose, le tout sous les yeux d'un juge dont la passivité constitue la meilleure garantie de légitimité.

259. Plus qu'une simple question d'assimilation du *leg* de chaque tradition par le contentieux interétatique (et plus largement par l'ordre juridique international), la clé du succès de l'expertise résidait donc dans le dépassement du clivage entre l'héritage respectif des traditions continentale et de common law dans ce cadre. La place centrale qu'occupe l'État dans l'ordre juridique international et le caractère volontariste qui en résulte pour celui-ci devaient suggérer la solution à cet égard : en effet, en dépit de l'apparition de nouveaux sujets du droit international, en dépit des atteintes dont le principe du volontarisme a parfois pu faire l'objet au cours des dernières décennies, force est de constater que les fondements volontaristes de l'ordre juridique international – conséquence directe de la qualité souveraine de l'État – subsistent ; ils demeurent aujourd'hui encore le plus souvent à la base des relations entre États et continuent d'apparaître comme l'une des caractéristiques

essentielles, l'un des traits les plus marquants, de cet ordre. Dès lors, c'est évidemment à la lumière des besoins et des préoccupations de l'État que l'expertise devait prioritairement (bien que non exclusivement) être envisagée dans ce cadre, d'autant plus que s'il n'est plus aujourd'hui le seul acteur susceptible de remettre en cause la paix, l'État apparaît en revanche toujours comme l'un de ceux qui sont les mieux placés pour la préserver. En recherchant des méthodes (expertise conjointe, hot tubbing etc...) qui permettent une répartition plus équilibrée entre le rôle du juge et celui des parties à l'instance et, plus largement, en se concentrant sur les possibilités que l'expertise ouvrirait spécifiquement au bénéfice des États en vue du règlement pacifique de leurs différends, la seconde partie aura donc permis de porter un regard neuf et, à vrai dire, bien plus encourageant sur les perspectives de l'expertise dans le contentieux interétatique. Outre le dépassement du clivage stérile entre common law et droits continentaux, ce « recentrage » sur l'État aura permis de montrer qu'il est possible de désamorcer les craintes excessives liées au recours à l'expert et de substituer à la logique de défiance – du juge face au témoin-expert et des parties face à l'expert du tribunal et au tribunal lui-même – une logique de collaboration entre les acteurs du contentieux interétatique. Il en résulte alors généralement, on l'a vu, une amélioration substantielle pour l'expertise, qui peut enfin montrer son potentiel au service du règlement pacifique des différends que ce soit dans le cadre de ses fonctions « traditionnelles », notamment la recherche de la vérité, ou dans le cadre de fonctions plus originales, voire totalement inédites, comme celle visant à faciliter la communication des documents et informations sensibles dans le cadre du procès international.

260. Au-delà de ces éléments de réponse, la présente étude aura enfin permis d'entrevoir que les difficultés rencontrées en matière d'expertise depuis quelques décennies sont révélatrices d'un malaise plus global qui étreint aujourd'hui la société. Dans une époque marquée par la culture de l'instantané, où la certitude objective – « scientifique » pourrait-on justement dire – a vocation à se substituer à la dimension interpersonnelle qui fondait jadis la décision de s'en remettre à telle personne ou à tel discours, l'expertise rappelle, au travers des échecs auxquels elle se trouve régulièrement confrontée, que les relations sociales que le procès doit contribuer à sauvegarder et/ou à restaurer ne peuvent fonctionner en dehors de toute confiance. Cette constatation vaut sans aucun doute dans les droits internes, mais elle est plus parlante encore dans le cas du contentieux interétatique : si une hésitation demeurerait sur ce point, l'expertise permet de montrer que même une société aussi farouchement attachée à l'indépendance, à la liberté de ses membres (et en conséquence, aussi faiblement intégrée) que l'est la société des États, a besoin d'un minimum de confiance pour pouvoir fonctionner. La réflexion sur ce point semble cependant lancée puisque la question de l'expertise suscite aujourd'hui de plus en plus l'attention de la doctrine et des praticiens,

non seulement en droit mais plus largement dans toutes les disciplines des sciences sociales. Quant aux fors internationaux, la présente étude aura montré qu'ils semblent conscients des difficultés mais aussi des enjeux de l'expertise et qu'un nombre croissant d'entre eux cherche à proposer une vision renouvelée de cette institution. En témoigne encore le rapport annuel présenté par le Président de la CIJ, Hisachi Owada, à l'Assemblée Générale de l'ONU en octobre 2010 dans lequel il prenait acte des critiques adressées à la Cour en matière d'expertise et s'engageait à rechercher d'autres solutions plus satisfaisantes à cet égard¹⁰⁷⁷. À l'heure où nous écrivons ces lignes, la Cour internationale de Justice a d'ailleurs décidé, il y a juste quelques mois de cela, d'ordonner une expertise au visa de l'article 50 de son Statut dans le différend opposant le Nicaragua au Costa Rica relativement à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*¹⁰⁷⁸. Dans la mesure où elle n'avait plus fait usage de cet article *proprio motu* depuis 1949 et la toute première affaire qui lui avait été soumise, celle du *Détroit de Corfou*, il ne fait aucun doute que le geste est fort. Si le caractère en apparence relativement consensuel et apaisé de la procédure entre ces deux États – dont on notera que l'un s'est réjoui de la décision de la Cour quand l'autre, tout en la considérant superflue, ne s'y est pas véritablement opposé¹⁰⁷⁹ – interdit sans doute pour l'heure de tirer des conclusions quant à l'avenir de l'expertise devant la Cour, l'on remarquera néanmoins que la procédure suivie par la Cour pour le choix des experts, pour la détermination de leur nombre et de leur mandat, manifeste désormais, selon des modalités proches de celles suivies par les groupes spéciaux de l'ORD, une volonté évidente d'associer les États litigants¹⁰⁸⁰. Et la Cour d'achever son ordonnance en ces termes :

« *La décision de faire procéder à une expertise ne préjuge en rien la question de la détermination du point de départ ou du tracé de la frontière maritime entre les Parties dans la Mer des Caraïbes, ni aucune autre question relative au différend soumis à la*

¹⁰⁷⁷ Rapport consulté le 12 décembre 2016 et disponible sur le site de la Cour à l'adresse http://www.icj-cij.org/court/fr/reports/report_2009-2010.pdf.

¹⁰⁷⁸ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*, Costa Rica c. Nicaragua, ordonnance du 31 mai 2016, disponible sur le site internet de la Cour. Voy. également dans la même affaire l'ordonnance du 16 juin 2016, également disponible sur le site de la Cour.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, §5 et §6 de l'ordonnance du 31 mai 2016. L'on soulignera encore dans le même sens que tant le Costa Rica que le Nicaragua ont considéré comme inutile l'éventualité d'une réplique et d'une duplique dans le cadre de l'instance devant la Cour, ce qui tend à prouver une nouvelle fois que la procédure juridictionnelle qui les oppose est sans doute relativement apaisée (§3 de l'ordonnance).

¹⁰⁸⁰ En effet, les litigants ont ici été consultés sur chacune de ces questions, le Costa Rica suggérant par exemple « *que la Cour désigne un comité de trois géographes indépendants [...]* » et proposant « *l'inclusion d'un certain nombre de questions dans le mandat des experts* » (§5). À titre de comparaison, les ordonnances en désignation d'experts adoptées en 1948 et 1949 dans l'affaire précitée du *Détroit de Corfou* trahissaient une démarche autrement plus autoritaire de la Cour en matière d'expertise. Certes, l'on pourra rétorquer qu'au regard du faible usage de cet article par la Cour, les éléments de comparaison sont excessivement limités. Cependant, c'est précisément parce que la Cour s'est abstenue de faire usage de cet article pendant près de 70 ans que les mesures de prudence dont elle fait montre à l'égard des États et qui visent en l'espèce à les associer le plus étroitement possible à sa décision sont significatives.

Cour et laisse intact le droit des Parties de faire valoir leurs moyens de preuve et arguments en ces matières [...] »¹⁰⁸¹.

Ces précisions, dont il n'est point besoin de souligner le caractère très largement superfétatoire, sont paradoxalement importantes dans la mesure où elles amorcent un certain renouveau de l'expertise, alimenté par le désir de la Cour d'inscrire le recours à l'expert dans le cadre d'une relation fondée sur la confiance et non plus sur la méfiance. La route qui demeure à parcourir en ce sens est sans aucun doute encore longue, pour la CIJ comme d'ailleurs pour l'ensemble des acteurs du contentieux interétatique, mais poussés par la conscience de l'importance que revêtent les questions scientifiques pour le maintien de relations paisibles entre États, ces derniers nous offrent aujourd'hui d'intéressantes perspectives à explorer.

¹⁰⁸¹ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*, Costa Rica c. Nicaragua, ordonnance du 31 mai 2016, §9.

Table de la jurisprudence citée¹⁰⁸²

I. Jurisprudence internationale

Cour permanente de Justice internationale

Affaire du Vapeur Wimbledon, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne, arrêt du 17 août 1923, *Rec. Série A*, n°1.

Colons allemands en Pologne, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Rec. Série B*, n°6.

Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt du 30 août 1924 (exceptions préliminaires), *Rec. Série A*, n°2.

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Allemagne c. Pologne,

- ordonnance du 22 mars 1926, *Rec. Série A*, n°7, annexe 2, p. 96.
- arrêt du 25 mai 1926 (fond), *Rec. Série A*, n°7.

Affaire du Lotus, France c. Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec. Série A*, n°10.

Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif du 3 mars 1928, *Rec. Série B*, n°15.

Usine de Chorzów, Allemagne c. Pologne,

- arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *Rec. Série A*, n°17.
- ordonnance du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, n°17, p. 99.

Communautés gréco-bulgares,

- ordonnance du 30 juin 1930, *Rec. Série C*, n°18/1, p. 1077.
- avis consultatif du 31 juillet 1930, *Rec. Série B*, n°17.

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, France/Suisse,

- ordonnance du 19 août 1929, *Rec. Série A*, n°22, p. 5.
- arrêt du 7 juin 1932, *Rec. Série A/B*, n°46.

Interprétation du Statut du territoire de Memel, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Lituanie, arrêt du 11 août 1932, *Rec. Série A/B*, n°49.

¹⁰⁸² Pour les juridictions internationales permanentes, les affaires sont classées par ordre d'enrollement.

Administration du Prince Von Pless, Allemagne c. Pologne, ordonnance en mesures conservatoires du 11 mai 1933, *Rec. Série A/B*, n°54, p. 150.

Oscar Chinn, Royaume-Uni/Belgique, arrêt du 12 décembre 1934, *Rec. Série A/B*, n°63.

Prises d'eau à la Meuse, Pays-Bas c. Belgique,

- ordonnance du 13 mai 1937, *Rec. Série C*, n°81, p. 553.
- arrêt du 28 juin 1937, *Rec. Série A/B*, n°70.

Phosphates du Maroc, Italie c. France, arrêt du 14 juin 1938 (exceptions préliminaires), *Rec. Série A/B*, n°74.

Société commerciale de Belgique, Belgique c. Grèce, arrêt du 15 juin 1939, *Rec. Série A/B*, n°78.

Cour internationale de Justice

Détroit de Corfou, Royaume-Uni c. Albanie,

- ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec. 1948*, p. 124.
- arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Rec. 1949*, p. 4.
- ordonnance du 19 novembre 1949, *Rec. 1949*, p. 237.

Affaire des pêcheries anglo-norvégiennes, Royaume-Uni c. Norvège, arrêt du 18 décembre 1951, *Rec. 1951*, p. 116.

Anglo-iranian oil Company, Royaume-Uni c. Iran,

- ordonnance en mesures conservatoires du 5 juillet 1951, *Rec. 1951*, p. 89.
- arrêt du 22 juillet 1952 (exceptions préliminaires), *Rec. 1952*, p. 93.

Affaire du droit de passage en territoire indien, Portugal c. Inde, arrêt du 12 avril 1960 (fond), *Rec. 1960*, p. 6.

Affaire de l'Interhandel, Suisse c. États-Unis,

- ordonnance en mesures conservatoires du 24 octobre 1957, *Rec. 1957*, p. 105.
- arrêt du 21 mars 1959 (exceptions préliminaires), *Rec. 1959*, p. 6.

Temple de Préah Vihéar, Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 15 juin 1962 (fond), *Rec. 1962*, p. 6.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne,

- arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *Rec. 1964*, p. 6.
- arrêt du 5 février 1970 (fond), *Rec. 1970*, p. 3.

Plateau continental de la Mer du nord, RFA c. Pays-Bas et RFA c. Danemark, arrêt du 20 février 1969 (fond), *Rec.* 1969, p. 3.

Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande,

- ordonnance en mesures conservatoires du 17 août 1972, *Rec.* 1972, p. 12.
- arrêt du 25 juillet 1974 (fond), *Rec.* 1974, p. 3.

Compétence en matière de pêcheries, RFA c. Islande, ordonnance en mesures conservatoires du 17 août 1972, *Rec.* 1972, p. 12.

Affaire des essais nucléaires, Australie et Nouvelle-Zélande c. France, ordonnance en mesures conservatoires du 22 juin 1973, *Rec.* 1973, p. 99.

Sahara Occidental, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p. 12.

Plateau continental de la Mer Égée, Grèce c. Turquie,

- ordonnance en mesures conservatoires du 11 septembre 1976, *Rec.* 1976, p. 3.
- arrêt du 19 décembre 1978 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1978, p. 3.

Affaire du Plateau continental, Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 24 février 1982, *Rec.* 1982, p. 18.

Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, Canada/États-Unis,

- ordonnance du 30 mars 1984, *Rec.* 1984, p. 165.
- arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 246.

Affaire du Plateau continental, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, *Rec.* 1985, p. 13.

Affaire du différend frontalier, Burkina Faso/Mali,

- arrêt du 22 décembre 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 554.
- ordonnance du 9 avril 1987, *Rec.* 1987, p. 7.

Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne, arrêt du 10 décembre 1985, *Rec.* 1985, p. 192.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis,

- ordonnance en mesures conservatoires du 10 mai 1984, *Rec.* 1984, p. 169.
- arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 14.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), États-Unis c. Italie, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 15.

Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen, Danemark c. Norvège, arrêt du 14 juin 1993, *Rec.* 1993, p. 38.

Passage par le Grand Belt, Finlande c. Danemark, ordonnance en mesures conservatoires du 29 juillet 1991, *Rec.* 1991, p. 12.

Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, Qatar c. Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001 (fond), *Rec.* 2001, p. 40.

Plate-formes pétrolières, Iran c. États-Unis, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Rec.* 2003, p. 161.

Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro,

- ordonnance en mesures conservatoires du 8 avril 1993, *Rec.* 1993, p. 3.
- arrêt du 26 février 2007 (fond), *Rec.* 2007, p. 43.

Projet Gabcikovo-Nagymaros, Hongrie/Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 7.

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria,

- ordonnance en mesures conservatoires du 15 mars 1996, *Rec.* 1996, p. 13.
- arrêt du 11 juin 1998 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1998, p. 275.
- arrêt du 10 octobre 2002 (fond), *Rec.* 2002, p. 303.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 226.

Ile de Kasikili-Sedudu, Botswana/Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, p. 1045.

Affaire Lagrand, Allemagne c. États-Unis,

- ordonnance en mesures conservatoires du 3 mars 1999, *Rec.* 1999, p. 9.
- arrêt du 27 juin 2001, *Rec.* 2001, p. 466.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Rwanda, arrêt du 3 février 2006 (exceptions préliminaires), *Rec.* 2006, p. 6

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.* 2005, p. 168.

Différend territorial et maritime, Nicaragua c. Colombie, arrêt du 19 décembre 2012 (fond), *Rec.* 2012, p. 624.

Affaire du différend frontalier, Bénin/Niger, arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. 90.

Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge, Malaisie/Singapour, arrêt du 23 mai 2008, Rec. 2008, p. 12.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, ordonnance du 30 janvier 2004, Rec. 2004, p. 3.

Délimitation maritime en mer Noire, Roumanie c. Ukraine, arrêt du 3 février 2009, Rec. 2009, p. 61.

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010, Rec. 2010, p. 14.

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, Djibouti c. France, arrêt du 4 juin 2008, Rec. 2008, p. 177.

Chasse à la baleine dans l'Antarctique, Australie c. Japon, arrêt du 31 mars 2014 (fond), Rec. 2014, p. 226.

Différend frontalier, Burkina Faso/Niger,

- arrêt du 16 avril 2013, Rec. 2013, p. 44.
- ordonnance du 12 juillet 2013, Rec. 2013, p. 226.

Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear, Cambodge c. Thaïlande,

- ordonnance en mesures conservatoires du 18 juillet 2011, Rec. 2011, p. 537.
- arrêt du 11 novembre 2013, Rec. 2013, p. 281.

Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan, Nicaragua c. Costa Rica, arrêt du 16 décembre 2015 (fond), non encore publié au recueil (mais disponible lui aussi sur le site de la Cour).

Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique, Costa Rica c. Nicaragua,

- ordonnance du 31 mai 2016, non encore publiée au recueil (mais disponible sur le site de la Cour).
- ordonnance du 16 juin 2016, non encore publiée au recueil (mais disponible sur le site de la Cour).

Tribunal international du droit de la mer

Affaire du thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Rec. 1999, p. 280.

Affaire du Camouco, Panama c. France, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2000, vol. 5.

Affaire du Monte Confurco, Seychelles c. France, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000, *TIDM Rec.* 2000, p. 86.

Affaire de l'Usine MOX, Irlande c. Royaume-Uni, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Rec.* 2001, p. 95.

Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Rec.* 2003, p. 10.

Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, arrêt du 14 mars 2012, *TIDM Rec.* 2012, p. 4.

Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone, avis consultatif rendu le 1^{er} février 2011 par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, *TIDM Rec.* 2011, p. 10.

Affaire du Navire Louisa, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne, mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, *TIDM Rec.* 2008-2010, p. 58.

Affaire de l'ARA Libertad, Argentine c. Ghana, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Rec.* 2012, p. 332.

Affaire de l'Arctic Sunrise, Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie, mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, *TIDM Rec.* 2013, p. 230.

Incident de l'Enrica Lexie, Italie c. Inde, mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015 (disponible sur le site du Tribunal).

Groupes spéciaux du GATT

Japon – *Droit de douane appliqué aux importations de bois d'œuvre d'épicéa, de pin et de sapin (EPS) coupé à dimensions (Japon – Bois d'œuvre)*, rapport du Groupe spécial, L/6470 – 36S/184, adopté le 19 juillet 1989.

Corée – *Restrictions à l'importation de la viande de boeuf (plainte de l'Australie)*, rapport du Groupe spécial, L/6504 – 36S/223, adopté le 7 novembre 1989.

Corée – *Restrictions à l'importation de la viande de boeuf (plainte de la Nouvelle-Zélande)*, rapport du Groupe spécial, L/6505 – 36S/261, adopté le 7 novembre 1989.

Thaïlande – *Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (Thaïlande – Cigarettes)*, rapport du Groupe spécial, DS10/R – 37S/214, adopté le 7 novembre 1990.

Canada – *Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation (Canada – Boissons alcooliques)*, rapport du Groupe spécial, DS/17R – 39S/28, adopté le 18 février 1992.

Organe de règlement des différends de l'OMC

Australie – *Mesures visant les importations de saumons (Australie – Saumon)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS18/R, 12 juin 1998.

Brésil – *Mesures visant la noix de coco desséchée (Brésil – Noix de coco desséchée)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS22/R, 17 octobre 1996.

Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*,

- rapport du Groupe spécial, WT/DS26/R/USA et WT/DS48/R/CAN, 18 août 1997.
- rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998.

Japon – *Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Japon – Film)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, 31 mars 1998.

Argentine – *Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles (Argentine – Chaussures)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R, 27 mars 1998.

États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis – Crevettes)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998.

Guatemala – *Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique (Guatemala – Ciment I)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS60/R, 19 juin 1998.

Canada – *Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (Canada – Aéronefs)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/70/AB/R, 2 août 1999.

Japon – *Mesures visant les produits agricoles (Japon – Produits agricoles II)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS/76/R, 27 octobre 1998.

Inde – *Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Inde – Restrictions quantitatives)*, rapport du groupe spécial, WT/DS90/R, 6 avril 1999.

Corée – *Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Corée – Produits laitiers)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999.

Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (CE – Amiante)*,

- rapport du Groupe spécial, WT/DS135/R, 18 septembre 2000.
- rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

États-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (États-Unis – Plomb et bismuth II)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS138/R, 23 décembre 1999.

États-Unis – *Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes (États-Unis – Gluten de froment)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS166/AB/R, 22 décembre 2000.

États-Unis – *Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (États-Unis – Loi portant ouverture de crédits)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS176/R, 6 août 2001.

États-Unis – *Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminé à chaud en provenance du Japon (États-Unis – Acier laminé à chaud)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS184/R, 28 février 2001.

États-Unis – *Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions (États-Unis – Restrictions à l'exportation)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS194/R, 29 juin 2001.

États-Unis – *Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée (États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS202/R, 29 octobre 2001.

Canada – *Crédits à l'exportation et garanties de prêt accordées pour les aéronefs régionaux (Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS222/R, 28 janvier 2002.

Communautés européennes – *Désignation commerciale des sardines (CE – Sardines)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

États-Unis – *Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (États-Unis – Bois de construction III)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS236/R, 27 septembre 2002.

Japon – *Mesures visant l'importation de pommes (Japon – Pommes)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS245/R, 15 juillet 2003.

Communautés européennes – *Subventions à l'exportation de sucre*, rapport du Groupe spécial, WT/DS265/R, 15 octobre 2004.

États-Unis – *Subventions concernant le coton upland (États-Unis – Coton upland)*, rapport du Groupe spécial initial (2004), WT/DS267/R, 8 septembre 2004.

Communautés européennes – *Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (CE – Morceaux de poulet)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS269/R, 30 mai 2005.

Corée – *Mesures affectant le commerce des navires de commerce (Corée – Navires de commerce)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS273/R, 7 mars 2005.

États-Unis – *Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et de paris (États-Unis – Jeux)*, décision de l'arbitre au titre de l'article 22 §6 du Mémoire d'accord, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007.

Communautés européennes – *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (CE – Produits biotechnologiques)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, 29 septembre 2006.

Communautés européennes – *Certaines questions douanières (CE – Certaines questions douanières)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS315/R, 16 juin 2006.

États-Unis – *Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (États-Unis – Maintien de la suspension)*,

- rapport du Groupe spécial, WT/DS320/R, 31 mars 2008.
- rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008.

Australie – *Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande (Australie – Pommes)*,

- rapport du Groupe spécial, WT/DS367/R, 9 août 2010.
- rapport de l'Organe d'appel, WT/DS367/AB/R, 29 novembre 2010.

Thaïlande – *Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines (Thaïlande – Cigarettes) (Philippines)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS371/R, 15 novembre 2010.

Chine – *Certaines mesures affectant les services de paiement électronique (Chine – Services de paiement électronique)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS413/R, 16 juillet 2012.

Argentine – *Mesures affectant l'importation de marchandises (Argentine – Mesures à l'importation)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS438/R, 22 août 2014.

États-Unis – *Mesures affectant l'importation d'animaux, de viandes et d'autres produits d'origine animale en provenance d'Argentine (États-Unis – Animaux)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS447/R, 24 juillet 2015.

Fédération de Russie – *Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne (Russie – Porcins)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS475/R, 19 août 2016.

Arbitrage international

1) Arbitrages interétatiques

Affaire Croft, Portugal/Royaume-Uni, sentence du 7 février 1856, repr. in LAPRADELLE (A. G. de), POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 1.

Affaire relative à la délimitation des sphères d'influence en Afrique de l'Est, Royaume-Uni/Portugal, sentence du 30 janvier 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 283.

The Cordillera of the Andes Boundary Case, Argentine/Chili, sentence du 20 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 29.

Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White et Kate and Anna, États-Unis c. Russie, sentences du 29 novembre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 51.

Affaire de l'interprétation de l'article 18 du Traité d'amitié et de Commerce conclu entre l'Italie et le Pérou le 23 décembre 1874, Italie/Pérou, sentence du 19 septembre 1903, *RSA*, vol. IX, p. 79.

The Alaska Boundary Case, Royaume-Uni/États-Unis, sentence du 20 octobre 1903, *RSA*, vol. XV, p. 481.

Affaire Aboilard, France/Haïti, sentence du 26 juillet 1905, *RSA*, vol. XI, p. 71.

Affaire de Casablanca, Allemagne/France, sentence du 22 mai 1909, *RSA*, vol. XI, p. 119.

Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 7 septembre 1910, *RSA*, vol. XI, p. 167.

Affaire Savarkar, Royaume-Uni/France, sentence du 24 février 1911, *RSA*, vol. XI, p. 243.

Affaire relative à l'interprétation du traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904, Suisse/Italie, sentence du 27 avril 1911, *R.S.A.*, vol. XI, p. 257.

The Walfish Bay Boundary Case, Allemagne/Royaume-Uni, sentence du 23 mai 1911, *RSA*, vol. XI, p. 263.

Affaire Alsop, Chili/États-Unis, sentence du 5 juillet 1911, *RSA*, vol. XI, p. 349.

Affaire des propriétés religieuses, France, Royaume-Uni, Espagne c. Portugal, sentence du 4 septembre 1920, *RSA*, vol. I, p. 7.

Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes, Colombie c. Venezuela, sentence du 24 mars 1922, *RSA*, vol. I, p. 223.

Affaire des réclamations norvégiennes, Norvège c. États-Unis, sentence du 13 octobre 1922, *RSA*, vol. I, p. 307.

Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise, Allemagne c. Pologne, sentence du 10 juillet 1924, *RSA*, vol. I, p. 401.

Tacna – Arica question, Chili/Pérou, sentence du 4 mars 1925, *RSA*, vol. II, p. 921.

Affaire de la Dette publique ottomane, Bulgarie, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie, sentence du 18 avril 1925, *RSA*, vol. I, p. 529.

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, Espagne c. Royaume-Uni, sentence du 1^{er} mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615.

Affaire de l'attaque de la caravane du Maharao de Cutch, Royaume-Uni c. Éthiopie, sentence du 7 octobre 1927, *RSA*, vol. II, p. 821.

Affaire de l'Ile des Palmes, Pays-Bas/États-Unis, sentence du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 829.

Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie, France c. Pologne,

- sentence du 30 novembre 1929, *RSA*, vol. III, p. 1669.
- sentence du 24 novembre 1932, *RSA*, vol. III, p. 1679.

Honduras borders Case, Guatemala/Honduras, sentence du 23 janvier 1933, *RSA*, vol. II, p. 1307.

Affaire des zones franches franco-suissees, France c. Suisse, sentence du 1^{er} décembre 1933, *RSA*, vol. III, p. 1455.

Affaire de la Fonderie du Trail, États-Unis/Canada, sentence du 16 avril 1938, *RSA*, vol. III, p. 1905.

Décision concernant le litige entre l'Équateur et le Pérou sur le secteur de Zamora-Santiago, sentence du 14 juillet 1945, *RSA*, vol. XXVIII, p. 413.

Affaire concernant les litiges frontaliers entre l'Inde et le Pakistan portant sur l'interprétation du rapport de la Commission chargée de déterminer les frontières du Bengale, Inde/Pakistan, sentence du 26 janvier 1950, RSA, vol. XXI, p. 1.

Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman, France/Grèce, sentence des 24/27 juillet 1956, RSA, vol. XII, p. 155.

Enquête portant sur certains incidents ayant affecté le chalutier britannique Red Crusader, Royaume-Uni/Danemark, décision du 23 mars 1962, RSA, vol. XXIX, p. 521.

Argentine-Chile Frontier Case, Argentine/Chili, sentence du 9 décembre 1966, RSA, vol. XVI, p. 109.

The Indo-Pakistan Western Boundary Case, Inde/Pakistan, sentence du 19 février 1968, RSA, vol. XVII, p. 1.

Affaire concernant des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles, Allemagne/Grèce, sentence du 26 janvier 1972, RSA, vol. XIX, p. 27.

Affaire du Canal de Beagle, Argentine/Chili, sentence du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, p. 53.

Affaire du plateau continental de la mer d'Iroise, France/Royaume-Uni,

- sentence du 30 juin 1977, RSA, vol. XVIII, p. 3.
- sentence du 14 mars 1978, RSA, vol. XVIII, p. 271.

Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946, France/États-Unis, sentence du 9 décembre 1978, RSA, vol. XVIII, p. 417.

Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, Guinée/Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 149.

Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent, Canada/France, sentence du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, p. 225.

Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël, Égypte/Israël, sentence du 29 septembre 1988, RSA, vol. XX, p. 1.

Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, RSA, vol. XX, p. 119.

Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française, Canada/France, sentence du 10 juin 1992, RSA, vol. XXI, p. 265.

Affaire relative aux redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow, États-Unis/Royaume-Uni, sentence du 30 novembre 1992 (révisée le 18 juin 1993), *RSA*, vol. XXIV, p. 1.

Affaire concernant un litige frontalier entre la République d'Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le Mont Fitzroy, Argentine/Chili,

- sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 3.
- sentence du 13 octobre 1995 en révision et en interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 151.

Affaire Érythrée – Yémen (seconde phase : délimitation maritime), Érythrée/Yémen, sentence du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 335.

Affaire du thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande/Japon et Australie/Japon, sentence du 4 août 2000, *RSA*, vol. XXIII, p. 1.

Différend concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la convention OSPAR, Irlande/Royaume-Uni, sentence du 2 juillet 2003, *RSA*, vol. XXIII, p. 59.

Affaire de l'apurement des comptes relatifs à la lutte contre la pollution du Rhin, France/Pays-Bas, sentence du 12 mars 2004, *RSA* vol. XXV, p. 267.

Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (Affaire du Rhin de fer), Belgique/Pays-Bas, sentence du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 35.

Affaire de la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, La Barbade/Trinité-et-Tobago, sentence du 11 avril 2006, *RSA*, vol. XXVII, p. 147.

Affaire du barrage de Baglihar, Pakistan c. Inde, décision du 12 février 2007 (disponible sur le site internet de la Banque Mondiale).

Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname, Guyana/Suriname,

- ordonnance du 18 juillet 2005 (disponible sur le site internet de la CPA).
- sentence du 17 septembre 2007, *RSA*, vol. XXX, p. 1.

Arbitrage Abyei, Gouvernement du Soudan/Armée populaire de libération du Soudan, sentence du 22 juillet 2009, *RSA*, vol. XXX, p. 145.

Arbitrage relatif à la création d'une aire marine protégée autour de l'archipel des Chagos, République de Maurice c. Royaume-Uni, décision motivée du 30 novembre 2011 relative à la récusation du juge Greenwood (disponible sur le site internet de la CPA).

Affaire des eaux de l'Indus, Inde/Pakistan, sentence partielle du 18 février 2013 (disponible sur le site internet de la CPA).

République des Philippines c. République populaire de Chine (actuellement pendante), sentence sur les exceptions préliminaires du 29 octobre 2015 (disponible sur le site de la CPA)

2) Arbitrages transnationaux

Tribunaux arbitraux mixtes

Tribunal arbitral mixte franco-allemand, *Affaire Auguste Chamant c. État allemand*, sentence des 23 juin et 25 août 1921, *Rec. TAM*, t. I, p. 361.

Tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, *Affaire Grigoriou c. État bulgare*, sentence du 28 janvier 1924, *Rec. TAM*, t. III, p. 977.

Tribunal arbitral mixte germano-belge, *Affaire de la Société anonyme Ghent Lloyd et Cts c. État allemand*, sentence du 30 juillet 1924, *Rec. TAM*, t. IV, p. 693.

Tribunal des différends irano-américains

Starrett Housing Corporation, Starrett Systems Inc. & Starrett Housing International c. Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat and Bank Markazi, arrêt du 14 août 1987 (fond), Iran-US CTR, vol. 16, p. 112.

CIRDI

Benvenuti & Bonfant c. Congo, sentence du 8 août 1980, ICSID Reports, vol. 1, p. 330.

LETCO c. Liberia, sentence du 31 mars 1986, ICSID Reports, vol. 2, p. 343.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, affaire ARB/07/26, decision on claimants' proposal to disqualify Professor Campbell McLachlan as arbitrator, 12 août 2010 (disponible sur le site internet du CIRDI).

Autres

Commission franco-mexicaine des réclamations, *Affaire Georges Pinson*, décision n°1 du 19 octobre 1928, *RSA*, vol. V, p. 331.

Commission mixte des réclamations États-Unis – Venezuela, *Affaire Turini*, 1903-1905, *RSA*, vol. IX, p. 161.

Commission des réclamations Royaume-Uni – Mexique, *Affaire McNeill*, décision n°46 du 19 mai 1931, *RSA*, vol. V, p. 164.

Commission mixte des réclamations Allemagne – États-Unis,

- *Lehigh Valley Railroad Cie, Agency of Canadian car and foundry Cie Limited, and various underwriters c. Allemagne* : décision du 3 décembre 1932, *RSA*, vol. VII, p. 104 ; décision du 15 décembre 1933, *RSA*, vol. VII, p. 160 ; décision du 3 juin 1936, *RSA*, vol. VII, p. 222 ; décision du 15 juin 1939, *RSA*, vol. VII, p. 225.
- *Harby Steamship Cie Inc (USA) c. Allemagne*, décision du 14 mai 1926, *RSA*, vol. VII, p. 323.

Commission de conciliation franco-italienne,

- *Affaire Garibaldi*, décision n°28 du 11 juillet 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 98.
- *Différend Impôts extraordinaires sur le patrimoine institués en Italie*, décision n°32 du 29 août 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 108.
- *Différend Dame Mélanie Lachenal*, décision n°36 du 15 février 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 117.
- *Différend Bugalets « Mélinite et Lumière »*, décision n°37 du 18 mars 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 132.
- *Affaire des Héritiers du Duc de Guise*, décision n°43 du 3 avril 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 151 ; décision n°87 du 18 décembre 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 153 ; décision n°162 du 20 novembre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 162.
- *Différend wagons-citernes*, décision n°60 du 20 mai 1950, *RSA*, vol. XIII, p. 212.
- *Différend Joseph Ousset*, décision n°92 du 14 avril 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 252 ; décision n°170 du 5 juillet 1954, *RSA*, vol. XIII, p. 258.
- *Sociétés Salchi et Lory*, décision n°119 du 31 décembre 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 316.
- *Affaire I.V.E.M.*, décision n°125 du 1^{er} mars 1952, *RSA*, vol. XIII, p. 326 et décision n°183 du 7 mars 1955, *RSA*, vol. XIII, p. 352.
- *Différend relatif à la répartition des biens des collectivités locales dont le territoire a été coupé par la frontière*, décision n°163 du 9 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 503.
- *Différend Società generale dei metalli preziosi*, décision n°167 du 9 mars 1954, *RSA*, vol. XIII, p. 578.
- *Affaire de l'interprétation de l'article 79§6 c) du traité de paix franco-italien*, décision n°196 du 7 décembre 1955, *RSA*, vol. XIII, p. 422.
- *Différend Textiloses et Textiles*, décision n°249 du 12 mai 1959, *RSA*, vol. XIII, p. 759.
- *Différend Héritiers Lebas de Courmont*, décision n°224 du 21 novembre 1957, *RSA*, vol. XIII, p. 768.
- *Différend Société des procédés F.I.T.*, décision n°228 du 29 janvier 1958, *RSA*, vol. XIII, p. 795.
- *Différend biens italiens en Tunisie*, décision n°252 du 4 novembre 1959, *RSA*, vol. XIII, p. 466.

- *Différend Duc Decazes et de Glucksberg*, décision n°265 du 10 juin 1960, *RSA*, vol. XIII, p. 838.
- *Différend Opere Pie*, décision n°277 du 4 octobre 1960, *RSA*, vol. XVI, p. 187 ; décision n°278 du 29 novembre 1961, *RSA*, vol. XVI, p. 193.

Commission de conciliation italo-américaine,

- *Affaire MacAndrews & Forbes Co.*, décision n°29 de décembre 1954, *RSA*, vol. XIV, p. 221.
- *Affaire Mannella*, décision n°168 du 5 avril 1957, *RSA*, vol. XIV, p. 310.

Commission des réclamations Érythrée – Éthiopie,

- Prisonniers de guerre – réclamation de l'Érythrée n°17, sentence partielle du 1^{er} juillet 2003, *RSA*, vol. XXVI, p. 23.
- Retraites – réclamations de l'Érythrée n°15, 19 et 23, sentence finale du 19 décembre 2005, *RSA*, vol. XXVI, p. 471.

Tribunaux pénaux internationaux

1) Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie

TPIY, *Le procureur c. Dusko Tadic*, Chambre d'appel, jugement du 2 octobre 1995 (IT-94-1-AR72).

TPIY, *Le procureur c. Anto Furundzija*,

- Chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998 (IT-95-17/1-T).
- Chambre d'appel, jugement du 21 juillet 2000 (IT-95-17/1-A).

2) Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, jugement du 1^{er} juin 2001 (ICTR-96-4-A).

TPIR, Chambre d'appel, *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, jugement du 1^{er} juin 2001 (ICTR-95-1-A).

Cour européenne des droits de l'Homme

Bönisch c. Autriche, 6 mai 1985, série A, n°92.

H. c. France, 24 octobre 1989, série A, n°162-A.

Piersack c. Belgique, 1^{er} octobre 1982, série A, n°53.

Remli c. France, 23 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II.

Wettstein c. Suisse, n°33958/96, 21 décembre 2000, CEDH 2000-XII.

Juridictions de l'Union Européenne

1) Tribunal de première instance

TPICE, 5 juillet 2005, *Luigi Marcuccio c/ Commission*, aff. T-9/04, *Rec. Fonction publique* 2005, p. I-A-195.

TPICE, 6 septembre 2006, *Bayer CropScience AG e.a. c/ Commission*, aff. T-34/05.

2) Cour de Justice

CJCE, 15 juillet 1960, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France e.a. c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 24/58 et 34/58, *Rec.* 1960, p. 577.

CJCE, 27 janvier 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra et Otto Heinemann c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, *Rec.* 2000, p. I-203.

CJCE, 26 novembre 2002, *Communauté européenne c/ First NV et Franex NV*, aff. C-275/00, *Rec.* 2002, p. I-10943.

CJCE, 7 octobre 2004, *Mag Instrument Inc. c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. C-136/02 P, *Rec.* 2004, p. I-9165.

II. Jurisprudence nationale

Allemagne

Cour fédérale, *Metronidazol*, GRUR 1975.

Cour fédérale, *Neuhaus*, GRUR Int 1987.

Australie

Baulderstone Honibrook Engineering Pty. Ltd. v. Kayah Holdings Pty. Ltd., [1997] 14 BCL 277.

Badgin Nominees Pty. Ltd. v. Oneida Ltd. anor., [1998] VCS 188.

Belgique

Cass., 25 octobre 1983, n°3143.

Cass., 17 novembre 1988, n°7848.

Cass., 22 février 1996, A940002F.

Cass., 11 décembre 1997, C960374N.

Cass., 16 juin 1999, P990310F.

Cass., 24 décembre 1999, C970218F.

Cass., 5 mars 2002, P.00.1165.N/3.

Cass., 15 février 2006, RC 062F2_7.

Canada

Air Canada v. Secretary of State for Trade, [1983] 2 AC 394.

États-Unis

Anderson v. American Smelting & Refining Co., 265 F. 928 (US Dist. C. 1919).

Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

In re Joint E. & S. Dists. Asbestos Litig., 830 F. Supp. 686, 693 (E.D.N.Y. 1993).

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

Leblanc v. PNS Stores, 1996 U.S. Dist., Lexis 15909 (E.D. La, 1996).

Tangwall v. Robb, 2003 U.S. Dist., Lexis 27128 (E.D. Mich. 2003).

Anchor v. United States, n°95-39C (2004).

Black Political Task Force v. Galvin, n°02-11190 (D. Mass. 2004).

In re Welding Fume Prods Liab. Litig., n°03-17000 (ND Ohio 2005).

Mavity v. Fraas, 456 F. Supp. 2d 29, 34 n.4 (D.D.C. 2006).

Carranza v. Fraas, 471 F. Supp. 2d, 8-9 (D.D.C. 2007).

Monolithic Power Sys. v. O2 Micro. Int'l Ltd., 558 F. 3d, 1341-1346 (Fed. Cir. 2009).

McCracken v. Ford Motor Co., 392 F. App'x 1, 4 (3rd. Cir. 2010).

Genzyme Corp. V. Seikagaku Corp., n°11-10636 (D. Mass. 2011).

France

CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec. Lebon*, p. 274.

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1976, *Bull. Civ. I*, n°102.

Cass. Civ. 3^{ème}, 29 juin 1976, *Bull. Civ. III*, n°288.

Cass. Civ. 1^{ère}, 25 avril 1979, *Bull. Civ. I*, n°120.

Cass. Civ. 2^{ème}, 30 janvier 1980, *Bull. Civ. II*, n°17.

Cass. Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1980, *Bull. Civ. I*, n°308.

Cass. Com., 3 juillet 1984, *Bull. Civ. IV*, n°211.

Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1985, *Bull. Civ. I*, n°153.

Cass. Soc., 20 janvier 1994, *Rec. Dalloz* 1994, p. 229.

CAA Lyon, 7 juillet 1995, *SCI Le Clos Faure*, *Rec. Lebon*, p. 975.

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 avril 1999, 96-19733.

Cass. Com., 15 février 2000, 97-17415.

Cass. Com., 15 février 2000, 97-16770.

Cass. Com., 30 octobre 2000, 98-12671.

Cass. Crim., 26 mars 2002, 01-82280.

Cass. Crim., 4 février 2004, 03-83237.

CA Paris, 25^{ème} Chambre B, 17 septembre 2004, 04/01049.

Cass. Civ. 2^{ème}, 16 décembre 2004, *Bull. Civ. II*, n°529.

Cass. Civ. 2^{ème}, 3 février 2005, 04-11216.

Cass. Crim., 23 mars 2005, 04-82047.

Cass. Crim., 8 juin 2006, 06-81359.

Cass. Civ. 2^{ème}, 14 septembre 2006, 05-14333.

Cass. Crim., 26 septembre 2007, 07-84888.

Cass. Civ. 2^{ème}, 18 septembre 2008, *Bull. Civ. II*, n°199.

Cass. Civ. 3^{ème}, 3 février 2010, 09-10631.

Cass. Com., 16 février 2010, 09-11586.

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, 10-14232.

Cass. Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, 10-22749.

Cass. Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, 10-25770.

Cass. mixte, 28 septembre 2012, 11-11381.

Cass. mixte, 28 septembre 2012, 11-18710.

Italie

Cass., 2^{ème} sec., 19 mai 1997, n°4437.

Cass., 3^{ème} sec., 18 avril 2001, n°5687.

Cass., sec. soc., 6 mai 2002, n°6432.

Cass., 3^{ème} sec., 8 janvier 2004, n°88.

Cass., 3^{ème} sec., 6 avril 2005, n°7097.

Cass., 3^{ème} sec., 4 juin 2007, n°12930.

Cass., 1^{ère} sec., 5 juillet 2007, n°15219.

Cass., 1^{ère} sec., 16 avril 2008, n°10007.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Belchier v. Reynolds, 1754, 96 *All ER* 1318.

Palacath Ltd v. Flanagan, 1985, 2 *All E.R.* 161.

Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd, 1993, 1 *All E.R.* 664.

Autres documents procéduraux

1) Cour permanente de Justice internationale

Colons allemands en Pologne, documents, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°3/2, p. 295.

Compétence des tribunaux de Dantzig, correspondance, *Rec. Série C*, n°14/1, p. 515.

Usine de Chorzów (demande en indemnité), Allemagne c. Pologne, correspondance, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°15/2, p. 518.

Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°53, p. 186.

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, France/Suisse, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°58, p. 328.

Statut juridique du Groenland Oriental, Norvège/Danemark, documents, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°67, p. 3682.

Administration du Prince Von Pless, Allemagne c. Pologne, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°70, p. 206.

Affaire franco-hellénique des Phares, France/Grèce, correspondance, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°74, p. 404.

Écoles minoritaires en Albanie, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°76, p. 106.

Phosphates du Maroc, Italie c. France, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°85, p. 874.

Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis, Estonie/Lituanie, séances publiques et plaidoiries, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.*, Série C, n°86, p. 418.

2) Cour internationale de Justice

Détroit de Corfou, Royaume-Uni c. Albanie, exceptions préliminaires, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1950, vol. III, p. 8.

Ambatielos, Grèce c. Royaume-Uni, exceptions préliminaires,
- audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1952, p. 272.
- correspondance, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1952, p. 520.

Anglo-iranian oil Company, Royaume-Uni c. Iran, exceptions préliminaires, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1952, p. 426.

Minquiers et des Ecréhous, France/Royaume-Uni, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1953, vol. II, p. 10.

Or monétaire pris à Rome en 1943, Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis, exceptions préliminaires, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1954, p. 98.

Affaire du Sud Ouest Africain, Éthiopie c. Afrique du Sud et Liberia c. Afrique du Sud, audiences publiques,

- exceptions préliminaires, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1966, vol. VII, p. 4.
- fond, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1966, vol. VIII, p. 3.

Plateau continental de la Mer du nord, RFA c. Pays-Bas et RFA c. Danemark,

- audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1968, vol. II, p. 3.
- documents déposés par les parties à la demande de la Cour, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1968, vol. II, p. 303.

Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande, fond, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 435.

Compétence en matière de pêcheries, RFA c. Islande, fond, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 287.

Affaire des essais nucléaires, Australie et Nouvelle-Zélande c. France,

- audiences publiques dans le cadre de l'exception préliminaire, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 249.
- correspondance (exceptions préliminaires et fond), *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1974, p. 337.

Sahara Occidental, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1975, vol. IV, p. 5.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, États-Unis c. Iran, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1980, p. 251.

Affaire du Plateau continental, Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, fond, audiences publiques, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1985, vol. III à V.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis, fond, correspondance, *Rec. Mém., Plaidoiries & Doc.* 1985, p. 355.

Délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen, Danemark c. Norvège, compte-rendus des audiences publiques CR 93/7 et CR 93/8 (disponibles sur le site de la Cour).

Plate-formes pétrolières, Iran c. États-Unis, fond, compte-rendus des audiences publiques CR 2003/5 à CR 2003/19 (disponibles sur le site de la Cour).

Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie/Slovaquie, compte-rendus des audiences publiques CR 97/2 et CR 97/12 (disponibles sur le site de la Cour).

Ile de Kasikili-Sedudu, Botswana/Namibie, compte-rendus des audiences publiques CR 99/1 à CR 99/13 (disponibles sur le site de la Cour).

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Argentine c. Uruguay, fond, compte-rendus des audiences publiques CR 2009/12 à CR 2009/23 (disponibles sur le site de la Cour).

Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan, Nicaragua c. Costa Rica, fond, comptes-rendus des audiences publiques CR 2015/8, CR 2015/9, CR 2015/12 et CR 2015/13 (disponibles sur le site de la Cour).

3) Tribunal international du droit de la mer

Affaire du navire Saiga (N°1), Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 1997, vol. 1.

Affaire du Navire Saiga (N°2), Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, fond, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 1999, vol. 3.

Affaire du thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, mesures conservatoires, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 1999, vol. 4.

Affaire du Monte Confurco, Seychelles c. France, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2000, vol. 6.

Affaire du Grand Prince, Belize c. France, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2001, vol. 7.

Affaire de l'Usine MOX, Irlande c. Royaume-Uni, mesures conservatoires, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2001, vol. 9.

Affaire du Volga, Fédération de Russie c. Australie, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2002, vol. 10.

Affaire des Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor, Malaisie c. Singapour, mesures conservatoires, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2003, vol. 11.

Affaire du Juno Trader, Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2004, vol. 12.

Affaire du Tomimaru, Japon c. Fédération de Russie, prompte mainlevée, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2007, vol. 14.

Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale, Bangladesh/Myanmar, mesures conservatoires, audiences publiques, *TIDM Mém., P.V. & Doc.* 2011, vol. 16.

4) Arbitrage international interétatique

ARA Libertad Arbitration, Argentine c. Ghana, règles de procédure du Tribunal adoptées le 31 juillet 2013 (disponibles sur le site internet de la CPA).

République des Philippines c. République populaire de Chine (actuellement pendante),

- règles de procédure adoptées le 27 août 2013 (disponibles sur le site de la CPA).
- comptes-rendus des audiences publiques (disponibles sur le site de la CPA).

Bibliographie

I. *Ouvrages, monographies, thèses*

AKEHURST (M.), MALANCZUK (P.) (dir.), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, New York : Routledge, 1997, 7^{ème} éd., 472 p.

ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, Paris : PUF, 2000, 807 p.

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, Paris : PUF, 2016, 3^{ème} éd., 312 p.

AMERASINGHE (C. F.), *Evidence in international litigation*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 492 p.

AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, 1997, 328 p.

ANDRÉ (A.), *De l'arbitrage obligatoire dans les rapports internationaux*, thèse, Université de Paris, 1903, 271 p.

ARMSTRONG (D. M.), *Truth and truth-makers*, New York : Cambridge University Press, 2004, 158 p.

ARNOUX (Y.), *Le recours à l'expert en matière pénale*, thèse, Université d'Aix-Marseille III, 2004, 336 p.

AUSTIN (J.), *The province of jurisprudence determined*, Londres : J. Murray, 1832, 391 p.

BAR-YAACOV (N.), *The handling of international disputes by means of inquiry*, Oxford : Oxford University Press, 1974, 370 p.

BEAUVALLET (O.), *Le juge et l'expert : savoir et qualification*, thèse, École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2001, 688 p.

BEDERMAN (D. J.), *International law in Antiquity*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, 322 p.

BEECHER-MONAS (E.), *Evaluating scientific evidence, an interdisciplinary framework for intellectual due process*, Cambridge : Cambridge University Press, 2007, 254 p.

- BENSALAH (T.), *L'enquête internationale dans le règlement des conflits. Règles juridiques applicables*, Paris : LGDJ, 1976, 269 p.
- BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires*, in DUMONT (E.), *Œuvres de Jérémy Bentham, jurisconsulte anglais*, tome 2, Paris : Bossange Frères, 1823, 470 p.
- BERARD (Y.), CRESPIEN (R.) (dir), *Aux frontières de l'expertise. Dialogue entre savoirs et pouvoirs*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2010, 277 p.
- BOULEZ (J.), *Expertises judiciaires : désignation et missions de l'expert, procédure selon la juridiction*, Paris : Delmas, 2004, 13^{ème} éd., 302 p.
- BOURETZ (P.), *Les promesses du monde. Philosophie de Max Weber*, Paris : Gallimard, 1996, 631 p.
- BURDEAU (G.), *Le pouvoir politique et l'Etat*, Paris : LGDJ, 1943, 490 p.
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, tome 1, Paris : LGDJ, 1980, 3^{ème} éd., 385 p.
- BUTLER (W. E.) (dir.), *International law in comparative perspective*, Alphen aan den Rijn : Sijthoff & Noordhoff, 1980, 315 p.
- CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2009, 3^{ème} éd., 216 p.
- CARLETON (C.), SCHOFIELD (C.), *Developments in the technical determination of maritime space : delimitation, dispute resolution, geographical information systems and the role of the technical expert*, Durham : International Boundaries Research Unit, Maritime Briefings, vol. 3, n°4, 2002, 68 p.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 2, Paris : Sirey, 1922, p. 144-145 (rééd. Dalloz, 2004).
- CASS (D. Z.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization : Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, New York : Oxford University Press, 2005, 266 p.
- CASSESE (A.), *International Law*, New York : Oxford University Press, 2005, 2^{ème} éd., 612 p.
- CAUDILL (D.), LARUE (L.), *No magic wand. The idealization of science in law*, Oxford : Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2006, 152 p.
- CHALMERS (A.), *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris : Éditions La Découverte, 1987, 287 p.

CHANDRASEKHARA RAO (P.), GAUTIER (P.) (dir.), *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea : A commentary*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 521 p.

CHAUVAUD (F.), *Experts et expertises judiciaires, France XIX^e et XX^e siècles*, Rennes : PU Rennes, 2004, 284 p.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris : Montchrestien, 2016, 12^{ème} éd., 838 p.

CORNU (G.) (dir.), *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris : PUF, 1976, 285 p.

COT (J.-P.), *La conciliation internationale*, Paris : Pedone, 1968, 389 p.

CRAWFORD (C. C.), *A guide to the study of the history of English law and procedure*, Toronto : The Carswell Company, 1923, 83 p.

CRAWFORD (J.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, New York : Oxford University Press, 2012, 8^{ème} éd., 888 p.

CROSS (R.), BYRNE (D.), HEYDON (J. D.), *Cross on evidence*, Sydney : Butterworths, 1986, 3^{ème} éd., 1088 p.

DAMAŠKA (M. R.), *Evidence Law Adrift*, New Haven : Yale University Press, 1997, 160 p.

D'AMATO (A.), *International Law : Process and Prospect*, New York : Transnational Publishers, 1995, 2^{ème} éd., 373 p.

DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, Paris : LGDJ, 2009, 8^{ème} éd., 1708 p.

DAMROSCH (L.F.) (dir.), *The International Court of Justice at a crossroads*, Dobbs Ferry, New York : ASIL/Transnational Publishers, 1987, 539 p.

DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris : Joly, 1990, 1131 p.

DE VISSCHER (C.), *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris : Pedone, 1966, 220 p.

DUMOULIN (L.), *L'expertise comme nouvelle raison politique ? Discours, usages et effets de l'expertise judiciaire*, Thèse, Université Pierre Mendès-France, 2001, 598 p.

- DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris : Dalloz, 2016, 13^{ème} éd., 920 p.
- DUPUY (R. J.), *Le droit international*, Paris : PUF, 2001, 12^{ème} éd., 128 p.
- DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : PUF, 1968, 10^e éd., 808 p.
- DWYER (D.), *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 435 p.
- EBISIKE (N.), *Offender profiling in the courtroom : The use and abuse of expert witness testimony*, Westport : Praeger Publishers Inc, 2008, 191 p.
- EDMOND (G.), *Expertise in regulation and law*, Burlington : Ashgate Publishers, 2004, 285 p.
- EIJSSVOOGEL (P. V.), *Evidence in international arbitration proceedings*, Londres : Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1994, 309 p.
- EL BOUDOUHI (S.), *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles : Bruylant, 2013, 384 p.
- EISENMANN (Ch.), *Sur la légitimité juridique des gouvernements*, Paris : PUF, 1967, 31 p.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris : LGDJ, 2009, 239 p.
- ENGELMANN (A.) (dir.), *A history of continental civil procedure*, Boston : Little Brown & Co., 1927, 948 p.
- ERIKSSON (H.), *Experts in the Australian Hot Tub*, master thesis, University of Lund, 2008, 97 p.
- ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris : Larose et Forcel, 1882, 596 p.
- FAVRO (K.) (dir.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Paris : Éditions Lavoisier/Tec & Doc, 2009, 276 p.
- FELDMAN (R.), *The role of science in law*, New York : Oxford University Press, 2009, 222 p.
- FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, 350 p.
- FOSTER (C.), *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals. Expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, 375 p.

FOSTER (K. R.), HUBER (P. W.), *Judging science : scientific knowledge and the federal courts*, Cambridge : MIT Press, 1997, 333 p.

FOSTER (W. F.), *Fact-finding and the world court*, thesis submitted for the degree of Master of Laws, Université de Colombie Britannique, 1968, 178 p.

FRANCK (T. M.), *The power of legitimacy among nations*, New York : Oxford University Press, 1990, 303 p.

FRECKELTON (I.), REDDY (P.), SELBY (H.), *Australian judicial perspectives on expert evidence : An empirical study*, Carlton : Australian Institute of judicial administration, 1999, 168 p.

GADAMER (H. G.), *Truth and Method*, Londres : Continuum International Publishing Group, 2004, 2^{ème} éd., 601 p.

GAILLARD (E.), *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 240 p.

GALLAND (J.-P.), DECROP (G.) (dir.), *Prévenir les risques : De quoi les experts sont-ils responsables ?* La Tour d'Aigues : Editions de l'Aube, 1998, 203 p.

GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France*, Paris : Odile Jacob, 2003, 322 p.

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris : L. Larose & L. Tenin, 1907, 6 volumes.

GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris : Domat-Montchrestien, 1972, 518 p.

GAURIER (D.), *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développements de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes : PU Rennes, 2005, 525 p.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome 1, Paris : Sirey, 1914, 787 p.

GÉRARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires St Louis, 1983, 584 p.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil : Introduction générale*, Paris : LGDJ, 1983, 2^{ème} éd., 757 p.

GIANNELLI (P. C.), IMWINKELRIED (E. J.), *Scientific evidence*, Newark, New Jersey : Lexis Nexis, 1999, 3^{ème} éd., 1751 p. (2 volumes).

GINGRAS (Y.), KEATING (P.), LIMOGES (C.), *Du scribe au savant. Les porteurs du savoir de l'Antiquité à la révolution industrielle*, Paris : PUF, 2000, 361 p.

GOHIN (O.) (dir.), *L'expertise devant le juge administratif : mission, rôle et responsabilité de l'expert – Colloque du 12 décembre 2001 organisé par la Compagnie des experts judiciaire près la Cour administrative d'appel de Paris*, Paris : Revue Experts, 2003, 129 p.

GOLAN (T.), *Laws of men and laws of nature. The history of scientific expert testimony in England and America*, Cambridge : Harvard University Press, 2007, 325 p.

GRANDO (M. T.), *Evidence, proof and fact-finding in WTO dispute settlement*, Oxford : Oxford University Press, 2009, 410 p.

GREENLEAF (S.), *A treatise on the law of evidence*, Boston : Little Brown & Co., 1876, 13^{ème} éd., 3 vol.

GREWE (W. G.), *The Epochs of International Law*, Berlin : De Gruyter, 2000, 802 p.

GRONDIN (J.), *L'herméneutique*, Paris : PUF, 2011, 3^{ème} éd., 128 p.

GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, Genève : Georg, 1953, 1184 p. (2 tomes).

GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle*, Paris : Pedone, 2003, 331 p.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, Paris : Dalloz, 2016, 33^{ème} éd., 1770 p.

GUTTERIDGE (H. C.), *Comparative Law : An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge : Cambridge University Press, 1949, 2^{ème} éd., 214 p.

GUYOMAR (G.), *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice adopté le 14 avril 1978. Interprétation et pratique*, Paris : Pedone, 1983, 760 p.

HABERMAS (J.), *Droit et morale* (Tanner Lectures 1986), Paris : Seuil, 1997, 91 p.

HABERMAS (J.), *Raison et légitimité*, trad. J. Lacoste, Paris : Payot, 1988, 208 p.

HABERMAS (J.), *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 1, trad. J.-M. Ferry et J.-L. Schlegel, Paris : Fayard, 1987, 480 p.

HANSON (N. R.), *Patterns of discovery : An inquiry into the conceptual foundations of science*, Cambridge : Cambridge University Press, 1958, 256 p.

HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Van de Kerchove, Bruxelles : Facultés universitaires St Louis, 2006, 2^{ème} éd., 344 p.

HEILMANN (E.) (dir.), *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, Paris : Éditions Autrement, Série Mutations/Sciences en société, n° 145, 1994, 200 p.

HOBBS (T.), *Eléments philosophiques du citoyen*, Amsterdam : Jean Blaev, 1649, 147 p.

HUDSON (M. O.), *International tribunals, past and future*, Clark (New Jersey) : The Lawbook Exchange Ltd, 2003 (rééd.), 299 p.

HUDSON (M. O.), *The permanent court of international justice, 1920 – 1942, A treatise*, New York : Garland Publishing, 1972, 807 p.

HUME (M. D.), *Œuvres philosophiques – Volume 4*, Londres, 1788, 324 p.

HURRELMANN (A.), SCHNEIDER (S.), STEFFEK (J.) (dir.), *Legitimacy in an age of global politics*, New York : Palgrave MacMillan, 2007, 273 p.

JACKSON (J.), LANGER (M.), TILLERS (P.) (dir.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Portland : Hart Publishing, 2008, 438 p.

JONGBLOED (A. W.), *Inleiding nieuw burgerlijk procesrecht*, Den Haag : Boom Juridische Uitgevers, 2002, 156 p.

JASANOFF (S.), *Science at the bar : Law, Science and Technology in America*, Cambridge : Harvard University Press, 1997, 304 p.

JASANOFF (S.) (trad. O. Leclerc), *Le droit et la science en action*, Paris : Dalloz, 2013, 208 p.

KANT (E.), *Critique de la raison pratique*, Paris : Ancienne librairie philosophique Germer Baillière et Cie, 1888, 413 p.

KANT (E.), *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg : Frédéric Nicolovius, 1796, 114 p.

KANTOR (M.), *Valuation for arbitration : Compensation standards, valuation methods and expert evidence*, Pays-Bas : Kluwer Law International, 2008, 411 p.

KAZAZI (M.), *Burden of proof and related issues : A study on evidence before international tribunals*, Boston : Kluwer Law International, 1996, 406 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris : Dalloz, 1962, 2^{ème} éd., 496 p.

KENDALL (J.), FREEDMAN (C.), FARRELL (J.), *Expert determination*, United Kingdom : Sweet & Maxwell, 2008, 4^{ème} éd., 396 p.

KERBRAT (Y.) (dir.), *Forum shopping et concurrence des procédures dans le contentieux international*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 310 p.

KOSKENNIEMI (M.), *From Apology to Utopia : The structure of international legal argument*, New York : Cambridge University Press, 2005, 683 p.

KOSKENNIEMI (M.), *The gentle civilizer of nations. The rise and fall of international law, 1870 - 1960*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, 569 p.

KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, 284 p.

LACAN (J.), *La science et la vérité*, in LACAN (J.), *Ecrits – Tome II*, Paris : Seuil, 1999, 399 p.

LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale : Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, Berne : Stämpfli & Co., 1902, 670 p.

LAGONI (R.), VIGNES (D.), *Maritime delimitation*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 248 p.

LANDHEER (B.), *On the sociology of international law and international society*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1966, 123 p.

LANDSMAN (S.), *The Adversary System, A Description and Defense*, Washington D.C. : American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, 55 p.

LAPRADELLE (A. G. de), POLITIS (N.), *Recueil des sentences arbitrales*, Paris : Pedone, 1905, vol. 2, 1031 p.

LATOURET (B.), *L'espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris : Éditions La Découverte, 2007, 347 p.

LAURENT (F.), *Histoire du droit des gens et des relations internationales, 1850-1870*, 18 volumes.

LAUTERPACHT (H.), *The development of international law by the international court*, Londres : Stevens & Sons Limited, 1958, 408 p.

LAUVIN (J.) (dir.), *Entre le magistrat et l'avocat : l'expert*, Paris : Compagnie des experts près la Cour d'Appel de Versailles, 2005, 480 p.

LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris : LGDJ, 2005, 471 p.

- LE FUR (L.), *Eléments de droit international public*, Paris : Dalloz, 1941, 236 p.
- LE FUR (L.), *Précis de droit international public*, Paris : Dalloz, 1939, 4^{ème} éd., 658 p.
- LE FUR (L.), CHKLAVER (G.), *Recueil de textes de droit international public*, Paris : Dalloz, 1934, 2^{ème} éd., 1117 p.
- LE GOUZ DE SAINT-SEINE (A.), *La conciliation internationale. Principes et applications*, thèse, Université de Paris, 1930, 219 p.
- LESAFFER (R.) (dir.), *Peace Treaties and International Law in European History : From the Late Middle Ages to World War One*, New York : Cambridge University Press, 2004, 488 p.
- LICOPPE (C.), *La formation de la pratique scientifique. Le discours de l'expérience en France et en Angleterre (1630-1820)*, Paris : La Découverte, 1996, 480 p.
- LILLICH (R. B.) (dir.), *Fact-finding before international tribunals. Eleventh Sokol Colloquium*, New York : Transnational Publishers Inc, 1992, 338 p.
- LIVINGSTONE (D. N.), *Putting Science In Its Place : Geographies of Scientific Knowledge*, Chicago : University of Chicago Press, 2003, 234 p.
- LUHMANN (N.), *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris : Economica, 2006, 123 p.
- MACDONALD (R. S. J.), JOHNSTON (D. M.) (dir.), *The structure and process of international law : essays in legal philosophy, doctrine and theory*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1983, 1242 p.
- MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, thèse de doctorat, Université de Toulouse, Paris : Sirey, 1929, 396 p.
- MESTRE (P.), *Les experts auxiliaires de la justice civile*, thèse, Université de Paris, 1937, 295 p.
- MESURE (S.), RENAUT (A.), *La guerre des dieux, Essai sur la querelle des valeurs*, Paris : Grasset, 1996, 242 p.
- MILL (J. S.), *Système de logique déductive et inductive*, Paris : Felix Alcan, 1889, 577 p.
- MONGO (A.), *L'expertise et les autres mesures d'instruction en droit administratif*, thèse, Université de Tours, 2000, 1098 p.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris : Dalloz, 1948, 183 p.

MUNDO (A. L.), *The expert witness : opinion evidence of expert and non-expert witnesses*, Los Angeles : Parker & Baird Company, 1938, 365 p.

NEWMAN (L. W.), SHEPPARD (B. H.), *Take the witness : Cross examination in international arbitration*, New York : JurisNET LLC, 2010, 312 p.

NEWMAN (L. W.), KLIEMAN (R. J.), *Take the witness : The experts speak on cross examination*, Huntington, New York : Juris Publishing Inc., 2006, 593 p.

NGAMBI (J.), *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles : Bruylant, 2010, 598 p.

NIYUNGEKO (G.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 480 p.

NOURY (A.), *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse, Université de Nantes, 1996, 622p.

NUSSBAUM (A.), *A concise history of the Law of Nations*, New York : MacMillan Co., 1947, 361 p.

OESCH (M.), *Standards of review in WTO dispute resolution*, New York : Oxford University Press, 2003, 296 p.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires St Louis, 2002, 598 p.

PASQUALUCCI (J. M.), *Practice and procedure of the inter-american court of human rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003, 488 p.

PASTOREL (J.-P.), *L'expertise dans le contentieux administratif*, Paris : LGDJ, 1994, 160 p.

PERELMAN (Ch.) (dir.), *Le fait et le droit. Études de logique juridique – Volume I*, Bruxelles : Bruylant, 1961, 278 p.

PERELMAN (Ch.), FORIERS (P.) (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1981, 366 p.

PERETTI-WATEL (P.), *La société du risque*, Paris : La Découverte, 2010, 128 p.

PETROCHILOS (G.), *Procedural law in international arbitration*, Oxford : Oxford University Press, 2004, 436 p.

PINCHON (F.), MILLO (F.), *L'expertise judiciaire en Europe. Etudes des systèmes Allemand, Anglais, Espagnol, Français et Italien en matière de procédure civile*, Paris : Éditions d'Organisation, 2002, 449 p.

PLATON, *Théétète*, Paris : Garnier-Flammarion, 1999, 412 p.

POPPER (K.), *La connaissance objective*, Paris : Flammarion, 2009, 578 p.

POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2007, 480 p.

QUERE (L.), OGIEN (A.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris : Economica, 2006, 232 p.

RADBRUCH (G.), *Rechtsphilosophie (Philosophie du droit)*, Heidelberg : C.F. Müller, 1999, rééd. de la 3^{ème} éd. (1932), 277 p.

RALSTON (J. H.), *The law and procedure of international tribunals*, New York : Garland Publishing, 1973, 512 p.

REISER (A.), *Le juge et l'expert dans le contentieux des brevets*, mémoire de DESS, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2000, 102 p.

RETAIL (L.) (dir.), *Principes et cadre juridique de l'expertise judiciaire*, Paris : Sirey, 1951, 370 p.

REUTER (P.), *Droit international public*, Paris : PUF, 1968, 3^{ème} éd., 404 p.

RICOEUR (P.), *Histoire et vérité*, Paris : Seuil, 2001 (rééd.), 408 p.

RIDDELL (A.), PLANT (B.), *Evidence before the International Court of Justice*, London : British Institute of International and Comparative Law, 2009, 420 p.

RÍOS RODRÍGUEZ (J.), *L'expert en droit international*, Paris : Pedone, 2009, 359 p.

ROADY (T. G. Jr.), COVINGTON (R.N.), *Essays on procedure and evidence*, Nashville : Vanderbilt University Press, 1961, 288 p.

ROGERS (H. W.), *The law of expert testimony*, St Louis : W. H. Stevenson, 1883, 1^{ère} éd., 297 p.

ROQUEPLO (P.), *Entre savoir et décision : L'expertise scientifique*, Paris : Editons INRA, 1997, 112 p.

ROSENNE (S.), *Essays on international law and practice*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 682 p.

ROSENNE (S.), *Procedure in the International Court. A commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague : Martinus-Nijhoff Publishers, 1983, 305 p.

ROSENNE (S.), RONEN (Y.), *The law and practice of the International Court, 1920 – 2005, Volume 3 : Procedure*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 4^{ème} éd., 682 p.

ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, Paris : Sirey, 1953, 752 p.

ROUSSEAU (Ch.), *Principes généraux du droit international public, Vol. 1*, Paris : Pedone, 1944, 975 p.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou principes du droit politique*, Autun : J.-P. Bresson, 1795, 290 p.

ROUSSEAU (G.), DE FONTBRESSIN (P.), *L'expert et l'expertise judiciaire en France. Théorie - pratique – formation*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 2^{ème} éd., 293 p.

RUIZ-FABRI (H.) (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris : Éd. de la Société de législation comparée, 2003, 290 p.

RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris : Pedone, 2010, 304 p.

RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris : Pedone, 2007, 255 p.

RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris : Pedone, 2004, 198 p.

SALINGER (E.), CREASE (R. P.) (dir.), *The philosophy of expertise*, New York : Columbia University Press, 2006, 432 p.

SANDIFER (D. V.), *Evidence before international tribunals*, Charlottesville : University Press of Virginia, 1975, 519 p.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris : Montchrestien, 2015, 2^{ème} éd., 638 p.

SCELLE (G.), *Manuel de droit international public*, Paris : Domat-Montchrestien, 1948, 1008 p.

SCHWEBEL (S. M.), *Justice in international law : selected writings of Judge Stephen M. Schwebel*, Cambridge : Cambridge University Press, 1994, 648 p.

SCOTT (J. B.), *Rapports faits aux conférences de La Haye de 1899 et 1907 comprenant les commentaires officiels annexés aux projets de conventions et des déclarations rédigées par les diverses commissions qui en étaient chargées ainsi que les textes des actes, conventions et déclarations dans leur forme définitive et des principales propositions présentées par les délégués des Puissances Intéressées aussi bien que d'autres pièces soumises aux commissions*, Oxford : Imprimerie de l'Université, 1920, 952 p.

SCOTT (J. B.), *Sovereign states and suits before arbitral tribunals and courts of justice*, Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange Ltd, 2004, 360 p.

SHAPIN (S.), *A social history of truth. Civility and science in the seventeenth-century England*, Chicago : University of Chicago Press, 1994, 483 p.

SHAW (M. N.), *International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2014, 7^{ème} éd., 1070 p.

SHORE (W. I.), *Fact-finding in the maintenance of international peace*, Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, 1970, 183 p.

STARKIE (T.), *A practical treatise on the law of evidence*, Philadelphie : Johnson & Co., 1860, 8^{ème} éd., 828 p.

TARANTINO (J. A.), *Strategic use of scientific evidence*, New York : John Wiley & Sons Inc, 1988, 628 p.

TARDE (G.), *La philosophie pénale*, Paris : Editions Cujas, 1972, 4^{ème} éd., 578 p.

TARDE (G.), *Les transformations du droit*, Paris : Berg International Editeurs, 1994, 2^{ème} éd., 216 p.

TARDE (G.), *L'opinion et la foule*, Paris : PUF, 1989, 1^{ère} éd., 184 p.

TATÉ (D.), *Les aspects procéduraux de la preuve en droit privé*, mémoire, DEA Droit des contentieux public et privé, Université du Sud Toulon Var, 1996, 140 p.

TERRE (F.) (dir.), *Droit et science*, Paris : Sirey, Archives de Philosophie du droit, tome 36, 1991, 418 p.

TERRE (F.) (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Paris : Éditions de l'Épargne, 1969, 455 p.

THAYER (J. B.), *A preliminary treatise on evidence at the Common Law*, Boston : Little Brown & Co., 1898, 636 p.

THORNHILL (C.), ASHENDEN (S.) (dir.), *Legality and legitimacy : Normative and sociological approaches*, Baden Baden : Nomos, 2010, 344 p.

- TREPOS (J.-Y.), *Sociologie de l'expertise*, Paris : PUF, 1996, 127 p.
- TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, 394 p.
- TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles : Larcier, 2012, 358 p.
- TRUILHÉ-MARENGO (E.), BROSSET (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, Paris : La Documentation Française, 2006, 337 p.
- TWINING (W.), *Rethinking evidence*, New York : Cambridge University Press, 2006, 2^{ème} éd, 511 p.
- VAISSIERE (A.), *L'expertise judiciaire en matière pénale : problématiques et perspectives*, thèse, Université de Montpellier I, 2005, 447 p.
- VAN DEN BERG (A. J.) (dir.), *International arbitration 2006 : Back to basics ?* The Hague : Kluwer Law International, 2008, 972 p.
- VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000, 864 p.
- VINOGRADOFF (P.), *Historical types of international law*, Leiden : E. J. Brill, 1923, 70 p.
- VINX (L.), *Hans Kelsen's Pure Theory of Law : Legality and Legitimacy*, New York : Oxford University Press, 2007, 240 p.
- VON STAUFFENBERG (B.), *Statut et Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale. Eléments d'interprétation*, Berlin : Carl Heymanns Verlag, 1934, 498 p.
- WALTON (D.), *Witness testimony evidence : argumentation, artificial intelligence and the law*, New York : Cambridge University Press, 2007, 365 p.
- WEBER (M.), *Economie et société*, tome 1, trad. Freund, Paris : Plon, 1971, 650 p.
- WEHBERG (H.), *The problem of an International Court of Justice*, Oxford : The Clarendon Press, 1918, 251 p.
- WEISS (F.) (dir.), *Improving WTO dispute settlement procedures : issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals*, London : Cameron May, 2000, 430 p.
- WHEATON (H.), *Commentaire sur les éléments du droit international et sur l'histoire des progrès du droit des gens*, Leipzig : F.A. Brockhaus, 1868, 445 p.

WHITE (G.), *The use of experts by international tribunals*, thèse, Université de Syracuse, 1965, 259 p.

WIGMORE (J. H.), *A treatise on anglo-american system of evidence in trials at Common Law*, Boston : Little Brown & Co., 1923, 2^{ème} éd., 1913 p. (5 volumes).

WIGMORE (J. H.), *Principles of judicial proof as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials*, Boston : Little Brown & Co., 1913, 1179 p.

WORRALL (J.), CURRIE (G.) (éd.), *Imre Lakatos philosophical papers : The methodology of scientific research programmes (Volume 1)*, Cambridge : Cambridge University Press, 1978, 260 p.

YANAMADJI TOLNGUEDJI (G.), *L'expert judiciaire dans le procès civil*, thèse, Université de Poitiers, 1992, 521 p.

YERXA (R.), WILSON (B.) (dir.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement, The first ten years*, New York : Cambridge University Press, 2005, 289 p.

ZIMMERMANN (A.), TOMUSCHAT (C.), OELLERS-FRAHM (K.), THIENEL (T.) (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : A commentary*, Oxford : Oxford University Press, 2006, 1577 p.

II. *Articles, cours, notes*

ALFORD (N. H. Jr.), « Fact-finding by the world court », *Villanova L. Rev.*, 1958, vol. 4, n°1, pp. 37-91.

ALVAREZ (J.), « Burdens of proof », *Mich. J. Int'l Law*, 1993, vol. 14, n°3, pp. 399-428.

AMSELEK (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », *Rec. Dalloz*, 1997, n°39, pp. 337-342.

AMSELEK (P.), « La question de la vérité aujourd'hui », *Rev. Rech. Jur.*, 2008, n°2, pp. 625-635.

AMSELEK (P.), « La science et le problème de la liberté humaine », *Philosophiques*, 2000, vol. 27, n°2, pp. 403-423.

AMSELEK (P.), « L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique », in CURIEL (J. L.) (dir.), *Filosofía del derecho y problemas de filosofía social, Vol. X*, Mexico : Universidad nacional autónoma de México, 1984, pp. 55-67.

- ANCEL (M.), « La fonction judiciaire et le droit comparé », *RIDC*, 1949, vol. 1, n°1-2, pp. 57-66.
- ANDERSON (D.), « Scientific evidence in cases under Part XV of the LOSC », in NORDQUIST (M. H.), LONG (R.), HEIDAR (T. H.), *Law, Science and Ocean Management*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2007, pp. 505-518.
- ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, vol. 105, n°4, pp. 897-930.
- BABICH (A.), « Too much science in environmental law », *Colum. J. Envtl Law*, 2003, vol. 28, n°1, pp. 119-184.
- BAKER (E.), LAVERS (A.), « The expert in dispute resolution : a Common Law perspective », *Arbitration*, 2004, vol. 70, n°1, pp. 9-18.
- BAKER (W. F.), « L'expertise comparée – Les Etats-Unis et la France », *Revue Experts*, 1999, n°43, p. 13 et s.
- BARBIER DE LA SERRE (E.), SIBONY (A.-L.), « Expert evidence before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n°4, pp. 941-985.
- BARTHOLOMEUSZ (L.), « The *amicus curiae* before international courts and tribunals », *Non-State actors and international law*, 2005, vol. 5, n°3, pp. 209-286.
- BASTID (P.), « L'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, vol. 7, Paris : PUF, 1967, pp. 1-15.
- BEB A DON (Ph. L. B.), « L'évaluation de la réparation des dommages dans l'affaire du *Détroit de Corfou* », *Ann. AAA*, 1959, vol. 29, pp. 49-67.
- BECKETT (W. E.), « Decisions of the Permanent Court of International Justice on points of law and procedure of general application », *BYBIL*, 1930, vol. 11, pp. 1-54.
- BEDJAOUI (M.), « La "fabrication" des arrêts de la Cour internationale de Justice », in *Mélanges Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris : Pedone, 1991, pp. 87-107.
- BEDJAOUI (M.), « The Arbitrator : One man – Three roles. Some independent comments on the ethical and legal obligations of an arbitrator », *J. Int'l. Arb.*, 1988, vol. 5, n°1, pp. 7-20.
- BEETHAM (D.), « Max Weber et la légitimité politique », *Revue européenne des sciences sociales*, 1995, t. 33, n°101, pp. 11-22.
- BELAVAL (P.), « Le juge administratif et l'expertise », *Revue Experts*, 2008, n°78, p. 19 et s.

BELLON DE CHASSY (C.), HUREAU (J.), PECKELS (B.), « Expert : Essai de classification – Le point de vue français », *Revue Experts*, 2000, n°47, p. 39 et s.

BENZING (M.), « Community interests in the procedure of international courts and tribunals », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2006, vol. 5, n°3, pp. 369-408.

BERAN (M.), « L'expertise en République Tchèque », *Revue Experts*, 2000, n°46, p. 6 et s.

BERARD (Y.), « L'internationalisation de l'expertise. Une comparaison des activités d'ingénierie – Conseil dans le domaine des transports urbains et de l'aide publique au développement en Europe », *Politique Européenne*, 2007/1, n°21, pp. 193-199.

BERGER (M. A.), SOLAN (L. M.), « The uneasy relationship between science and law : An essay and introduction », *Brooklyn L. Rev.*, 2007-2008, vol. 73, n°3, pp. 847-856.

BERNSTEIN (D. E.), « Expert witnesses, adversarial bias and the (partial) failure of the Daubert revolution », *Iowa L. Rev.*, 2008, vol. 93, pp. 451-489.

BERREBI-HOFFMANN (I.), LALLEMENT (M.), « A quoi servent les experts ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009/1, vol. 126, pp. 5-12.

BLUMENTHAL (J. A.), « A wipe of the hands, a lick of the lips : the validity of demeanor evidence in assessing witness credibility », *Neb. L. Rev.*, 1993, vol. 72, pp. 1157-1204.

BOBBIO (N.), « Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique*, vol. 7, Paris : PUF, 1967, p. 47 et s.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), ANGELINI (A.), « After “The Court Rose” : The rise of diplomatic means to implement the pronouncements of the International Court of Justice », *The L. & Pract. Int'l Courts & Trib.*, 2012, vol. 11, pp. 1-46.

BOREL (E.), « The United States and the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1923, vol. 17, n°3, pp. 429-437.

BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, n°1, pp. 41-57.

BRASLOW (N. T.), « The recognition and enforcement of Common Law punitive damages in a Civil Law system : Some reflections on the Japanese experience », *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 1999, vol. 16, n°2, pp. 285-360.

BROSSET (E.), « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris : La documentation Française, 2011, pp. 247-280.

BROWN (C.), « The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and tribunals », *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2008, vol. 30, n°3, pp. 219-245.

BROWN (C.), « The Evolution and Application of Rules concerning the Independence of the “International Judiciary” », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2003, vol. 2, n°1, pp. 63-96.

BROWNE (M. N.), WILLIAMSON (C. L.), BARKACS (L. L.), « The perspectival nature of expert testimony in the United States, England, Korea and France », *Conn. J. Int'l Law*, 2002, vol. 18, n°1, pp. 55-102.

BRUNET (P.), « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, 2011, vol. 115, n°2, pp. 311-327.

BUERGENTHAL (T.), CASSELL (D.), « The future of the inter-american human rights system », in MÉNDEZ (J. E.), COX (F.) (dir.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 539-571.

BÜHLER (M.), « Technical expertise : an additionnal means for preventing or settling commercial disputes », *J. Int'l. Arb.*, 1989, vol. 6, n°1, pp. 135-158.

BURK (D. L.), « When scientists act like lawyers : The problem of adversary science », *Jurimetrics Journal*, 1993, vol. 33, n°3, pp. 363-376.

BUSSEUIL (G.) (dir.), « Chronique des décisions de l'Organe de règlement des différends (ORD), Août 2009 - Novembre 2010 », *Rev. Int'l Dt Eco.*, 2010, Tome XXIV, n°4, pp. 475-518.

BUTLER (W. E.), « Comparative Approaches to International Law », *RCADI*, 1985-I, vol. 190, pp. 9-89.

CAMINOS (H.), « The International Tribunal for the Law of the Sea : An overview of its Jurisdictional Procedure », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2006, vol. 5, n°1, pp. 13-27.

CANIVET (G.), « The Interrelationship Between Common Law and Civil Law », *Louis. Law Rev.*, 2003, vol. 63, n°4, pp. 937-944.

CAPOWSKI (J. J.), « China's evidentiary and procedural reform, the Federal Rules of Evidence and the harmonization of Civil and Common Law », *Texas Int'l Law J.*, 2012, vol. 47 n°3, pp. 455-504.

CARON (D. D.), « The legitimacy of the collective authority of the Security Council », *AJIL*, 1993, vol. 87, pp. 552-588.

CASAD (R.C.), « Unjust enrichment in Argentina : Common Law in a Civil Law system », *Am. J. Comp. Law*, 1974, vol. 22, n°4, pp. 757-783.

CASSEL (D. W. Jr.), « Fact-finding in the inter-American system », in BAYEFSKY (A. F.) (dir.), *The UN human rights treaty system in the 21st century*, The Hague : Kluwer Law International, 2000, pp. 105-114.

CASSESE (S.), « The Globalization of law », *NY Univ. J. Int'l Law & Pol.*, 2005, vol. 37, n°4, pp. 973-993.

CASSIN (R.), « La révision du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale », *RGDIP*, 1929, vol. 36, n°4-5, pp. 377-396.

CAUDILL (D. S.), « Idealized images of science in law : the expert witness in trial movies », *St John's L. Rev.*, 2008, vol. 82, n°3, pp. 921-949.

CAUDILL (D. S.), « Lacan and the discourse of science in law », *Cardozo Law Review*, 2003, vol. 24, n°6, pp. 2331-2348.

CAUDILL (D. S.), LARUE (L. H.), « Why judges applying the *Daubert* trilogy need to know about the social, institutional, and rhetorical – and not just the methodological – aspects of science », *Bost. Coll. Law Rev.*, 2003, vol. 45, n°1, pp. 1-54.

CAUDILL (D. S.), REDDING (R. E.), « Junk philosophy of science ? The paradox of expertise and interdisciplinarity in federal courts », *Wash. & Lee Law Rev.*, 2000, vol. 57, n°3, pp. 685-766.

CAVARÉ (L.), « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, vol. 2, pp. 496-509.

CECIL (J. S.), WILLGING (T. E.), « Accepting Daubert's invitation : Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity », *Emory L. J.*, 1994, vol. 43, n°3, pp. 995-1070.

CHANDRASEKHARA RAO (P.), « ITLOS : The first six years », *Max Planck Yb U.N. Law*, 2002, vol. 6, pp. 183-300.

CHENG (B.), « Burden of proof before the International Court of Justice », *ICLQ*, 1953, vol. 2, n°4, pp. 595-596.

CHINKIN (C.), SADURSKA (R.), « The anatomy of international dispute resolution », *Ohio State J. on Disp. Resol.*, 1991, vol. 7, pp. 39-81.

CHO (S.), « From control to communication : Science, Philosophy and World Trade Law », *Corn. Int'l Law J.*, 2011, vol. 44, n°2, pp. 249-278.

CHRISTOFOROU (T.), « L'expertise scientifique au service du commerce international : Analyses et perspectives », in MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 461-484.

CHRISTOFOROU (T.), « Settlement of science-based trade disputes in the WTO : A critical review of the developing case-law in the face of scientific uncertainty », *NY Univ. Envtl L. J.*, 2000, vol. 8, pp. 623-648.

COENEN-HUTHER (J.), « Pouvoir, autorité, légitimité », *Revue européenne des sciences sociales*, 2005, tome 43, n°131, pp. 135-145.

COLLINS (D.), « Institutionalized fact-finding at the WTO », *Univ. Penn. J. of Int'l Eco. Law*, 2006, vol. 27, n°2, pp. 367-387.

COMTE-SPONVILLE (A.), « Philosophie de l'expertise », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 116-117.

COPE (S.), « Ripe for revision : A critique of Federal Rule of Evidence 705 and the use of court-appointed experts », *Gonzaga Law Review*, 2003-2004, vol. 39, n°1, pp. 163-202.

COT (J.-P.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande – Fond) », *AFDI*, 1962, vol. 8, pp. 217-247.

COUAILLIER (M.), « Réflexion sur la vérité judiciaire et l'acte de juger », *Revue Experts*, 2007, n°75, pp. 4-6.

COUVREUR (P.), « Le règlement juridictionnel » in SFDI (éd.), *Le processus de délimitation maritime : étude d'un cas fictif*. Actes du Colloque international de Monaco tenu du 27 au 29 mars 2003, Paris : Pedone, 2004, pp. 349-388.

CRAIK (A. N.), « Recalcitrant reality and choosen ideals : The public function of dispute settlement in international environmental law », *Geo. Int'l Envtl Law Rev.*, 1998, vol. 10, n°2, pp. 551-580.

CRAMER (R. J.), BRODSKY (S. L.), DECOSTER (J.), « Expert witness confidence and juror personality : Their impact on credibility and persuasion in the courtroom », *J. Am. Acad. Psych. & The Law*, 2009, vol. 37, n°1, pp. 63-74.

CRAWFORD (J.), « The problems of legitimacy-speak », *ASIL Proceedings*, 2004, pp. 98-271.

CROLEY (S. P.), JACKSON (J. H.), « WTO dispute procedures, standard of review and deference to national governments », *AJIL*, 1996, vol. 90, n°2, pp. 193-213.

CROOK (J. R.), « Fact-finding in the fog : determining the facts of upheavals and wars in inter-state disputes », in ROGERS (C. A.), *The future of investment arbitration*, New York : Oxford University Press, 2009, pp. 313-337.

DAMAŠKA (M. R.), « Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure : A comparative study », *Univ. Penn. L. Rev.*, 1973, vol. 121, pp. 506-589.

DAMAŠKA (M. R.), « The Common Law/Civil Law divide : Residual truth of a misleading distinction », *Supreme Court L. Rev.*, 2010, vol. 49, pp. 3-22.

DAMAŠKA (M. R.), « The uncertain fate of evidentiary transplants : Anglo-American and Continental experiments », *Am. J. Comp. Law*, 1997, vol. 45, n°4, pp. 839-852.

DAMAŠKA (M. R.), « Truth in adjudication », *Hastings Law J.*, 1998, vol. 49, pp. 289-308.

D'AMATO (A.), « Is international law really law ? », *NW Univ. L. Rev.*, 1984-1985, vol. 79, pp. 1293-1314.

D'AMATO (A.), « The coerciveness of international law », *German Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 52, pp. 437-460.

DAMIEN (A.), « Le rôle des experts dans la procédure française », *Revue Experts*, 1989, n°4, p. 3 et s.

DANIEL (T.), « Expert evidence before the I.C.J. », Communication présentée à l'occasion de la conférence annuelle du Advisory Board on the Law of the Sea (ABLOS), Monaco, 28-30 octobre 2003, disponible à l'adresse www.gmat.unsw.edu.au/ablos/.../PAPER1-3.PDF (consulté le 20 janvier 2013).

DAVID (J. M.), « De la responsabilité de l'expert judiciaire », *Revue Experts*, 1989, n°6, p. 10 et s.

DAVID (J. M.), BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE (J.), « L'expertise privée », *Revue Experts*, 1991, n°12, p. 4 et s.

DEASON (E. E.), « Court-appointed expert witnesses : scientific positivism meets bias and deference », *Or. Law Rev.*, 1998, vol. 77, n°1, pp. 59-156.

DE FONTBRESSIN (P.), ROUSSEAU (G.), « De la *lex experti* a l'expert sans frontières », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 133-134.

DE FONTBRESSIN (P.), ROUSSEAU (G.), « L'expert judiciaire, "fusible" du conflit, ou les pressions sur l'expert », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 109-110.

DEHARO (G.), « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *J. Int'l de Bioeth.*, 2006, vol. 17, n°1-2, pp. 33-54.

DE LA BARRA (F.), « La médiation et la conciliation internationales », *RCADI*, 1923, vol. 1, pp. 553-567.

DE LA PRADELLE (A.), « L'excès de pouvoir de l'arbitre », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1928, vol. 2, pp. 5-64.

DEL DUCA (L. F.), « An Historic Convergence of Civil and Common Law systems : Italy's new "Adversarial" Criminal Procedure System », *Dick. J. Int'l L.*, 1991, vol. 10, n°1, pp. 73-92.

DEL VECCHIO (A.), « Globalization and its effect on international courts and tribunals », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2006, vol. 5, n°1, pp. 1-11.

DE MAXIMY (H.), « Les dérives de l'expertise. Impressions de la Biennale de Poitiers », *Revue Experts*, 2005, n°69, pp. 29-32.

DENEMARK (H. A.), « The search for "scientific knowledge" in federal courts in the post-Frye era : Refuting the assertion that "law seeks justice while science seeks truth" », *High Tech. Law J.*, 1993, vol. 8, n°2, pp. 235-266.

DENGLOS (M.), « Complexité des litiges, diversité et profusion des connaissances : L'expertise de justice vers une inévitable collégialité ? », *Revue Experts*, 2012, n°100, pp. 57-59.

DEPOUILLY (J. G.), « L'expertise devant le juge administratif », *Revue Experts*, 1993, n°20, p. 7 et s.

DE TAUBE (M.), « Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen-Age », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, pp. 5-115.

DE VISSCHER (C.), « Reflections on the present prospects of international adjudication », *AJIL*, 1956, vol. 50, n°3, pp. 467-474.

DIERYCK (C.), « Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1988, n°2, pp. 267-282.

DILLARD (H. C.), « A tribute to Philip C. Jessup and some comments on international adjudication », *Colum. L. Rev.*, 1962, vol. 62, n°7, pp. 1138-1146.

DOTHAN (S.), « How international courts enhance their legitimacy », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 455-478.

DRAETTA (U.), « The notion of consequential damages in the international trade practice : A merger of Common Law and Civil Law concepts », *Int'l Bus. Law J.*, 1991, n°4, pp. 487-498.

DRESS (T. P.), « International commercial mediation and conciliation », *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J. (ou Rev.)*, 1988, vol. 10, n°3, pp. 569-582.

DUMOULIN (L.), « De l'impact des experts judiciaires sur la fabrique de la justice : d'une justice imposée à une justice négociée ? », in DUMOULIN (L.), LA BRANCHE (S.), ROBERT (C.), WARIN (P.) (dir.), *Le recours aux experts. Raisons et usages politiques*, Grenoble : PU Grenoble, 2005, pp. 245-265.

DUMOULIN (L.), « Des modes de socialisation des savoirs académiques », *Droit & Société*, 2005, n°60, pp. 296-309.

DUMOULIN (L.), « Le recours aux experts, un mode de rationalisation des pratiques judiciaires ? », *Pol. & Manag. Pub.*, 2005, vol. 23, n°3, pp. 145-159.

DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit & Société*, 2000, n°44-45, pp. 199-223.

DUMOULIN (L.), « L'expert technicien, témoin ou acteur de justice ? », in *Juger en Europe*, Actes des Journées Européennes du Droit, Nancy : Presses universitaires de Nancy, novembre 2006.

DUPREY (D.), « Arbitrage et expertise : où sont les frontières ? », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2006, pp. 967-973.

DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002-IV, vol. 297, pp. 9-496.

DURAN (P.), « Légitimité, droit et action publique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, n°2, pp. 303-344.

DWYER (D.), « The role of the expert under CPR Part 35 », in DWYER (D.) (dir.), *The civil procedure rules ten years on*, Oxford : Oxford University Press, 2009, pp. 299-324.

EDMOND (G.), « Judicial Representations of Scientific Evidence », *The Modern L. Rev.*, 2000, vol. 63, n°2, pp. 216-251.

EDMOND (G.), « Merton and the Hot Tub : scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure », *Law & Contemporary problems*, 2009, vol. 72, pp. 159-189.

EFREMOFF (J.), « La conciliation internationale », *RCADI*, 1927, vol. 18, pp. 1-148.

EFREMOFF (J.), « Organisation de la conciliation comme moyen de prévenir les guerres », *RCADI*, 1937, vol. 59, pp. 99-223.

ELIASON (A.), « Science versus Law in WTO jurisprudence : the (mis)interpretation of the scientific process and the (in)sufficiency of scientific evidence in *EC-Biotech* », *NY Univ. J. Int'l Law & Pol.*, 2009, vol. 41, n°2, pp. 341-406.

ELSBERG (D.), « Confronting the new challenges of scientific evidence », *Harvard Law Review*, 1994-1995, vol. 108, pp. 1481-1605.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis », *Rev. Int'l Dt Comp.*, 1999, vol. 51, n°3, pp. 621-632.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, n°24, pp. 1377-1383.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Pour une théorie juridique de l'expertise », *Revue Experts*, 2007, n°77, pp. 7-9.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), LECLERC (O.), « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique » in ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris : LGDJ, 2009, pp. 199-229.

EVENSEN (J.), « Evidence before international courts », *NordTIR*, 1955, vol. 25, pp. 44-62.

FAGNART (J.-L.), « L'expert prestataire de services », *Revue Experts*, 1999, n°45, pp. 13 et s.

FAIRLIE (M.), « The marriage of Common Law and Continental Law at the ICTY and its progeny, due process deficit », *Int'l Crim. Law Rev.*, 2004, vol. 4, n°3, pp. 243-320.

FAÚNDEZ LEDESMA (H.), « La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte : Paradojas y desafíos », in MÉNDEZ (J. E.), COX (F.) (dir.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 185-210.

FAVOREU (L.), « Récusation et administration de la preuve devant la Cour Internationale de Justice. A propos des affaires du Sud-Ouest Africain (Fond) », *AFDI*, 1965, vol. 11, pp. 233-277.

FELDMAN (R.), « Historic perspectives on law and science », *Stan. Tech. Law Rev.*, 2009, pp. 1-23.

FELDMAN (R.), « Law's misguided love affair with science », *Minn. J. Law Sc. & Tech.*, 2009, vol. 10, n°1, pp. 95-116.

FELIU (A. G.), « Evidence in arbitration : a guide for litigators », in CARBONNEAU (T.), JAEGGI (J. A.) (dir.), *The A.A.A. Handbook on Commercial Arbitration*, Huntington, New York : JurisNET, 2010, pp. 267-272.

FERRAND (F.), « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RIDC*, 2000, vol. 52, n°2, pp. 345-369.

FEUTRILL (M.), RUBINS (N.), « The preparation of expert evidence in international commercial arbitration : Practical aspects », *Rev. Dt des Aff. Int'l.*, 2009, n°3, pp. 307-331.

FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 20 décembre 1996, pp. 1005-1022.

FLÜCKIGER (A.), « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Rev. Eur. Sc. Soc.*, 2003, Tome XLI, n°128, pp. 107-127.

FOLLOWS (T.), HOLMES (R.), O'REILLY (M.), « Liability of tribunal-appointed experts, advisers and assessors », *Arbitration*, 2004, vol. 70, n°1, pp. 1-8.

FOSTER (C. E.), « Burden of proof in international courts and tribunals », *Aust. YBIL*, 2010, vol. 29, pp. 27-86.

FOSTER (C. E.), « The consultation of independent experts by international courts and tribunals in health and environment cases », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 20, pp. 391-420.

FRIESEN (J. L.), « When Common Law Courts interpret Civil Codes », *Wisc. Int'l Law J.*, 1996-1997, vol. 15, n°1, pp. 15-28.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure de l'expertise », *Revue Experts*, 1994, n°24, p. 8 et s.

GAFFNEY (J. P.), « Due process in the WTO : the need for procedural justice in the dispute settlement system », *Am. Univ. Int'l Law Rev.*, 1999, vol. 14, n°4, pp. 1173-1221.

GALEA (P. J.), « A Brief Overview of Malta, a Roman-Civil Law Country with Common Law Adoption as Rules of Civil Evidence », *Digit. Evid. & Elect. Signature L. Rev.*, 2008, vol. 5, pp. 202-206.

GESLIN (A.), LE FLOCH (G.), « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2010-2011) », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2011, n°4, pp. 1089-1162.

GESLIN (A.), LE FLOCH (G.), « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2015-2016) », *Journal du droit international (Clunet)*, 2016, n°4, pp. 1381-1489.

GHERARI (H.), « La sentence arbitrale du 31 juillet 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal », *Afri. J. Int'l & Comp. Law*, 1991, vol. 3, pp. 41-60.

GIANNELLI (P. C.), « Junk science : The criminal cases », *J. Crim. L. & Criminology*, 1993, vol. 84, n°1, pp. 105-128.

GILBERT (A. R.), « Refusal of arbitrators to receive evidence, or to permit briefs or arguments on particular issues as grounds for relief from award », *ALR*, 1977, (3^{ème} éd.), vol. 75, p. 132 et s.

GIUDICELLI-DELAGÉ (G.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni », *Archives de politique criminelle*, 2004/1, n°26, pp. 139-188.

GOLAN (T.), « Revisiting the history of scientific expert testimony », *Brooklyn L. Rev.*, 2007-2008, vol. 73, n°3, pp. 879-942.

GOLDMAN (A. I.), « Experts : Which ones should you trust ? », *Phi. & Pheno. Research*, 2001, vol. 63, n°1, pp. 85-110.

GONOD (P.), FRYDMAN (P.), « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA*, 2014, n°24, pp. 1361-1363.

GRISEL (F.), VIÑUALES (J. E.), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Rev.*, 2007, vol. 22, n°2, pp. 380-432.

GUTHEIL (T. G.), SIMON (R. I.), SIMPSON (S.), « Attorneys' requests for complete tax records from opposing expert witnesses : Some approaches to the problem », *J. Am. Acad. Psych & The Law*, 2006, vol. 34, n°4, pp. 518-522.

GUTTERIDGE (H. C.), « Comparative law and the law of nations », *BYBIL*, 1944, vol. 21, pp. 1-10.

GUYOT (D.), « L'expertise judiciaire dans la procédure civile russe », *Revue Experts*, 1998, n°39, p. 13 et s.

GUZMÁN (R. A.), « La convivencia en Puerto Rico del "Civil Law" y el "Common Law" en el derecho de daños : un enfoque realista », *Rev. Der. Puertorriqueño*, 2004, vol. 43, n°2, pp. 209-228.

HAACK (S.), « Inquiry and advocacy, fallibilism and finality : Culture and Inference in Science and Law », *Law Prob. & Risk*, 2003, vol. 2, pp. 205-214.

HAACK (S.), « Of truth, in science and in law », *Brooklyn L. Rev.*, 2007-2008, vol. 73, n°3, pp. 985-1008.

HABSCHEID (W. J.), « L'expertise-arbitrage – Etude de droit comparé », in SANDERS (P.) (dir.), *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1967, p. 103 et s.

HALDE (N.), « La Cour de Babel : entre l'incertitude scientifique et l'instabilité juridique – Un cas d'analyse : l'affaire Mox », *Rev. Queb. Dt Int'l*, 2007, Hors-série, pp. 199-221.

HALINK (S.), « All things considered : How the International Court of Justice delegated its fact assessment to the United Nations in the *Armed Activities Case* », *NY Univ. J. Int'l Law & Pol.*, 2008, vol. 40, numéro spécial, pp. 13-52.

HAMMARSKJÖLD (A.), « The early work of the Permanent Court of International Justice », *Harvard Law Review*, 1923, vol. 36, n°6, pp. 704-725.

HAND (B. L.), « Historical and practical considerations regarding expert testimony », *Harv. L. Rev.*, 1901, vol. 15, n°1, pp. 40-58.

HARLOW (S. D.), « Science-based trade disputes : A new challenge in harmonizing the evidentiary systems of law and science », *Risk Analysis*, 2004, vol. 24, n°2, pp. 443-447.

HARRIS (A. W.), « The best scientific evidence available : The whaling moratorium and divergent interpretations of science », *Wm & Mary Envtl L. & Polic. Rev.*, 2005, vol. 29, n°2, pp. 375-450.

HARVERD (A.), « The role of the expert in arbitration » in KARSTEN (K.), BERKELEY (A.) (dir.), *Arbitration : Money laundering, corruption and fraud*, Paris : ICC Publishing, 2003, pp. 93-107.

HEISSER-VERNET (J.-M.), NUÉE (A.), « La déjudiciarisation de la preuve », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 127-128.

HELFER (L. R.), ALTER (K. J.), « Legitimacy and lawmaking : A tale of three international courts », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 479-503.

HEMARD (J.), « La preuve en Europe occidentale continentale aux XIXe et XXe siècles », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, tome 19 (La preuve), Bruxelles, 1965, pp. 19-48.

HERNANDEZ-BRETÓN (E.), « Expert evidence », in HANESSIAN (G.), NEWMAN (L. W.) (dir.), *International Arbitration Checklist*, 2009, 2^{ème} éd., pp. 117-133.

HEUSCHLING (L.), « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité*, Actes du colloque tenu à Caen les 19 et 20 novembre 2009, Bruxelles : Bruylant, 2011, pp. 15-72.

HILL (N. L.), « National judges in the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1931, vol. 25, n°4, pp. 670-683.

HOSTIE (J.), « The Statute of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1944, vol. 38, n°3, pp. 407-433.

HUBER (P. W.), « Junk science in the courtroom », *Valp. Univ. L. Rev.*, 1992, vol. 26, n°3, pp. 723-755.

HUDSON (M. O.), « The amended rules of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1931, vol. 25, n°3, pp. 427-435.

- HUDSON (M. O.), « The election of members of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1930, vol. 24, n°4, pp. 718-727.
- HUDSON (M. O.), « The first year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1923, vol. 17, n°1, pp. 15-28.
- HUDSON (M. O.), « The tenth year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1932, vol. 26, n°1, pp. 1-30.
- HUDSON (M. O.), « The twentieth year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1942, vol. 36, n°1, p. 1-7.
- HUDSON (M. O.), « The twenty-third year of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1945, vol. 39, n°1, pp. 1-12.
- HUGON (C.), « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », *Gaz. Palais*, Chronique Droit civil des affaires, janvier 2013, n°10, pp. 19-20.
- HUREAU (J.), « L'infailibilité expertale », *Revue Experts*, 2006, n°73, pp. 12-13.
- HUREAU (J.), PECKELS (B.), « Essai de définition de l'expertise et des experts », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 79-80.
- ILHYUNG-LEE (E.), « Expert evidence in the Republic of Korea and under the U.S. Federal Rules of Evidence : A comparative study », *Loy. L.A. Int'l & Comp. Law J.*, 1997, n°3, pp. 585-631.
- INBAU (F. E.), « Admissibility of scientific evidence in criminal cases », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 495-503.
- JACOB (R.), « Expert and woolf : Have things got better ? », in DWYER (D.) (dir.), *The civil procedure rules ten years on*, Oxford : Oxford University Press, 2009, pp. 293-297.
- JACOB (S.), « Fact-finding in inter-state adjudication », *The Modern L. Rev.*, 1996, vol. 59, n°2, pp. 207-224.
- JACOBSSON (M.), « Evidence as an issue in international legal practice », in *Proceedings of the ASIL annual meeting*, Washington DC : American Society of International Law (ASIL), 2006, vol. 100, pp. 40-44.
- JACOBSSON (M.), « International law and scientific research in the Arctic - The role of Science in Law and the role of Law in Science », in WITSCHER (G.), WINKELMANN (I.), TIROCH (K.), RÜDIGER (W.) (dir.), *New Chances and New Responsibilities in the Arctic Region : Papers from the international conference at the German Federal Foreign Office in cooperation with the*

Ministries of Foreign Affairs of Denmark and Norway, 11-13 March 2009, Berlin, Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010, pp. 233-244.

JARROSSON (C.), « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2001, n°1, pp. 5-41.

JAUFFREY-SPINOSI (C.), « L'expertise en droit comparé », *Revue Experts*, 1995, n°26, p. 4 et s.

JENNINGS (Sir R. Y.), « International lawyers and the progressive development of international law », in MAKARCZYK (J.) (dir.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century : Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague : Kluwer Law International, 1996, pp. 413-424.

JOHNSON (R.), GODDING (W. W.), O'CONNOR SLOANE (T.), DANA (C. L.), « Expert testimony », *The North American Review*, 1884, vol. 138, n°331, pp. 602-617.

JOLOWICZ (M. J. A.), « L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais », *Rev. Int'l Dt Comp.*, 1977, vol. 29, n°2, pp. 285-300.

JONES (D.), « Is expert determination a final and binding alternative ? », *Arbitration*, 1997, vol. 63, n°3, pp. 213-226.

JONES (D.), « Party-appointed expert witnesses in international arbitration : A protocol at last », *Arbitration International*, 2008, vol. 24, n°1, pp. 137-155.

JOYCE (D.), « Fact-finding and evidence at the ICJ : systemic crisis, change or more of the same ? », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2007, vol. 18, pp. 283-306.

JURS (A. W.), « Questions from the bench and independent experts : A study of practices of state court judges », *Univ. Pittsb. L. Rev.*, 2012, vol. 74, pp. 47-83.

KARWAT (H.), « L'expert sans la Communauté Européenne », *Revue Experts*, 1993, n°20, p. 11 et s.

KATSKEE (R. B.), « Science, intersubjective validity and judicial legitimacy », *Brooklyn L. Rev.*, 2007-2008, vol. 73, n°3, pp. 857-878.

KAUFMAN (H. H.), « The expert witness, neither *Frye* nor *Daubert* solved the problem. What can be done ? », *Int'l Rev. Law Comput. & Tech.*, 2001, vol. 15, n°1, pp. 79-101.

KAYE (D.H.), « Proof in law and science », *Jurimetrics Journal*, 1992, vol. 32, n°3, pp. 313-322.

KEIL (F. C.), « Getting to the truth grounding incomplete knowledge », *Brooklyn L. Rev.*, 2007-2008, vol. 73, n°3, pp. 1035-1052.

- KELSEN (H.), « Recognition in international law », *AJIL*, 1941, vol. 31, pp. 605-617.
- KERBRAT (Y.), MALJEAN-DUBOIS (S.), « La Cour Internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay) », *RGDIP*, 2011, vol. 115, n°1, pp. 39-75.
- KERISEL (J. B.), « Le statut et le régime social de l'expert judiciaire », *Revue Experts*, 2003, n°60, p. 4 et s.
- KISS (A. C.), « Droit comparé et droit international public », *RIDC*, 1972, vol. 24, n°1, pp. 5-12.
- KISTENKAS (F. H.), « Comparative Libel Law : Towards a Continental Common Law ? », *Tilburg Foreign Law Review*, 1998-1999, vol. 7, n°1, pp. 17-26.
- KORFF (S. A.), « Introduction à l'histoire du droit international », *RCADI*, 1923, vol. 1, pp. 2-23.
- KOSKENNIEMI (M.), « Miserable Comforters : International Relations as New Natural Law », *European Journal of International Relations*, 2009, vol. 15, n°3, pp. 395-422.
- KOVAC (J. D.), « Science, Law and the Ethics of Expertise », *Tenn. Law Rev.*, 1999, vol. 67, n°2, pp. 397-408.
- KRAFKA (C.) (dir.), « Judge and Attorney experiences, practices and concerns regarding expert testimony in federal civil trials », *Psy. Pub. Polic. & Law*, 2002, vol. 8, n°3, pp. 309-332.
- KREINDLER (R. H.), « Benefiting from oral testimony of expert witnesses : traditional and emerging techniques », in LÉVY (L.), VEEDER (V. V.) (dir.), *Arbitration and oral evidence*, Paris : International Chamber of Commerce, 2005, pp. 87-104.
- KWIATKOWSKA (B.), « The International Court of Justice and the Law of the Sea – Some Reflections », *Int'l J. Marine & Coastal L.*, 1996, vol. 11, n°4, pp. 491-532.
- LACHS (M.), « Evidence in the procedure of the International Court of Justice : The role of the Court », in PÉREZ GONZÁLEZ (M.) (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid : Tecnos, 1993, pp. 427-438.
- LAGARDE (X.), « D'une vérité, l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gazette du Palais*, 22 juillet 2010, n°203, pp. 6-17.
- LAKATOS (I.), « Falsification and the methodology of scientific research programmes », in LAKATOS (I.), MUSGRAVE (E.) (dir.), *Criticism and the growth of knowledge*, Cambridge : Cambridge University Press, 1974, pp. 91-196.
- LAMBERT (P.), « L'expertise judiciaire en Belgique », *Revue Experts*, 2003, n°58, p. 3 et s.

LANGBEIN (J. H.), « The german advantage in civil procedure », *Univ. Chic. L. Rev.*, 1985, vol. 52, n°4, pp. 823-866.

LANGLOIS (L.), « Habermas et la question de la vérité », *Archives de Philosophie*, 2003, tome 66, n°3, pp. 563-583.

LARDEUX (G.), « Preuve civile et vérité » in CHEROT (J.-Y.), CIMAMONTI (S.), TRANCHANT (L.), TREMEAU (J.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 869 et s.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La responsabilité de l'expert judiciaire : À l'ombre du droit commun de la responsabilité civile », *Revue Experts*, 1999, n°42, p. 2 et s.

LASCOUMES (P.), « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *RFAP*, 2002/3, n°103, pp. 369-377.

LATTY (F.), « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011, vol. 115, n°2, pp. 459-480.

LAUGIER (S.), « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004, tome 67, n°4, pp. 607-627.

LAUTERPACHT (H.), « The so-called anglo-american and continental schools of thought in international law », *BYBIL*, 1931, vol. 12, pp. 31-62.

LEBAS (B.), « Variations européennes sur le statut de l'expert », *Revue Experts*, 2004, n°64, p. 12 et s.

LECLERC (O.), « Les réformes du droit de l'expertise – Avancées partielles et occasions manquées », *Revue Experts*, 2006, n°71, pp. 12-15.

LECLERC (O.), « Scientific expertise and judicial decision making : comparative insights », in FERRER BELTRÀN (J.), POZZOLO (S.) (dir.), *Law, politics and morality : European Perspectives III*, Berlin : Duncker & Humblot, 2007, pp. 15-26.

LE CLERC (R.), « Expert et mesure d'expertise face aux exigences du procès équitable », *Revue Experts*, 2010, n°89, pp. 9-12.

LEE (T. V.), « Court-appointed experts and judicial reluctance : a proposal to amend rule 706 of the Federal Rules of Evidence », *Yale Law & Polic. Rev.*, 1988, vol. 6, n°1, pp. 480-504.

LESAFFER (R.), « Roman law and the early historiography of international law : Ward, Wheaton, Hosack and Walker », in MARAUHN (T.), STEIGER (H.) (dir.), *Universality and Continuity in International Law*, The Hague : Eleven International Publishing, 2011, pp. 149-184.

LEURDIJK (J.H.), « Fact-finding : its place in international law and politics », *Netherlands Int'l Law Rev.*, 1967, vol. 14, n°2, pp. 141-161.

LÉVESQUE (C.), « Science in the hands of International Investment Tribunals : A case for 'scientific due process' », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 20, pp. 259-290.

LEVIT (N.), « Listening to tribal legends : An essay on law and the scientific method », *Fordham Law Review*, 1989, vol. 58, n°3, pp. 263-308.

LEVITSKY (J. E.), « The Europeanization of the British Legal Style », *Am. J. Comp. Law*, 1994, vol. 42, n°2, pp. 347-380.

LISSARRAGUE (B.), « La force probante des mentions du rapport d'expertise », *Revue Experts*, 1993, n°21, p. 8 et s.

LOBINGIER (C. S.), « Civil Law rights through Common Law remedies », *Jurid. Rev.*, 1908-1909, vol. 20, n°2, pp. 97-108.

LOEVINGER (L.), « Standards of proof in science and law », *Jurimetrics Journal*, 1992, vol. 32, n°3, pp. 323-344.

LOQUIN (E.), « De la distinction entre l'expertise et l'arbitrage », *RTD Com.*, 2009, p. 537 et s.

MACKENZIE (R.), SANDS (P.), « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge », *Harv. Int'l Law J.*, 2003, vol. 44, n°1, pp. 271-285.

MANCUSO (S.), « The new African Law : Beyond the difference between Common Law and Civil Law », *Ann. Surv. Int'l & Comp. Law*, 2008, vol. 14, pp. 39-60.

MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit à « l'expertise équitable » », *Dalloz*, 2000, chron., pp. 111-115.

MARGUENAUD (J.-P.), « L'équité, l'expertise et l'expert », *Revue Experts*, 06/2004, n°63.

MARMO (M.), « Common Law and Civil Law interactions in criminal justice at judicial level in Western Europe », *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, 2005, vol. 13, n°4, pp. 565-584.

MAROSSI (A. Z.), « The necessity for discovery of evidence in the fact-finding process of international tribunals », *J. Int'l Arb.*, 2009, vol. 26, n°4, pp. 511-531.

MARTEL (J.-J.), « Le rapport amiable comme élément de preuve lors du procès », *Revue Experts*, 2012, n°103, pp. 14-15.

MARTINEZ (G. A.), « On law and truth », *Notre Dame Law Review*, 1997, vol. 72, n°3, pp. 883-905.

MASON (A.), « The future of adversarial justice », Intervention du 7 août 1999 lors de la 17^{ème} conférence annuelle de l'AIJA à Adelaïde (6-8 août 1999), disponible à l'adresse : <http://www.aija.org.au/online/mason.rtf> (consulté le 26 septembre 2012).

MATET (P.), « Les frontières entre les différentes formes d'expertise s'effondrent mais nos cloisons mentales résistent », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 77-78.

MATTEI (U.), « A theory of imperial law : A study on U.S. hegemony and the latin resistance », *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2003, vol. 10, n°1, pp. 383-448.

MATTEI (U.), « Why the wind changed : Intellectual leadership in Western law », *Am. J. Comp. Law*, 1994, vol. 42, n°1, pp. 195-218.

MATTEI (U.), « Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *Am. J. Comp. Law*, 1997, vol. 45, n°1, pp. 5-44.

MAWDSLEY (A. A.), « Evidence before the International Court of Justice », in MACDONALD (R. S. J.) (dir.), *Essays in honour of Wang Tieya*, Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1994, pp. 533-550.

McHUGO (J.), « The judgments of the International Court of Justice in the jurisdiction and admissibility phase of *Qatar v. Bahrain* : An example of the continuing need for fact-scepticism », *Netherlands Yb. of Int'l Law*, 1997, vol. 28, pp. 171-196.

McRAE (D. M.), « The WTO in international law : Tradition continued or new frontier ? », *J. Int'l Eco. Law*, 2000, vol. 3, n°1, pp. 27-41.

MEGRET (F.), « International judges and experts' impartiality and the problem of past declarations », *The L. & Pract. Int'l Courts & Trib.*, 2011, vol. 10, pp. 31-66.

MEINTJIES-VAN DER WALT (L.), « Expert evidence and the right to a fair trial : a comparative perspective », *Sth Afr. J. on Hum. Rts*, 2001, vol. 17, n°3, pp. 301-319.

MEINTJIES-VAN DER WALT (L.), « Science friction : the nature of expert evidence in general and scientific evidence in particular », *Sth Afr. Law J.*, 2000, vol. 117, n°4, pp. 771-790.

MENASHE (D.), « The requirement of reasons for findings of fact », *Int'l Com. Law Rev.*, 2006, vol. 28, n°2-3, pp. 223-245.

MEZERETTE (J.-Y.), « Du Fait de Droit au Droit de Fait. Réflexions sur le fait, le droit et le "faitalisme" », *Revue Experts*, 2001, n°50, p. 2 et s.

MILLER (A. J.), « United Nations experts on mission and their privileges and immunities », *Int'l. Org. L. Rev.*, 2007, vol. 4, pp. 11-56.

MNOOKIN (J. L.), « Expert evidence, partisanship and epistemic competence », *Brooklyn L. Rev.*, 2008, vol. 73, n°3, pp. 1009-1033.

MNOOKIN (J. L.), « Idealizing science and demonizing experts : An intellectual history of expert evidence », *Villanova L. Rev.*, 2007, vol. 52, n°101, pp. 763-801.

MONGE (A. S.), « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *ILSA J. Int'l & Comp. Law*, 1999, vol. 5, n°3, pp. 567-581.

MORAN (J.), « The fall and rise of the expert », *Critical Quarterly*, 2011, vol. 53, n°1, pp. 6-22.

MORIN (E.), « Affronter l'incertitude », *Sciences humaines*, hors-série n°24 « La dynamique des savoirs », mars-avril 1999.

MOURY (J.), « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD Civ.*, 2009, p. 665 et s.

MOUSSA (T.) et BEAUCHARD (J.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 2004, hors série n°3.

MOUTON (M. W.), « The Impact of Science on International Law », *RCADI*, 1966-III, vol. 119, pp. 183-260.

MOYER (C.), « The role of the *amicus curiae* in the inter-american court of human rights », in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Estudios y documentos*, San José de Costa Rica : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, pp. 103-114.

MURRAY (R.), « Evidence and Fact-finding by the African Commission », in EVANS (M. D.), MURRAY (R.) (dir.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights : The system in practice, 1986-2006*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, pp. 139-170.

MUTANGI (T.), « Fact-finding missions or omissions? A critical analysis of the African Commission on Human and Peoples' Rights », *East Afr. J. Peace & Hum. Rts*, 2006, vol. 12, n°1, pp. 1-48.

NAIM-GESBERT (E.), « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n°1, pp. 33-50.

NAQVI (Y.), « The right to the truth in international law : fact or fiction ? », *RICR*, 2006, vol. 88, n°862, pp. 245-273.

NARDI (D. J. Jr.), « Do Indonesian judges need scientific credibility ? *Indonesia v. PT Newmont, Minahasa Raya* and the use of scientific evidence in Indonesian courts », *Geo. Int'l Envtl Law Rev.*, 2008, vol. 21, n°1, pp. 113-141.

NASARRE-AZNAR (S.), « Common Law Securitization in Civil Law Spain », *Int'l Fin. L. Rev.*, 2000, vol. 19, n°3, pp. 47-52.

NIEDWIECKI (A. S.), « Science fact or science fiction ? The implications of court-ordered genetic testing under Rule 35 », *Univ. S.F. Law Rev.*, 2000, vol. 34, n°2, pp. 295-353.

NOYES (J. E.), « The International Tribunal for the Law of the Sea », *Corn. Int'l Law J.*, 1998, vol. 32, n°1, pp. 109-182.

OBERTO (G.), « L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien », *RIDC*, 1998, vol. 50, n°3, pp. 779-805.

OESCH (M.), « Standards of review in WTO dispute resolution », *J. Int'l Eco. Law*, 2003, vol. 6, n°3, p. 635-659.

OLIVIER (M.), « A propos de la déontologie de l'expertise », *Revue Experts*, 1997, n°38, p. 4 et s.

OLIVIER (M.), « L'expertise devant les juridictions communautaires », *Revue Experts*, 1994, n°24, p. 4 et s.

O'MALLEY (N. D.), « The procedural rules governing the production of documentary evidence in international arbitration : As applied in practice », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2009, vol. 8, n°1, pp. 27-90.

OSBORN (A. S.), « Reasons and reasoning in expert testimony », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 488-494.

OST (F.), « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *RIEJ*, 1984, n°12, pp. 163-192.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit », *RIEJ*, 2000, vol. 44, pp. 1-82.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Science et droit : les paradoxes de la création », in LIBOIS (B.), STROWEL (A.) (dir.), *Profils de la création*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires St Louis, 1997, pp. 31-46.

PASSERIN D'ENTRÈVES (A.), « Légalité et légitimité », *Annales de philosophie politique*, vol. 7, Paris : PUF, 1967, p. 29 et s.

PAUWELYN (J.), « Expert advice in WTO dispute settlement », in BERMANN (G. A.), MAVROIDIS (P. C.) (dir.), *Trade and Human Health and Safety*, New York : Cambridge University Press, 2006, pp. 235-256.

- PAUWELYN (J.), « The use of experts in WTO dispute settlement », *ICLQ*, 2002, vol. 51, n°2, pp. 325-364.
- PAYNE (C.), « Mastering the Evidence : Improving Fact-finding by International Courts », *Envtl L.*, 2011, vol. 41, n°4, pp. 1191-1220.
- PECKELS (B.), « Tableau comparatif des procédures expertales, de leurs avantages et inconvénients, en droit romano-germanique et anglo-saxon », *Revue Experts*, 2010, n°91, pp. 16-19.
- PEEL (J.), « Of apples and oranges (and hormones in beef) : science and the standard of review in WTO disputes under the SPS agreement », *ICLQ*, 2012, vol. 61, n°2, pp. 427-458.
- PELLET (A.), « Remarks on proceedings before the International Court of Justice », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2006, vol. 5, n°1, pp. 163-182.
- PETER (W.), « Witness 'conferencing' », *Arb. Int'l*, 2002, vol. 18, n°1, pp. 47-58.
- PETEV (V.), « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles : Bruylant, 1995, pp. 51-59.
- PICKER (C. B.), « International law's mixed heritage : A Common/Civil Law jurisdiction », *Vanderb. J. Transn. Law*, 2008, vol. 41, n°4, pp. 1083-1140.
- PINCHON (F.), « Quels experts pour quelle expertise internationale ? », *Revue Experts*, 2012, n°100, pp. 18-20.
- PLOSCOWE (M.), « The expert witness in criminal cases in France, Germany and Italy », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 504-509.
- PLOTKIN (L. L.), « *Brock v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* : What is the court's role in evaluating expert testimony ? », *Tulane Law Review*, 1990, vol. 64, pp. 1263-1271.
- POLLAK (W.), « The eligibility of british subjects as judges of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1926, vol. 20, n°4, pp. 714-725.
- POLLOCK (F.), « The Permanent Court of International Justice », *BYBIL*, 1926, vol. 7, pp. 135-140.
- POSNER (E. A.), YOO (J. C.), « Judicial Independence in International Tribunals », *Cal. L. Rev.*, 2005, vol. 93, n°1, pp. 3-74.
- PRADEL (J.), « Responsabilité pénale de l'expert judiciaire », *Revue Experts*, 1995, n°29, p. 20 et s.
- PRATT (M.), « The role of the technical expert in maritime delimitation cases », in LAGONI (R.), VIGNES (D.) (dir.), *Maritime delimitation*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 87-102.

PREUD'HOMME (D.), « Expert ou conseil de partie en matière civile », *Revue Experts*, 2008, n°78, pp. 58-59.

PREUD'HOMME (D.), « L'expertise : une interface entre la science, la norme et la loi », *Revue Experts*, 1997, n°34, p. 34 et s.

PROST (O.), « Confidentiality issues under the DSU : fact-finding process versus confidentiality », in YERXA (R.), WILSON (B.) (dir.), *Key issues in WTO dispute settlement : the first ten years*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, pp. 190-203.

PÜTZ (A.), « Liberté et expertise : approche empirique – Le juge et l'expertise », *Revue Experts*, 2000, n°47, p. 13 et s.

QUINTARD (J.), « Le statut de l'expert judiciaire, garantie d'une expertise de qualité », *Revue Experts*, 2005, n°69, pp. 3-6.

RAESCHKE-KESSLER (H.), « Chapter 19 – Witness conferencing » in NEWMAN (L. W.), HILL (R. D.) (dir.), *The leading arbitrators' guide to international arbitration*, New York : Juris Publishing, 2008, 2^{ème} éd., pp. 415-428.

RARES (S.), « Using the 'Hot Tub' – How concurrent expert evidence aids understanding issues », disponible sur le site de la Cour fédérale australienne à l'adresse www.fedcourt.gov.au/__data/.../Rares-J-20100823.rtf (consulté le 3 mai 2014).

RAZZAQUE (J.), « Changing role of friends of the court in the international courts and tribunals », *Non-state actors and international law*, 2001, vol. 1, n°3, pp. 169-200.

REIF (L. C.), « Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes », *Fordham Int'l L. J.*, 1990, vol. 14, n°3, pp. 578-638.

REIFERT (E.), « Getting into the Hot Tub : How the United States could benefit from Australia's concept of 'Hot Tubbing' expert witnesses », *Univ. Detroit Mercy L. Rev.*, 2011, vol. 89, pp. 103-115.

REISMAN (M.), KOVEN LEVIT (J.), « Fact-finding initiatives for the Inter-American Court of Human Rights », in NIETO NAVIA (R.) (dir.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos : edición conmemorativa de los quince años de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los veinticinco de la firma del Pacto de San José de Costa Rica y de los treinta y cinco de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 443-457.

RICCI (E. F.), « Evidence in international arbitration : a synthetic glimpse », in FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (M. Á.), ARIAS (D.) (dir.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid : La Ley, 2010, pp. 1025-1034.

RICHMOND (D. R.), « Expert witness conflicts and compensation », *Tenn. Law Rev.*, 2000, vol. 67, n°4, pp. 909-948.

RIDDELL (A.), « Scientific evidence in the International Court of Justice : Problems and Possibilities », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 20, pp. 229-258.

RIGAUX (F.), « The concept of Fact in Legal Science », in NERHOT (P.) (dir.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 38-49.

RÍOS RODRÍGUEZ (J.), « Expertise scientifique, normes techniques et bonne administration de la justice », *L'Obs. des N.U.*, 2009, vol. 27, pp. 85-103.

RÍOS RODRÍGUEZ (J.), « Le juge et l'expert : la connaissance spécialisée dans les procès internationaux », in RUIZ-FABRI (H.), GRADONI (L.) (dir.), *La circulation des concepts juridiques : Le droit international, entre mondialisation et fragmentation*, Paris : Société de Législation Comparée, 2009, pp. 267-304.

RÍOS RODRÍGUEZ (J.), « Les rapports d'experts à l'OMC », in TOMKIEWICZ (V.), GARCIA (T.) (dir.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Paris : Pedone, 2012, pp. 169-184.

RÍOS RODRÍGUEZ (J.), « L'expertise devant les juridictions internationales », *Revue Experts*, 2010, n°92, pp. 31-33.

RIX (K. J. B.), « Expert evidence and the courts : the history of expert evidence », *Adv. Psych. Treat.*, 1999, vol. 5, pp. 71-77.

ROLIN (H.), « L'arbitrage obligatoire, une panacée illusoire », in *Varia juris gentium, Liber Amicorum presented to J.P.A. François*, Leyden : A.W. Sijthoff, 1959, pp. 254-262.

ROMANO (C.), « The Americanization of International Litigation », *Ohio State J. on Disp. Resol.*, 2003-2004, vol. 19, n°1, pp. 89-120.

ROS (N.), « La Cour Internationale de Justice comme instrument de la paix par le droit », *Etudes Internationales*, 1994, vol. 25, n°2, pp. 273-293.

ROSAS (A.), « The Death of International Law ? », *Finn. Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 20, pp. 215-228.

ROSENNE (S.), « Fact-finding before the International Court of Justice » in HEERE (W. P.) (dir.), *International law and the Hague's 750th Anniversary*, La Haye : T.M.C. Asser Press, 1999, pp. 45-59.

ROSENNE (S.), « Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea », *AJIL*, 1995, vol. 89, n°4, pp. 806-814.

ROSENNE (S.), « International Tribunal for the Law of the Sea : 1996-97 Survey », *Int'l J. Marine & Coastal L.*, 1998, vol. 13, n°4, pp. 487-514.

ROSENNE (S.), « The nuclear weapons advisory opinions of 8 July 1996 », *Israël Yb. on Hum. Rts.*, 1997, vol. 27, pp. 263-308.

ROSENTHAL (L. L.), « The development of the use of expert testimony », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 403-435.

ROSSI (P.), « La lecture du rapport d'expertise par le magistrat (en matière civile, commerciale ou sociale) », *Revue Experts*, 2007, n°76, pp. 5-9.

ROTH (P. M.), « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *Rev. Int'l Dt Comp.*, 1998, vol. 50, n°3, pp. 773-777.

ROUSSEAU (G.), « De la nullité de l'expertise et de la responsabilité du technicien », *Revue Experts*, 2001, n°51, p. 8 et s.

ROUSSEAU (G.), « La Cour de Cassation et l'expertise judiciaire », *Revue Experts*, 2000, n°49, p. 13 et s.

ROUSSEAU (G.), « L'expert, collaborateur du service public de la justice et prestataire de services – L'analyse d'un tribunal de Grande Instance », *Revue Experts*, 2005, n°69, pp. 13-16.

ROUSSEAU (G.), « Nullité de l'expertise et droit de l'expert à rémunération », *Revue Experts*, 2007, n°77, pp. 25-27.

ROUSSEAU (G.), FREJABUE (M.), « Un "expert juge" : celui institué par l'article 1843-4 du Code Civil », *Revue Experts*, 2005, n°68, pp. 13-17.

RUBINSTEIN (J. H.), « International Commercial Arbitration : Reflections at the crossroads of the Common Law and Civil Law traditions », *Chic. J. Int'l Law*, 2004, vol. 5, n°1, pp. 303-310.

RÜDIGER (W.), « Taking and assessing evidence in international adjudication », in NDIAYE (T. M.), RÜDIGER (W.), KOJIMA (C.) (dir.), *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes : Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2007, pp. 341-356.

RÜDIGER (W.), « The taking and assessment of evidence by the European Court of Human Rights », in BREITENMOSEER (S.), EHRENZELLER (B.), SASSOLI (M.), STOFFEL (W.), WAGNER PFEIFER (B.) (dir.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law : Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden : Nomos Publishers, 2007, pp. 915-924.

RUIZ-FABRI (H.), « Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAMBERT (T.) (dir.), *Égalité et équité : antagonisme ou*

complémentarité ? Actes du colloque organisé par le CERAP le 13 novembre 1997, Paris : Economica, 1999, pp. 47-64.

SACHS (K.), « The interaction between expert determination and arbitration », in KAUFMANN-KOHLER (G.), JOHNSON (A.), (dir.), *Arbitration of mergers and acquisition disputes : ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 21, 2005 in Basel*, Bâle : Association suisse de l'arbitrage, 2005, pp. 235-280.

SALMON (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982-II, vol. 175, pp. 257-414.

SALVIOLI (G.), « Problèmes de procédure dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1957-I, vol. 91, pp. 557-617.

SANDERS (J.), « Scientifically complex cases, trial by jury and the erosion of adversarial processes », *DePaul Law Review*, 1998, vol. 48, pp. 355-392.

SANDERS (J.), DIAMOND (S. S.), VIDMAR (N.), « Legal perceptions of science and expert knowledge », *Psy. Pub. Polic. & Law*, 2002, vol. 8, n°2, pp. 139-153.

SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *AFDI*, 2000, vol. 46, pp. 58-81.

SAUZIER (A.), « L'influence du modèle juridique français aux Seychelles », *Rev. Int'l Dt Comp.*, 1995, vol. 47, n°1, pp. 154-158.

SAVADOGO (L.), « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, vol. 50, pp. 231-258.

SCHINDLER (D.), « Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international », *RCADI*, 1933-IV, vol. 46, pp. 229-326.

SCHLAEPFER (A. V.), BÄRTSCH (P.), « A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators », *Rev. Dt des Aff. Int'l*, 2010, n°3, pp. 211-223.

SCHMIDT-SCHONDORF (S.), « La réunion par le juge allemand des éléments de fait nécessaires à la décision », *Rev. Int'l Dt Comp.*, 1998, vol. 50, n°3, pp. 765-771.

SCHNEIDER (M. B.), « Evidence », *The Wayne Law Rev.*, 2007, vol. 53, n°1, pp. 295-420.

SCHOFIELD (C.), CARLETON (C.), « Technical considerations in Law of the Sea dispute resolution », in OUDE ELFERINK (A. G.), ROTHWELL (D. R.) (dir.), *Oceans management in the 21st century : institutional frameworks and responses*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 231-254.

SHAPIRO (B. J.), « Law and Science in seventeenth-century England », *Stanford Law Rev.*, 1969, vol. 21, n°4, pp. 727-766.

SHELTON (D. L.), « Form, function and the powers of international courts », *Chic. J. Int'l Law*, 2009, vol. 9, n°2, pp. 537-571.

SHELTON (D. L.), « The independence of international tribunals » in CANÇADO-TRINDADE (A.) (dir.), *The Modern World of Human Rights, Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José : Inter-American Institute of Human Rights, 1996, pp. 299-334.

SHIN (H. S.), « Adversarial and inquisitorial procedures in arbitration », *RAND Journal of Economics*, 1998, vol. 29, n°2, pp. 378-405.

SHUMAN (D. W.), WHITAKER (E.), CHAMPAGNE (A.), « An empirical examination of the use of expert witnesses in American courts », *Jurimetrics Journal*, 1991, vol. 31, n°4, pp. 375-392.

SHUMAN (D. W.), WHITAKER (E.), CHAMPAGNE (A.), « An empirical examination of the use of expert witnesses in the courts, Part II : A three city study », *Jurimetrics Journal*, 1994, vol. 34, n°2, pp. 193-208.

SIMARD (A.), « Légalité et légitimité (d') après Max Weber », *Aspects sociologiques*, 2005, vol. 12, n°1, pp. 159-188.

SIMONEL (J.), « De quelques aspects actuels des rapports entre la science et le droit », *J. Int'l de Bioeth.*, 2004, vol. 15, n°2, pp. 17-36.

SINGH (A.), « Expert evidence », in KHAN (K. A. A.), BUISMAN (C.) (dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, Oxford : Oxford University Press, 2010, pp. 599-649.

SMITH (M.), « The adjudicatory fact-finding tools of the European Court of Human Rights », *Eur. Hum. Rts Law Rev.*, 2009, n°2, pp. 206-228.

SOHN (L. B.), « The function of international arbitration today », *RCADI*, 1963-I, vol. 103, pp. 1-114.

STEINER (H. A.), « Fundamental conceptions of international law in the jurisprudence of the Permanent Court of International Justice », *AJIL*, 1936, vol. 30, n°3, pp. 414-438.

STEVENSON (R.), « L'expertise en Angleterre et au Pays de Galles », *Revue Experts*, 1997, n°34, p. 6 et s.

STUDEBAKER (C. L.), GOODMAN-DELAHUNTY (J.), DIXON (L.), GILL (B.), « Changes in the standards for admitting expert evidence in federal civil cases since the *Daubert* decision », *Psy. Pub. Polic. & Law*, 2002, vol. 8, n°3, pp. 251-308.

SUBEDI, (S. P.), « The WTO dispute settlement mechanism as a new technique for settling disputes in international law », in FRENCH (D.), SAUL (M.), WHITE (N. D.) (dir.), *International law and dispute settlement. New problems and techniques*, Oxford : Hart Publishing, 2010, pp. 173-190.

TAMARELLI (A. W. Jr.), « *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* : Pushing the Limits of Scientific Reliability - The Questionable Wisdom of Abandoning the Peer Review Standard for Admitting Expert Testimony », *Vanderbilt Law Review*, 1994, vol. 47, n°4, pp. 1175-1204.

TAPPER (C.), « Evidence : Reform in an international context », *UWA Law Rev.*, 1992, vol. 22, n°1, pp. 31-51.

TAYLOR (R. F.), « A comparative study of expert testimony in France and the U.S.A. : Philosophical underpinnings, history, practice and procedure », *Texas Int'l Law J.*, 1996, vol. 31, n°2, pp. 181-213.

TEITELBAUM (R.), « Recent fact-finding developments at the International Court of Justice », *The Law & Pract. Int'l Courts and Trib.*, 2007, vol. 6, n°1, pp. 119-158.

TENEKIDES (G.), « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités », *RCADI*, 1956-II, Vol. 90, pp. 469-652.

THERY (I.), « Expertises de service, de consensus, d'engagement : Essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit & Société*, 2005, n°60, pp. 311-327.

THOMAS (C. A.), « The concept of legitimacy and international law », *London School of Economics, Law, Society and Economy Working Papers*, 2013, 32 p., disponible à l'adresse <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm> (consulté le 3 mars 2014).

THOUVENIN (J.-M.), « La descente de la Cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros », *AFDI*, 1997, vol. 43, pp. 333-340.

TIMMERBEIL (S.), « The role of expert witnesses in German and U.S. civil litigation », *Ann. Surv. Int'l & Comp. Law*, 2003, vol. 9, n°1, pp. 163-187.

TREVES (T.), « Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice », *NY Univ. J. Int'l Law & Pol.*, 1999, vol. 31, n°4, pp. 809-821.

TREVES (T.), « Le Règlement du Tribunal international sur le droit de la mer, entre tradition et innovation », *AFDI*, 1997, vol. 43, pp. 341-367.

TREVES (T.), « The procedure before the International Tribunal for the Law of the Sea : The Rules of the Tribunal and related documents », *Leiden J. Int'l L.*, 1998, vol. 11, n°3, pp. 465-474.

TREVES (T.), « The rules of the International Tribunal for the Law of the Sea », *Indian J. Int'l L.*, 1998, vol. 38, n°3-4, pp. 381-409.

TRITTMAN (R.), KASOLOWSKY (B.), « Taking evidence in arbitration proceedings between common law and civil law traditions : The development of a european hybrid standard for arbitration proceedings », *Univ. New Sth Wales Law J.*, 2008, vol. 14, n°1, pp. 43-49.

TROPER (M.), « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Revue Pouvoirs*, 1981, vol. 16, pp. 5-15.

TROPER (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges P. Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 911 et s.

TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Cujas, 1975, pp. 133-151.

TRUILHÉ-MARENGO (E.), « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC : La gouvernance confiée aux experts ? », *Revue Vertigo*, 2009, Hors-série n°6, pp. 97-110.

TRUILHÉ-MARENGO (E.), « Le recours à l'expertise par les juridictions internationales », *Revue Experts*, 2010, n°91, pp. 11-15.

TRUILHÉ-MARENGO (E.), « Les règles de preuve face à l'incertitude scientifique » in MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 443-460.

TRUILHÉ-MARENGO (E.), « Science, droit et expertise : les juridictions internationales au milieu du gué », *Revue Experts*, 2012, n°100, pp. 88-90.

TRUILHÉ-MARENGO (E.), ALLBEURY (K.) « La preuve dans le règlement des différends à l'OMC : applications possibles en matière d'OGM ? » in BOURRINET (J.), MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *Le commerce international des OGM – Quelle articulation entre le récent Protocole de Carthagène sur la biosécurité et le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce ?* Paris : La Documentation Française, 2002, pp. 285-303.

VAN DE KERCHOVE (M.), « La vérité judiciaire : Quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, 2000, vol. 24, n°1, pp. 95-101.

VAN DE KERCHOVE (M.), « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société*, 2013, vol. 84, n°2, pp. 411-432.

VECCHIONE (E.), « Locked-in scientific evidence : the WTO *EC-Biotech* dispute », working paper, Helsinki ESIL-ASIL Research Forum « Changing futures ? Science and international law », 2009, disponible à l'adresse <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1628132> (consulté le 9 août 2012).

VERDROSS (A.), « L'excès de pouvoir du juge arbitral dans le droit international public », *Rev. Dt Int'l & Lég. Comp.*, 1928, vol. 55, pp. 225-242.

VERKERK (R.), « Comparative aspects of expert evidence in civil litigation », *Int'l J. Evidence & Proof*, 2009, vol. 13, pp. 167-197.

VIÑUALES (J. E.), « *Amicus* intervention in investor-state arbitration », *Disp. Res. J.*, 2006-2007, vol. 61, pp. 72-81.

VIÑUALES (J. E.), « Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law », *Vanderb. J. Transn. Law*, 2010, vol. 43, n°2, pp. 437-503.

VIOLA (F.), « Herméneutique et droit », *Archives de Philosophie du droit*, 1992, tome 37, pp. 331-347.

VOETEN (E.), « Public opinion and the legitimacy of international courts », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, pp. 411-436.

VUKAS (B.), « Règlement du Tribunal international du droit de la Mer – Questions choisies », *Espaces et ressources maritimes*, 1998, vol. 12, pp. 15-23.

WARNER LA FOREST (A.), « Evidence and international and comparative law », in FITZGERALD (O. E.) (dir.), *The globalized rule of law. Relationships between International and Domestic Law*, Toronto : Irwin Law, 2006, pp. 367-392.

WEIHOFEN (H.), « An alternative to the battle of experts : Hospital examination of criminal defendants before trial », *Law and Contemporary problems*, 1935, vol. 2, n°4, pp. 419-435.

WHITE (G.), « The use of experts by the International Court », in LOWE (V.), FITZMAURICE (M.) (dir.), *Fifty years of the International Court of Justice : Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 528-540.

WILBERFORCE (R.), « Legal listening », *The J. Royal Coll. of Gen. Practitioners*, 1967, vol. 13, n°62, suppl. 3, pp. 3-9.

WILLEMS (H. M.), « Treatment of customary international law and use of expert evidence by the Dutch court in the *Bouterse* case », *Non-state actors and international law*, 2004, vol. 4, n°1, pp. 65-74.

WILSKE (S.), GACK (C.), « Expert evidence in international commercial arbitration », *Comp. Law Yb. of Int'l Bus.*, 2007, vol. 29, pp. 75-97.

WITENBERG (J.-C.), « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1936-II, vol. 56, pp. 1-105.

WITENBERG (J.-C.), « Onus probandi devant les juridictions arbitrales », *RGDIP*, 1951, vol. 55, pp. 321-342.

YAKEMTCHOUK (R.), « L'approche sociologique du droit international », *RGDIP*, 1974, vol. 78, n°1, pp. 5-39.

YARNALL (M.), « Dueling scientific experts : Is Australia's Hot Tub method a viable solution for the American judiciary », *Or. L. Rev.*, 2009, vol. 88, pp. 311-340.

ZIADÉ (N. G.), « How many hats can a player wear : Arbitrator, Counsel and Expert ? », *ICSID Rev.*, 2009, vol. 24, n°1, pp. 49-64.

ZOLLER (E.), « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *AFDI*, 1978, vol. 24, pp. 327-351.

III. *Dictionnaires*

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy/PUF, 2003, 1649 p.

BERNHARDT (R.) (dir.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam : North Holland Publishers, 1992, 4 volumes.

BLACK (H. C.), *Black's Law Dictionary*, St Paul : West Publishing Co., 1910, 2^{ème} éd., 1325 p.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2016, 11^{ème} éd., 1152 p.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, Paris : Dalloz, 2015, 23^{ème} éd., 1118 p.

KDHIR (M.), *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles : Bruylant, 1997, 235 p.

MOUSSA (T.), *Dictionnaire juridique de l'expertise. Matières civile et pénale*, Paris : Dalloz, 1983, 336 p.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001, 1198 p.

WOLFRUM (R.) (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 2^{ème} éd., 11724 p. (10 volumes).

IV. Autres

LORD WOOLF, Master of the Rolls, *Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996.

LOUVEL (B.), Discours introductif lors du colloque commémoratif du trentenaire de la Compagnie des experts près la Cour de Cassation organisé le vendredi 2 octobre 2015 et intitulé « La vérité...sans doute. Vérité scientifique, vérité judiciaire » (en ligne sur le site de la Cour).

MALJEAN-DUBOIS (S.), Synthèse du rapport du G.I.P. Droit & Justice, « *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : Place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles* », mai 2008, 6 p.

Index alphabétique¹⁰⁸³

- **Abornement** : 162, v. *délimitation*.
- **Accusatoire (logique)** : 6, 18, 19, 29, 195, 201, 256.
- **Bornage** : 149, 176, v. *délimitation*.
- **Confiance** : 76, 111, 117, 125 à 131, 154, 173 à 177, 222 à 224, 248, 259.
- **Consensualisme** : 8, 135, 150, 239, 227 *et s.*, 239, 243 à 247.
- « **Combats** » **d'experts** : 59, 89, 128, 157, 200.
- **Compétence épistémologique** : 46, 59, 97, 143, 153, 174, 185.
- **Délimitation** : 52, 169, 181 à 188, 231.
- **Démarcation** : 188, 228, v. *délimitation*.
- **Distinction common law/droit continental** : 6, 18, 29, 72, 195, 214.
- **Droit au procès équitable** : 61, 80 à 82, 84, 158 *et s.*
- **Enquête** : 21 à 27, 30, 58, 251, 252.
- **Expert** :
 - définition positive : 3 à 6.
 - distinction expert-conseil : 59.
 - expert du tribunal : 30.
 - témoin-expert : 29, 59.
 - amicus curiae : 2, 52, 53.
 - experts-fantômes : 61, 171.
- **Expertise** :
 - définition : 1, 4, 7.

¹⁰⁸³ Le présent index renvoie aux numéros des paragraphes pertinents de la thèse.

- histoire : 110 à 114, 203, 204,
- expertise conjointe : 197, 198, 215.
- **Erreur** : 60, 127, 134, 154, 171, 189, 251.
- **Fait** :
 - construction du fait : 96 à 98, 188, v. *interprétation*.
 - distinction droit-fait : 96, 97, 98, 169.
- **Formalisme** : 161, 247, 198-199.
- **Hot tubbing** : 89, 199, 258.
- **Impartialité** : 18, 59, 81 à 83, 89, 153.
- **Incertitude** : 115, 128, 171.
- **Indépendance** : 59, 61, 81, 244.
- **Inquisitoire (logique)** : 18, 30, 32, 72.
- **Interprétation** : 96, 175, 183, 184.
- **Légitimité** :
 - définition : 67 à 71.
 - du juge : 72 à 78, 85, 88, 100, 107, 117, 128 à 130.
 - de l'expert/de l'expertise : 176, 235, 239.
- **Liberté** :
 - du juge : 115, 128, 136 *et s.*
 - des États : 104, 105, 116, 139.
- **Office du juge** :
 - conception de l'office du juge : 18, 21 à 27, 30, 32, 45, 72, 130, 183.
 - délégation : 47, 94 à 100.
- **Peer review** : 197, 200, 209.
- **Risque** : 102, 103, 115.
- **Secret** : 217 à 221.

- **Science :**
 - histoire : *4, 110 à 114, 231.*
 - philosophie des sciences : *119 à 123, 176.*
- **Technique :** *148, 170, 176.*
- **Vérité :**
 - « objective » ou absolue : *18, 21, 33, 11, 207.*
 - procédurale : *18, 195, 208.*

Table des matières

SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION	1
PARTIE I L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF LIMITE D'ASSISTANCE AU JUGE DANS LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE	27
TITRE 1 LA RECHERCHE DE LA VERITE	29
<i>Chapitre 1 L'expertise, un dispositif classique de recherche de la vérité dans le contentieux interétatique</i>	31
Section 1 La conception de l'office du juge dans l'ordre juridique international : illustration de la parenté entre le droit international et la tradition continentale.....	31
§1 - L'office du juge, vecteur d'une conception du procès.....	32
§2 - La consécration d'une conception continentale de l'office du juge dans le procès international.....	37
Section 2 L'influence de la conception continentale de l'office du juge sur la fonction et les modalités de l'expertise dans le contentieux interétatique.....	60
§1 - Les caractéristiques de l'expertise, résultante directe d'un choix quant à la manière de concevoir l'office du juge.....	60
§2 - Les caractéristiques de l'expertise dans le contentieux interétatique, fruit d'une conception continentale active de l'office du juge international.....	71
<i>Chapitre 2 L'expertise, un dispositif bridé de recherche de la vérité dans le contentieux interétatique</i>	83
Section 1 Le dilemme des états face à l'expertise.....	83
§1 - L'expertise et l'importance de la recherche de la vérité dans le contentieux interétatique.....	84
§2 - L'expertise et les risques d'atteinte à la souveraineté et aux intérêts de l'État.....	88
Section 2 La souveraineté de l'état, limite structurelle à l'efficacité de l'expertise dans le contentieux interétatique.....	93
§1 - La volonté de contrôle de l'expertise par l'État.....	93
§2 - Les conséquences du contrôle exercé par l'État sur l'expertise.....	109
TITRE 2 LA QUETE DE LEGITIMITE	123
<i>Chapitre 1 L'expertise, vecteur de légitimité pour le juge international</i>	125
Section 1 La légitimité, un enjeu de taille pour le juge international.....	125
§1 - Le besoin de légitimité au regard de la conception active de l'office du juge héritée de la tradition continentale.....	126
§2 - Le besoin de légitimité au regard des autres caractéristiques du contentieux interétatique.....	132
Section 2 L'apport de l'expertise en matière de légitimité.....	138
§1 - L'expertise, vecteur d'équité dans le cadre de l'instance internationale.....	138
§2 - L'expertise, gage de qualité de la décision juridictionnelle internationale.....	149
<i>Chapitre 2 L'expertise et les risques de « délégitimation » du juge international</i>	157
Section 1 Le recours à l'expert et l'effacement des limites de la compétence du juge.....	157
§1 - La délégation par le juge international de son pouvoir à l'expert.....	158

	§2 - Le dépassement par le juge international de sa compétence du fait de l'expertise	169
Section 2	Le recours à l'expert, source d'incertitude dans la décision du juge.....	179
	§1 - L'expertise et l'attrait apparent de la certitude pour le juge international.....	179
	§2 - L'expertise et les risques d'incertitude pour le juge international.....	193
PARTIE II	L'EXPERTISE, UN DISPOSITIF FONCTIONNEL D'ASSISTANCE AUX PARTIES DANS	
	LE CONTENTIEUX INTERETATIQUE	209
	TITRE 1 L'ELABORATION D'UN REGLEMENT OPERATIONNEL DU DIFFEREND.....	211
<i>Chapitre 1</i>	<i>L'expert en tant que juge ou arbitre du différend.....</i>	<i>213</i>
Section 1	La fonction juridictionnelle de l'expert ou la conciliation entre expertise et souveraineté de l'État.....	213
	§1 - Les limites résultant pour l'expert de la volonté des parties	214
	§2 - Les limites résultant pour l'expert des besoins des parties.....	224
Section 2	La fonction juridictionnelle de l'expert ou la conciliation entre expertise et efficacité du règlement juridictionnel des différends.....	231
	§1 - L'expert-juge (ou expert-arbitre), valeur ajoutée quant à la qualité de la décision.....	232
	§2 - L'expert-juge (ou expert-arbitre), atout pour une bonne administration de la justice.....	237
<i>Chapitre 2</i>	<i>L'expert et la mise en œuvre de la décision.....</i>	<i>247</i>
Section 1	L'expert-exécutant, source de réassurance pour les parties.....	247
	§1 - L'influence limitée de l'expert sur la prise de décision, gage de neutralité de l'expertise	248
	§2 - Le confinement de l'expert à la dimension technique, gage de confiance dans l'expertise.....	255
Section 2	L'expert-exécutant, source d'assistance pour les parties.....	262
	§1 - Une fonction « d'opérationnalisation » des décisions juridictionnelles	262
	§2 - Une aide à l'exécution des décisions juridictionnelles	271
	TITRE 2 LA POURSUITE DU DIALOGUE <i>INTER PARTES</i>	281
<i>Chapitre 1</i>	<i>L'expert comme vecteur de communication et d'échange dans les procédures contentieuses interétatiques</i>	<i>283</i>
Section 1	Un cadre apaisant pour le recours à l'expert.....	283
	§1 - L'institution d'une collaboration efficace entre les acteurs du procès	284
	§2 - L'émergence d'une vision démystifiée de la science dans le prétoire	299
Section 2	Un renouvellement productif de la fonction d'expert.....	308
	§1 - Une fonction de prévention de la dégradation du différend	308
	§2 - Un rôle de facilitateur dans la communication des informations sensibles.....	318
<i>Chapitre 2</i>	<i>L'expert comme vecteur de réconciliation dans les procédures contentieuses interétatiques.....</i>	<i>331</i>
Section 1	L'expert dans le cadre de la négociation entre les parties.....	331
	§1 - La négociation, un cadre propice à la réussite de l'expertise	332
	§2 - L'apport de l'expertise dans le cadre de la négociation	340
Section 2	L'expert dans le cadre de la conciliation internationale.....	349
	§1 - Les atouts de la conciliation comme cadre du recours à l'expert	350
	§2 - La contribution de l'expertise au succès de la conciliation	359
	INDEX ALPHABETIQUE.....	445
	TABLE DES MATIERES.....	449

Le traitement des questions scientifiques est aujourd'hui un enjeu majeur pour les acteurs du contentieux interétatique : au-delà de son coût – en temps et bien sûr en argent – il s'avère souvent décisif lorsqu'il s'agit pour les États de défendre leurs intérêts et pour le juge international de promouvoir la légitimité et la pérennité de son institution. Parce qu'elle recèle depuis les Lumières une prétention à l'absolu, la science est généralement considérée comme un gage d'objectivité, de qualité, un instrument capable d'atteindre au vrai qui s'avère d'autant plus précieux pour les acteurs du contentieux interétatique que l'ordre juridique international est par nature décentralisé. Pourtant, l'on ne peut manquer de constater le profond désenchantement suscité par la science au cours des dernières décennies : outre l'allongement souvent indu des délais et des procédures, la multiplication des batailles d'experts dans le prétoire a fait naître un sentiment de méfiance grandissant à l'égard de la preuve scientifique. Pour déstabilisante qu'elle puisse être au regard de l'enjeu particulier du maintien de la paix, cette constatation ne doit néanmoins pas conduire à dénier à la science sa place et sa pertinence dans le cadre du règlement des différends interétatiques. La présente étude montrera que, dépouillé de toute prétention particulière à la vérité et/ou à une parfaite objectivité, l'expertise est susceptible de s'illustrer comme une institution parfaitement fonctionnelle dans le cadre du règlement juridictionnel des différends entre États ; au-delà, l'on montrera encore que, dans certaines circonstances, elle possède même le pouvoir d'apaiser et de rapprocher les parties, favorisant ainsi l'émergence d'un règlement amiable entre elles.

Dealing with scientific issues is nowadays a major concern in inter-state disputes : beyond the question of costs – be it in time or money – these issues are often decisive for States in succeeding to defend their case and they are no less critical for international tribunals when it comes to promote their legitimacy. Since the age of the Enlightenment, it has indeed been generally accepted that science possesses extraordinary qualities for the pursuit of the truth (in the widest sense one can give to this word) and it has therefore been perceived as a very powerful and precious instrument, mostly in the naturally decentralized international legal order. However, one cannot but notice the deep disenchantment science has been giving rise to over the last decades : the multiplication of sterile expert battles in court has frequently induced an undesirable loss of time during trials as well as a growing feeling of mistrust. As destabilizing as this reality may be in the particular context of the maintenance of the peace, it would nevertheless be a mistake to deny the place and relevance of science in the settling of inter-state disputes. This study will indeed show that experts are actually never as useful for international tribunals as they can be when they are deprived of their alleged (and misleading) capacities for perfect objectivity ; under certain circumstances, they will even be shown to possess a real power for relieving pressure and a capacity to promote appeasement between the litigants, thus making it easier for them to reach an amicable settlement of their conflict.