

Document:-  
**A/CN.4/18**

**Procédure arbitrale: rapport de Georges Scelle, rapporteur spécial**

sujet:  
**Procédure arbitrale**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1950 , vol. II**

*Téléchargé du site Internet de la Commission du Droit International  
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

# ARBITRAL PROCEDURE

## DOCUMENT A/CN.4/18

### Rapport par Georges Scelle, rapporteur spécial

[Texte original en français]  
[21 mars 1950]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES .....	116
Définition de l'arbitrage. Jugement en équité et amiable composition .....	116
Différence avec la juridiction permanente .....	116
Définition de la procédure arbitrale .....	116
MÉTHODE DE TRAVAIL (par. 1 à 8) .....	117
Les précédents. La Convention de 1907 (par. 2) .....	117
Domaine restreint de la coutume (par. 3) .....	117
Rôle de la Commission et caractères de la codification (par. 4-8) .....	118
I. — PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU COMPROMIS (par. 9 à 18) .....	118
L'obligation arbitrale (par. 10) .....	119
Renouveau d'actualité de l'arbitrage (par. 11) .....	119
L'Acte général d'arbitrage (par. 12) .....	119
Les difficultés de réalisation de l'engagement compromissoire (par. 13) .....	119
Qualification de l'objet du litige (par. 14) .....	120
L'arbitrabilité des différends (par. 15 à 17) .....	120
Texte proposé (par. 18) .....	120
II. — LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL (par. 19 à 45) .....	121
Choix des juges (par. 21 à 24) .....	121
Du refus d'exécuter l'obligation arbitrale (par. 25) .....	123
Le litige des Traités de paix de Paris (par. 26 à 32) .....	123
Solution proposée (par. 33) .....	125
Texte proposé (par. 34) .....	125
De la stabilité du tribunal arbitral (par. 35 à 37) ..	125
Vacance de sièges (par. 38 à 40) .....	126
La récusation (par. 41) .....	127
Le « déport » (par. 42 à 43) .....	127
L'affaire des « optants hongrois » (par. 44) .....	127
Texte proposé (par. 45) .....	128
III. — LE COMPROMIS (par. 46 à 61) .....	128
Texte proposé (par. 46) .....	128
Le compromis obligatoire ou automatique (par. 47 à 52) .....	128
Texte proposé (par. 52) .....	129
Le dessaisissement du tribunal (par. 53) .....	130
Le jugement d'expédient (par. 54) .....	130
Le dessaisissement par le demandeur (par. 55) .....	130
Texte proposé (par. 56) .....	130

## TABLE DES MATIÈRES (suite)

	Pages
Détermination de l'objet du litige (par. 57-58) .....	130
Le problème du <i>non liquet</i> (par. 59-60) .....	131
Texte proposé (par. 61) .....	132
<b>IV. — LES PROCÉDURES FORMELLES (par. 62 à 72) .....</b>	<b>132</b>
Sanction des règles (par. 63) .....	132
Principe de l'égalité des parties (par. 64) .....	133
Les preuves (par. 65-66) .....	133
Preuves du droit (par. 67 à 69) .....	133
Les présomptions (par. 70) .....	134
Collaboration des parties et du juge (par. 71) .....	134
Texte proposé (par. 72) .....	135
<b>V. — LES INCIDENTS DE PROCÉDURE (par. 73 à 84) .....</b>	<b>135</b>
La recevabilité (par. 73) .....	135
Litiges politiques et juridiques (par. 74) .....	135
La prescription (par. 75) .....	135
L'exception de chose jugée (par. 76) .....	136
La litispendance (par. 77) .....	136
Le tribunal prononce sur sa compétence (par. 77) .....	136
Demandes additionnelles et reconventionnelles (par. 78) .....	136
Les mesures conservatoires (par. 79) .....	137
Texte proposé (par. 79) .....	138
De l'intervention (par. 80) .....	138
Remarques (par. 81) .....	138
Texte proposé (par. 82) .....	138
Procédure par défaut (par. 83) .....	138
Texte proposé (par. 83) .....	139
Clôture des débats (par. 84) .....	139
Texte proposé (par. 84) .....	139
<b>VI. — LA SENTENCE (par. 85 à 91) .....</b>	<b>139</b>
Les dommages et intérêts (par. 86) .....	140
Les opinions dissidentes ou individuelles (par. 87) .....	140
Le délai (par. 88) .....	141
Les mesures d'exécution (caractère obligatoire et caractère exécutoire de la sentence) [par. 89] .....	141
Les pouvoirs réglementaires (par. 90) .....	142
Texte proposé (par. 91) .....	142
<b>VII. — LES RECOURS (par. 92 à 104) .....</b>	<b>142</b>
L'autorité de chose jugée (par. 92) .....	142
Le recours en interprétation (par. 93) .....	143
Texte proposé (par. 93) .....	143
Les deux thèses pour et contre l'immutabilité de la sentence (par. 94) .....	143
Le problème de la revision (par. 95) .....	144
Procédure (par. 96 à 98) .....	144
Texte proposé (par. 99) .....	145
L'instance d'appel ou de cassation (par. 100-101) .....	145
Les causes d'invalidité de la sentence (par. 102) .....	146
Inapplicabilité des recours de droit interne (par. 103) .....	146
Texte proposé (par. 104) .....	147
<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>147</b>
Technique scientifique et nature propre de l'arbitrage .....	147
<b>AVANT-PROJET DE TEXTE PROPOSÉ .....</b>	<b>148</b>

## OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

## DÉFINITION DE L'ARBITRAGE

## JUGEMENT EN ÉQUITÉ ET AMIABLE COMPOSITION

Il importe d'abord à la Commission de délimiter sa tâche et de se prononcer sur le sens qu'elle attribue aux mots « arbitrage » et « procédure arbitrale », les deux termes, en effet, peuvent être pris dans des acceptions plus ou moins larges.

La définition la plus stricte de l'arbitrage est celle de l'article 37 de la Convention de La Haye de 1907 sur les moyens pacifiques de résoudre les conflits internationaux. Aux termes de cet article : « L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats, par des juges de leur choix, et sur la base du respect du droit. » Cette définition exclut de l'arbitrage la solution des litiges entre les gouvernements et les personnes ou groupes privés lorsque ceux-ci interviennent directement comme plaideurs, et à fortiori les litiges entre particuliers. Elle exclut également, si on prend à la lettre le dernier membre de phrase (« sur la base du respect du droit ») l'amiable composition, sinon le jugement d'équité, *ex aequo et bono*. Toutefois, nous pensons qu'il y a une différence entre le jugement *ex aequo et bono*, ou jugement d'équité, et l'amiable composition.

Il y a jugement d'équité lorsque le juge se trouve en présence d'un litige qu'il lui est difficile ou impossible de résoudre, sur la base d'une norme juridique explicitement et préalablement établie; en ce cas, certains ordres juridiques internes lui prescrivent de juger cependant, et lui interdisent de prononcer le *non liquet* qu'ils considèrent comme un déni de justice. Ainsi le Code civil français, dans son article 4 déclare : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » En ce cas, le juge est donc tenu de juger par analogie en édictant lui-même, implicitement, pour résoudre les litiges, une norme suppléant à la norme positive (coutumière, conventionnelle ou jurisprudentielle) qui fait défaut. Nous croyons qu'en ce cas on doit admettre cependant que le jugement est rendu sur la base du respect du droit puisque le juge est autorisé, soit par la loi, soit par les parties (Art. 38, par. 2 du Statut de la Cour internationale de Justice) à faire le droit.

Au contraire, lorsque le juge ou l'arbitre ont été autorisés à agir en amiables compositeurs, ce qui implique pour eux le pouvoir de juger non seulement par analogie ou *praeter legem*, mais encore de décider *contra legem*, c'est-à-dire en écartant ou en négligeant délibérément une règle de droit positif en vigueur, il est impossible de soutenir qu'en ce cas l'arrêt soit rendu « sur la base du respect du droit ». Il ne s'agit plus alors d'arbitrage aux termes de l'article 37 de la Convention de La Haye; il ne s'agit même plus d'arbitrage, au sens juridique du mot, car l'arbitre est un juge et le juge est tenu au respect du droit. On serait donc autorisé à ne pas faire entrer dans l'étude de la procédure arbitrale le cas de l'amiable composition. Comme néanmoins la coutume est en sens inverse, nous ferons simplement, le cas échéant, les réserves nécessaires.

L'amiable composition rentre, en effet, dans l'espèce « médiation » et non pas dans la catégorie « arbitrage ».

## DIFFÉRENCE AVEC LA JURIDICTION PERMANENTE

Nous n'ignorons pas que la médiation, selon la doctrine classique, telle que l'enregistre la Convention de La Haye, dans son titre II est jumelée avec les bons offices ou la conciliation et, en vertu de l'article 6, a « exclusivement le caractère de conseil ». Mais nous savons aussi que cette disposition n'a été introduite en 1899 et 1907 dans la Convention sur le règlement pacifique que pour apaiser les craintes des petites et moyennes puissances. On pourrait fort bien concevoir, si les parties sont d'accord pour l'admettre, qu'elles s'engagent en recourant à un ou des médiateurs à considérer la sentence médiatrice comme obligatoire. Et de fait, il est arrivé souvent qu'elle le fût. Nous considérons donc que le second paragraphe de l'article 37 de la même convention, ainsi conçu : « Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence », caractérise en effet l'arbitrage, quoi qu'il ne lui soit pas exclusif.

Ce qui, du point de vue de la technique juridique caractérise essentiellement l'arbitrage, c'est que la sentence arbitrale est rendue « en droit » et à notre avis son caractère obligatoire lui vient d'abord de ce qu'elle est l'expression de la règle de droit et ensuite seulement de l'engagement pris de s'y conformer. Cet engagement est secondaire et pourrait être implicite, car il découle nécessairement du fait que l'arbitre statue en droit; il est en effet inconcevable qu'un sujet de droit, lorsqu'il est en présence de l'expression concrète de la règle de droit, dans un cas déterminé, puisse songer à se dérober à son application. La sentence arbitrale est obligatoire par elle-même automatiquement.

Nous excluons donc de la procédure arbitrale tout ce qui a trait à l'organisation de la conciliation, des bons offices, de la médiation, mais nous y tolérons l'amiable composition.

Nous en excluons, en sens inverse, toute disposition tendant à l'institution d'une véritable juridiction, c'est-à-dire d'une organisation judiciaire institutionnelle, permanente et obligatoire de la société œcuménique ou d'une société internationale particulière. La seconde caractéristique générique de l'arbitrage c'est, comme le dit encore l'article 37 de la Convention de La Haye, le choix des juges par les gouvernements étatiques. C'est un point sur lequel nous aurons à revenir plus longuement.

## DÉFINITION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Reste à préciser ce qu'il faut entendre par procédure arbitrale.

La procédure, au sens précis que nous lui donnerons, ne comprend pas toutes les règles qui gouvernent l'activité du ou des arbitres. Lui échappent les normes de compétence qui président à l'élaboration de la sentence arbitrale en tant que telle, c'est-à-dire qui conduisent le juge à la détermination du droit applicable en l'espèce. Nous n'aurons donc pas à étudier, comme telles, les sources de droit dans lesquelles l'arbitre est autorisé à puiser (Art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice), si ce n'est dans l'énumération des dispositions du compromis. De même, si nous admettons les recours contre l'excès de pouvoir de l'arbitre, ou le principe de la révision, nous n'aurons pas à rechercher en quoi consiste l'excès de pouvoir, ou dans quel cas la révision devra

être prononcée. Notre tâche se limite à définir les pratiques judiciaires arbitrales ou le mécanisme qui permettra à l'instance de naître et de se développer et au juge de se prononcer. Il s'agit uniquement du « cadre technique » ou de l'appareil externe de l'institution arbitrale. L'acte juridictionnel, son analyse, ses conditions de validité, sont gouvernés par des règles de fond que nous n'aurons pas à envisager.

Cela ne signifie pas que nous considérons le travail confié à la Commission comme n'ayant qu'un intérêt secondaire. Nous verrons, au contraire, que les règles de procédure, bien qu'elles soient de nature constructive plutôt que normative à proprement parler, conditionnent de très près la portée et l'avenir de l'institution et par conséquent sont organiquement et même politiquement chargées de potentiel organique.

### MÉTHODE DE TRAVAIL

1. L'auteur du présent rapport doit avouer, tout d'abord, que lorsque ce sujet fut examiné par la Commission, au cours des 10<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> séances de sa première session, et en relation avec les suggestions contenues dans le mémoire du Secrétariat *Examen d'ensemble du droit international*<sup>1</sup>, il avait d'abord pensé que la codification de la procédure arbitrale n'était peut-être pas de première urgence. A la réflexion, il s'est convaincu que cette urgence était à peu près aussi réelle que celle d'autres topiques retenus et qu'en tout cas depuis l'époque où le Comité d'experts de la Société des Nations n'avait pas cru devoir y consacrer ses efforts, certains incidents avaient montré que la procédure arbitrale traditionnelle s'était parfois révélée insuffisante à assurer la bonne marche des instances ou même à leur permettre d'aboutir. De récents débats lors de la quatrième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et qui ont motivé une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sont de nature à confirmer l'impression que les travaux de la Commission du droit international dans ce domaine pourraient engendrer un avant-projet de convention d'une réelle utilité pratique, à la condition d'être progressive et de s'inspirer de l'expérience. Pour traditionnelle qu'elle soit la matière a besoin d'être rajeunie.

#### LES PRÉCÉDENTS. LA CONVENTION DE 1907

2. Dans ce domaine, la Commission n'est certes pas devant une table rase. Il existe déjà non seulement de très nombreux projets officiels ou officieux de codification, mais des codifications proprement dites.

L'Institut de droit international, dès son origine, en 1874 et 1875, étudia et adopta un règlement qui, dans beaucoup de ses parties a reçu, depuis lors, la consécration de la pratique. L'Institut a cru cependant devoir reprendre cette étude en 1927. La Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux (1899-1907) constitue non seulement pour l'arbitrage, mais pour plusieurs autres modes de solution des litiges interétatiques, *une véritable codification officielle* et il nous semblera normal de la prendre pour point de départ en suivant, dans les limites du possible, son économie et

en tenant compte des grandes conventions qui, ultérieurement, sont venues la compléter ou la modifier, tels les Accords de Locarno, l'Acte général d'arbitrage de 1928, remis au point par l'Assemblée, dont le chapitre III traite des tribunaux arbitraux et renvoie pour la procédure à la Convention de La Haye (chap. III : Règles applicables à la procédure arbitrale).

En Amérique, nous nous trouvons devant une accumulation de textes conventionnels dont il serait difficile de savoir lesquels sont encore en vigueur et dont le nombre dépasse ou atteint une quinzaine et qui débutent par le fameux Traité Gondra de 1923 (cinquième Conférence panaméricaine) pour se poursuivre aux Conférences de La Havane, en 1928, Washington, 1929, Montevideo, en 1933 (ce dernier texte est important), Buenos-Aires, 1936, etc. Un essai de codification est constitué par le Pacte de Bogota du 30 avril 1948 dont le chapitre V (art. 38 à 49) est consacré à la procédure d'arbitrage.

La tâche de la Commission peut donc être considérée comme un travail préparatoire à une révision de la codification de 1907 et destinée comme elle, à faire l'objet d'une convention multilatérale, en principe universelle.

#### DOMAINE RESTREINT DE LA COUTUME

3. On notera que la procédure d'arbitrage qui fait l'objet du chapitre III de la Convention de 1907 porte dans son article 51 :

« En vue de favoriser le développement de l'arbitrage, les puissances contractantes ont arrêté les règles suivantes qui sont applicables à la procédure arbitrale. *en tant que les parties ne sont pas convenues d'autres règles.* »

Il y a lieu de constater, par conséquent, que la Convention de 1907 revêt un caractère purement facultatif. Nous ne pensons pas que cette conception doive rester la nôtre et que le rôle de la Commission, et après elle celui de l'Assemblée, soit de présenter un tableau purement descriptif de la pratique procédurale, d'ailleurs fluctuante, en matière d'arbitrage.

D'une part, en effet, il nous paraît bien difficile de dire qu'il existe une coutume arbitrale : en réalité, on rencontre le plus souvent de multiples pratiques changeantes et évolutives, comme l'implique indirectement l'article 52 de la Convention de La Haye de 1907 qui donne pour origine à toute la procédure le compromis d'arbitrage, c'est-à-dire une base conventionnelle dont le contenu, l'orientation et l'esprit dépendent uniquement de la volonté des parties. On peut donc se demander si la procédure arbitrale peut être considérée comme ayant une valeur coutumière.

Certes, la norme coutumière peut sortir de la « répétition » d'actes conventionnels analogues, aussi bien que d'actes unilatéraux : c'est la *consuetudo*. Mais, à notre avis, ce premier élément est insuffisant à fonder la règle de droit coutumière. Sans *opinio juris necessitatis* c'est-à-dire sans conviction que la pratique suivie correspond à une nécessité juridique et s'impose comme telle, il n'y a pas de norme positive. Or, si l'on conçoit que les dispositions procédurales dépendent entièrement de la volonté des parties, et si les principes que nous sommes chargés d'élaborer sont simplement proposés à l'acceptation béné-

<sup>1</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.V.1(1).

vole des gouvernements, comment peut-on soutenir que nous enregistrons des règles de droit positif ? Nous devons donc proposer des procédures qui, du moins en règle générale, seront considérées comme obligatoires pour les gouvernements qui seront signataires de la future convention de codification, lorsque, dans l'avenir, ils participeront à des instances arbitrales.

#### RÔLE DE LA COMMISSION ET CARACTÈRES DE LA CODIFICATION

4. Ainsi la Commission aura-t-elle tout au moins dressé un cadre solide dans lequel pourront, à la vérité, venir s'insérer des dispositions moins rigides. Si la Commission estime devoir adopter plusieurs solutions, elle le spécifiera avec soin et limitera de ce chef la fantaisie éventuelle et redoutable des rédacteurs de compromis. On sait que c'est là le système de la Conférence internationale du Travail dont les projets de convention peuvent contenir des modalités différentes, mais sont votés définitivement et ne comportent non plus aucune réserve<sup>2</sup>.

5. L'avant-projet de convention sur lequel nous serons appelés à délibérer présentera également un caractère définitif en ce sens qu'il n'admettra de réserves ni à la signature ni encore moins à la ratification. La pratique des réserves est, on le sait, destructrice de toute obligation réelle et incompatible, en particulier, avec toute procédure de codification dont l'essence est de fixer l'état du droit<sup>3</sup>.

On nous permettra peut-être à ce sujet quelques brèves remarques d'ordre général sur la nature de la codification.

6. C'est une œuvre de législation internationale dont l'effet est *novatoire*. Toute codification, qu'elle soit d'ordre interne ou d'ordre international, a essentiellement pour objet de substituer de nouvelles normes juridiques à des normes préexistantes qu'elle abroge *ipso facto*, même lorsqu'elle les incorpore de manière formelle : ce n'est plus la règle coutumière, ou la règle conventionnelle ancienne qui sont en vigueur entre les signataires de l'instrument codificateur. C'est la règle exprimée par l'instrument conventionnel de codification. C'est en cela que la codification se distingue du *restatement* ou de ce qu'on appelait en France, sous la monarchie, la « Rédaction des coutumes », ou en Espagne les *Recopilaciones*. Le code Napoléon a maintenu, dans plusieurs de ses articles des normes identiques au fond à certaines normes coutumières ou à certaines prescriptions du droit romain antérieurement en vigueur dans les provinces ; mais ces normes une fois codifiées étaient *ipso facto* abrogées et seuls les articles du code étaient en vigueur.

7. Bien entendu, nous ne prétendons pas que la Commission ait compétence pour faire de la codification ou de la législation internationale, malgré le titre majestueux qui lui a été octroyé. Mais son rôle n'est pas non

plus de faire simplement du *restatement*. Il consiste à préparer des avant-projets ou des projets de codification que s'approprient, ou ne s'approprient pas, les gouvernements, une conférence de codification ou l'Assemblée générale. Ce sont des organes *officiels* « *intergouvernementaux* » qui feront de la codification, sous forme conventionnelle, et non pas la Commission, de même que le Conseil d'Etat français peut préparer des projets de loi, mais non légiférer.

Cependant le rôle de la Commission ne consiste pas à accumuler des matériaux et à les mettre systématiquement en ordre de présentation comme pourrait le faire croire une interprétation stricte et timide de l'article 15 de son statut. Notre tâche est d'opérer une discrimination et de dire quels sont dans l'accumulation des éléments qui nous sont apportés ceux qui nous paraissent utilisables et ceux, au contraire, qu'il y a lieu de modifier ou de rejeter. Les coutumes et plus encore les pratiques ou les usages qui sont sans portée juridique devront être passés au crible des critères de valeur sociale que nous leur attribuerons. C'est notre droit de porter ces jugements de valeur, c'est même notre devoir, car c'est en cela que consiste notre responsabilité *scientifique*, la seule que nous ayons. La responsabilité politique incombe aux représentants gouvernementaux qui seront saisis de nos propositions et juges de leur opportunité.

8. Ajoutons que notre liberté est grande puisque, d'une part, nous n'avons pas d'instructions et que, d'autre part, l'article premier de notre statut nous incite à promouvoir le progrès du droit, ce qui implique éventuellement sa révision. Toute révision comporte par définition un effort de *lege ferenda*. En l'espèce, c'est au progrès et à l'efficacité de l'institution arbitrale qu'on nous invite à travailler. En ce faisant, nous ne portons aucune atteinte au principe dit de la souveraineté des Etats puisqu'il s'agit, en dernière analyse, d'une œuvre purement consultative en vue d'un résultat purement conventionnel.

### I. — PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU COMPROMIS

9. L'on donne souvent comme début, au premier échelon, de la procédure arbitrale, l'élaboration du compromis, de cet acte conventionnel décrit à l'article 52 de la Convention de 1907 dans les termes suivants :

« Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel sont déterminés l'objet du litige, le délai de nomination des arbitres, la forme, l'ordre et les délais dans lesquels la communication visée par l'article 63 devra être faite (voir procédure écrite) et le montant de la somme que chaque partie aura à déposer à titre d'avance pour les frais.

« Le compromis détermine également, s'il y a lieu, le mode de nomination des arbitres, tous pouvoirs spéciaux éventuels du Tribunal, son siège, la langue dont il fera usage, et celles dont l'emploi sera autorisé devant lui, et généralement toutes les conditions dont les parties sont convenues. »

En lisant ce texte, on constate à première vue son déséquilibre : certaines stipulations sont d'une généralité dépourvue de toute portée obligatoire, d'autres entrent

<sup>2</sup> Voir G. Scelle, *L'Organisation internationale du Travail et le BIT*, Paris, Rivière, 1930.

<sup>3</sup> Voir G. Scelle, *Droit international public*, Paris, 1944, II<sup>e</sup> partie, chap. III, par. 3, n° 18. Politis, *Nouvelles tendances*, chap. V, et H. Rolin, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, n° 3. D' Yuen-Li Liang, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1948, vol. 72.

dans des précisions d'intérêt secondaire. Il ne précise aucune obligation réelle.

#### L'OBLIGATION ARBITRALE

10. Ce point de départ est insuffisant parce qu'il omet de faire les dispositions nécessaires entre les sources originaires, d'où peut découler l'obligation arbitrale, ou « obligation de compromettre ». La conclusion du compromis sera toujours nécessaire; mais il arrive souvent que l'obligation de compromettre, ou de constituer arbitre, soit antérieure au compromis. Elle naît souvent originellement d'un engagement pris *in abstracto* pour des litiges d'une catégorie déterminée ou susceptibles de naître de rapports interétatiques énumérés, mais non individualisés *in concreto*. Il s'agira par exemple d'un traité d'arbitrage obligatoire ou d'une clause compromissoire d'un traité quelconque, ou de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour, etc., sans qu'aucune stipulation précise garantisse, le moment venu, l'exécution de l'obligation originaires. Beaucoup de difficultés peuvent retarder, ou même empêcher, le jeu de la procédure subséquente.

Le danger est beaucoup moins grand dans le cas de l'arbitrage dit occasionnel où c'est précisément le compromis qui engendre la norme obligatoire à l'occasion d'un litige déjà né et individualisé. La souveraineté, c'est-à-dire en ce cas le droit de recourir ou non à des juges, est beaucoup moins affectée que dans le premier cas, puisqu'elle ne l'est que pour une affaire déterminée et non en principe et *in globo*, pour des séries indéterminées de litiges.

C'est pourquoi les législations internes voient d'un assez mauvais œil les engagements abstraits d'arbitrage ou clauses compromissoires générales, ou même les prohibent, tel le Code de procédure français, dans son article 1006. Le droit français n'admet la validité de la clause compromissoire qu'en matière commerciale et depuis la loi du 31 décembre 1925. C'est qu'en droit interne, le recours à l'arbitrage est à la fois un refus d'accepter la juridiction des tribunaux institués et, pour le plaideur, un engagement qui peut être inconsidéré et périlleux.

#### RENOUVEAU D'ACTUALITÉ DE L'ARBITRAGE

11. En droit international, au contraire, l'arbitrage dit obligatoire, c'est-à-dire l'engagement compromissoire préalable et abstrait, a toujours été considéré comme infiniment précieux pour le maintien des relations pacifiques et ne risque pas d'être contracté à la légère. Les efforts faits pour l'instituer ont même fréquemment tendu à éviter l'intervention, soit des grandes puissances, soit même des organes politiques dirigeants de la société internationale. C'est ainsi que dans les dernières années de la Société des Nations le renouveau de traités d'arbitrage obligatoire et les efforts faits au sein même de la Société des Nations pour développer les procédures de conciliation et d'arbitrage<sup>4</sup>, dissimulaient une arrière-pensée de se dérober à la compétence du Conseil en matière de solution des litiges et aussi de remédier à

l'insuffisance du Pacte qui, contrairement à la Charte de San-Francisco (Art. 2, par. 3) ne faisait pas à ses membres une obligation ferme de régler pacifiquement tous leurs litiges. Le Chapitre VI de la Charte de San-Francisco confie au Conseil un droit continu d'intervention à cette fin, mais nullement un monopole de règlement puisque l'Article 33 de la Charte laisse au contraire aux parties un choix absolu entre les moyens d'y parvenir. En présence de la paralysie à laquelle aboutit souvent l'action du Conseil, il était naturel qu'un mouvement analogue à celui qui s'était produit à Genève se dessinât aussi à Lake Success.

#### L'ACTE GÉNÉRAL D'ARBITRAGE

12. Sur rapport de la Commission intérimaire, dès le mois d'août 1948, la Commission politique spéciale, en décembre 1948 et avril 1949, et après elle l'Assemblée générale, le 28 avril 1949, adoptèrent trois résolutions tendant d'abord à rénover l'Acte général d'arbitrage de 1928 arrivé à sa troisième période de reconduction, en offrant à ses 22 signataires, ainsi qu'aux Etats non signataires un texte nouveau correspondant aux changements survenus dans l'organisation institutionnelle de la société internationale; ensuite, à introduire dans la procédure du Conseil de sécurité un système de conciliation, non sans analogie avec celui des Articles 11 et 15 du Pacte de Genève; enfin à établir une liste de personnalités, sur proposition des Etats, en vue de constituer un corps d'experts, de conciliateurs, et même d'arbitres, dans lequel les gouvernements pourraient puiser éventuellement pour l'éclaircissement ou la solution amiable de leurs litiges. Ces trois résolutions sont liées entre elles.

Il en résulte d'abord que l'arbitrage et sa procédure connaissent un nouveau regain d'actualité et ensuite qu'il devient d'un intérêt pratique aussi bien que doctrinal de donner comme base à toute procédure arbitrale les actes conventionnels qui aboutissent à un engagement juridique de compromettre, en affirmant que cet engagement obligatoire et définitif doit se réaliser dans les faits.

#### LES DIFFICULTÉS DE RÉALISATION DE L'ENGAGEMENT COMPROMISSOIRE

13. L'engagement arbitral peut résulter, avant tout compromis, des instruments les plus divers, ainsi que l'ont noté Ralston, A. M. Stuyt et Feller et, comme le rappelle le mémorandum du Secrétariat sur la procédure arbitrale (A/CN.4/35, par. 15). Ces instruments formels peuvent aller du traité d'arbitrage rédigé avec le soin le plus scrupuleux, du protocole qui met fin à une conférence, d'un traité de paix, d'un échange de lettres entre autorités compétentes ou, comme on dit, de tout accord ou agrément en forme simplifiée, jusqu'au simple accord verbal. Ce dernier n'est évidemment pas recommandable, car il n'offre qu'une sécurité précaire. On peut même admettre que l'obligation de compromettre peut résulter implicitement de dispositions législatives ou administratives parallèles prises par les organes compétents des Etats intéressés, à la condition que l'expression implicite de cette volonté ne soit pas douteuse. Quoi qu'il en soit, c'est de la rencontre des volontés concordantes que naît l'obligation arbitrale où Triepel aurait vu une *Vereinbarung-type*. Les procédures ultérieures auront à en dégager d'abord une situation litigieuse

<sup>4</sup> Voir notre manuel ci-dessus cité, II<sup>e</sup> partie, chap. IV, sect. IV, le néo-arbitrage (Protocole de Genève-Locarno, Acte général).

concrète et ensuite un système adéquat de liquidation juridictionnelle.

On le voit, deux obstacles principaux peuvent se dresser dès le début devant la réalisation de l'engagement compromissaire : a) la détermination de l'objet du litige, c'est-à-dire l'individualisation de la situation juridique litigieuse; b) l'institution de l'arbitre (ou des arbitres), c'est-à-dire de l'organe judiciaire international chargé d'apurer cette situation litigieuse.

Chacune de ces deux difficultés est beaucoup plus redoutable, dans le cas d'obligation arbitrale abstraite, que dans le cas d'obligation arbitrale concrète, mais elle peut exister dans les deux conjonctures.

#### QUALIFICATION DE L'OBJET DU LITIGE

14. Il se peut donc qu'avant même qu'il soit question de dresser un compromis, lorsqu'un différend vient à surgir entre deux gouvernements, et que l'un d'eux excipe d'une obligation compromissaire commune, l'autre gouvernement soutienne, par une sorte de question préjudicielle, que la question litigieuse ne rentre pas dans les termes de l'obligation. Cette question préjudicielle doit être tranchée aussi rapidement que possible.

#### L'ARBITRABILITÉ DES DIFFÉRENDS

15. On se souviendra, sur ce point, d'une pratique ingénieuse inaugurée, en 1911, par les traités généraux d'arbitrage entre les Etats-Unis, la France et l'Angleterre. Ces traités utilisaient, en matière d'arbitrage, l'institution des commissions d'enquête des Conventions de La Haye de 1899 et 1907. Après avoir stipulé le recours à l'arbitrage pour tous les différends susceptibles d'être tranchés sur la base du droit et de l'équité, avec certaines réserves de style qui affectaient assez dangereusement l'obligation, ces traités convenaient d'instituer, à la demande d'une des parties contractantes, des commissions mixtes chargées d'élucider les faits, de préciser les aspects de la controverse, etc. En particulier, ces commissions mixtes composées, en principe, de trois représentants de chaque gouvernement, mais qui n'avaient généralement qu'une compétence consultative, étaient habilitées à se prononcer — et cette fois de façon obligatoire — sur le point de savoir si un différend rentrait ou non dans l'obligation arbitrale. Si les conclusions de la Commission étaient prises à une majorité de 5 voix contre une, c'est-à-dire l'unanimité moins une voix, les parties étaient tenues de recourir à l'arbitrage. Puisqu'il s'agissait de commissions paritaires, on voit que l'engagement était encore bien fragile et ne pouvait guère aboutir à une solution qu'en face d'une quasi-évidence. On sait aussi que l'opposition du Sénat américain, qui y voyait là une atteinte à sa compétence absolue de consentir à la conclusion des traités et considérait comme tels les compromis d'arbitrage, empêcha la ratification de ces dispositions. Néanmoins, le précédent valait d'être rappelé, car il montre bien la nécessité en pareil cas d'une instance compétente pour trancher la question préjudicielle et, par une sorte d'arbitrage préliminaire, sur la portée juridique de l'obligation compromissaire, de faire sortir celle-ci

d'une impasse où elle risque trop souvent de s'engager *ab ovo*<sup>5</sup>.

Les désaccords sur le caractère d'« arbitrabilité » du différend peuvent provenir d'innombrables causes qu'il est impossible de prévoir ou d'énumérer : caractère juridique et politique de l'affaire; consistance des faits; termes de l'engagement; jeu de la clause *rebus sic stantibus*, etc. Il n'en est que plus important de disposer d'une procédure rapide pour assainir la situation.

16. Cette liquidation préjudicielle du différend est elle-même un arbitrage puisqu'il s'agit uniquement de l'interprétation d'une obligation conventionnelle. Nous pensons donc que le différend devrait être soumis, non pas à une commission de conciliation, encore bien moins à un organe ou à une personnalité politiques, mais à une instance juridictionnelle susceptible d'agir rapidement. Sans doute est-il difficile d'exclure ici l'intervention des gouvernements intéressés pour le choix de l'organe chargé de résoudre cette difficulté liminaire. Nous préférierions personnellement, de beaucoup, que l'instrument de codification ne comportât sur ce point aucune alternative, mais dans l'état actuel de la psychologie internationale, peut-être peut-on admettre une clause conçue en ces termes : « Au cas où les parties en litige n'auraient pas expressément convenu de la procédure propre à trancher cette question préjudicielle... ». Comme ce sera le cas le plus fréquent, sans doute, il reste que la disposition prévue revêtait un caractère obligatoire, bien que subsidiaire.

17. On peut songer ici à l'intervention obligatoire, soit de la Cour permanente d'arbitrage, soit de la Cour internationale de Justice agissant par voie de procédure sommaire. C'est cette dernière solution qui nous paraît s'imposer, car en ce qui concerne la première, l'obligation de composer le tribunal, entraînerait éventuellement de trop longs délais. Nous pensons donc qu'un projet de codification de la procédure arbitrale devrait contenir une disposition par laquelle les signataires s'engageraient, en principe, en cas de contestation sur le point de savoir si l'obligation arbitrale existe ou n'existe pas dans un cas déterminé, à faire jouer le recours par voie de requête directe de la partie la plus diligente, à la Cour de La Haye, sur la base de l'Article 29 du Statut de la Cour, en précisant en outre que le Président aurait le droit de rendre les ordonnances prévues par l'article 41, en ce qui concerne les « mesures conservatoires du droit de chacun ».

#### TEXTE PROPOSÉ

18. On concevrait donc que le projet de codification de la procédure arbitrale débutât par un article incorporant les idées précédemment développées, réserve faite de sa rédaction :

<sup>5</sup> Voir *Revue générale de droit international public*, t. XVIII, p. 654; t. XIX, p. 350; t. XXII, p. 446.

Le texte était le suivant : « Article 3... Il est en outre entendu que lorsque les parties sont en désaccord sur la question de savoir si un différend est ou non susceptible d'arbitrage, aux termes de l'article premier du présent traité, cette question sera soumise à la Commission d'enquête. Si tous les membres de la Commission, ou tous moins un, sont d'accord pour déclarer que le différend rentre dans la catégorie de ceux que vise l'article premier, il sera soumis à l'arbitrage, selon la procédure prévue par le présent traité. »

« La clause compromissoire, ou engagement de recourir à l'arbitrage, peut viser des contestations éventuelles ou des contestations déjà nées (comp. art. 39 de la Convention de 1907). Quel que soit l'instrument ou l'accord de volontés dont elle résulte, elle est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi.

« En cas de contestation sur l'existence de cette obligation, la Cour internationale de Justice sera saisie, par voie de requête directe, par les soins de la partie la plus diligente, et rendra un jugement définitif et sans appel sur le caractère d'arbitrabilité du différend en chambre de procédure sommaire et par application notamment des Articles 29 et 41 de son Statut, sauf le cas où les parties en litige auraient expressément convenu d'une autre procédure pour trancher cette question préjudicielle. »

## II. — LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL

19. Le second obstacle susceptible d'entraver ou même d'empêcher définitivement l'exécution de l'obligation arbitrale, c'est le choix des arbitres ou la constitution du tribunal. En l'absence de juge, pas d'arrêt. La question de la constitution du tribunal ou de l'arbitre est donc d'une importance primordiale. Ce n'est vraiment qu'une fois le tribunal constitué que la *probabilité* d'un règlement du litige prend définitivement corps et que l'on peut escompter l'élimination du trouble social que cause dans l'ordonnement juridique la persistance d'une situation litigieuse.

Or, la difficulté peut, cette fois encore, se présenter soit à l'époque des négociations pour l'élaboration du compromis, soit avant même que les parties soient d'accord pour en conclure un. Elle peut persister, même après que la Cour internationale de Justice ou une autre instance, ci-dessus prévue, se seraient prononcées sur la question de l'arbitrabilité. On peut en effet supposer — malheureusement ce n'est pas une hypothèse gratuite — que l'une des parties, désireuse d'échapper à l'obligation arbitrale, adopte une attitude de résistance passive, de dérobade ou même de refus péremptoire, et empêche la constitution du tribunal.

20. La difficulté a été prévue, sans distinction entre les deux hypothèses ci-dessus, par la Convention de La Haye de 1907, dans le cas où les parties auraient recours à la Cour permanente d'arbitrage. Il s'agit de l'article 45 qui aboutit finalement à faire désigner le surarbitre par la voie du sort<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> « Article 45 : Lorsque les puissances contractantes veulent s'adresser à la Cour permanente pour le règlement d'un différend survenu entre elles, le choix des arbitres appelés à former le tribunal compétent pour statuer sur ce différend, doit être fait dans la liste générale des membres de la Cour.

« A défaut de constitution du tribunal arbitral par l'accord des parties, il est procédé de la manière suivante :

« Chaque partie nomme deux arbitres dont un seulement peut être son national ou choisi parmi ceux qui ont été désignés par elle comme membres de la Cour permanente. Ces arbitres choisissent ensemble un surarbitre.

« En cas de partage des voix, le choix du surarbitre est confié à une puissance tierce désignée de commun accord par les parties.

« Si l'accord ne s'établit pas à ce sujet, chaque partie désigne une puissance différente et le choix du surarbitre est fait de concert par les puissances ainsi désignées.

La place de cet article dans le chapitre II qui précède celui consacré à la procédure arbitrale proprement dite (chap. III) montre bien que l'on eut à La Haye, tout au moins l'intuition que la nécessité de constituer arbitre, avant même qu'un compromis fût dressé pour l'ensemble de la procédure, était une éventualité vraisemblable. La préoccupation était d'autant plus naturelle et logique que le chapitre III (art. 53) prévoyait l'établissement du compromis par la Cour elle-même ou par une commission prévue à l'article 54. Nous verrons qu'il faut, en effet, songer à un établissement automatique du compromis si les parties n'y peuvent parvenir d'un commun accord, et qu'en ce cas le meilleur système paraît être de confier cette tâche au tribunal lui-même. L'article 46 de la Convention de 1907 porte d'ailleurs : « Dès que le tribunal est composé, les parties notifient au Bureau leur décision de s'adresser à la Cour, le *texte de leur compromis*, et les noms des arbitres. » Nous sommes donc fondés à envisager l'institution du tribunal ou de l'arbitre comme une nécessité indépendante de la confection du compromis et de préférence préalable à sa rédaction.

### CHOIX DES JUGES

21. Le point est d'autant plus délicat que le choix des juges constitue un critère essentiel de distinction entre l'arbitrage et la juridiction. La juridiction est par nature institutionnelle, c'est-à-dire que le tribunal préexiste à l'instance et que les juges sont organiquement institués. L'arbitre, ou les arbitres, au contraire, sont institués par les parties. Par la suite leur autorité sociale deviendra la même que celle des magistrats de l'ordre judiciaire, notamment en ce qui concerne l'effet de la sentence qui a la même autorité juridique et de chose jugée que l'arrêt judiciaire. Il en est ainsi, même si l'arbitre est autorisé à juger *ex aequo et bono* ou à agir en amiable compositeur.

22. On s'explique, dès lors, les difficultés du choix des juges. Les parties ont à se préoccuper d'abord des qualités personnelles de l'arbitre et de ses aptitudes professionnelles. De ce chef, il suffira de rappeler l'importance qu'attache à ces qualifications l'Article 2 du Statut de la CIJ. Mais en outre, les gouvernements parties à l'arbitrage peuvent très légitimement se préoccuper de considérations qui sont hors de place lorsqu'il s'agit de juridiction : la personnalité politique de l'arbitre qui peut influencer sur l'autorité de la sentence, ses tendances ou opinions juridiques connues, son influence doctrinale, etc. Ce n'est donc pas seulement le choix des arbitres qui est de la nature de l'arbitrage, mais la totale liberté du choix, et il ne saurait être question dans un projet de codification de limiter cette liberté quelle que puisse être l'opinion de la Commission sur les conditions qui qualifient les arbitres. Le projet ne saurait, au maximum, qu'indiquer des préférences pratiques, de même qu'en ce qui concerne la composition du tribunal.

« Si, dans un délai de deux mois, ces deux puissances n'ont pu tomber d'accord, chacune d'elles présente deux candidats pris sur la liste des membres de la Cour permanente, en dehors des membres désignés par les parties et n'étant pas nationaux d'aucune d'elles. Le sort détermine lequel des candidats, ainsi présentés, sera le surarbitre. »

Sans doute l'évolution moderne de la pratique arbitrale tend de plus en plus à substituer l'arbitrage juridictionnel à l'arbitrage diplomatique et à faire appel, comme arbitres, à des personnalités connues pour leur compétence en matière de droit international telles que celles qui figurent sur la liste du greffe de la Cour permanente d'arbitrage. Il n'est pas davantage possible de se prononcer sur le nombre des juges ou de préconiser des règles fixes pour le choix du surarbitre bien que l'expérience soit en faveur d'un tribunal de cinq membres, plutôt que de trois, comportant une majorité de ressortissants de pays tiers fournissant toute garantie d'objectivité.

L'Acte général d'arbitrage comporte ici un article 22, ainsi conçu :

« Le tribunal comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leur nationaux respectifs. Les deux autres arbitres et le surarbitre seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants de tierces Puissances. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. »

Ces dispositions sont judicieuses et l'on pourrait en recommander l'acceptation éventuelle. Nous ne pensons pas qu'on puisse chercher à l'imposer, en raison de la diversité des circonstances susceptibles de se présenter. Il est mieux de constater que le Pacte de Bogota, dans son article 41, prévoit encore le recours possible à un chef d'Etat arbitre unique :

« Les parties pourront, d'un commun accord, constituer le tribunal de la manière jugée par elles la plus appropriée. Elles pourront même choisir un seul arbitre, désignant en pareil cas un chef d'Etat, un juriste éminent ou n'importe quel tribunal de justice dans lequel elles ont la même confiance. »

Le problème ne consiste donc pas à influencer sur l'accord éventuel des parties, il consiste à obvier aux difficultés de cet accord et surtout à empêcher l'un des plaideurs de s'y dérober.

23. Sur le premier point, les systèmes proposés ou expérimentés ont été nombreux et l'on n'a guère que l'embaras du choix. Nous avons déjà cité l'article 45 de la Convention de 1907 (ci-dessus par. 20). Il nous paraît compliqué et exagérément dilatoire. La procédure imaginée par l'article 40 du Pacte de Bogota l'est beaucoup plus encore et suppose elle aussi l'utilisation des listes de la Cour permanente d'arbitrage. En outre elle fait intervenir le Conseil de l'Organisation panaméricaine, c'est-à-dire un organe politique qui est chargé, après l'écoulement de délais se montant à trois mois au minimum, de procéder à la formation du tribunal d'arbitrage<sup>7</sup>. Ce procédé n'est pas en harmonie avec la ten-

dance actuelle à la dépolitisation de l'arbitrage, ni peut-être même de nature à garantir de façon absolue la liberté des parties.

24. Si l'on voulait absolument recourir à la Cour permanente d'arbitrage, c'est plutôt à l'article 87 de la Convention de 1907 et non à l'article 45 qu'il y aura lieu de songer; mais ce recours à la procédure sommaire de la Cour n'aboutirait qu'à un tribunal de trois juges alors qu'il est préférable d'en avoir cinq<sup>8</sup>. Le meilleur système serait, cette fois encore, de donner la décision définitive à la Cour internationale de Justice selon le système des articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage du 26 septembre 1928 tel qu'il a été repris et révisé à la date du 28 avril 1949 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies<sup>9</sup>.

« a) Les personnes dont les noms sont reproduits trois fois sur les listes présentées par les parties composeront, avec les deux membres désignés directement par les parties, le tribunal d'arbitrage;

« b) Au cas où plus de trois personnes se trouveraient dans la situation visée au paragraphe précédent, les trois arbitres qui doivent compléter le tribunal seront choisis par tirage au sort;

« c) Dans les cas prévus aux deux paragraphes précédents, les cinq arbitres désignés choisiront entre eux leur président;

« d) Si deux noms seulement se trouvaient dans le cas envisagé par le paragraphe a du présent article, les candidats auxquels ils s'appliquent et les deux arbitres choisis directement par les parties éliront d'un commun accord le cinquième arbitre qui présidera le tribunal. Le choix devra se faire parmi les juristes de la même liste générale de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et porter sur un arbitre qui n'était pas désigné dans les listes préparées par les parties;

« e) Si les listes ne présentent qu'un seul nom commun, cette personne fera partie du tribunal et un autre arbitre sera choisi au moyen d'un tirage au sort parmi les 18 juristes restants des listes mentionnées. Le président sera élu conformément à la procédure établie au paragraphe précédent;

« f) Au cas où aucune concordance n'existerait entre les listes, deux arbitres seront tirés de chacune d'elles au moyen d'un tirage au sort; le cinquième arbitre sera élu de la manière indiquée précédemment, et il exercera les fonctions de président;

« g) Si les quatre arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur le choix d'un cinquième arbitre dans un délai d'un mois à partir de la date à laquelle le Conseil de l'Organisation leur a fait part de leur nomination, chacun d'eux établira séparément et en disposant les noms par ordre de préférence, la liste des juristes et, après comparaison des listes ainsi formées, sera déclaré élu celui qui réunit le plus grand nombre de votes. »

<sup>8</sup> « Article 87 : Chacune des parties en litige nomme un arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés choisissent un surarbitre. S'ils ne tombent pas d'accord à ce sujet, chacun présente deux candidats pris sur la liste générale des membres de la Cour permanente, en dehors des membres indiqués par chacune des parties elles-mêmes et n'étant pas les nationaux d'aucune d'elles; le sort détermine lequel des candidats ainsi présentés sera le surarbitre.

« Le surarbitre préside le tribunal qui rend ses décisions à la majorité des voix. »

<sup>9</sup> « Article 22 : Le tribunal arbitral comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les deux autres arbitres et le surarbitre seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants de tierces puissances. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. »

« Article 23 : 1) Si la nomination des membres du tribunal arbitral n'intervient pas dans un délai de trois mois, à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, le soin de procéder aux nominations nécessaires sera confié à une tierce puissance choisie d'un commun accord par les parties.

« 2) Si l'accord ne s'établit pas à ce sujet, chaque partie désignera une puissance différente et les nominations seront faites de concert par les puissances ainsi choisies.

<sup>7</sup> « Article 40 : 1) Dans un délai de deux mois... chacune des parties désignera un arbitre d'une compétence reconnue en matière de droit international et jouissant d'une haute réputation morale et elle fera part de son choix au Conseil de l'Organisation. En temps voulu, elle présentera à ce même Conseil une liste de 10 juristes choisis parmi ceux qui composent la liste générale des membres de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, n'appartenant pas à son groupe national et disposés à accepter cette fonction.

« 2) Dans le mois suivant la présentation des listes, le Conseil de l'Organisation procédera à la formation du tribunal d'arbitrage de la façon suivante :

## DU REFUS D'EXÉCUTER L'OBLIGATION ARBITRALE

25. Dans les éventualités précédemment envisagées, nous avons supposé que les parties se prêtaient, avec plus ou moins de succès, à la constitution du tribunal, sans chercher, au moins délibérément, à éluder l'obligation compromissaire. Nous sommes maintenant en présence de la difficulté majeure, celle où il faut vaincre, pour constituer le tribunal, la passivité persistante ou le refus péremptoire d'une des parties de se prêter à cette opération.

L'hypothèse s'est présentée récemment devant la quatrième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et se trouve actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice, à la suite de la résolution 294 (IV) de ladite assemblée.

Il importe de tirer de ces incidents les leçons qu'ils comportent en matière de procédure arbitrale. Cette expérience montre, à tout le moins, ce qu'elle ne doit pas être sur les points qui nous occupent.

## LE LITIGE DES TRAITÉS DE PAIX DE PARIS

26. Les Traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie du 10 février 1947 comportent tous les trois un article identique relatif à la solution des litiges éventuels entre les trois gouvernements et les grandes puissances signataires. Cet article est ainsi conçu :

« 1) Exception faite des cas pour lesquels une autre procédure est expressément prévue par un article du présent traité, tout différend relatif à l'interprétation ou à l'exécution de ce traité qui n'a pas été réglé par voie de négociations diplomatiques directes, sera soumis aux trois chefs de mission [des trois grandes puissances cosignataires]... Tout différend de cette nature qu'ils n'auraient pas encore réglé dans un délai de deux mois sera, sauf si les parties au différend conviennent l'une et l'autre d'un autre mode de règlement, soumis, à la requête de l'une ou l'autre des parties, à une commission composée d'un représentant de chaque partie et d'un tiers membre choisi d'un commun accord entre les deux parties parmi les ressortissants d'un pays tiers. A défaut d'accord dans le délai d'un mois, entre les deux parties, au sujet de la désignation de ce tiers membre, l'une ou l'autre partie pourra demander au Secrétaire général des Nations Unies de procéder à cette désignation.

« 2) La décision prise par la majorité des membres de la Commission sera considérée comme décision de la Commission et acceptée par les parties comme définitive et obligatoire. »

Cet article prévoit donc le règlement de différends d'ordre juridique (différends sur l'exécution ou l'interprétation d'un traité) par une procédure à deux degrés. D'abord une décision d'un organe politique : celle des

trois chefs de mission accrédités dans les capitales respectives, ce qui constitue un règlement par voie pseudo-gouvernementale, une médiation obligatoire et autoritaire, ostensible — quoique assez aléatoire ainsi que les faits l'ont prouvé. Ensuite, par l'intervention d'une procédure d'arbitrage mais dénuée de toute sécurité. D'une part, en effet, cette procédure est facultative en ce sens que les parties peuvent choisir un autre mode de règlement, sans que le texte dise dans quel délai. D'autre part, les membres de la Commission prévue ne sont tenus de présenter aucune qualification spéciale : ce peuvent être des agents politiques. Enfin, si le tiers arbitre doit être choisi parmi les membres d'un pays tiers, ce « tiers membre », pour employer l'expression inhabituelle du Traité, devra être désigné par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, s'il ne l'est pas d'un commun accord, et cela dans le délai d'un mois après l'échec de cet accord. Etant donné le rôle extrêmement difficile de la personnalité politique qu'est le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans une société internationale profondément divisée, ce renvoi au Secrétaire général de la tâche ardue et peu enviable de choisir un *umpire* (qui selon le paragraphe 2 de l'article déterminera en fait l'issue du litige), était aussi contre-indiqué que possible. Il eût été miraculeux que le tiers arbitre désigné, quel qu'il fût, pût n'être point quelque peu suspect aux yeux de l'un ou l'autre groupe d'Etats intéressés de vouloir se conduire en médiateur du second degré plutôt qu'en arbitre véritable.

27. On connaît les faits. Des différends se sont élevés entre les trois pays d'une part, l'Angleterre et les Etats-Unis d'autre part, au sujet de l'exécution et de l'interprétation de ce qu'on a appelé les « articles des droits de l'homme » des traités (art. 2 des Traités bulgare et hongrois, art. 3 du Traité roumain) dont la violation avait été alléguée devant l'Assemblée de l'Organisation des Nations Unies par différentes délégations. Les gouvernements de Washington et de Londres tentèrent, à deux reprises au moins, de mettre en mouvement la procédure du premier degré, mais le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques ne s'y prêta pas, estimant qu'il n'y avait pas de différend et que les dispositions des traités étaient inapplicables. De leur côté, les délais une fois écoulés, les gouvernements des trois Etats se refusèrent à participer à l'institution de la Commission prévue et à passer à la procédure du second degré, c'est-à-dire à l'instance arbitrale. Seuls les gouvernements de Londres et de Washington désignèrent respectivement leurs représentants. A la suite de quoi l'Assemblée, après avoir constaté l'écoulement des délais prévus décida par sa résolution sus-citée du 22 octobre 1949, de demander à la CIJ son avis consultatif.

28. La demande d'avis prie la Cour de se prononcer sur quatre points qu'on peut ainsi résumer : 1) s'il existe réellement un différend aux termes du Traité; 2) au cas de réponse affirmative, si l'instance du second degré, la procédure arbitrale, doit être déclenchée et si elle exige : a) la désignation par les gouvernements intéressés de leurs représentants dans la Commission et b) l'intervention du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies pour désigner le tiers membre; enfin, 3) au cas où l'une des parties ne désignerait pas de représentant à la Commission, si le Secrétaire général doit cependant

« 3) Si, dans un délai de trois mois, les puissances ainsi désignées n'ont pu tomber d'accord, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le membre le plus âgé de la Cour, qui n'est ressortissant d'aucune des parties. »

désigner le tiers membre de telle sorte que la Commission fonctionnant avec deux membres seulement puisse prendre des décisions définitives et obligatoires pour le règlement du différend.

On le voit, dans ce cas d'espèce particulièrement caractérisé, c'est bien le problème de l'obligation par les parties de collaborer à l'institution du tribunal qui se pose et, en cas de refus de l'une d'elles, de la possibilité pour l'autre ou les autres parties, de constituer le tribunal selon la norme conventionnelle originaire et, pour ce tribunal, de fonctionner comme tel, même incomplet, et de juger.

29. On peut évidemment hésiter, non pas sur le principe de la solution à donner en bonne technique juridique, mais sur son opportunité du point de vue du droit constructif.

Sous l'angle de la pure logique juridique, il n'est pas douteux que la partie qui a consenti l'obligation arbitrale et surtout les stipulations propres à l'amener à effet par la constitution du tribunal manque à une obligation de droit positif en se refusant à accomplir les « prestations » procédurales auxquelles elle s'est engagée. Il en résulte que la partie qui a exécuté ses obligations ne saurait être frustrée des garanties juridiques auxquelles elle a droit et de la solution du litige. Cette solution est celle généralement adoptée par le droit interne, en particulier par le droit français. Du point de vue de l'ordre public international, la solution devrait logiquement être la même. Il y a phénomène d'anarchie toutes les fois qu'une norme juridique conventionnelle et constructive reste sans exécution, et que le « délit international » n'a pas de sanction.

Mais du point de vue de l'opportunité politique et de *lege ferenda*, on peut être porté à raisonner autrement et à se demander: est-il utile de préconiser l'institution d'un organe judiciaire condamné à être tronqué et dont les décisions seront vraisemblablement rejetées par le gouvernement qui n'a pas consenti à participer à sa formation, qui ne manquera pas de prétextes pour protester de sa bonne foi et invoquer de prétendues impossibilités juridiques ou politiques internes ou externes et qui par surcroît sera sans doute, au cours des débats, en état de paralyser par son abstention la procédure judiciaire, notamment en matière de documentation et de preuves et de mettre le tribunal dans l'impossibilité de juger ?

C'est pourquoi certains esprits qui seraient cependant portés à admettre la continuation du procès et son déroulement normal, en cas de retrait du juge national, ou de défaut lorsque le tribunal a été d'abord normalement constitué, ne pensent pas pouvoir aller jusqu'à ce qu'on pourrait être tenté d'appeler, en forçant d'ailleurs un peu les termes, la constitution coercitive originaire du tribunal. Ils estimeront que dans l'état actuel encore inorganique de la société internationale, il n'y a rien autre à faire que d'enregistrer, parmi tant d'autres, une violation manifeste de la règle de droit et de s'y résigner.

30. Ces dernières considérations ne sont pas absolument convaincantes. On peut arguer que, sauf le cas où le refus de coopération empêche matériellement le déroulement de la procédure, le tribunal peut continuer à fonctionner et que la situation est la même que lorsqu'il s'agit du retrait d'un juge dans un tribunal constitué.

Nous verrons en effet que, dans ce dernier cas, la solution selon nous ne peut pas faire de doute. Si donc le tribunal, peut, en fait, se constituer, et fonctionner sans la participation du représentant de l'Etat récalcitrant, ses décisions seraient valables et opposables au gouvernement abstentionniste qui ne pourrait invoquer l'exception de nullité parce que *neminem auditur propriam turpitudinem allegans*. Cette argumentation est celle du mémoire du *Foreign Office* déposé devant la Cour<sup>10</sup> (p. 20). Il cite deux arrêts de la CPJI et invoque également la loi britannique sur l'arbitrage de 1889 dont l'article 6 dispose expressément qu'en cas de compromis d'arbitrage si l'une des parties omet de désigner son propre arbitre, l'autre peut, après les injonctions légales, désigner le sien *qui agira seul* et rendra sa sentence. En droit français, il n'y a pas de texte précis, mais une solution déjà ancienne de la jurisprudence (Cass., 27 novembre 1869. Dalloz, 61.1.194) décide que la partie qui a à se plaindre de l'inexécution de la clause compromissoire peut s'adresser au tribunal civil et lui demander de désigner l'arbitre aux lieu et place de la partie défaillante<sup>11</sup>.

Dans quelles limites est-il possible de transporter ces solutions en droit international ?

31. On peut être tenté d'invoquer ici l'avis consultatif du 23 juillet 1923 dans l'affaire de la Carélie orientale (publications de la Cour, série B, n° 5) et de poser en principe qu'un tribunal international ne peut jamais statuer sur un litige que du consentement des parties. Mais ce principe est bien loin de se présenter de façon aussi absolue et en tout cas, dans les éventualités sur lesquelles nous raisonnons, il n'a rien à voir. Le consentement existe. L'engagement arbitral a été pris; il est définitif. Il se trouve seulement que l'une des parties s'efforce de revenir sur son consentement, de rompre les liens de droit préétablis et d'échapper à la norme positive en vigueur. Admettre une telle prétention serait nier le caractère obligatoire des engagements conventionnels.

Dans l'affaire de la Carélie orientale, le Conseil de la Société des Nations avait demandé à la CPJI un avis consultatif relatif à un différend entre la Russie et la Finlande. La question posée tendait à interpréter une déclaration annexée au Traité de Dorpat de 1920 entre les deux Etats et de savoir quelle répercussion elle pouvait avoir sur le régime d'autonomie stipulé pour la Carélie orientale. La Cour refusa de donner l'avis demandé par le Conseil, d'abord parce qu'en présence du refus de plaider devant elle opposé par la Russie, il lui eut été difficile de réunir les documents et d'ordonner les enquêtes nécessaires à éclairer sa conviction, mais surtout parce que son avis eût équivalu « en substance à trancher le différend entre les parties », à connaître du fond de l'affaire et qu'il n'y avait entre la Russie et la Finlande aucun « contrat judiciaire » lui conférant compétence juridictionnelle.

<sup>10</sup> CIJ, *Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, n° de vente : 47, p. 187.

<sup>11</sup> Certains auteurs ont défendu une autre solution parce qu'ils voient dans l'arbitrage un contrat et même un contrat de mandat. Cette opinion très controversée est, à notre avis, inacceptable particulièrement en droit international. Il s'agit, en réalité, de l'institution d'un organe juridictionnel interétatique, c'est-à-dire d'une norme organique et non d'un contrat. Voir ci-dessous par. 35.

L'attitude de la Cour a été discutée sur un autre terrain : celui de savoir si elle était en droit de refuser de répondre à une demande d'avis du Conseil (voir Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, éd. française, p. 525, 537), mais généralement approuvée en ce qui concerne son scrupule de compétence. Mais dans le cas présentement porté devant la Cour par la résolution de l'Assemblée générale du 22 octobre 1949, la situation est essentiellement différente : il s'agit de l'exécution d'un engagement compromissaire formel et l'ordre public international exige que tout soit mis en œuvre pour son exécution, du moins tout ce qui est pratiquement possible.

32. Le problème consiste donc à rechercher un mécanisme procédural de nature à surmonter la résistance d'un gouvernement qui s'efforce d'empêcher la constitution du tribunal. La voie nous est indiquée par la résolution de l'Assemblée. Elle consiste à porter la question préjudicielle que constitue le refus d'accomplir les prestations procédurales convenues, quels que soient les motifs de ce refus, et même s'il est pur et simple, devant une autorité juridictionnelle ainsi qu'il se pratique en droit interne. Mais, selon nous, ce n'est pas seulement un avis qu'on lui demandait, mais un arrêt en vertu duquel le gouvernement récalcitrant serait tenu de se prêter aux procédures prévues au moment de l'engagement compromissaire. A défaut de quoi le tribunal serait constitué selon la procédure prévue à l'article 23 de l'Acte général d'arbitrage révisé par l'Assemblée en 1949.

Il se peut, répétons-le, que matériellement le tribunal ainsi constitué se trouve en présence d'une obstruction qui l'empêche de rendre sa sentence et l'oblige à prononcer un *non liquet*. En ce cas, on se trouve évidemment en présence d'une impossibilité insurmontable si ce n'est, éventuellement, par la procédure prévue au Chapitre VI de la Charte.

#### SOLUTION PROPOSÉE

33. Nous pensons avoir été jusqu'à l'extrême des difficultés possibles et exploré les différentes situations qui peuvent se présenter :

a) Au cas où il existe une obligation arbitrale *nue* (*nudum pactum*) pourrait-on dire, purement abstraite et ne prévoyant aucune procédure pour son exécution et notamment pour la constitution du tribunal;

b) Au cas où la procédure visant au choix de l'arbitre ou à la constitution du tribunal a été prévue, mais où les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord;

c) Au cas où l'une des parties se dérobe systématiquement à son obligation.

Il s'agit d'extirper dans sa racine un vice originaire fréquent et de nature à réduire à néant la norme compromissaire conventionnelle. A cette fin, il est nécessaire, pensons-nous, de sérier les difficultés sans attendre la conclusion problématique d'un compromis général énumérant les innombrables règles de procédure et même de compétence qui s'imposeront au tribunal arbitral. Il importe de constituer d'abord ce tribunal par un acte de procédure institutionnelle spécial, et préalable. C'est seulement lorsque les plaideurs seront en présence de cet organe juridictionnel que les destinées de l'arbitrage seront assurées dans toute la mesure matériellement possible et que l'on pourra, par la suite, confier au

tribunal un certain nombre de tâches nécessaires à l'accomplissement de sa mission et que nous aurons, ultérieurement, à définir.

#### TEXTE PROPOSÉ

34. Nous proposerions donc d'insérer dans le projet d'instrument de codification les dispositions suivantes faisant suite à celles qui figurent au paragraphe 18 :

« En présence d'un différend prévu par l'engagement arbitral et qui n'aurait pu être résolu dans un délai raisonnable par des négociations diplomatiques, ou par tout autre moyen amiable, les parties devront constituer arbitre ou constituer le tribunal arbitral d'un commun accord par un instrument conventionnel spécial. La partie la plus diligente prendra l'initiative de cette constitution.

« Cette constitution sera faite selon la procédure convenue à cet effet dans l'Acte contenant l'engagement arbitral. Au cas où rien n'aurait été stipulé à cet égard, dans ledit Acte, et où un accord ne pourrait intervenir entre les parties, la plus diligente aura le droit de recourir à la procédure prévue aux articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage, selon le texte révisé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies en 1949.

« Au cas où l'une des parties, par son abstention systématique, empêcherait la procédure prévue auxdits articles de fonctionner, les nominations des arbitres manquants seraient faites par le Président de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 3 de l'article 23 dudit Acte général. Le tribunal ainsi constitué connaîtra de l'affaire et son arrêt sera obligatoire.

« Lorsque la désignation de l'arbitre, ou des membres du tribunal arbitral, est faite d'un commun accord, les parties pourront agir de la façon jugée par elles la plus appropriée et s'adresser soit à un arbitre unique, soit à un corps judiciaire préexistant, soit à un tribunal composé selon leur gré<sup>12</sup>.

« Toutefois, d'une façon générale, et réserve faite des circonstances de l'affaire, il est recommandé par l'expérience : a) de choisir comme arbitres des personnalités répondant aux qualifications énumérées dans l'Article 2 du Statut de la CIJ; b) de choisir l'arbitre unique ou les arbitres en majorité dans les ressortissants d'Etats n'ayant aucun intérêt direct ou indirect dans le litige et de composer le tribunal d'un nombre impair de juges, cinq de préférence, et d'en confier la présidence à l'un des juges neutres. »

#### DE LA STABILITÉ DU TRIBUNAL ARBITRAL

35. Si le tribunal n'a d'existence que par la volonté des parties, une fois constitué cet organe judiciaire a une existence juridique autonome absolument indépendante d'elles. Les arbitres ne sont pas leurs représentants, encore moins leurs mandataires, ce sont les membres d'un organe judiciaire indépendant, des magistrats internationaux, de la société internationale particulière formée par les Etats

<sup>12</sup> Disposition inspirée de l'article 41 du Pacte de Bogota, réserve faite de la mention discutable du Chef d'Etat.

en litige, de la même façon que la Cour internationale de Justice est un organe de la Société des Nations Unies. La seule différence entre une juridiction arbitrale et les juridictions pré-instituées de façon permanente réside dans la modalité même de leur institution, faite par les plaideurs dans un cas, par des pouvoirs publics constitués, dans l'autre.

L'évolution est exactement la même en droit interne et en droit international. L'arbitrage est la forme originale de la juridiction dans les sociétés encore peu intégrées, mais elle s'est toujours maintenue, même dans les sociétés étatiques, en raison des sécurités que les plaideurs pensent y trouver. La technique juridique a donc toujours admis, avec plus ou moins de restriction, que les plaideurs, même simples particuliers, puissent investir des juges de leur choix, mais ces juges, une fois investis, ont, en tant que tels, le même standing juridique que des magistrats officiels ou de carrière. Leurs arrêts, en particulier, ont exactement la même valeur sociale et le même caractère obligatoire. En droit interne, il existe cette différence que les sentences arbitrales, si elles sont obligatoires ne sont pas exécutoires, parce que des juges non officiels, des tribunaux non institutionnels ne disposent pas de l'autorité publique. Mais cette différence, en droit international classique, tout au moins jusqu'à l'apparition de la Charte de San-Francisco (Art. 94) n'avait aucune pertinence puisque les arrêts des tribunaux internationaux permanents ou institutionnels n'ont pas eux-mêmes force exécutoire, mais seulement force obligatoire.

36. Cette similitude entre le standing juridique des tribunaux arbitraux et des tribunaux constitués n'est en rien affaiblie par le fait que les tribunaux arbitraux peuvent contenir et contiennent d'ordinaire des juges nationaux. La présence de ces derniers n'altère pas plus leur caractère d'organe international que la présence du juge *ad hoc* n'altère celui de la Cour de La Haye. Le juge Loder, premier des présidents de la CPJI, en inaugurant la première session de cette haute juridiction, pouvait déplorer ouvertement et courageusement cette concession faite à la faiblesse humaine, mais il ne contestait pas, pour autant, le caractère fondamental d'organe international constitué de la Cour.

37. Plusieurs conséquences peuvent être tirées de ce caractère organique du tribunal arbitral en ce qui concerne sa procédure. La plus importante, en relation directe avec les précédents développements, est le principe de la stabilité du tribunal arbitral qui fournit sa solution au problème du « déport » de l'arbitre ou de son retrait.

Il est impossible d'admettre que le tribunal une fois institué puisse être paralysé par des plaideurs enclins à échapper à l'obligation juridictionnelle. L'organe vit de sa vie propre et tous ses actes seront désormais des actes collectifs qu'aucune volonté étrangère ne doit entraver.

#### VACANCE DE SIÈGES

38. On n'en conclura pas, pour autant, que la composition du tribunal doit rester absolument immuable. Ce serait contraire aux nécessités matérielles. La composition du tribunal peut être affectée par la mort ou la maladie d'un de ses membres, par une démission motivée, par un

incident imprévu privant un des arbitres des qualifications qui l'avaient fait désigner ou susceptible de légitimer sa récusation.

On doit toutefois faire ici la distinction : d'une part, les événements affectant la composition du tribunal indépendamment de toute intervention de la volonté des parties ; d'autre part, les incidents susceptibles d'être soulevés par les plaideurs.

39. En ce qui concerne le premier cas, l'article 59 de la Convention de 1907 déclare :

« En cas de décès, de démission ou d'empêchement, pour quelque cause que ce soit, d'un des arbitres, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa désignation. »

Des dispositions analogues se rencontrent dans le projet de Cour internationale des prises (art. 11), dans le statut du Tribunal international du Centre-Amérique (art. 2 et 15), à l'Article 14 du Statut de la CIJ, etc.

C'est ce qu'on pourrait appeler le cas de force majeure ou de vacance du siège. Il ne soulève pas de difficultés particulières (si l'une des parties ne se prêtait pas aux procédures de remplacement nécessaires, on trouverait une solution en appliquant ici les mesures que nous préconisons ci-dessous au cas de déport ou de retrait de l'arbitre).

40. Viennent ensuite les incidents qui, sans entraîner de vacance du siège, peuvent empêcher un juge d'occuper dans l'affaire en cours. Il s'agit de toute circonstance susceptible de jeter le doute sur son impartialité. Le Statut de la CPJI le prévoyait dans ses Articles 17, paragraphes 2, et 24, et dans ces différents cas la solution à adopter est laissée à la décision du tribunal : « La Cour décide »<sup>13</sup>.

Il arrive que les compromis prévoient ces cas, mais de toute façon, il semble que la seule solution acceptable soit celle de la décision par le tribunal lui-même et que le texte du projet de codification ne doive pas, en ce cas, comporter d'alternative. S'il s'agissait d'un arbitre unique, Witenberg<sup>14</sup> propose de confier la solution de la difficulté, soit à un nouvel arbitre, soit à la puissance tierce qui aurait nommé le premier. En cette dernière occurrence le procédé est acceptable, mais dans la première elle nous paraît susceptible de tout remettre en question et d'entraîner de longs délais de telle sorte qu'il serait préférable de confier la nomination au Président de la Cour internationale de Justice.

<sup>13</sup> « Article 17 : 1) Les membres de la Cour ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire.

« 2) Ils ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête ou à tout autre titre.

« 3) En cas de doute, la Cour décide. »

« Article 24 : 1) Si pour une raison spéciale l'un des membres de la Cour estime devoir ne pas participer au jugement d'une affaire déterminée, il en fait part au Président.

« 2) Si le Président estime qu'un des membres de la Cour ne doit pas, pour une raison spéciale, siéger dans une affaire déterminée, il en avertit celui-ci.

« 3) Si, en pareils cas, le membre de la Cour et le Président sont en désaccord, la Cour décide. »

<sup>14</sup> *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*. Paris, 1937, p. 47.

## LA RÉCUSATION

41. Viennent maintenant les hypothèses où ce sont les parties qui interviennent pour empêcher un juge d'occuper. C'est d'abord la récusation.

La *récusation* peut sembler discutable puisque les arbitres ont été choisis, acceptés et investis conjointement par les parties. Il n'y a pas d'arbitre, nous l'avons vu, qu'institué par les deux plaideurs. Pourtant, tout juge doit pouvoir être récusé. Nous pensons donc qu'il convient d'accepter ici la solution donnée par le droit interne et notamment par l'article 1014 du Code de procédure française :

« Les arbitres ... ne pourront être récusés, si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis. »

Nous croyons cependant qu'il faut compléter cette disposition en disant : « à moins que cette cause n'ait été ignorée d'une des parties au moment de la constitution du tribunal ». Les gouvernements plaideurs, en effet, auront agi à bon escient au moment de l'investiture des juges et ne sauraient plus invoquer, comme en matière de révision, qu'un dol ou l'impossibilité de se renseigner. Ici encore, le tribunal arbitral doit être juge de l'incident et, en cas d'arbitre unique, ce pourrait être la Cour internationale de Justice par voie de procédure sommaire.

## LE DÉPORT

42. Nous sommes maintenant en présence du cas le plus grave, celui du *déport*, soit spontané ou apparemment spontané de la part de l'arbitre, soit ordonné par le gouvernement qui a nommé l'arbitre national : c'est le retrait.

Le déport spontané est inadmissible. L'arbitre n'était pas tenu d'accepter la mission qui lui est confiée; mais il ne peut pas plus renoncer à ses fonctions, une fois qu'elles lui ont été conférées, qu'un magistrat officiellement institué ne peut imposer sa démission. Le droit interne est sur ce point catégorique. L'article 1014 du Code de procédure française déclare : « Les arbitres ne pourront se déporter si leurs opérations sont commencées », et la jurisprudence autorise les parties, en ce cas, à lui réclamer des dommages et intérêts (Cass. Req., 4 novembre 1903. Dalloz 1904.1.185).

43. Le retrait par un gouvernement de l'arbitre dit « national » est encore moins admissible, car l'investiture de l'arbitre n'est pas le fait de son gouvernement, mais des gouvernements plaideurs. C'est un principe bien établi en droit public qu'un acte juridique ne peut être révoqué, ou modifié, que par les sujets de droit ayant eu compétence pour le faire et selon les formes dans lesquelles il a été réalisé originairement. C'est ce qu'on appelle la technique de l'« acte contraire ». La constitution du tribunal ne peut donc être modifiée que de la façon où elle s'est opérée, c'est-à-dire bilatéralement et non unilatéralement. Nous admettons donc, comme règle obligatoire, d'un code procédural que le retrait d'un arbitre n'empêche pas le tribunal de fonctionner, ni de rendre une sentence obligatoire toutes les fois qu'il peut matériellement le faire.

Ces incidents malheureusement fréquents se produisent, en effet, le plus souvent, lorsque les débats prennent un tour défavorable à l'un des plaideurs, ou lorsque des

questions d'amour-propre ou de susceptibilité morale surgissent entre les arbitres. Witenberg cite un certain nombre d'exemples (p. 48 et 49) et conclut : « En tout cas, le retrait du juge national est une intrusion illégitime de l'Etat dans la marche de l'arbitrage. Celui-ci une fois décidé, le tribunal constitué doit échapper à la volonté unilatérale de l'un ou de l'autre des Etats en présence. Retirer le juge national est un manquement à l'obligation implicitement, mais nécessairement assumée aux termes du compromis de faire trancher judiciairement le litige »<sup>15</sup>. C'est pourquoi l'on doit pleinement approuver les décisions prises par les présidents des tribunaux arbitraux ou de commissions mixtes de ne pas interrompre en pareil cas la procédure devant le tribunal amputé : ainsi en 1927 la Commission franco-mexicaine, présidée par le professeur Verzijl rendit 23 arrêts en l'absence du Commissaire mexicain (voir Feller, *The Mexican Claims Commissions*, p. 70 et suiv.). Cependant, il faut prévoir le cas où le tribunal arbitral ne pourrait juger, par exemple parce que le surarbitre et l'autre juge national seraient en désaccord. Cette fois encore, la solution pourrait consister dans le remplacement du juge défaillant sur demande du tribunal arbitral amputé, soit par le procédé convenu pour sa nomination ou si ce procédé s'avère inopérant ou trop dilatoire, par une autorité judiciaire, le Président de la Cour internationale de Justice. De toute façon, il y a lieu de déconseiller formellement en pareil cas l'intervention d'une personnalité ou d'un organe politique.

## L'AFFAIRE DES « OPTANTS HONGROIS »

44. Cette façon de voir se trouve corroborée par les incidents quelque peu scandaleux de l'affaire des optants hongrois dont nous ne rappellerons que l'essentiel.

On se souvient des difficultés soulevées en 1923 devant le Conseil de la Société des Nations par l'interprétation de l'article 239 du Traité de Trianon et de la prétention de la Roumanie à retirer son juge du tribunal arbitral mixte constitué, afin d'éviter un arrêt qu'elle prévoyait contraire à ses intérêts. Cette attitude était d'autant plus inacceptable qu'il s'agissait d'un tribunal dont la constitution dépendait non seulement de l'accord des parties, mais d'un traité constitutif dont les dispositions émanaient de la Conférence de la Paix, c'est-à-dire de la communauté internationale elle-même. Mais l'affaire montre également, qu'il n'est pas indiqué, pour trancher le litige, et compléter le tribunal, de faire appel à un organe politique, en l'espèce le Conseil de la Société des Nations. Le Comité du Conseil chargé d'étudier l'affaire essaya d'abord d'amener une transaction entre les parties *sur le fond du litige*, ce qui aboutissait, indirectement, à dessaisir le tribunal. Il conseilla même de porter le litige devant la Cour de la Haye. Puis il consulta un comité de juristes et invita les parties à limiter les pouvoirs du TAM d'un commun accord, ce qui constituait une violation du principe qu'un tribunal est maître de sa compétence, et ne peut être dessaisi. Enfin, le rapport de sir Austin Chamberlain alla plus loin encore dans l'illégalité en proposant une sanction pour le cas où les parties n'accepteraient pas les conclusions de la Com-

<sup>15</sup> Certains cas sont restés célèbres sous le nom de « sabotages arbitraux. »

mission du Conseil, sanction qui eût consisté à ne pas nommer les arbitres neutres prévus pour compléter le tribunal, nominations dont le Traité de Trianon faisant pourtant une obligation stricte du Conseil. Cet abus de pouvoir visait à interrompre le cours de la justice. Les opinions du rapporteur furent heureusement combattues par les représentants de l'Italie (le juriste Scialoja), de la Hollande (le ministre Loudon), de la Colombie (le juriste Urrutia), de l'Allemagne (le ministre Stresemann) qui fit remarquer « le mélange dangereux des questions politiques et des questions juridiques ».

#### TEXTE PROPOSÉ

45. Pour résumer l'ensemble des considérations précédentes, nous proposerions un avant-projet de texte conçu approximativement de la façon suivante :

« Le tribunal arbitral une fois institué par l'accord des parties, ou par les procédures subsidiaires ci-dessus indiquées, il n'appartient plus à aucun des gouvernements litigants d'en modifier la composition.

« En cas de vacance d'un siège, il est procédé au remplacement de l'arbitre selon le mode prévu pour sa nomination.

« Au cas où il s'agirait du remplacement d'un arbitre unique, la désignation du nouvel arbitre, en l'absence d'accord des parties, sera confiée soit à la puissance tierce qui aurait eu compétence pour nommer le premier, soit au Président de la Cour internationale de Justice.

« Un arbitre ne peut participer au jugement d'une affaire dont il aurait connu antérieurement à un titre quelconque. Si un doute s'élève à ce sujet, le tribunal décide.

« Une partie ne peut proposer la récusation d'un des arbitres que pour une cause survenue depuis la constitution du tribunal, à moins qu'elle n'ait pu légitimement l'ignorer ou ait été victime d'un dol. Sur ce point la Cour décide. S'il s'agit d'un arbitre unique, la décision appartient à la Cour internationale de Justice, en chambre de procédure sommaire.

« Un arbitre dit national ne peut se déporter ou être retiré par le gouvernement qui l'a désigné. Au cas où le fait se présenterait le tribunal est autorisé à poursuivre la procédure et à rendre une sentence qui sera obligatoire. Au cas où le déport, ou le retrait, rendraient la poursuite de la procédure inopérante, le tribunal pourrait demander le remplacement de l'arbitre défaillant et, si le procédé utilisé pour sa nomination échouait, demander son remplacement au Président de la Cour internationale de Justice. »

Le déroulement normal de l'instance judiciaire se trouvant ainsi assuré, dans la mesure où il est humainement possible, par la constitution et la stabilité du tribunal arbitral, nous arrivons maintenant à l'étude de ce que l'on appelle communément la « procédure proprement dite » ou procédure au sens strict qui traditionnellement débute par le compromis.

### III. — LE COMPROMIS

46. Nous avons déjà noté (par. 9-10) l'inconsistance de l'article 52 de la Convention de La Haye de 1907 et

l'impossibilité où l'on se trouve d'y voir l'expression d'une coutume acceptée comme étant de droit puisqu'il se borne finalement à laisser sur son contenu une liberté entière aux parties pour y insérer ce qu'elles veulent. Cependant il existe certainement des stipulations dont il faut considérer l'insertion dans le compromis comme obligatoire lorsque la pratique s'en est bien affirmée et parce que sans elles le compromis n'aurait pas de sens et pourrait même être considéré comme nul.

#### TEXTE PROPOSÉ

Pour les motifs précédemment exposés, la constitution du tribunal devant avoir lieu avant la mise en marche de la procédure, il y aurait lieu de proposer un texte se rapprochant du suivant et dont nous reprendrons l'exégèse :

« Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel elles doivent spécifier : l'objet du litige; les règles de procédure sur lesquelles elles jugeraient bon de se mettre d'accord; les pouvoirs éventuellement conférés au tribunal en ce qui concerne les règles de droit applicables ou le pouvoir de juger *ex aequo et bono* et le cas échéant, le pouvoir d'agir en qualité d'amiable compositeur. En l'absence de stipulations expresses sur ces divers points, le tribunal arbitral pourra juger *ex aequo et bono* en cas de silence ou d'obscurité du droit positif, mais jamais en tant qu'amiable compositeur, sauf assentiment des parties.

« Le compromis fixera également le siège du tribunal et les langues employées.

« Le compromis pourra contenir toutes autres dispositions conventionnelles que les parties estimeraient devoir y introduire, notamment l'ordre et les délais des communications de pièces et actes de procédure; le délai dans lequel la sentence devra être rendue, l'administration des preuves, la répartition des frais et consignations, la désignation des agents, avocats et conseils, etc. L'arbitre ou le tribunal ne seront liés par les dispositions de procédure que dans la mesure où elles se révéleront compatibles avec les nécessités de leur fonction.

« Les dispositions du présent article peuvent être insérées, si les parties sont d'accord entre elles pour le faire, dans l'acte de constitution du tribunal. »

#### LE COMPROMIS OBLIGATOIRE OU AUTOMATIQUE

47. Il résulte du texte ci-dessus proposé, en premier lieu l'obligation pour les parties de dresser un compromis, même dans le cas où le tribunal aurait déjà été institué comme il est prévu à l'article II (voir par. 34). Bien entendu, les parties pourraient convenir de saisir le tribunal par voie de requête ou de citation directe puisque ce tribunal doit, en principe, avoir été préconstitué. On peut même admettre que si les parties étaient liées par une disposition analogue à celle de l'Article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour internationale de Justice chacune d'elles pourrait saisir directement le tribunal. Nous ne considérons pas cependant cette pratique comme indiquée, car à la différence de la Cour permanente d'arbitrage ou de la Cour internationale de Justice un tribunal épisodique n'a ni siège déterminé, ni procédure

établie et pourrait se trouver dans un certain embarras même au sujet des règles de droit à appliquer. Il est donc nécessaire qu'un minimum de collaboration s'établisse entre lui et les gouvernements intéressés au litige, et que ce soient ces derniers qui, d'un commun accord le guident dans l'accomplissement de sa tâche puisque ce sont eux qui l'ont institué.

48. Nous nous trouvons ici en face d'une situation délicate à régler. D'une part, et nous y avons insisté, on ne saurait permettre aux parties de se dérober à la norme conventionnelle d'arbitrage sous prétexte que l'élaboration du compromis peut présenter des difficultés insurmontables; et d'autre part, il est impossible de faire bon marché de l'initiative des parties et d'oublier qu'elles sont plus encore peut-être qu'en matière de procédure civile interne, les *domini litis*.

Évitons toutefois une équivoque.

La doctrine avait, jadis, coutume de dire et de répéter que les Etats étant souverains et par conséquent maîtres de recourir ou non à une juridiction, ils étaient maîtres aussi de n'y recourir que dans la limite où ils y consentent et par conséquent de restreindre à leur convenance les pouvoirs de l'arbitre, soit en ce qui concerne la consistance du litige, soit en ce qui concerne les procédures à suivre. Ceci n'est vrai qu'à la condition qu'on y apporte des précisions et des limites.

A partir du moment où les parties sont liées par une norme compromissoire ou arbitrale, soit isolée et originaires, soit insérée dans un compromis, elles ne sont plus souveraines dans la matière sur laquelle porte cette norme; elles n'ont plus le droit de se dérober à son exécution en enlevant au juge tout ou partie de la consistance du litige prédéterminé ou en lui imposant des procédures d'action qui rendraient l'accomplissement de sa tâche impossible. Ce principe est déterminant dans le problème du *non liquet* que nous retrouverons.

49. Mais nous remarquerons déjà que le problème n'est pas nouveau puisque dès 1899 et 1907 la Conférence de La Haye s'était préoccupée de trouver un procédé pour assurer la conclusion du compromis au cas où les parties n'y réussiraient pas. L'Acte de Bogota se préoccupe, lui aussi, de cette question, dans son article 43 où il est dit :

« Les parties établiront, dans chaque cas, le compromis qui devra définir clairement le point spécifique qui fait l'objet du différend, désigner le siège du tribunal et fixer les règles à observer au cours de la procédure, déterminer le délai dans lequel le jugement doit être prononcé et les autres conditions dont elles conviennent entre elles.

« Au cas où un accord ne serait pas obtenu, relativement au compromis, dans un délai de trois mois à compter de la date de l'installation du tribunal, la Cour internationale de Justice formulera un compromis obligatoire pour les parties, au moyen de la procédure sommaire. »

La solution ainsi préconisée est expéditive. Peut-être l'est-elle un peu trop et l'on doit redouter de surcharger éventuellement la Cour internationale de Justice d'une fonction réglementaire qui n'est guère la sienne et dont elle redoute, en général, de se charger.

50. Par contre, il faut reconnaître que les procédés envisagés à La Haye en 1899 et en 1907, pour ce qu'on

a appelé la conclusion obligatoire ou automatique du compromis, sont compliqués, dilatoires et trop spécialement reliés à l'existence de la Cour permanente d'arbitrage comme tribunal de jugement. Rappelons brièvement que la Convention de 1907 donne (art. 53) compétence directe à la Cour permanente d'arbitrage en cas de traité préalable d'arbitrage obligatoire ou d'un différend provenant de dettes contractuelles — le tout d'ailleurs avec certaines réserves — ou (art. 54) prescrit pour l'établissement du compromis une commission de cinq membres désignés selon les formalités complexes de l'article 45 relatif au choix des juges (voir ci-dessus, par. 20) et finalement porte dans son article 58 :

« En cas d'établissement du compromis par une commission telle qu'elle est visée à l'article 54 et sauf stipulation contraire, la commission elle-même formera le tribunal d'arbitrage. »

Cette dernière stipulation qui, en dernière analyse, donne compétence au tribunal de jugement pour élaborer le compromis est à retenir; mais tout le reste correspond à une situation définitivement périmée.

Nous penserions donc à des dispositions plus simples et plus rapides laissant seulement en dernier lieu compétence au tribunal d'arbitrage lui-même si les parties sont réellement arrivées à une sorte de *dead-lock*.

51. C'est de considérations analogues que s'est inspiré, semble-t-il, l'Acte général d'arbitrage dans son article 27 qui d'ailleurs est plus catégorique. Il porte :

« Faute de conclusion d'un compromis, dans un délai de trois mois, à partir de la constitution du tribunal, celui-ci sera saisi par requête de l'une ou l'autre des parties. »

Cela aussi est expéditif, mais aboutit indirectement à laisser au tribunal l'organisation de la procédure et même éventuellement la détermination de l'objet du litige, c'est-à-dire lui confie l'élaboration du compromis. C'est peut-être, répétons-le, faire un peu trop bon marché de l'initiative et de la liberté des gouvernements en assimilant le tribunal arbitral à une cour de justice proprement dite. Cela nous semble excessif, même en présence d'un tribunal arbitral préconstitué, solution à laquelle se rallie au moins implicitement l'Acte général.

#### TEXTE PROPOSÉ

52. Nous proposerions donc une solution intermédiaire, plus conforme au rôle traditionnel de l'institution arbitrale :

« Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le contenu du compromis, ou sur l'une de ses stipulations, elles pourront solliciter les bons offices d'une puissance tierce qui désignera pour dresser le compromis une personnalité, une commission composée de personnalités idoines, ou l'une de ses cours de justice. En cas de désaccord entre les parties sur le choix de cette puissance tierce, ou de l'organe désigné par elle, le tribunal arbitral rédigera lui-même, le compromis, d'accord, si possible, avec les agents des parties, mais en tout cas dans un délai raisonnable et qu'il fixera lui-même. A l'expiration de ce délai chaque partie pourra saisir le tribunal par voie de requête. »

## LE DESSAISSEMENT DU TRIBUNAL

53. Il est une autre question qui peut se présenter dès le début de la procédure, aussitôt le tribunal arbitral investi et que l'on traite souvent par préterition malgré son importance. C'est celle de savoir, si, d'un commun accord, les parties peuvent à tout moment renoncer à l'arbitrage et dès le début, dessaisir le tribunal, choisir un autre mode de règlement, ou même s'abstenir de tout règlement.

Cela dira-t-on est hors de doute : ce que le consentement a fait, le consentement peut le défaire et la norme conventionnelle qui liait les deux parties peut disparaître par révocation. L'engagement compromissaire et le compromis sont tous deux de nature conventionnelle et le traité, comme la loi, peut être abrogé.

Tout cela va de soi, mais peut-être cependant pas autant qu'il le paraît. Tout d'abord, cela ne paraît pas en accord avec la Charte de San-Francisco, notamment avec ses Articles 2 et 33.

Nous supposons que les deux gouvernements litigants sont d'accord pour enterrer l'affaire ou dessaisir le tribunal. Ils le peuvent certainement, mais l'on ne saurait se dissimuler que, du point de vue social, et de l'ordre public international, cette décision peut être regrettable surtout si la solution litigieuse le demeure, qu'il n'y ait pas accord sur un autre mode de règlement et que par conséquent l'ordonnement juridique ne soit pas apuré. La situation est même beaucoup plus grave que lorsqu'elle se produit en droit interne entre deux particuliers, à la suite d'un désistement, parce que l'enjeu du procès est d'une tout autre importance.

## LE JUGEMENT D'EXPÉDIENT

54. A ce propos, il convient d'examiner brièvement ce que doit faire le tribunal s'il est appelé à rendre ce que l'on désigne généralement sous le nom de « jugement d'expédient ».

L'accord d'expédient est une transaction qui intervient entre les agents des Etats, dès le début ou au cours de la procédure, et qui est basée soit sur le désistement du demandeur, soit sur l'acquiescement du défendeur. Bien entendu, il appartient au tribunal de contrôler la réalité de l'accord intervenu et même sa validité.

Le principe est expressément visé par l'article 68 du règlement de la Cour internationale de Justice et a été appliqué par la CPJI en certaines circonstances<sup>16</sup> et également en matière d'arbitrage<sup>17</sup>. Nous nous rallions à l'opinion générale selon laquelle le tribunal n'est pas obligé d'entériner la transaction d'expédient au cas où celle-ci pourrait paraître contraire à l'ordre public international et notamment au cas où les parties se refuseraient à la faire enregistrer selon la règle générale qui s'impose à tout engagement international<sup>18</sup>. En ce cas, le tribunal pourrait, au minimum, exprimer les réserves qui lui paraîtraient congruentes. C'est aussi l'un des cas

où le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies pourrait se trouver appelé à intervenir en application du Chapitre VI de la Charte et notamment de l'Article 36.

## LE DESSAISSEMENT PAR LE DEMANDEUR

55. En ce qui concerne le désistement du seul demandeur, c'est-à-dire de son renoncement à l'instance<sup>19</sup> il est bien évident que le tribunal arbitral doit appliquer ici la règle générale admise en droit interne et en vertu de laquelle ce désistement doit être accepté par le défendeur (voir par exemple l'article 402 du Code de procédure français). Le désistement du défendeur, en effet, ne serait pas de nature à empêcher ultérieurement l'ouverture d'une nouvelle instance (sauf accord contraire entre les parties, ce qui revient au cas précédent) il serait par conséquent entièrement contraire au principe de l'égalité des plaideurs, le défendeur pouvant avoir un intérêt certain à ce que le débat soit tranché sans délai. Il peut d'ailleurs avoir formé une demande reconventionnelle.

Ainsi toutes les fois que la procédure est liée le désistement du demandeur ne saurait empêcher l'apurement du litige.

## TEXTE PROPOSÉ

56. Nous proposerions un texte en ce sens :

« Le tribunal une fois saisi par les conclusions des parties doit mener la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt.

« Le désistement du demandeur ne peut être accepté par le tribunal que si le défendeur y acquiesce.

« Au cas de dessaisissement du tribunal par accord des deux parties, le tribunal en prend acte. Ce dessaisissement ne porte aucune atteinte aux dispositions du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies et notamment à celles de l'Article 36.

« Le tribunal prend acte le cas échéant, de la transaction d'expédient intervenue entre les parties, après en avoir vérifié le caractère certain et la validité. »

## DÉTERMINATION DE L'OBJET DU LITIGE

57. Le point essentiel à définir dans le compromis, c'est la matérialité du litige, c'est-à-dire le ou les points de droit que le tribunal devra trancher. Cette détermination de l'objet du litige dépend des parties, c'est leur accord qui l'a circonscrit, soit dans la clause compromissaire, soit dans le compromis secondaire qui lui fait suite.

S'il existe une norme compromissaire préalable au compromis secondaire, c'est elle, remarquons-le bien, et non le compromis qui en principe cerne les contours de la situation litigieuse. Nous ne voulons pas dire par là ce qui serait évidemment insoutenable, que les parties ne sont pas maîtresses, au moment de la saisine de restreindre la compétence du juge en modifiant l'engagement antérieur, comme elles pourraient d'ailleurs l'étendre

<sup>16</sup> Notamment dans l'Affaire des zones franches.

<sup>17</sup> Arbitrage de Castellorizo entre l'Italie et la Turquie, 1933 ; affaires du prince de Pless, 1933.

<sup>18</sup> Voir Witenberg, *op. cit.*, p. 344 et les auteurs qu'il cite, notamment les professeurs Briery, Verdross et Guggenheim.

<sup>19</sup> Ne pas confondre le désistement d'action et le désistement d'instance. Dans le désistement d'action, le demandeur reconnaît le bon droit du défendeur et par conséquent le litige s'éteint par accord simultané des parties.

(voir ci-dessus, par. 53-56, ce que nous disons du désistement). Mais chacune des parties a le droit incontestable d'exiger, en cas de stipulation préalable d'arbitrage, que l'affaire soit intégralement portée devant le juge telle que ladite stipulation le comporte. Il y a là un principe qui devra notamment inspirer les personnalités chargées de dresser, le cas échéant, un compromis obligatoire et en particulier le tribunal lui-même si c'est à lui qu'échoit cette charge (voir ci-dessus par. 52). Rappelons le texte capital de l'article 13 du Pacte de la Société des Nations :

« Les Membres de la Société conviennent que s'il s'élève entre eux un différend susceptible à leur avis d'une solution arbitrale ou judiciaire, ... la question sera soumise *intégralement* à un règlement arbitral ou judiciaire. »

58. Or le compromis peut avoir contrairement à ce principe, délimité très strictement l'étendue du litige, si strictement même qu'il ne correspond plus qu'en partie à la situation litigieuse de fait et même, à l'extrême, qu'il soit impossible au tribunal de juger, c'est-à-dire d'apurer cette situation. Le tribunal est-il toujours dans l'obligation de s'incliner devant cet accord des parties qui équivaut, en fait, à un désistement déguisé ? C'est ici qu'apparaît, au moins, sous son aspect principal, le problème du *non liquet*.

Il se peut que l'une des parties conteste dès le début la portée formelle du compromis. Le cas peut se présenter surtout en présence d'un engagement compromissaire originaire avec lequel le compromis se trouve en désaccord. Le tribunal, en ce cas, devra interpréter le compromis et statuer selon la règle générale sur sa propre compétence. Il pourra notamment juger qu'ayant été constitué pour trancher le différend, il lui appartient de déterminer l'étendue réelle du différend, à la lumière des engagements pris par les parties, et de préférence l'engagement originaire s'il estime qu'il est toujours en vigueur. L'intérêt de l'ordre public international exige, en effet, que le litige soit intégralement vidé dans le cas, en particulier, où l'accord des parties reste problématique. Le juge pourra apprécier, en équité, toutes les circonstances capables d'éclairer sa religion sur ce point. Le compromis secondaire, en effet, peut être considéré comme une mise en application d'un engagement arbitral préalable et non pas nécessairement comme un nouvel accord. De même en droit interne, le règlement est toujours subordonné à la loi et en droit international l'adage *lex posterior derogat priori* ne s'applique nécessairement que si la volonté dérogoire est certaine.

Si les deux parties ne contestent pas leur accord sur la délimitation de l'objet du litige, telle qu'elle se comporte dans le compromis, et que le juge se trouve ainsi dans l'impossibilité de l'apurer dans son intégralité, ou même dans l'impossibilité de juger, nous pensons qu'avant de déclarer le *non liquet*, il doit dégager sa responsabilité vis-à-vis de l'ordre public international et de l'opinion. Il le fera en sommant les parties de conclure un accord formel de désistement partiel ou total, après avoir constaté officiellement, dans les attendus de son arrêt, qu'il a fait en vain les efforts nécessaires pour obtenir des parties le rétablissement de l'intégralité du litige à lui soumis.

L'impossibilité pour le juge de juger peut provenir également du règlement de procédure que les parties lui

auraient imposé dans le compromis. Bien que cette circonstance génératrice du *non liquet* puisse n'apparaître qu'au cours des débats, et n'arrête pas nécessairement dès le début le déroulement de la procédure, nous nous permettrons d'anticiper sur l'ordre logique strict de nos développements et d'en finir ici avec la question du *non liquet*.

#### LE PROBLÈME DU « NON LIQUET »

59. Est-il possible d'exclure le *non liquet* de la procédure arbitrale ?

C'est là une question, on le sait, très discutée. Le *non liquet* consiste, de la part du juge, à se refuser à juger sur l'ensemble du litige ou sur l'un des aspects du litige, en affirmant qu'il est insuffisamment informé des faits de la cause ou que le droit positif en vigueur ou les normes reconnues comme obligatoires par les parties dans le compromis sont inapplicables.

Les internationalistes qui professent la doctrine de l'arbitrage-contrat et prennent en principale considération le dogme de la souveraineté des parties, sont naturellement en faveur du *non liquet*. L'on peut même admettre qu'il existe une pratique en ce sens. Il est aussi des auteurs du camp opposé qui aboutissent aux mêmes conclusions<sup>20</sup>.

Cette façon péremptoire de trancher la question est peu convaincante.

En sens inverse, l'Institut de droit international, dans les articles 19 et 22 de son règlement de 1875, condamnait déjà le *non liquet* et Mérignac qui écrivait à peu près à la même époque était encore plus ferme.

Le règlement de l'Institut s'exprime ainsi :

« Article 19 : Le tribunal arbitral ne peut refuser de se prononcer sous prétexte qu'il n'est pas suffisamment éclairé, soit sur les faits, soit sur les principes juridiques qu'il doit appliquer. »

« Article 22 : Si le tribunal ne trouve fondées les prétentions d'aucune des deux parties, il doit le déclarer, et, s'il n'est pas limité sous ce rapport par le compromis, établir l'état réel de droit relatif aux parties en litige. »

Et Mérignac (p. 283) :

« En refusant de juger, il [l'arbitre] deviendrait responsable de la rupture du compromis et de toutes ses conséquences. »

Se prononcent également dans le même sens deux auteurs récents et fort considérés : sir John Fisher Williams et Lauterpacht que cite Witenberg, *op. cit.*, p. 312.

Ces deux auteurs s'appuient sur la croyance qui est aussi la nôtre, qu'en droit international il n'existe pas de lacune du droit, surtout, dit Lauterpacht, depuis que l'Article 38 du Statut de la Cour de La Haye (et aussi l'Article 28 de l'Acte général d'arbitrage) a consacré l'existence des principes généraux de droit comme source de droit positif. Witenberg penche dans le même sens, mais avec quelques hésitations et réserves.

60. Cette tendance est bien évidemment la tendance progressive. Pour nous non plus il n'y a pas de *gaps* en

<sup>20</sup> Voir Recueil de Lapradelle et Politis, vol. I, p. 308 (note Asser), et vol. II, p. 913; Politis, *Justice internationale*, p. 84.

droit international, pas plus d'ailleurs que dans n'importe quel autre ordre juridique. Nous pensons que, de même qu'en droit interne, le juge international ne doit pas s'abstenir de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (article 4 du Code civil français). Nous avons même dit, ci-dessus, qu'on peut parfaitement soutenir que le juge qui statue en équité juge encore en droit, mais cela n'épuise pas le problème. Ce n'est que dans le cas où l'arbitre est habilité à trancher le litige en droit, sans plus — ce qui est de la nature de l'arbitrage, mais ne se réalise pas communément en fait — qu'il ne doit pas y avoir de *non liquet*. Si l'arbitre ne rencontre pas de norme positive expressément applicable, il lui reste toujours la possibilité de recourir à la norme technique générale et implicite que tout ce qui n'est pas réglementé fait partie de la compétence discrétionnaire de l'agent juridique et consacre l'autonomie de sa volonté. Cela peut fournir une base suffisante, notamment à un jugement qui déboute le demandeur. Au fond, c'est l'application du soi-disant principe de domaine réservé dont l'Article 2, paragraphe 7, de la Charte de San-Francisco, et l'Article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations ont été les deux expressions successives, l'une bonne et l'autre mauvaise.

Mais le problème pratique est de savoir ce que fera le tribunal arbitral au cas où les deux parties, dans le compromis qu'elles lui ont imposé, le mettent dans l'impossibilité matérielle de juger. En pareil cas, le juge de droit interne est armé pour exiger la « mise en état ». Le juge arbitral l'est beaucoup moins, car il n'est pas sûr que les gouvernements en litige obtempèrent à ses ordonnances et modifient leur compromis. Nous avons indiqué ci-dessus notre solution lorsqu'il s'agit de la délimitation de l'objet du litige. Nous avons également admis qu'en présence d'une procédure inopérante il fallait reconnaître au juge, en principe du moins, le droit de passer outre et de prendre les ordonnances nécessaires à rendre le compromis opérant. Mais encore faut-il que les parties s'y prêtent et n'exigent pas le maintien du compromis. Le tribunal pourra donc finalement être acculé au *non liquet*. Toutefois, nous adopterons la même solution que précédemment, en accordant au tribunal le droit de sommer les parties de procéder au réajustement nécessaire, ou à défaut de se désister du litige, afin de laisser les choses en l'état. Ainsi, à nouveau, le tribunal aura dégagé sa responsabilité en tant qu'organe judiciaire de la communauté internationale particulière dans laquelle il agit.

#### TEXTE PROPOSÉ

61. Nous inspirant de l'Acte général d'arbitrage, et en particulier de son article 28, nous pensons donc qu'un projet de codification pourrait contenir des dispositions qui seraient approximativement les suivantes :

« Le tribunal arbitral, maître de sa compétence, dispose des pouvoirs les plus larges pour interpréter le compromis. Dans le silence du compromis, ou à défaut de compromis, il appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il ne pourra prononcer le *non liquet* sous prétexte de silence ou d'obscurité du droit international ou du compromis. Il est toujours fondé à juger en équité.

« Au cas où il se trouverait lié par des dispositions expresses et non équivoques du compromis qui seraient de nature à l'entraver dans sa mission, soit en ce qui concerne la délimitation du litige, soit en ce qui concerne le déroulement de la procédure, il pourra cependant passer outre, au cas notamment où un engagement antérieur au compromis et plus compréhensif serait invoqué par l'une des parties et où celle-ci apporterait la preuve qu'elle a entendu s'y référer.

« Au cas où le compromis ne pourrait être interprété en ce sens ou bien si la non exécution des ordonnances de procédure empêchaient le tribunal d'accomplir ses fonctions, il devrait, avant de prononcer le *non liquet*, mettre les parties en demeure de modifier le compromis, d'obtempérer à ses ordonnances ou de se désister explicitement. »

#### IV. — LES PROCÉDURES FORMELLES

62. Il paraît inutile, dans ce rapport général — et il serait au surplus impossible, sans entrer dans de copieux détails — d'insister sur les différentes phases de la « procédure formelle » : formalités de la saisine, production écrite et débats oraux, mémoires et contre-mémoires, répliques et dupliques, communication des pièces, etc. Sur tous ces points, la pratique est loin d'être toujours uniforme, bien qu'elle suive certaines lignes générales qui souvent ne font pas difficulté. L'autorité de l'arbitre et l'initiative du tribunal sont d'ailleurs, et doivent être, selon nous, prépondérantes (voir ci-dessus, par. 35). Il arrive d'ailleurs que le compromis s'en remette au tribunal qui fixera les règles nécessaires<sup>21</sup>, parfois en forme d'arrêt ou de jugement, bien qu'il ne s'agisse évidemment à aucun titre d'un acte juridictionnel proprement dit, mais d'une activité judiciaire à caractère souvent administratif<sup>22</sup>. Toutefois, les parties restent maîtresses de réglementer cette procédure en s'inspirant de l'article 51 de la Convention de 1907 (« ... en tant que les Parties ne sont pas convenues d'autres règles »), sous bénéfice des observations ci-dessus présentées à propos du *non liquet*<sup>23</sup>.

#### SANCTION DES RÈGLES

63. La sanction des règles de procédure, quelle que soit leur origine, est très stricte en droit interne : elle entraîne l'irrecevabilité de l'acte de procédure irrégulier et même parfois la forclusion de l'action. La même rigueur ne saurait convenir à la procédure arbitrale et

<sup>21</sup> Il en est ainsi forcément quand l'arbitrage est confié à un corps judiciaire constitué, national ou international. Voir l'affaire du Phare (28 avril 1879) soumise à la Cour de cassation française, et, pour la Cour permanente d'arbitrage, la Convention de 1907.

<sup>22</sup> Il faut distinguer avec soin la fonction juridictionnelle qui consiste uniquement à dire le droit dans un cas d'espèce et les activités judiciaires, notamment les ordonnances qui sont destinées à permettre l'application du droit. Bien qu'on les qualifie parfois de jugements (jugements de fait, interlocutoires, préparatoires, etc.), ce sont en réalité des actes administratifs, même lorsqu'ils doivent tenir compte de principes juridiques. Voir notre *Manuel de droit international public*, 1944, p. 409, 523 et suiv.

<sup>23</sup> Sur tous ces points, voir Witenberg, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1933, t. III), vol. 41 et (1936, t. II), vol. 56. Également K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*.

il faut admettre la faculté pour le juge de relever le plaideur en faute de la déchéance encourue, dans l'intérêt de l'ordre public international et de l'apurement du litige. Le juge devra rester libre de se montrer libéral surtout lorsqu'il s'agit d'imperfections de pure forme (voir article 37 du règlement de la CIJ).

#### PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES PARTIES

64. Mais il est un principe général qu'il faut poser en exergue parce qu'il commande l'action de tout tribunal et spécialement d'un tribunal arbitral : c'est le *principe de l'égalité des parties devant la procédure*. Il est impossible de prévoir toutes les modalités d'application de cette norme essentielle. A titre exemplatif, citons seulement l'obligation pour l'arbitre de ne tenir compte d'aucune pièce qui n'ait été *signifiée* à l'adversaire et l'obligation de lui laisser les délais raisonnables pour y répondre.

Cette règle de l'égalité des parties est stricte et serait éventuellement sanctionnée par l'annulation de la sentence (voir ci-dessous, par. 100-104). Mais elle ne saurait empêcher le tribunal, dans la mesure où cela lui paraît nécessaire pour rendre son jugement, de modifier au besoin les délais fixés par le compromis si cela s'avérait indispensable. L'article 63 de la Convention de 1907 dit expressément :

« Les délais fixés par le compromis pourront être prolongés d'un commun accord par les parties, ou par le tribunal quand il le juge nécessaire pour arriver à une décision juste. »

Le Statut de la CIJ, dans son article 48, dit également :

« La Cour rend des ordonnances pour la direction du procès, la détermination des formes et délais dans lesquels chaque partie doit finalement conclure; elle prend toutes les mesures que comporte l'administration des preuves. »

Bien qu'il s'agisse d'une organisation judiciaire pré-constituée, ces textes et le chapitre III, dans son ensemble, du Statut de la CIJ indiquent non seulement une tendance, mais une nécessité de la procédure internationale et doivent s'appliquer à un tribunal *ad hoc* pour une affaire déterminée. Ils corroborent, pensons-nous, les solutions que nous avons ci-dessus préconisées, en étudiant le caractère obligatoire du compromis.

#### LES PREUVES

65. En raison de leur importance, et des règles de droit matériel qu'elles mettent en jeu, nous ne croyons pas possible de passer sous silence les normes générales en matière de production des preuves.

Le principe de l'égalité des parties devant la procédure est ici directement en jeu. Il exige que tout fait allégué par l'une d'elles soit prouvé. Cela constitue à la fois la *charge* de la preuve et le *droit* à la preuve.

Cependant, le droit à la preuve cesse si le fait allégué n'a aucune pertinence pour la décision à intervenir : ainsi au cas où il y aurait chose jugée, transaction, etc. Il en est de même, bien entendu, s'il y a accord entre les parties, notamment dans une clause du compromis sur la matérialité du fait.

Le droit anglo-saxon comporte dans ce domaine une institution originale, celle de l'*estoppel* qui est, en matière d'arbitrage, communément admise depuis longtemps et y a sa place bien marquée, en raison de son caractère de bonne foi et d'équité. L'*estoppel* s'oppose à ce qu'une partie qui, volontairement et à dessein, a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits, puisse administrer ensuite la preuve que ces faits ont une matérialité différente. Elle sera irrecevable à les rétablir. On a parlé sur ce point d'une sorte de convention implicite et fait des analogies avec la présomption. Mais l'institution est beaucoup plus souple et constitue une sorte de test de l'honnêteté des procédures. Elle confère au tribunal un rôle élevé en le chargeant de garantir la sécurité des rapports entre plaideurs et contraste avec le formalisme de certaines législations internes.

66. Tout fait allégué doit donc être prouvé, même s'il est notoire, sauf le cas où cette notoriété est telle que toute espèce de preuve soit évidemment superfétatoire : ainsi en serait-il, par exemple, de l'existence d'un traité dûment enregistré. Ce que la règle veut dire, c'est que la preuve de l'existence d'un fait doit être objective et ne saurait dépendre de l'opinion plus ou moins fondée des juges. L'égalité des parties prohibe toute subjectivité.

Quant à l'aveu il est lui aussi admis traditionnellement, tout au moins lorsqu'il est implicite et ressort des pièces produites; il le sera beaucoup plus rarement, sous sa forme explicite, en raison de la qualité des parties, et parce qu'il n'apparaît pas alors comme étant de nature conventionnelle.

#### PREUVES DU DROIT

67. Si les éléments de fait doivent être prouvés, il en est tout autrement des éléments de droit qui commandent la solution du procès. C'est la règle toujours admise, aussi bien en droit interne qu'en droit international, où elle est même plus vraisemblable étant donné le choix particulier des juges et le caractère fréquemment conventionnel de la règle de droit. La CPJI en a rappelé le principe dans l'affaire du *Lotus*, en 1928, et dans celle des emprunts brésiliens, en 1929.

Lorsqu'il s'agit de droit coutumier, bien que cela ait été contesté, nous pensons que le principe est le même, car il appartient au juge devant lequel on invoque une norme coutumière, de faire ou d'ordonner les recherches nécessaires pour savoir si cette norme existe et est toujours en vigueur. Il est vrai qu'il pourra se produire, en ce cas, entre les parties, des contestations sur l'existence ou la portée de la norme coutumière, et que ces contestations contribueront à éclairer le tribunal. Cependant celui-ci statuera, sans qu'il y ait lieu, de sa part, à mettre en jeu la procédure de preuve proprement dite et à en laisser la charge aux parties. Il aura en particulier à décider s'il s'agit d'une coutume générale ou d'une coutume spéciale ou simplement d'une pratique qui ne ferait pas nécessairement droit.

68. En revanche, on admet généralement que si le tribunal doit utiliser une règle de droit interne alléguée par l'une des parties, c'est à celle-ci qu'incombe la charge de la preuve. On cite communément à ce propos les termes de l'arrêt n° 7 de la CPJI (affaire de Chorzow) selon lesquels « au regard du droit international et de la

Cour qui en est l'organe, la loi interne n'est qu'un simple fait », et l'on en déduit qu'il doit être prouvé.

Il nous est impossible de nous rallier à cette façon de voir. Elle est en corrélation directe avec la doctrine du dualisme et de la séparation absolue entre le droit interne et le droit international, selon la thèse du professeur Anzilotti. Nous pensons, au contraire, que les ordres juridiques internes et internationaux sont dans un rapport de superposition et de hiérarchie; qu'une norme juridique de catégorie déterminée, la loi, reste ce qu'elle est, à quelqu'ordre juridique qu'elle appartienne et ne saurait subir une sorte de dénaturation lorsqu'on l'envisage dans la perspective d'un autre ordre juridique.

Il nous paraît également que la CPJI, loin de confirmer sa conception originaire, comme on le dit parfois, dans son arrêt n° 15 relatif aux emprunts brésiliens, s'est plutôt contredite en statuant :

« La Cour n'est pas obligée de connaître également les lois nationales des différents pays. Tout ce qu'on peut admettre à cet égard, c'est qu'elle pourrait être éventuellement obligée de se procurer la connaissance du droit interne qu'il y a lieu d'appliquer, et cela soit à l'aide des preuves que lui fournissent les parties, soit à l'aide de toutes recherches auxquelles la Cour jugerait convenable de procéder, ou de faire procéder. »

Nous ne voyons pas de différence essentielle entre l'action de la Cour ou d'un tribunal arbitral, dans cette hypothèse, et dans l'hypothèse de la coutume. Dans les pays de droit coutumier et notamment dans l'ancienne France, on a connu, par exemple, les « enquêtes par turbe » pour prouver la coutume, enquêtes dans lesquelles collaboraient le juge et les plaideurs, sans que le premier se déchargeât sur les seconds de la totalité du fardeau de la preuve.

La situation serait la même en ce qui concerne les « principes généraux du droit » qui, pour nous, équivalent à des coutumes générales.

69. La preuve, disions-nous, constitue une charge dont le non accomplissement peut se trouver automatiquement sanctionné par la perte du procès. L'adage *actori incumbit probatio* veut dire que la preuve incombe non pas au seul demandeur, mais à celui des plaideurs qui allègue un fait quelconque. La charge est répartie entre les deux plaideurs.

On a contesté ce principe de la répartition en alléguant tantôt la simultanéité des productions qui serait de règle en matière d'instance sur compromis (CPJI, affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission de l'Oder, ordonnance du 15 août 1929, série A., n° 23, p. 45), tantôt la difficulté de distinguer le défendeur et le demandeur, en raison de l'imbrication des instances et des reconventions, tantôt le silence des textes et notamment des règlements des juridictions permanentes. Aucun de ces motifs ne nous paraît péremptoire. De plus en plus, les productions écrites sont successives; la distinction entre demandeur et défendeur n'a qu'un intérêt très relatif puisque la charge de la preuve incombe à « l'alléguant » quel qu'il soit; enfin, le silence des textes ne prouve rien et les règlements des tribunaux préconstitués ne s'appliquent pas nécessairement aux instances arbitrales. Nous maintenons que celui qui allègue doit prouver.

## LES PRÉSOMPTIONS

70. Nous pensons également qu'en matière arbitrale il est difficile d'imaginer des présomptions légales aboutissant, le cas échéant au renversement de la preuve. Ces prescriptions sont à base réglementaire et législative et en fonction de l'ordre public des différents pays. On voit difficilement comment un arbitre ou un tribunal *ad hoc* utiliseraient un système de présomptions rigides incompatible avec la souplesse de l'arbitrage épisodique. Dans ce domaine, il importe de laisser aux juges une entière liberté d'appréciation, selon l'excellente formule de l'article 1353 du Code civil français<sup>24</sup>.

### COLLABORATION DES PARTIES ET DU JUGE

71. Mais il est en revanche un principe certain, c'est que les Etats en litige ont l'obligation de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve. La partie qui allègue est tenue d'apporter, tout au moins un commencement de preuve. C'est un engagement implicite que prévoyait déjà l'article 23 de la Convention de La Haye de 1907 en matière de commission d'enquête et qu'a répété l'article 75 d'une façon abstraite :

« Les parties s'engagent à fournir au tribunal, dans la plus large mesure qu'elles jugeront possible, tous les moyens nécessaires pour la décision du litige. »

Cette formule est beaucoup trop potestative. Il est vrai que le compromis se montre généralement explicite<sup>25</sup>, mais il arrive qu'il le soit trop et que les énumérations qu'il comporte prêtent à contestations. Il nous paraît beaucoup plus pratique de laisser sur ce point la décision au tribunal, en ce qui concerne les enquêtes, les expertises, les témoignages, etc. La partie qui ne se prêterait pas à cette collaboration encourrait de ce chef un préjugé défavorable et donnerait lieu à l'intervention d'une de ces présomptions extra-légales dont nous avons parlé ci-dessus.

Cette collaboration doit donc exister non seulement entre les parties, mais entre les parties et le juge qui observera, en l'espèce, la plus entière neutralité. Qu'il suffise de rappeler sur ce point l'article 74 de la Convention de La Haye de 1907 et l'article 54 du règlement de la Cour internationale de Justice. Tous les textes concordent en faveur de cette liberté du juge quelles que puissent être sur ce point les dispositions des compromis. Cette liberté permet au tribunal de retarder la clôture des débats jusqu'à ce qu'il soit pleinement informé (voir l'affaire Mavrommatis) et d'ordonner au besoin des transports sur les lieux (affaire Ben Tillet entre la Grande-Bretagne et la Belgique et sentence de l'arbitre Desiardins du 26 décembre 1898). Contre les résistances de l'Etat récalcitrant, le juge dispose de la *sanction péremptoire* qui consiste à le condamner. L'article 69 de la Convention de 1907 parlant de la production des actes et du droit du tribunal de requérir des agents des parties la production de tous actes et explications nécessaires,

<sup>24</sup> « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes... »

<sup>25</sup> Witenberg, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1936, t. II), vol. 56, p. 49.

déclare : « en cas de refus, le tribunal en prend acte. » Le Statut de la CIJ, Article 49, répète la même formule :

« La Cour peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document et de fournir toutes explications. En cas de refus, elle en prend acte. »

Ces textes nous semblent lénitifs et insuffisants. C'est pourquoi nous avons proposé, afin d'éviter le *non liquet*, de donner à l'arbitre le pouvoir de mettre les parties, en cas de collusion entre elles, en face de leurs responsabilités (voir ci-dessus, par. 59-61).

#### TEXTE PROPOSÉ

72. Tels sont les principes généraux qu'il nous paraîtrait utile de spécifier dans cette importante matière des preuves et qui pourraient revêtir approximativement la forme suivante :

« Le principe de l'égalité des parties devant les règles de procédure est à la base de toute juridiction arbitrale; son inobservation pourrait être une cause de nullité de la sentence. Le tribunal reste libre cependant d'apprécier l'importance des irrégularités purement formelles et n'est pas dans l'obligation de prononcer, dans tous les cas, la forclusion ou l'irrecevabilité des productions.

« Toute partie qui allègue un fait susceptible d'avoir une pertinence sur la solution du litige doit en apporter tout au moins un commencement de preuve. Le tribunal est maître de l'admissibilité des preuves et juge de leur valeur probative quelles que soient les dispositions du compromis, et qu'il s'agisse de pièces ou documents écrits, témoignages, affidavits, enquêtes, expertises ou transports.

« Les parties doivent collaborer entre elles et avec le tribunal à l'administration des preuves et obtempérer aux mesures ordonnées à cette fin. Le refus de collaboration constituera une présomption défavorable à l'encontre de la partie qui l'oppose. La preuve des règles de droit applicables, même lorsqu'il s'agit de règles de droit interne, n'est pas exclusivement à la charge des parties; elle peut résulter de leur collaboration avec le tribunal.

« D'une façon générale, les présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du tribunal. »

### V. — LES INCIDENTS DE PROCÉDURE

#### LA RECEVABILITÉ

73. Le tribunal une fois saisi, les parties et notamment le défendeur, peuvent soulever devant lui un certain nombre d'incidents, en particulier des exceptions. Ces dernières porteront notamment sur la recevabilité de la demande.

Tout d'abord, il est de tradition de déclarer qu'un tribunal arbitral ne peut être saisi qu'après l'échec des négociations diplomatiques. Ce serait là la première condition de recevabilité. En réalité, l'affirmation n'a guère de portée, en ce sens que la constitution du tribunal et l'élaboration du compromis, démontrent à elles seules que la phase des négociations est terminée. On sait, en outre, qu'il est de jurisprudence constante,

notamment devant la CPJI, que l'une des parties affirme l'échec des négociations, c'est-à-dire se refuse à les poursuivre pour que la question soit réglée<sup>26</sup>.

Si l'existence du compromis suffit généralement à fixer sur ce point la position des parties, il se peut aussi qu'il n'y ait pas de compromis et qu'une simple requête opère saisine du tribunal. Nous en avons un exemple récent dans le litige actuel entre la Colombie et le Pérou, dans l'affaire de l'asile interne, accordé à Lima par l'Ambassadeur colombien au sieur Haya de la Torre, poursuivi devant la justice péruvienne. Par accord du 31 août 1949, les deux gouvernements n'ayant pu s'entendre sur les termes d'un compromis, ont laissé à la partie la plus diligente, en l'espèce la Colombie, le soin de saisir la Cour par requête. Il est vrai qu'il s'agit là d'une instance devant la CIJ, mais le même procédé pourrait aussi bien jouer devant un tribunal *ad hoc* préconstitué. C'est même une des raisons pour lesquelles nous avons préconisé l'institution d'un tel tribunal avant la rédaction de tout compromis.

#### LITIGES POLITIQUES ET JURIDIQUES

74. Nous ne mentionnerons ici que pour mémoire la discussion qui, jadis, s'éleva traditionnellement à propos de la distinction entre litiges politiques et litiges juridiques, ces derniers seuls prétendant-on pouvant être soumis à des arbitres chargés de juger en droit.

Cette discussion apparaît aujourd'hui comme parfaitement oiseuse et Lauterpacht, notamment, en a fait totalement justice<sup>27</sup>.

On rappellera d'abord que l'arbitre peut être amiable compositeur. En second lieu que tout litige, aussi bien en droit interne qu'en droit international, est à la fois politique, au sens le plus large du mot, et juridique en ce sens que tout plaideur réclame ou défend un intérêt matériel. « Pas d'intérêt, pas d'action ». Seulement, un intérêt matériel ne sera socialement reconnu que s'il repose sur une base juridique et c'est l'examen de celle-ci qui dans tous les cas est confié à l'arbitre. Les gouvernements ne plaident pas, comme un représentant du ministère public dans l'intérêt de la loi. Enfin, nous rappelons que l'exception tirée de l'existence du soi-disant domaine réservé ou de la compétence nationale exclusive est elle-même une question de droit et peut être résolue par l'arbitre, en ce sens que si l'exception soulevée de ce chef par le demandeur est acceptée — c'est-à-dire si l'arbitre reconnaît sa compétence discrétionnaire — le demandeur sera débouté.

#### LA PRESCRIPTION

75. On énumère généralement comme faisant obstacle à la recevabilité de la demande : la prescription; la transaction; les exceptions de chose jugée, de litispendance et de connexité.

En ce qui concerne la *prescription* (extinctive) de l'action, il semble qu'il n'y ait d'accord ni en doctrine, ni en pratique.

<sup>26</sup> Voir arrêt n° 2. affaire Mavrommatis.

<sup>27</sup> Voir Lauterpacht, « La théorie des différends non justiciables en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1930.

Théoriquement, il n'y a aucune raison de n'en pas admettre le principe, en droit international aussi bien qu'en droit interne, car il est des situations originairement litigieuses qu'un souci bien compris de l'ordre public conseille de ne point réveiller de leur assoupissement : *Quieta non movere*. N'oublions pas que Cicéron faisait de la prescription l'une des déesses du genre humain. Mais en fait, il est assez difficile d'imaginer, tout au moins en ce qui concerne l'objet principal du litige, que l'on puisse faire jouer la prescription extinctive devant un tribunal arbitral que les parties viennent de constituer, précisément à l'effet d'apurer la situation juridique. La question ne peut guère se poser qu'à l'égard de prétentions incidentes et il faut laisser au juge la plus grande latitude pour en disposer en équité. En fait, le problème n'apparaît guère que lorsqu'il s'agit de litiges intéressant des particuliers et mettant en jeu des dispositions de droit interne.

Dans un litige intergouvernemental, on pourra au contraire plus vraisemblablement invoquer une transaction contenue dans un traité ou acte conventionnel antérieur que l'on demandera à l'arbitre d'interpréter. Certains traités, par exemple, liquident des catégories d'affaires, mais là encore l'exception pourra le plus souvent se présenter en matière d'intérêts particuliers. Rappelons toutefois que le cas est très voisin de celui du jugement d'expédient dont nous avons parlé ci-dessus (par. 54).

#### L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE

76. Quant à l'exception de chose jugée, la question est plus délicate. Il est difficile d'imaginer un arbitrage remettant en question, à titre principal, un litige déjà jugé en droit et, en principe, définitivement apuré. Mais on peut supposer un arbitrage d'interprétation d'une sentence antérieure (affaire Cerruti; Fauchille, R.G.D.I.P. 1920, Lapradelle et Politis, *Cod. Loc.* 1921), ou une instance en nullité et dans ce cas, bien entendu, l'exception ne joue pas.

On est généralement d'accord pour admettre que l'exception de chose jugée ne saurait être invoquée lorsqu'il s'agit d'arrêts ou de jugements rendus par les juridictions internes<sup>28</sup>. Ces décisions n'ont jamais autorité de chose jugée internationalement. Ce n'est pas, comme on dit parfois, parce que les deux ordres juridiques sont étrangers l'un à l'autre, mais parce que toutes les fois qu'un gouvernement étatique consent à soumettre à un tribunal arbitral une affaire déjà jugée en dernier ressort par ses tribunaux, c'est qu'il institue implicitement au-dessus d'eux, d'accord avec son adversaire, un *nouveau degré de juridiction* dans la société internationale particulière dont ils font partie.

On peut également songer au cas possible, mais peu vraisemblable, qui pourrait se présenter si un Etat ou un chef d'Etat avait consenti à accepter la juridiction de leur adversaire et où les tribunaux de celui-ci auraient rendu un jugement en dernier ressort. En pareil cas, il y aurait application de la loi du dédoublement fonctionnel en ce sens que le tribunal interne aurait fonctionné comme tribunal international et l'exception

de chose jugée pourrait être envisagée. Cette fois encore le problème ne se poserait vraisemblablement qu'à propos d'une demande incidente ou reconventionnelle.

#### LA LITISPENDANCE

77. La *litispendance* et la *connexité* sont également peu vraisemblables dans un litige arbitral purement intergouvernemental.

En ce qui concerne la litispendance, deux juridictions internationales ne peuvent évidemment être saisies d'un même litige entre mêmes parties, ce qui risquerait d'amener une contradiction des choses jugées. Mais ici encore, la difficulté devient théorique lorsqu'il s'agit d'arbitrage sur compromis devant un tribunal *ad hoc*. Cependant, elle peut se présenter lorsque des intérêts particuliers déjà débattus devant d'autres tribunaux se trouvent en jeu. (Voir arrêt n° 7 de la CPJI sur les intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise et le conflit de juridiction avec les tribunaux arbitraux mixtes.)

Quant à la connexité, c'est-à-dire la possibilité, au cours d'une action arbitrale, de voir soulever des questions de fait ou de droit, pendantes devant un autre juge, le problème se présente de façon analogue et motive les mêmes réserves.

#### LE TRIBUNAL PRONONCE SUR SA COMPÉTENCE

77 a. De toute façon, *il appartient au tribunal de prononcer sur sa propre compétence*. Les exceptions préjudicielles sur la recevabilité doivent être présentées *in limine litis* et n'ont pas d'incidence sur le fond. Le respect de la souveraineté des Etats n'en est pas affecté, car on ne saurait jamais oublier que le juge arbitral n'est pas un mandataire des parties et doit pouvoir liquider le litige. Il peut en résulter un certain danger d'excès de pouvoir, mais ce risque est moindre que celui de voir avorter la juridiction. Le paragraphe 6 de l'Article 36 du Statut de la CIJ : « En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide » est un principe général qu'on ne saurait plus remettre en discussion.

C'est pourquoi nous trancherons par l'affirmative la question de savoir si le juge peut lui-même soulever les questions de recevabilité et les trancher au cas où la partie intéressée s'abstiendrait de les soulever. Nous pensons même que cette opinion inspirée par la nature du rôle du juge implique que le compromis ne pourrait pas le lier sur ce point.

#### DEMANDES ADDITIONNELLES ET RECONVENTIONNELLES

78. Les demandes additionnelles, non prévues par le compromis, peuvent-elles être acceptées par le juge? Nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative, sous bénéfice de certaines réserves. Il n'y a pas contradiction entre la recevabilité de la demande additionnelle et le principe de la détermination de la matérialité du litige par le compromis, à la condition qu'il existe une connexité absolue d'origine entre la demande principale et la demande additionnelle : cette dernière ne constitue en réalité que le développement de la demande principale. Il en est de même de ce que l'on qualifie parfois de demandes subsidiaires, parce qu'elles sont implicitement comprises dans la demande principale. Si le tribunal ne

<sup>28</sup> A l'exception des tribunaux de prises, considérés comme juridictions internationales.

pouvait en disposer, il lui deviendrait impossible de juger le litige *intégralement*. Sa décision, au surplus, sera surtout une question de bonne foi et d'équité, en même temps que d'interprétation large du compromis.

Il en serait de même d'une demande additionnelle à une demande reconventionnelle.

Quant à la demande *reconventionnelle* (*counter-claim*), elle émane de la partie contre laquelle est dirigée la demande principale et tend à obtenir quelque chose de plus que le simple rejet des conclusions du demandeur. Là aussi, le principe de la recevabilité ne fait pas doute, mais, il convient encore d'exiger un lien de connexité entre la demande reconventionnelle et le fond du litige.

L'Institut de droit international, dans son règlement du 28 août 1875, (art. 17) repoussait le principe de l'admission toutes les fois que la reconvention n'avait pas été prévue par le compromis ou acceptée par les parties. Mérignhac l'admet au contraire et il a raison (p. 265 et suiv.). L'application du principe a été faite dans l'affaire des pêcheries de Béring, en 1892, entre les États-Unis et l'Angleterre. L'article 40 de l'ancien règlement de la CPJI paraît avoir été le seul texte qui en prévît à l'époque la recevabilité dans les instances sur compromis et les conclusions des contre-mémoires. Cependant, l'article 63 du nouveau règlement semble ne les prévoir que dans les seules instances introduites par requête. Pourtant si la demande reconventionnelle présente évidemment le caractère de connexité, ce dont le juge décidera, il ne paraît ni opportun ni conforme à l'égalité des parties, de statuer sur la demande principale et non sur la demande reconventionnelle et le devoir du tribunal est de liquider le litige.

La demande reconventionnelle ne constitue en rien un nouveau procès et ne nécessite par conséquent aucune démarche diplomatique antérieure, ni bien entendu aucune modification dans la composition du tribunal. (Cette dernière question ne pourrait être soulevée, d'ailleurs, qu'à propos de la présence d'un juge *ad hoc* dans la CIJ<sup>29</sup>.)

#### LES MESURES CONSERVATOIRES

79. On peut être légitimement tenté de rapprocher des demandes reconventionnelles celles qui visent les mesures provisoires ou conservatoires : elles sont en effet, le plus souvent, réclamées par l'une des parties.

Cet incident de procédure est prévu à l'Article 41 du Statut de la CIJ, à l'article 61 de son règlement, à l'article 19 des accords de Locarno, à l'article 33 de l'Acte général d'arbitrage.

L'Article 41 du Statut est ainsi conçu :

« La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.

« En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité. »

Il résulte de l'article 61 du règlement que les mesures conservatoires peuvent être ordonnées par la Cour *proprio*

*motu*, aussi bien que sur requête des parties et éventuellement par le Président; que les décisions ainsi prises étant de nature contentieuse doivent, en principe être tranchées, comme les autres demandes incidentes, les parties entendues; qu'elles n'ont pas plus que les autres décisions d'avant dire, droit — dont elles constituent un type caractérisé — autorité de chose jugée<sup>30</sup>.

On a pu se demander si des dispositions de ce genre pouvaient être transportées de la procédure des juridictions permanentes à la procédure d'un tribunal arbitral épisodique. Nous n'avons sur ce point aucun doute. L'article 33 de l'Acte général tranche la question :

« Dans tous les cas où le différend fait l'objet d'une *procédure arbitrale* ou judiciaire, notamment si la question au sujet de laquelle les parties sont divisées résulte d'actes déjà effectués, ou sur le point de l'être, la CIJ statuant conformément à l'Article 41 de son Statut, ou le *tribunal arbitral*, indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires doivent être prises. *Les parties en litige seront tenues de s'y conformer... »*

Cette solution est commandée par le rôle social du tribunal arbitral dans la sphère particulière de son activité.

Le professeur P. Guggenheim a fort bien mis en relief sur ce point, l'analogie avec le droit interne<sup>31</sup>; la filiation entre les mesures conservatoires et les traités Bryan de 1913 inspirés des débats de la Conférence de l'Union interparlementaire et de la pratique des commissions d'enquête<sup>32</sup>; leur applicabilité à l'arbitrage; enfin, et surtout, leur influence possible sur le maintien de la paix publique internationale. Sous le régime de la SDN, la liaison avec l'activité du Conseil était déjà intéressante : elle l'est devenue beaucoup plus avec les dispositions de la Charte de San-Francisco, notamment les Articles 36, paragraphes 1 et 2, 37, 38, et particulièrement l'Article 40<sup>33</sup>. L'action d'arbitres choisis par les parties pour

<sup>29</sup> Une demande en indication de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment de la procédure. Elle doit spécifier les droits et situations de fait à préserver. La demande a priorité sur toutes autres et il est statué d'urgence à son sujet. Si la Cour ne siège pas, le Président la convoque et prend les mesures provisoires qui lui semblent urgentes. La Cour peut indiquer d'autres mesures que celles qui sont proposées. Le rejet d'une demande de ce genre n'empêche pas qu'il en soit présenté une nouvelle fondée sur des faits nouveaux. La Cour peut décider d'office les mesures conservatoires à prendre et être convoquée spécialement à ce sujet. La Cour peut, en tout temps, si les circonstances se modifient, rapporter ou reviser la décision intervenue. La Cour n'indique que les mesures conservatoires ou leurs modifications qu'après avoir entendu les parties.

<sup>31</sup> Voir P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationales et leur influence sur le développement du droit des gens* (Sirey, 1931) et, en outre, le *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1932, II), vol. 40, p. 649.

<sup>32</sup> Voir Fauchille, *Manuel*, t. I, n° 970.15. Myers, *The Wilson-Bryan Peace Plan*, 1913.

<sup>33</sup> « Afin d'empêcher la situation de s'aggraver, le Conseil de sécurité, avant de faire les recommandations ou de décider des mesures à prendre, conformément à l'article 39, peut inviter les parties intéressées à se conformer aux mesures provisoires qu'il juge nécessaires ou souhaitables. Ces mesures provisoires ne préjugent en rien les droits, les prétentions ou la position des parties intéressées. En cas de non exécution de ces mesures provisoires, le Conseil de sécurité tient dûment compte de cette défaillance. »

<sup>29</sup> Voir Anzilotti, *La demande reconventionnelle en procédure internationale*, Clunet, 1930, p. 857.

rait ici servir de succédané à l'intervention du Conseil, en évitant de faire appel à un appareil trop lourd. Les prévisions du professeur Guggenheim se trouvent aujourd'hui encore pleines d'actualité.

#### TEXTE PROPOSÉ

On concevrait donc un texte ainsi conçu :

« L'arbitre ou le tribunal arbitral, et en cas d'urgence, son président, peuvent indiquer, lorsque les circonstances l'exigent, et au besoin *ex officio*, quelles mesures conservatoires des droits de chacun doivent être prises à titre provisoire. L'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties qui sont dans l'obligation de s'y conformer. »

#### DE L'INTERVENTION <sup>34</sup>

80. En ce qui concerne l'intervention et la mise en cause, que l'on appelle quelquefois dans la procédure interne intervention forcée — ce qui ne peut avoir en droit international aucune signification — il convient de faire une distinction capitale entre la procédure devant les juridictions institutionnelles préconstituées d'une part, et les tribunaux d'arbitrage, d'autre part.

On est généralement d'accord pour admettre l'intervention devant les juridictions proprement dites, Cour permanente d'arbitrage ou CIJ, mais non la mise en cause qui soulève l'objection dirimante de souveraineté en matière de juridiction (réserve faite, bien entendu de la clause d'option de l'Article 36, paragraphe 2, du Statut de la CIJ). Encore n'admet-on l'intervention comme étant de droit que pour les signataires d'un même traité <sup>35</sup>.

En revanche, la doctrine est d'accord pour n'admettre devant les tribunaux arbitraux ni la mise en cause, ni l'intervention. La raison généralement alléguée est toujours tirée de l'absence d'obligation des Etats en matière juridictionnelle et du droit de quasi propriété qu'auraient sur le litige les gouvernements plaideurs. Cette conception individualiste et même patrimoniale du recours juridictionnel, doit une fois de plus être rejetée. La véritable raison organique qui, en matière d'arbitrage, s'oppose à la mise en cause et à l'intervention (sauf accord bien entendu entre les parties et les gouvernements tiers) est d'une nature différente. Elle tient à l'étendue et au particularisme de la Société internationale dans laquelle le tribunal est institué. Ce tribunal, en effet, n'a de juridiction que dans les limites de la société internationale particulière formée par les deux Etats (ou les deux groupes d'Etats) en litige. Au-delà de ces limites, il n'existe plus d'autorité judiciaire compétente. Si un accord survenait entre les parties et des Etats tiers permettant à ces derniers de se porter parties jointes et de requérir une décision commune, il faudrait simplement en conclure que les pouvoirs du tribunal arbitral institué se sont élargis dans la mesure où la société internationale particulière constituée à cet effet s'est elle-même élargie.

Nous touchons ici une des lacunes irrémédiables de l'inorganicisme de la société internationale. Cette lacune ne peut être comblée que par l'institution de juridictions

proprement dites, c'est-à-dire institutionnelles et à tendances obligatoires, qui, elles, sont conçues implicitement comme des organes de la société internationale globale. C'est pourquoi l'intervention tend à s'affirmer devant elles et même, si les gouvernements montraient un peu plus de hardiesse, la mise en cause. Depuis son intégration dans la Charte de San-Francisco, la CIJ fournit le type de ces juridictions à vocation œcuménique. L'arbitrage, au contraire, demeure encore ce qu'il était dans la procédure romaine primitive : un succédané de la lutte de forces entre les plaideurs.

#### REMARQUES

81. A la différence des exceptions relatives à la recevabilité de l'instance qui doivent être présentées *in limine litis*, les demandes reconventionnelles ou additionnelles peuvent, semble-t-il, être admises à n'importe quel moment de la procédure écrite, y compris la duplique du défendeur. On peut même se demander si des conclusions ne peuvent pas être présentées au cours de la procédure orale et jusqu'à la fin des débats. L'affaire de Chorzow (arrêt n° 13 de la CPJI, série A, n° 17, p. 7) fournit un précédent en ce sens. Pareille latitude n'est cependant pas généralement acceptée par tous les auteurs et l'on admet en particulier que le tribunal puisse en cette matière prescrire des délais ultimes. Nous pensons, personnellement, que toute liberté doit lui être laissée de ce chef, même en présence de stipulations du compromis qui peuvent être suspectes d'avoir été introduites à dessein. Il importe à la liquidation du litige *dans son intégralité* que le tribunal reste entièrement maître sur ce point et qu'il accueille libéralement les demandes des parties.

#### TEXTE PROPOSÉ

82. Dans la plupart des contingences ci-dessus examinées, ce seront les circonstances de l'affaire qui commanderont l'attitude du tribunal. Il paraîtrait donc difficile de formuler à son égard des prescriptions obligatoires et inutile d'entreprendre une énumération forcément incomplète. On se contentera d'affirmer son indépendance nécessaire dans la direction des débats :

« Le tribunal arbitral, dans l'exercice de sa compétence et en vue de procurer la solution intégrale du litige, se prononce sur les exceptions relatives à la recevabilité des demandes principales ou incidentes et, notamment, des demandes additionnelles et reconventionnelles. Il peut, s'il l'estime nécessaire, prescrire des délais de présentation. »

#### PROCÉDURE PAR DÉFAUT

83. Bien que l'on considère souvent comme paradoxal qu'un gouvernement qui a consenti à recourir à l'arbitrage, constitué arbitre, collaboré à la constitution d'un tribunal, élaboré un compromis, puisse se soustraire aux débats ou faire défaut; le fait peut se présenter sous une forme plus ou moins directe puisque l'on a été obligé de songer à l'élaboration obligatoire du compromis, à la constitution automatique du tribunal et d'obvier au départ ou au retrait des arbitres. Il faut donc prendre parti sur la procédure par défaut lorsque l'abstention du gouvernement plaideur se produit après la constitution du tribunal.

\* Voir P. Bastid, *Revue politique et parlementaire*, 1929, p. 100.

<sup>35</sup> Voir Convention de 1907, art. 84; Statut de la CIJ, Art. 62 à 63, et Règlement, art. 64 à 66.

Si on laisse de côté un certain nombre de textes anciens, prévoyant ces éventualités (Witenberg, *op. cit.*, p. 382 et suiv.) ainsi que les dispositions des traités de paix qui les mentionnent expressément pour la procédure des tribunaux arbitraux mixtes, le jugement par défaut est envisagé par l'article 40 du projet de Cour internationale des prises de 1907 et par l'Article 53 du Statut de la CIJ. Certaines affaires retentissantes, tel le litige entre le Costa-Rica et le Nicaragua relatif au Traité Bryan-Chamorro dans lequel la Cour après s'être déclarée compétente statua, par défaut, le 30 septembre 1913, montrent qu'il ne s'agit point ici d'une hypothèse. Nous avons fait allusion à d'autres défaillances voisines : l'affaire des optants hongrois, celle des Traités de Paris de 1947.

La seule question qui se pose est de savoir si la compétence ainsi reconnue à des juridictions permanentes doit être étendue à des tribunaux d'arbitrage épisodiques. Nous pensons que cela ne saurait faire doute.

On objectera peut-être que la persistance du gouvernement défaillant à s'abstenir de comparaître peut rendre, en fait, impossible le déroulement de la procédure. C'est l'éternelle objection que nous avons déjà rencontrée; mais la violation du droit ne saurait empêcher la proclamation du droit, toutes les fois qu'elle est possible et, dans le cas qui nous occupe, le tribunal dispose d'une sanction efficace lorsqu'elle peut être employée : permettre à l'adversaire de demander l'adjudication de ses conclusions, les lui adjuger, et même, en l'absence de conclusions en ce sens de l'intéressé, condamner par défaut le plaideur obstiné, toutes les fois que la religion du juge sera suffisamment éclairée.

#### TEXTE PROPOSÉ

Nous proposons donc, sans plus, de nous en tenir à une formule inspirée de l'Article 53 du Statut de la CIJ, en négligeant le paragraphe 2 qui peut être considéré comme superfétatoire :

« Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à l'arbitre ou au tribunal de lui adjuger ses conclusions. L'arbitre ou le tribunal peuvent statuer eux-mêmes par défaut, *ex officio*. »

#### CLÔTURE DES DÉBATS

84. Aux termes de l'article 77 de la Convention de 1907 : « Les agents et conseils des parties ayant présenté tous éclaircissements et preuves à l'appui de leur cause, le Président ordonne la clôture des débats. »

Le délibéré vient ensuite (article 78 de la même convention).

La pratique de la CPJI, depuis l'affaire Mavrommatis, est de se réserver la possibilité de demander de nouvelles explications jusqu'à la fin du délibéré et de ne procéder qu'ensuite à la clôture des débats. C'est aussi la tendance de beaucoup de compromis et de règlements de commissions arbitrales, certains de ces textes prolongeant la faculté de demander des explications, même après la clôture des débats. Cette pratique nous paraît irrégulière. Celle de la Cour de La Haye, bien que débordant peut-

être l'Article 54 de son Statut, nous semble meilleure<sup>36</sup>. L'arbitre ou le tribunal arbitral ne sont pas obligés de prononcer la clôture aussitôt après les plaidoiries. Ils s'assureront en délibéré qu'ils sont totalement éclairés, mais aussitôt cette certitude acquise, il sera plus régulier de prononcer officiellement la clôture et de mettre fin aux procédures qui exigent la collaboration des plaideurs.

Tous les juges ont le droit et le devoir de participer au délibéré. C'est une des phases du procès dans laquelle le départ ou le retrait d'un juge ne sauraient être tolérés. Le remplacement d'un juge à ce moment, même en cas de force majeure, paraît assez difficile. On voit mal comment un nouveau membre du tribunal pourrait être mis rapidement au courant des débats et des preuves, sans avoir collaboré au déroulement de la procédure. Nous préconisons donc qu'après la clôture des débats, aucun arbitre ne soit remplacé, en aucun cas. La voix prépondérante du surarbitre assurera, le cas échéant, la possibilité de rendre le jugement. En cas d'arbitre unique, la procédure est à reprendre.

Le délibéré doit avoir lieu à huis clos et être secret (art. 78 de la Convention de 1907; Article 54, par. 3, du Statut de la CPJI).

#### TEXTE PROPOSÉ

« Lorsque l'arbitre ou le tribunal se considèrent comme totalement éclairés, les agents, conseils et avocats ayant fait valoir tous les moyens qu'ils jugent utiles, la clôture des débats est officiellement prononcée. L'arbitre, ni aucun des membres du tribunal, ne peuvent être remplacés après la clôture des débats.

« Le délibéré auquel tous les membres du tribunal sont tenus d'assister reste secret. Il peut intervenir, en tout ou partie, avant la clôture des débats. »

Vient ensuite le prononcé de la sentence.

## VI. — LA SENTENCE

85. Que la sentence juridictionnelle, disposant du fond du litige (*on its merits*), doive être écrite, soigneusement rédigée, lue en séance publique, et motivée, ce sont là choses acquises et passées en « force de droit », depuis un temps indéfini. Il paraît sans intérêt d'insister sur des points hors de contestation et suffisant de souligner la clause de la motivation. Une sentence non motivée n'est pas une sentence, mais une simple opinion.

Que des chefs d'Etat (le Roi de Prusse dans l'affaire de Portendick, ou le président Cleveland dans l'affaire Cerruti, en 1842 et 1897) aient rompu avec cette tradition, c'est une raison de plus pour déconseiller de les choisir comme arbitres. La sentence doit dire le droit, soit en se rapportant à la règle de droit international, telle qu'elle existe, soit dans les limites spécifiées par le compromis. Nous ne rechercherons pas ici quelles sources de droit l'arbitre doit appliquer, puisqu'il ne s'agit que

<sup>36</sup> « Article 54 : 1) Quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir sous le contrôle de la Cour, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président prononce la clôture des débats.

« 2) La Cour se retire en Chambre du conseil pour délibérer.

« 3) Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes. »

de procédure, mais nous maintiendrons, avec force, que la sentence doit mentionner les règles auxquelles elle se réfère, sous peine de perdre toute autorité et de rendre difficile l'utilisation des voies de recours éventuelles<sup>37</sup>.

Nous rappellerons que le juge international doit toujours pouvoir motiver sa sentence en équité, au sens étroit que nous avons ci-dessus donné à ce terme, car juger en équité, c'est encore juger en droit, surtout si l'on fait rentrer sous ce vocable l'application des principes généraux du droit, et « du droit commun international ». Mais ce sont là des considérations qui débordent la matière de ce rapport<sup>38</sup>.

Le dispositif de la sentence doit retracer, au moins implicitement, la marche des débats et mentionner toutes les décisions prises par l'arbitre sur les points de fait ou de droit soulevés par les incidents, afin de fournir la justification des décisions juridictionnelles proprement dites.

#### LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

86. On rangera parmi les dispositifs de droit, l'allocation éventuelle des dommages et intérêts. La règle de droit ne saurait, bien entendu établir de barèmes; c'est le juge qui, dans chaque cas particulier, appréciera la nature et l'importance des réparations. En cela, il applique les principes généraux de droit (énumérés par exemple aux articles 1382 et suivants du Code civil français) qui, dans l'ordre juridique international, couvrent aussi bien la faute des agents ou organes de l'Etat que la responsabilité de ces derniers. Ces principes généraux exigent la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'elle est possible et à défaut la réparation par équivalence. Mais c'est un des points sur lesquels le compromis d'arbitrage ou les conclusions des parties peuvent avoir restreint la compétence normale du juge pour des motifs d'ordre politique, dans des limites que l'arbitre ou le tribunal seraient tenus de respecter.

Il en est de même en matière de répartition des frais et dépenses.

Il est toujours malsain, dans ce domaine, de froisser la susceptibilité des gouvernements en litige. Cependant, nous ne sommes pas partisan de la théorie qui distingue, en droit international, l'acte illicite et la faute. L'acte illicite est un agissement contraire au droit. Mais tout acte contraire au droit est une faute. Il nous paraît que sur ce point il y a lieu de laisser le droit jurisprudentiel arbitral évoluer d'une façon autonome, comme l'ont fait les différents systèmes de responsabilité en droit interne. Le droit international suit, croyons-nous, une évolution

<sup>37</sup> Nous dirons simplement que, selon nous, l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice considère, à tort, la jurisprudence internationale comme une source de droit simplement auxiliaire. La jurisprudence est créatrice de droit et l'Article 38 ne s'impose nullement à des arbitres. En revanche, les écrits de juristes ne constituent pas une source formelle de droit; pas plus que les consultations qui peuvent être produites devant le juge. Elles ont le poids des plaidoiries ou des mémoires, mais pas plus.

<sup>38</sup> Voir Habicht, « Le pouvoir du juge international de statuer en équité », Institut de droit international, session de Paris, 1934; Castberg, « La méthodologie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 43, (1933), t. I, p. 313. Voir aussi Eagleton, *The responsibility of States in International Law*.

parallèle à celle du droit interne qui comporte une distinction entre la responsabilité subjective pour faute et la responsabilité objective pour risque, en raison de la pratique du dédoublement fonctionnel qui fait de l'Etat et de ses organes les agents constants de la réalisation de l'ordre juridique international<sup>39</sup>. Aujourd'hui, on ne peut plus soutenir, surtout depuis Nuremberg, que l'acte étatique couvre les responsabilités individuelles, mais seulement que la responsabilité de l'Etat double, à titre subsidiaire, celle de ses agents<sup>40</sup>. Toutefois, dans ce domaine, les tentatives de codification peuvent être dangereuses et risquer d'arrêter l'évolution de la responsabilité internationale, comme on s'en est aperçu en 1930, lors de la tentative de codification de La Haye où ce problème a dû être abandonné. Nous pensons donc que c'est un des points sur lesquels l'avant-projet de la Commission doit rester muet d'autant qu'il ne s'agit pas d'une question de procédure.

#### LES OPINIONS DISSIDENTES OU INDIVIDUELLES

87. En revanche, il faut prendre position sur le problème de doctrine classique des *opinions dissidentes ou individuelles*. Ici, une fois de plus, s'accuse l'opposition des deux doctrines : celle de Lammasch qui tenait pour la liquidation définitive du litige et la nécessité d'éviter le doute sur la valeur de la sentence; celle de l'école des juristes apolitiques reprise par Blühdorn, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye<sup>41</sup> et qui, selon la pratique anglo-saxonne, veut qu'une sentence arbitrale soit éclairée de façon à ne rien laisser dans l'ombre des « mérites » de la cause. Le problème se pose de la même façon devant un tribunal arbitral *ad hoc* et devant une juridiction préconstituée. Il ne paraît pas que la pratique soit douteuse, car elle date de l'arbitrage de l'Alabama et malgré la réaction tentée en 1907 par les partisans de l'arbitrage diplomatique (art. 79 de la Convention de La Haye) en faveur de « l'impersonnalité de la sentence », elle s'est perpétuée. Nous pensons qu'il y a là une coutume que l'on peut considérer comme acquise et qu'il faut définitivement consacrer le principe entériné dans l'Article 57 du Statut de la Cour internationale de Justice et l'article 74 de son règlement de procédure. Dans beaucoup de cas, les gouvernements verront même là une garantie susceptible de les engager à recourir à l'arbitrage puisqu'ils pourront prendre à témoin l'opinion, au moins celle des juristes, de la valeur de la sentence. Néanmoins, l'opinion est discutée, et c'est encore un des points sur lesquels le tribunal devrait s'incliner devant une disposition expresse du compromis. Mais nous pensons qu'un avant-projet de codification, sous bénéfice de cette dernière réserve, doit enregistrer le principe du droit pour les arbitres nationaux de motiver leur dissentiment et pour tous les juges d'exprimer leur opinion individuelle.

Il est également de règle que la sentence soit prise à la majorité des voix et que celle du Président ou du

<sup>39</sup> Voir Basdevant, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1936, t. IV), p. 656 et suiv.

<sup>40</sup> Voir déjà le dégagement des responsabilités individuelles dans l'arbitrage de Casablanca : G. Gidel, R.G.D.I.P., 1910, p. 326, ainsi que le rapport de la Commission d'enquête, dans l'affaire du Dogger Bank, R.G.D.I.P., 1905, document, p. 4.

<sup>41</sup> 1932, t. III, p. 141 et suiv.

surarbitre soit prépondérante (principe du *casting vote*<sup>42</sup>). Il faut repousser formellement l'idée accueillie en 1899 par la première Convention de La Haye (art. 51) qui tenait compte pour le partage des voix des juges qui refusaient de voter. C'était leur restituer le droit de déport au moment le plus critique et la Convention de 1907 est revenue sur cette erreur.

#### LE DÉLAI

88. Bien que ce ne soit pas l'opinion commune (voir Witenberg, *op. cit.*, p. 287), nous avons dit déjà qu'il nous paraissait impossible d'admettre que le compromis impose au tribunal un délai de rigueur pour rendre sa sentence, car on ne peut abandonner la solution du litige à un accord des parties sur la prorogation des délais, ce qui aboutirait à laisser l'issue du procès au gré de la bonne volonté de celui des plaideurs qui, *in extremis*, jugerait sa cause compromise. La plupart des auteurs sont en sens inverse, même Mérignhac, que beaucoup persistent à considérer l'arbitrage comme un « contrat judiciaire » à la mode romaine entre parties souveraines. Selon nous, tout est commandé ici encore par l'obligation arbitrale et le tribunal n'est lié par des dispositions éventuelles du compromis que dans la mesure où il ne les juge pas inapplicables. C'est à lui seul qu'il appartient de savoir à quel moment il est définitivement en état de prononcer la sentence.

#### LES MESURES D'EXÉCUTION (CARACTÈRE OBLIGATOIRE ET CARACTÈRE EXÉCUTOIRE DE LA SENTENCE)

89. Le tribunal arbitral ou l'arbitre peuvent-ils indiquer dans la sentence les mesures d'exécution, de même qu'ils peuvent au cours de l'instance ordonner des mesures conservatoires? On est tenté sur ce point de raisonner par une sorte d'à-fortiori. Ce serait cependant dangereux.

Le rôle du juge est, en bonne technique juridique, distinct du rôle de l'agent exécutif et doit le demeurer. Les Etats qui ont souscrit une clause compromissoire ont renoncé à l'usage de leur compétence exclusive en matière juridictionnelle, pour tout ce qui concerne l'apurement du litige et c'est pourquoi nous avons pensé qu'ils devaient être considérés comme ayant conféré implicitement à l'arbitre une compétence administrative ou une « magistrature », pour prendre toutes les décisions indispensables à la découverte et à l'application du droit. Mais les limites de cette « abdication de souveraineté » est atteinte lorsque la sentence est rendue et ne saurait être franchie, sauf bien entendu en cas de stipulations conventionnelles plus larges dans le compromis ou dans des accords spéciaux qui, cette fois, devraient être explicites.

En technique juridique, l'acte juridictionnel est parfait, achevé, lorsque la conformité ou la non-conformité des prétentions des plaideurs avec la règle de droit a été vérifiée par le juge et proclamée avec autorité de chose

jugée<sup>43</sup>. La « formule exécutoire » que l'on rencontre souvent dans le dispositif des jugements en droit interne, et qui *ordonne* aux agents de la force publique de mettre le pouvoir dont ils disposent au service du plaideur bénéficiaire de la sentence, a pu être considérée comme étant sans application, et même sans signification, dans l'ordre juridique international par suite de l'absence dans ce domaine d'un pouvoir exécutif institué. La doctrine quasi unanime pouvait se concrétiser dans cette formule classique : « la sentence internationale est juridiquement *obligatoire*; elle n'est jamais *exécutoire* ».

On ne saurait dire que ce soit encore aujourd'hui l'expression du droit positif. Déjà l'Article 13 du Pacte de la Société des Nations déclarait :

« ... 4) Les Membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout Membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet. »

L'Article 94 de la Charte de San-Francisco, beaucoup plus catégorique porte :

« 1) Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice, dans tout litige auquel il est partie.

« 2) Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent, en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. »

Le Pacte de la Société des Nations ne faisait guère que confirmer le droit de la partie gagnante d'exécuter elle-même la sentence (ce qui constitue une application du dédoublement fonctionnel), et de conférer au Conseil un embryon de pouvoir exécutif subordonné d'ailleurs à toutes les considérations politiques susceptibles de lui inspirer prudence. L'Article 94 de la Charte n'enlève pas au Conseil de sécurité cette compétence discrétionnaire en matière d'opportunité, mais les termes du texte sont autrement fermes et les possibilités d'action autrement larges, si l'on fait abstraction, bien entendu, des aléas du veto. Toutefois, on remarquera, d'une part, que ce texte ne vise que les arrêts de la Cour de La Haye, organe de l'Organisation des Nations Unies, et que contrairement à l'expression compréhensive de l'Article 13 du Pacte de la Société des Nations (« solution arbitrale ou judiciaire ») il ne vise pas l'arbitrage; que, d'autre part, son interprétation est très discutée, beaucoup d'auteurs soutenant qu'il ne s'applique que dans le cadre des dispositions du Chapitre VII, c'est-à-dire dans l'occurrence où la paix pourrait être menacée<sup>44</sup>. Nous pensons qu'en pareil cas l'intervention du Conseil de

<sup>43</sup> Georges Scelle, *Droit international public*, éd. 1944, 2<sup>e</sup> partie, chap. IV, p. 524 et suiv. La nature de l'acte juridictionnel pur apparaît nettement en matière d'arbitrage interne qui ne comporte pas par lui-même de formule exécutoire, non plus, d'ailleurs, que les jugements étrangers.

<sup>44</sup> Goodrich et Hambro, *Charter of the United Nations*, 1946, p. 263; éd. Hambro, *L'exécution des sentences internationales*, Liège, 1936; UNCIO, Comité IV/1, 20<sup>e</sup> séance, Doc. 864, IV/1/71, UNCIO, vol. 13, p. 302.

<sup>42</sup> « Article 55 : 1) Les décisions de la Cour sont prises à la majorité des juges présents.

« 2) En cas de partage des voix, la voix du Président ou de celui qui le remplace est prépondérante. »

sécurité en vue de la mise en force d'une sentence arbitrale correspond à l'esprit de la Charte, malgré le silence du texte, mais qu'on n'en peut pas déduire que l'Etat bénéficiaire de la sentence ait toujours le droit de réclamer l'intervention exécutive du Conseil dans tous les cas de défaut d'exécution ou de retard d'exécution de la sentence.

On sait qu'en droit interne il en est autrement et que toute sentence arbitrale qui, en soi, est simplement *obligatoire*, peut devenir automatiquement *exécutoire* par l'intermédiaire d'un juge ou d'un tribunal constitué qui lui donne l'*exequatur* (art. 1020 du Code de procédure français). Peut-on préconiser l'introduction d'une semblable règle dans un avant-projet de codification de la procédure arbitrale internationale? On peut en douter. D'abord, il y a lieu de remarquer que c'est souvent une autorité judiciaire qui, en droit interne, appose l'*exequatur*. Non pas que cette autorité, en l'espèce, agisse comme juge et fasse un acte juridictionnel, elle n'a pas à contrôler le bien-jugé de l'arbitre : la sentence arbitrale a, par elle-même, autorité de chose jugée. Mais le magistrat chargé d'apposer l'*exequatur* doit tout au moins s'assurer que, du point de vue de la procédure, la sentence a été correctement rendue et possède une existence juridique. Si donc il était question d'incorporer à l'avant-projet de codification internationale une procédure d'*exequatur*, ce n'est pas devant le Conseil de sécurité, organe politique, qu'il faudrait songer à l'instituer, mais devant un organe judiciaire, et par exemple devant la CIJ. On devra alors se demander si cet *enforcement* de la sentence est réellement de la nature de l'arbitrage international et ne serait pas de nature à lui enlever beaucoup de sa souplesse et son caractère traditionnel d'institution de « bonne volonté ». On remarquera que c'est à peine si l'on peut citer un ou deux cas exceptionnels et peu graves de refus d'accomplissement de la sentence et qu'il peut paraître inutile de prévoir une disposition apparemment draconienne pour une éventualité rarissime. Enfin, l'organisation des recours dont il va être maintenant question peut être de nature à combler, en grande partie, la lacune de l'exécution forcée.

Sur ce point encore, il semble donc inutile de surcharger l'avant-projet de dispositions propres à engendrer des controverses.

#### LES POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES

90. Pour des raisons analogues, nous n'insisterons pas sur l'éventualité de confier à l'arbitre des pouvoirs réglementaires, eux aussi de nature extra-juridictionnelle et même extra-judiciaire.

Depuis l'arbitrage fameux des phoques à fourrure de la mer de Béring, il paraît démontré qu'il convient de laisser aux juges leur rôle de juges sans les surcharger de tâches techniques qui ne sont pas de leur compétence. La CPJI a fait des expériences identiques — ou plutôt a marqué une répugnance à les faire — dans le litige franco-suisse des zones franches. Il se peut que les gouvernements en litige obéissant à la loi du moindre effort persistent dans un compromis à confondre les limites des fonctions de juge et de celles d'administrateur. On ne peut évidemment pas les en empêcher. Tout au moins ne convient-il pas de les y encourager. C'est par voie d'accord entre eux et sur les bases de la

sentence une fois rendue, qu'ils devraient constituer les commissions techniques *ad hoc* pour réglementer leurs rapports ultérieurs dans le domaine dont il s'agit. *Tentatively*, nous serions seulement partisan d'une disposition indicative en ce sens.

#### TEXTE PROPOSÉ

91. Sous le bénéfice des observations qui précèdent, nous serions disposé à proposer des textes analogues aux suivants :

« La sentence arbitrale doit être prononcée dans les délais fixés par le compromis ou le tribunal arbitral, celui-ci gardant le droit de proroger ces délais dans une limite raisonnable, s'il l'estime indispensable à éclairer son jugement.

« La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit, lue en séance publique, et soigneusement motivée. Elle doit retracer dans son dispositif les phases successives de l'instance, mentionner les règles juridiques ou les principes d'équité sur lesquels elle est basée, ainsi que toutes les décisions qui ont été prises sur les points de fait ou de droit sous forme d'ordonnances de procédure, jugements sur incidents et mesures conservatoires.

« Les mesures de réparation éventuelles ou allocations de dommages et intérêts seront spécifiées avec soin, de même que la répartition des frais et dépens et conformément aux dispositions du compromis s'il en contient.

« Les arbitres sont autorisés à joindre leurs opinions individuelles ou dissidentes, à moins que le compromis le leur interdise explicitement.

« La sentence est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi. A moins d'en être expressément investis par accord des parties, l'arbitre ou le tribunal ne disposent pas d'une compétence réglementaire, soit en ce qui concerne l'exécution de la sentence, soit en ce qui concerne l'aménagement des rapports ultérieurs des parties, dans la matière qui a fait l'objet du litige. »

## VII. — LES RECOURS

### L'AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE

92. La sentence arbitrale possède l'*autorité de la chose jugée*.

« La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. » (Art. 59, Statut de la CIJ.)

Cette autorité est donc *relative* et, selon la doctrine traditionnelle, la question ne se pose même pas, en droit international, de savoir qu'il est des circonstances où cette autorité peut être absolue. Ce problème ne pourrait se poser que dans un milieu social fortement intégré où la juridiction des tribunaux institués est obligatoire et où les situations juridiques entachées de nullité ou d'inexistence peuvent être détruites *erga omnes* par décision judiciaire. Ainsi en droit français pour les questions d'état ou de capacité, et en droit administratif à la suite du recours pour excès de pouvoir.

En droit international, l'arbitrage étant rendu par une juridiction instituée dans une société particulière, l'autorité absolue de la chose jugée existe cependant dans un certain sens. Elle existe à l'égard des agents et personnes juridiques qui se trouvent englobés dans cette société particulière : gouvernants, agents, organes étatiques, personnes morales et physiques, ressortissant aux Etats entre lesquels l'arbitrage a été institué. Mais l'on parle d'autorité *relative*, parce que les Etats sont considérés comme des personnes du droit international et qu'en ce qui concerne les Etats tiers, il ne peut y avoir d'extension des effets de la sentence que dans la mesure où il y a eu intervention ou mise en cause, ce qui en matière d'arbitrage ne saurait être que très exceptionnel (voir ci-dessus, par. 80). Mais il importe cependant de souligner que la sentence arbitrale *domine* le droit interne des parties en litige, dans toute la mesure où elle s'impose aux parties et doit être assimilée sur ce point à un traité. C'est sous le bénéfice de cette observation que l'on peut admettre l'effet relatif de la chose jugée.

Pour les mêmes raisons, certains recours du droit interne sont ici inimaginables. Il en est ainsi notamment de la « tierce opposition », procédure destinée à permettre à un tiers qui n'a pas pu faire valoir ses droits devant le juge de s'opposer à l'exécution du jugement en ce qui le concerne, et de faire rouvrir le litige. Sans doute un jugement arbitral peut créer un préjugé défavorable aux droits d'un Etat tiers; mais la sentence rendue est toujours pour lui *nulle et non avenue*. Tout fondement fait donc défaut à la tierce opposition.

Les seuls recours que l'on puisse envisager, seront : le recours en interprétation; le recours en appel ou cassation; le recours en révision.

#### LE RECOURS EN INTERPRÉTATION

93. Le recours en interprétation n'est pas, à proprement parler, un recours contre la sentence : c'est plutôt une procédure de confirmation. Elle se heurte cependant à une objection d'ordre général visant tous les recours quels qu'ils soient, lorsqu'il s'agit d'auteurs professant la croyance à l'arbitrage contractuel. L'arbitre serait institué par les parties en vue du jugement d'une affaire déterminée et lorsqu'il a rendu sa sentence ses pouvoirs expirent, sa compétence est épuisée. L'arbitre n'est nommé que pour le temps fixé par les parties, surtout si un délai a été prévu pour rendre la sentence.

Certains systèmes internes, et notamment le Code de procédure français, ont la même conception. L'article 1021 du Code de procédure déclare que la solution des difficultés relatives à l'exécution du jugement arbitral appartiennent non pas à l'arbitre, mais au tribunal qui a donné l'*exequatur*, ce qui implique qu'il en est de même de l'interprétation.

Cette thèse formaliste est techniquement vicieuse. Le tribunal arbitral ne saurait être institué à temps, mais en vue d'une tâche à remplir qui est de résoudre un litige, et la solution du litige inclut l'interprétation éventuelle de la sentence. Si la difficulté d'interprétation se présente aussitôt après le prononcé du jugement, il semble naturel que les parties demandent immédiatement sa clarification. Pourquoi en serait-il autrement après un laps de temps écoulé et si la difficulté apparaît en cours d'exécution? Comment un autre tribunal qui n'a pas

connu de l'affaire serait-il qualifié pour interpréter la sentence arbitrale? Le droit international admet ici une solution logique et applique la maxime : *ejus est interpretari cujus est condere*. C'est la bonne solution et nous la reproduisons telle qu'elle se trouve dans l'article 82 de la Convention de 1907, en supprimant simplement l'incidente facultative qu'elle contient :

« Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence sera [sauf stipulation contraire] soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. »

Il se peut seulement qu'il soit impossible matériellement de recourir au même arbitre ou de reconstituer le tribunal originaire. En ce cas, il ne reste d'autre solution que de recourir à un tribunal international préconstitué, Cour internationale de Justice, ou Cour permanente d'arbitrage. L'institution d'un nouveau tribunal arbitral entraînerait de trop longs délais et, répétons-le, paraît contre-indiquée.

L'Acte général d'arbitrage porte, article 41 : « Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent acte, y compris ceux relatifs à la qualification des litiges et à la portée des réserves éventuelles, seront soumis à la Cour internationale de Justice. »

Ce n'est qu'une application du principe.

#### TEXTE PROPOSÉ

« La sentence arbitrale est immédiatement obligatoire pour les Etats parties au litige et pour tous ressortissants et organes de ces Etats.

« La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

« Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence, sera soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. Au cas où il s'avérerait matériellement impossible de le constituer à nouveau, le litige serait porté, au choix des parties, soit devant la CIJ, soit devant la CPA. En cas de non accord, la CIJ sera compétente. »

Nous allons maintenant retrouver des analogies avec le droit interne, en ce qui concerne les recours proprement dits dont il nous reste à nous préoccuper.

#### LES DEUX THÈSES POUR ET CONTRE L'IMMUTABILITÉ DE LA SENTENCE

94. Une fois de plus, s'affrontent ici les deux thèses de l'arbitrage diplomatique et de l'arbitrage juridictionnel. « *Nothing is settled until it is settled right* » dit la première, et la seconde disait encore, en 1907 : « La sentence dûment prononcée et notifiée aux agents des parties *décide définitivement et sans appel* de la contestation. » C'est contre cette seconde doctrine que nous nous élevons. Déjà, même en 1907, elle ne l'emporta pas sans lutte, et ne l'emporta pas totalement, car il avait bien fallu prévoir l'éventualité des différends au sujet de l'interprétation et de l'exécution de la sentence (voir ci-dessus, par. 93) et surtout celle de la surveillance d'un fait nouveau exigeant une instance en révision (art. 83 de la Convention de La Haye). Dans les deux cas le recours était porté devant le tribunal qui avait

rendu la sentence<sup>45</sup>. L'Article 60 du Statut de la CIJ s'exprime de même<sup>46</sup> et la procédure d'arbitrage du Pacte de Bogota adopte un point de vue très voisin, en dépit de sa contemporanéité<sup>47</sup>.

Sur les deux chefs, l'appel et la revision, il importe de prendre position dans un sens conforme au progrès du droit et de la technique juridique.

#### LE PROBLÈME DE LA REVISION

95. Le problème de la revision est le plus mûr. C'est un des cas où selon « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », il est impossible de ne pas faire céder le principe de l'autorité de la chose jugée. La raison d'être de ce principe, c'est qu'il est nécessaire socialement que les litiges aient un terme et qu'il importe à l'ordre public que l'ordonnement juridique soit stabilisé sur les points où il est devenu douteux, c'est-à-dire *litigieux*. L'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que le procès soit repris, tout au moins entre les mêmes parties et sur la même base. Mais il faut bien constater que ce principe constitue une présomption ou une hypothèse : l'hypothèse du bien-jugé<sup>48</sup>. Cette présomption, en principe irréfragable, cesse de l'être lorsque la preuve est matériellement faite et de notoriété publique que le juge ou l'arbitre *n'ont pas pu* juger en connaissance de cause parce qu'ils n'étaient pas en possession de tous les éléments nécessaires à fonder leur conviction et qu'il s'est produit, notamment, un fait nouveau « de nature à exercer une influence décisive sur la sentence et qui lors de la clôture des débats était inconnu du tribunal lui-même » (art. 83 de la Convention de 1907). En ce cas, le trouble est si grave dans l'opinion publique que l'hypothèse du bien-jugé devient inacceptable et qu'il faut, de toute nécessité, sacrifier la stabilité sociale à la justice.

#### PROCÉDURE

96. La technique procédurale de la revision varie avec les pays, mais le principe en est universel, partout du moins où l'idée de justice l'emporte sur celle d'arbitraire. En droit interétatique, la notion s'impose d'autant plus que le procès entre gouvernements met en jeu des intérêts collectifs puissants et ne se perd pas dans la foule innombrable d'instances judiciaires, comme il en est des procès entre particuliers. Le litige est connu; le fait nouveau patent; le maintien de la sentence serait scandaleux : la nécessité de la revision s'est imposée, même aux tenants de l'arbitrage diplomatique.

Seulement, ses adeptes ont tenu à l'encadrer de restrictions précautionneuses dont certaines se justifient et d'autres pas.

<sup>45</sup> Voir ci-dessous, dans le texte.

<sup>46</sup> « Article 60 : L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter à la demande de toute partie.

« Article 61 : La revision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait..., etc.

<sup>47</sup> « Article 46 : ... La décision dûment prononcée et notifiée aux parties réglera définitivement le différend, sera sans appel, et devra recevoir exécution immédiate. »

<sup>48</sup> La même présomption existe en matière législative, c'est l'hypothèse du bien légiféré. La véritable base du caractère obligatoire de la loi, c'est qu'elle est hypothétiquement conforme à la nécessité sociale.

Selon l'article 83 de la Convention de La Haye de 1907, la revision n'était possible que si le compromis avait réservé aux parties le droit de la demander. Cela est inacceptable, d'abord parce que contraire à la raison d'être de la revision, ensuite parce qu'illogique; le propre du fait nouveau étant d'être imprévisible, à moins qu'on ne veuille donner une prime au dol de l'une des parties ou à une comédie judiciaire de la part des deux.

En revanche, on considérera comme parfaitement logique, surtout en matière arbitrale et internationale, que la revision soit exclue lorsqu'elle est demandée de mauvaise foi par une partie qui connaissait un fait ou le document ignoré de son adversaire. L'irrecevabilité est la sanction de la mauvaise foi, surtout dans une procédure qui est, avant tout, une procédure de bonne foi. Le Statut de la Cour internationale de Justice (Art. 61)<sup>49</sup> laisse tomber à juste titre la faculté pour les parties de prévoir la revision : celle-ci doit être considérée comme étant *de droit*. L'Article 61 maintient, au contraire, et précise que la sanction de l'irrecevabilité s'étend non seulement au dol, mais à la faute. En ce qui concerne la faute, cette solution est excessive, car elle peut être de nature à empêcher la revision dans des cas assez nombreux. Or, la revision n'est pas seulement d'intérêt particulier, et destinée à protéger le plaideur débouté; elle est aussi, et surtout, d'intérêt public international. Il faut s'élever contre cette conception exagérément individualiste du procès considéré comme le patrimoine des parties : l'apurement du droit a un but social avant d'avoir un but individuel. Nous admettons l'irrecevabilité à titre de sanction quand il y a dol, mais non quand il y a simple faute, à moins qu'il ne s'agisse de la faute lourde qui confine au dol, ce dont le tribunal sera juge. En ce qui concerne la faute ordinaire ou légère, il faut sortir du formalisme et revenir à l'équité.

97. *L'instance en revision* doit être portée devant le tribunal ou l'arbitre qui ont occupé dans l'affaire. Cette règle aussi est normale. Aucun obstacle à saisir le tribunal originaire puisqu'il ne s'agit pas d'un mal jugé qui lui incombe. Ici encore cependant peut surgir l'impossibilité de saisir l'arbitre originaire ou de reconstituer le tribunal. Cette difficulté ne peut se présenter devant une juridiction permanente préconstituée et c'est pourquoi le Statut de la CIJ n'en parle pas. S'il s'agit d'un tribunal *ad hoc* ou d'un arbitre, et qu'il soit matériellement impossible d'y recourir, nous pensons que, comme en matière d'interprétation, il faut faire appel à une juridiction préconstituée.

<sup>49</sup> « Article 61 : 1) La revision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la revision sans qu'il y ait de sa part faute à l'ignorer.

« 2) La procédure de revision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la revision et déclarant de ce chef la demande recevable.

« 3) La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en revision à l'exécution préalable de l'arrêt.

« 4) La demande en revision devra être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau.

« 5) Aucune demande de revision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de 10 ans à dater de l'arrêt. »

L'institution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal d'arbitrage, outre les lenteurs qu'elle comporte, paraît contre-indiquée.

On sait, en effet, que la procédure de revision se décompose en deux phases : celle de la recevabilité; celle du jugement. Ces deux phases sont nécessaires, la première étant destinée à la constatation du fait nouveau et de sa portée barre la route aux instances en revision injustifiées ou hasardeuses. Si le tribunal originaire ne peut être reconstitué, la demande en revision peut servir de prétexte à la réouverture d'une instance contrairement au principe de la chose jugée et devant un tribunal qui n'ayant rien connu de l'affaire précédente n'est pas qualifié pour apprécier la portée du fait nouveau. Mieux vaut, en ce cas, s'adresser à des institutions ayant fait leurs preuves de stabilité et d'impartialité. Là encore on pense à la CIJ ou à la CPA et bien entendu, si elles sont saisies de la demande en recevabilité, elles doivent l'être aussi du fond du litige, c'est-à-dire de la revision.

98. Il est un dernier point sur lequel nous pensons impossible de nous rallier aux solutions traditionnellement acceptées : c'est celui de la *prescription* de l'instance en revision. Que l'on exige que la demande soit formulée dans un court délai, à partir de la découverte du fait nouveau, cela est légitime : par exemple, le délai de six mois prévu à l'Article 61 du Statut de la CIJ. Mais que l'on prévoie une prescription de l'instance, soit dans le compromis, soit en vertu d'une stipulation de forclusion dans l'acte de codification, cela est, selon nous, inacceptable. La seule éventualité susceptible de prescrire la revision, c'est la disparition de sa raison d'être, c'est-à-dire l'absence de réaction de l'opinion publique, soit parce qu'il n'y a pas eu scandale, soit parce que l'équité n'est pas en cause, soit parce que l'intérêt du litige s'est évanoui dans le temps. Ces circonstances sont abstraitement imprévisibles et tout dosage de la prescription est en droit international impossible à faire (voir ce que nous avons dit ci-dessus, par. 75). Nous proposons donc de faire de la prescription extinctive en matière de revision une question de recevabilité et d'en laisser l'appréciation au tribunal chargé de se prononcer sur elle.

#### TEXTE PROPOSÉ

99. Nous proposons le texte suivant :

« La revision de la sentence peut toujours être demandée nonobstant toute clause contraire du compromis, à raison de la découverte d'un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur la solution du litige et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de l'arbitre ou du tribunal, ainsi que de la partie qui demande la revision.

« La procédure de revision s'ouvre par un arrêt du tribunal saisi constatant l'existence du fait nouveau et statuant sur la recevabilité. Le tribunal statue ensuite sur le fond. L'arrêt sur la recevabilité statuera également sur la prescription éventuelle de l'instance.

« La demande en revision devra être portée devant l'arbitre ou le tribunal qui auront rendu le jugement originaire. Dans le cas où il serait impossible de reconstituer ce tribunal, l'instance en revision sera portée devant la CIJ ou la CPA, comme il est dit à l'article XIV en matière d'interprétation.

« La demande en revision doit être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau. »

#### L'INSTANCE D'APPEL OU DE CASSATION

100. Le professeur J. W. Garner, dans un remarquable article déjà vieux de près de 20 ans<sup>50</sup> a montré comment la pratique de l'arbitrage abandonnée aux fantaisies politiques des parties était un fait anarchique, de nature à compromettre l'autorité de la jurisprudence internationale, et aussi dangereuse pour la paix que l'arbitraire. Il n'y a de pacification que par la justice. Nous touchons ici le point culminant de cette tendance vers la « juridictionnalisation » de l'arbitrage à laquelle obéissait jusqu'à ces derniers temps l'évolution du droit international et qui inspire ce rapport. On n'élimine pas un différend par un arrêt quelconque : il y faut une sentence entourée de toutes les garanties juridiques et sociales. Etant donnée la fréquente insuffisance des tribunaux arbitraux dont la composition risque d'être souvent le résultat d'un compromis, la *nécessité* d'une seconde instance doit être substituée à l'ancienne conception selon laquelle la sentence arbitrale est définitive et sans appel.

Ce principe a été admis par l'Institut de droit international européen<sup>51</sup>, par l'Institut de droit international américain, par la quasi unanimité des auteurs qui ont étudié le problème à fond, bien qu'ils restent divisés, soit sur l'étendue des recours, soit sur la procédure de son organisation<sup>52</sup>.

On sait aussi que le problème a été discuté dans toute son ampleur à la SDN, en 1928 et 1931, devant la Première Commission de l'Assemblée, après étude par un Comité où siégeaient des juristes de l'envergure de MM. Basdevant, Gaus, Pilotti, Rundstein, Erich, Raestad. Ces discussions et ces études aboutirent cependant à un échec, car il s'agit là d'une des questions les plus compliquées et les plus délicates. Nous ne prendrons parti ici que sur le principe et non sur la nature des différents vices qui peuvent affecter une sentence arbi-

<sup>50</sup> Voir "Appeal in cases of alleged invalid awards", *American Journal of International Law*, 1932, p. 126.

<sup>51</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* (1927. II. P), p. 590 et suiv., 768 et suiv., session de Lausanne et session de New-York (1929, I), p. 489, rapport E. Borel.

<sup>52</sup> Voir Erich, « Le projet de conférer à la Cour permanente de Justice internationale les fonctions d'une instance de recours », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1931, vol. XII, p. 268; E. Borel, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1935), vol. 52, p. 5-104, S. Rundstein, « La Cour permanente de Justice internationale comme instance de recours », *ibid.* (1933), vol. 43, p. 5-113; Verzijl, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de droit international* (1935), p. 284; R. V. Caballero de Bedoya, « La question de la Cour permanente de Justice internationale comme instance de recours », *ibid.*, 1932, p. 142; A. de Lapradelle, « L'excès de pouvoir de l'arbitre », *ibid.*, 1928, p. 5 et suiv.; Briery, « The Hague Convention and the nullity of arbitral awards », *British Year Book of International Law*, 1928, p. 116; Raestad, « Les recours à la Cour permanente de Justice internationale contre les sentences des tribunaux arbitraux mixtes pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1932, vol. XIII, p. 302-325; Lauterpacht, « The legal remedy in case of excess of jurisdiction », *British Year Book of International Law*, 1928, p. 120; D. Schindler, « Les progrès de l'arbitrage international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1928), vol. 25, p. 237-359.

trale, ce qui nous entraînerait bien au-delà des limites possibles de ce rapport. Nous préconiserons également, cela va sans dire, une procédure à suivre pour intenter le recours. Ajoutons seulement que dans plusieurs traités, la pratique a déjà enregistré des recours de ce genre, sans se préoccuper bien entendu d'en approfondir la nature juridique<sup>58</sup>.

101. Les arguments que l'on met encore quelquefois en avant pour combattre le principe d'une instance nouvelle en matière d'arbitrage sont les suivants :

En l'absence de stipulation formelle des parties, on doit admettre que celles-ci se sont mises d'accord pour soumettre le litige à une instance arbitrale, mais non pas à deux, et que le principe de souveraineté est ici en jeu;

Qu'instituer une seconde instance, surtout s'il s'agit de la porter devant un tribunal permanent préexistant, telle la CIJ, c'est faire perdre à l'arbitrage son sens originaire, le ramener à la juridiction obligatoire, et en même temps placer l'arbitre dans une posture humiliée en l'enfermant dans une hiérarchie judiciaire;

Qu'enfin, l'actuelle société internationale n'est pas dans un état d'intégration politique ou de préparation psychologique propre à enregistrer une semblable évolution.

Ce dernier argument est le plus puissant et sans doute convient-il de n'être pas trop systématique si l'on veut faire œuvre utile.

Quant aux autres objections, on répondra une fois de plus qu'il n'est pas vrai que les parties se soient mises d'accord pour un unique procès, à moins qu'elles ne l'aient expressément prévu : elles se sont mises d'accord pour *vider le litige*. Or, il est des cas où manifestement la sentence rendue est inacceptable et par conséquent où sa critique est légitime. En telle occurrence, même si elle est exécutée, le litige ne sera pas réellement vidé et laissera subsister un malaise international; ou bien il y aura une telle résistance dans l'opinion, non seulement du pays défavorisé par la sentence, mais dans l'opinion publique internationale, que l'exécution pourra être indéfiniment différée ou même refusée. Or, cela non plus n'est pas acceptable. Mais il reste que si l'on se borne à instituer un tribunal permanent et préexistant pour juger au fond en appel ou en cassation, on altère certainement la nature coutumière de l'arbitrage. Nous proposerons donc une solution nuancée.

#### LES CAUSES D'INVALIDITÉ DE LA SENTENCE

102. Nous ne pensons pas qu'il faille pour cela distinguer entre les différentes causes d'invalidité de la sentence. Tous les vices dont elle est susceptible doivent pouvoir motiver la réouverture de l'instance, contrairement à ce que l'on semble avoir cru à Genève où les débats ont oscillé entre certaines audaces et certaines discussions scolastiques. On ne gagne rien à vouloir réserver l'arbitraire par exemple en ce qui concerne l'application du droit, tout en l'éliminant en ce qui concerne l'excès de pouvoir ou la décision *ultra petita*. Qu'il s'agisse de la corruption de l'arbitre ou de son parti pris, de l'incompétence du tribunal, qui peut être totale, ou ne consister qu'en un dépassement partiel de compétence, sur un point particulier, d'un vice de forme qui lui aussi

peut être mineur ou majeur, enfin, d'une mauvaise application du droit, soit des normes générales du droit international, soit des règles qui avaient été assignées à l'arbitre, par exemple dans le compromis, ou dans des stipulations d'équité ou d'amiable composition — tous ces vices doivent pouvoir être dénoncés et examinés en seconde instance. Incompétence, vice de forme, fausse application du droit, telles sont les causes de réforme ou de nullité que le droit administratif français synthétise dans la même notion générale d'*excès de pouvoir*.

Le point important est celui-ci : on ne saurait admettre qu'une sentence rendue demeure contestée et à fortiori inexécutée. La partie défavorisée par le jugement originaire, quelque conscience qu'elle puisse avoir de son bon droit, *ne peut être juge de ses juges*. Le gouvernement qui conteste la validité d'une sentence n'a pas d'autre droit que celui de demander l'ouverture d'une nouvelle instance. S'il ne le fait pas, cela seul suffit à faire douter de sa bonne foi, et en tout cas il doit exécuter. A Genève, on avait été tenté, pour rendre la partie plus égale, d'accorder à l'adversaire du plaideur débouté qui se refuserait à proposer une nouvelle instance le droit de la demander lui-même afin de renforcer sa situation. Nous pensons qu'il y a là une complication inutile et que de même qu'en droit interne c'est à la partie perdante d'intenter en tant que demandeur la seconde instance, ou sinon, de se conformer à la sentence. Bien entendu, si les deux parties sont également mécontentes de la sentence originaire, rien ne les empêche de s'entendre pour instituer un nouvel arbitrage.

#### INAPPLICABILITÉ DES RECOURS DE DROIT INTERNE

103. En droit interne, notamment en droit français, le plaideur débouté par la sentence arbitrale originaire dispose de deux moyens d'action. Il peut, en premier lieu, faire opposition à l'*exequatur* devant le juge qui est chargé de l'octroyer; il peut en second lieu intenter les recours de droit commun devant les tribunaux institutionnels de la hiérarchie judiciaire (art. 1028 du Code de procédure). L'adaptation à ce système nous paraît peu recommandable. En ce qui concerne l'action en nullité devant le juge chargé de donner l'*exequatur*, elle soulève la question du caractère exécutoire des jugements internationaux dont nous savons déjà qu'il n'y a pas lieu pour la Commission de se préoccuper (voir ci-dessus, par. 89). En ce qui concerne les recours de droit commun, le système interne fait rentrer l'arbitre dans la hiérarchie judiciaire, ce qui, répétons-le, paraît peu en harmonie avec la nature intrinsèque de l'arbitrage international. Il faut laisser une plus grande latitude aux parties et plus de souplesse aux recours.

Il semble également que, dans beaucoup d'études entreprises sur ce problème, et notamment à Genève, il y ait eu une certaine indécision d'idées due à la confusion des différents recours entre eux. On a parfois confondu la voie d'appel et la voie de cassation. Il est même arrivé parfois que l'on confonde l'appel et la revision, même dans les termes. Il y a appel lorsque le tribunal constitué en nouveau degré de juridiction a compétence pour substituer sa sentence sur les faits et sur le fond à celle qui lui est déférée, ou la réformer. Il y a cassation, au contraire, lorsque le nouveau tribunal se borne à examiner si le jugement a été correctement rendu en droit et s'il n'y a pas eu vice de procédure ou de forme, et

<sup>58</sup> Voir K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, chap. VII, et Witenberg, *op. cit.*, III<sup>e</sup> partie, chap. VI.

déclare le jugement nul, mais sans lui substituer le sien. En ce cas, mais en ce cas seulement, les parties sont rétablies dans le *statu quo ante*, c'est-à-dire dans l'état litigieux où elles se trouvaient avant la sentence originaire, et il faut nécessairement recommencer le procès. En ce cas, il n'est pas logiquement nécessaire que le tribunal qui a prononcé la nullité soit aussi celui qui réforme la sentence.

On inclinerait donc à proposer, comme en matière de revision, bien que la situation soit juridiquement différente, que le tribunal appelé à statuer en seconde instance sur l'invalidité totale ou partielle d'une sentence arbitrale peut le faire en deux temps : en se prononçant d'abord sur la *recevabilité* du recours, et sur la nature du vice dont il estime la sentence originaire entachée, puis en second lieu, au cas où compétence lui aura été conférée à cet effet, sur le fond du litige dont il se trouvera saisi en seconde instance.

Afin de respecter la nature traditionnelle de l'arbitrage, on ne ferait intervenir obligatoirement un tribunal permanent et préconstitué (CIJ ou CPA) que dans le cas où les parties ne seraient pas parvenues à un accord pour constituer librement le tribunal de seconde instance. Et en outre, lorsque la Cour internationale de Justice se serait prononcée sur la nullité, c'est-à-dire sur le renvoi des parties au *statu quo ante*, on admettrait encore que le renvoi de l'affaire puisse avoir lieu devant un arbitre ou un tribunal institué par les parties, au cas où elles le préféreraient.

De toute façon, le tribunal chargé de se prononcer sur la recevabilité du recours aurait seul le droit de suspendre l'exécution de la sentence arbitrale originaire ou de prendre les mesures conservatoires nécessaires, afin que le recours ne devienne pas un moyen détourné de se refuser à l'exécution.

#### TEXTE PROPOSÉ

104. C'est sous le bénéfice de ces observations que nous proposerions un texte analogue au suivant :

« Toute contestation sur la validité de la sentence, quels que soient les vices allégués, doit être soumise à une nouvelle instance juridictionnelle par la partie qui allègue cette invalidité. Ce recours doit être intenté dans un délai très bref, après le prononcé de la sentence (six semaines ?) et n'est pas suspensif de l'exécution, à moins que le nouvel arbitre ou la juridiction saisie n'en décident autrement en ordonnant les mesures provisoires ou exécutoires nécessaires.

« Toute partie qui conteste la validité d'une sentence arbitrale doit proposer à cette fin à son adversaire la constitution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal qui sera faite dans les conditions prévues à l'article II du présent règlement, à moins que les parties ne préfèrent s'adresser à la CIJ ou à la CPA. En cas de désaccord entre elles, la CIJ pourra être saisie par voie de requête directe par le demandeur au recours.

« Le tribunal saisi du recours se prononcera d'abord sur le point de savoir s'il y a lieu à un nouvel examen de l'affaire et, en ce cas, décidera soit de procéder à une réforme du jugement (appel), soit de prononcer la nullité (cassation). En cette seconde occurrence, les parties seront remises dans le *statu quo ante*. Dans les deux cas, elles devront se mettre d'accord soit

pour constituer un nouveau tribunal arbitral, soit pour donner compétence à la cour saisie de la question de recevabilité aux fins de reprendre au fond l'examen du litige. En cas de non accord dans le délai qui leur aura été imparti à cette fin par la décision sur la recevabilité, la CIJ sera obligatoirement compétente pour statuer en dernière instance sur le fond du litige. »

#### CONCLUSIONS

##### TECHNIQUE SCIENTIFIQUE ET NATURE PROPRE DE L'ARBITRAGE

Nous ne dissimulerons pas que nous avons cherché dans l'avant-projet soumis à l'étude de la Commission du droit international à rapprocher l'autorité et l'efficacité de la juridiction arbitrale de celles d'une juridiction institutionnelle.

Les convictions qui nous ont guidé sont de deux ordres. De l'ordre pratique, en ce sens que plusieurs incidents récents ont montré que les stipulations d'arbitrage, surtout lorsqu'il s'agit de clauses compromissaires abstraites, risquent de demeurer lettre morte, ce qui accentue encore l'impression de régression du droit international qui tend à se répandre dans l'opinion. D'ordre scientifique, parce que nous pensons que, du point de vue sociologique, les obligations internationales d'un couple ou d'un groupe d'Etats forment le substratum d'une société internationale particulière dans laquelle l'institution d'un tribunal, même épisodique, voire d'un arbitre unique, équivaut à l'érection d'une autorité juridictionnelle commune.

C'est pourquoi nous avons considéré que l'institution de ce tribunal devait précéder toute autre procédure, même la rédaction du compromis, et être considérée en soi comme obligatoire. Rien n'empêche, bien entendu, les parties intéressées d'entourer cette institution liminaire des dispositions complémentaires propres à lui permettre d'agir. Mais ce serait déjà un immense bénéfice que de disposer d'un organe ayant un standing organique permettant de lui confier des compétences plus étendues et plus discrétionnaires.

D'une façon générale, l'arbitre doit disposer de tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle qui est la liquidation du litige dans son intégralité. Sa tâche est d'ordre public international et dépasse de beaucoup la conception périmée qui faisait du compromis d'arbitrage un contrat judiciaire et des arbitres les mandataires des parties. Cette conception traditionnelle nous reporte à un état social contemporain ou voisin de la loi des douze Tables et à une conception juridique d'un individualisme systématique, qui confine à la négation même de la solidarité internationale. La justice est affaire sociale avant que d'être satisfaction des intérêts litigieux des plaideurs. Ceux-ci n'ont le droit d'insérer dans leur compromis que des dispositions utiles à l'apurement de la situation contestée. C'est dans ces seules limites qu'ils peuvent choisir les voies de procédure et les règles de droit applicables. Les gouvernements plaideurs ne sauraient imposer au juge des dispositions de nature à entraver sa tâche ou à la faire échouer : en pareil cas, le juge doit avoir compétence pour passer outre.

En revanche, on doit laisser aux gouvernements plaignants toutes les garanties nécessaires pour que la justice rendue soit conforme au droit et à l'équité, et développer les procédures de revision ainsi que celles de recours.

L'évolution ainsi préconisée nous paraît conforme à celle des rapports interétatiques. Elle ne réduit pas, pour autant, l'institution arbitrale à peu d'utilité en face des juridictions permanentes et œcuméniques. Pas plus que l'arbitrage n'a disparu des relations interindividuelles en droit interne, pas plus ne doit-il disparaître des relations intergouvernementales. Il constitue la juridiction volontaire, amiable, de bonne foi, des « rapports de bon voisinage ». Sa valeur éthique, sinon pratique, est en un certain sens supérieure à celle des tribunaux permanents, hiérarchisés et à compétence « *coercitive* » — pour employer l'expression anglaise dont le sens est plus accentué que le mot français « obligatoire ». Mais il faut précisément pour conserver sa nature à l'arbitrage, permettre à la « bonne foi » de dominer les préoccupations politiques et se méfier des implications que peut développer une institution où c'est le plaideur qui distribue les compétences, et parfois même détermine le droit applicable. Cette technique pour être séculaire n'en est pas moins anormale. Un gouvernement peut être de bonne foi lorsqu'il s'engage par stipulation compromissoire et trouver ensuite beaucoup de difficultés à le demeurer lorsqu'il est aux prises avec les éléments de sa politique intérieure et de son opinion publique. C'est contre ces « déviations » de la ligne juridique que la procédure arbitrale doit le garantir.

La codification de la procédure arbitrale se révèle au fur et à mesure qu'on s'efforce de la coordonner une tâche plus difficile et plus longue. Nous l'avons réduite à la procédure proprement dite et dans les seuls litiges intergouvernementaux. Mais un projet plus complet devrait prolonger cette étude en ce qui concerne les commissions mixtes, les TAM et les autres instruments de liquidation des litiges englobant des groupes d'intérêts privés. La tâche n'est donc qu'ébauchée. Mais nous avons vu qu'à Genève, à l'époque de la SDN et sur la seule question des recours, d'éminents juristes ont discuté pendant de longues semaines, sans aboutir. Il est donc vraisemblable que notre Commission ne viendra pas rapidement à bout de la tâche restreinte que nous lui proposons. Il est même à craindre qu'avant qu'elle ait pu mettre sur pied un projet de texte amendé pour l'abandonner ensuite aux aléas de l'examen et des critiques que ne manqueront pas de lui faire et l'Assemblée et les chancelleries, les conditions sociales et psychologiques de la société internationale aient pu singulièrement se modifier. Le synchronisme de nos projets et de l'évolution internationale est rien moins qu'assuré. Mais ce sera le sort de tous les travaux de la Commission, de telle sorte qu'il lui convient de méditer, avec philosophie, sur le mythe de Pénélope et de sa tapisserie fatidique.

## AVANT-PROJET DE TEXTE PROPOSÉ

### I

La clause compromissoire, ou engagement de recourir à l'arbitrage, peut viser des contestations éventuelles ou des contestations déjà nées. Quel que soit l'instrument ou l'accord de volontés dont elle résulte, elle est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi.

En cas de contestation sur l'existence de cette obligation, la Cour internationale de Justice sera saisie, par voie de requête directe, par les soins de la partie la plus diligente, et rendra un jugement définitif et sans appel sur le caractère d'arbitrabilité du différend en Chambre de procédure sommaire et par application notamment des Articles 29 et 41 de son Statut [sauf le cas où les parties en litige auraient expressément convenu d'une autre procédure pour trancher cette question préjudicielle].

### II

En présence d'un différend prévu par l'engagement arbitral et qui n'aurait pu être résolu dans un délai raisonnable, par des négociations diplomatiques, ou par tout autre moyen amiable, les parties devront instituer arbitre ou constituer le tribunal arbitral d'un commun accord par un instrument conventionnel spécial. La partie la plus diligente prendra l'initiative de cette constitution.

Cette constitution sera faite selon la procédure convenue à cet effet dans l'Acte contenant l'engagement arbitral. Au cas où rien n'aurait été stipulé à cet égard, dans ledit Acte, et où un accord ne pourrait intervenir entre les parties, la plus diligente aura le droit de recourir à la procédure prévue aux articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage, selon le texte révisé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

Au cas où l'une des parties, par son abstention systématique, empêcherait la procédure prévue auxdits articles de fonctionner, les nominations des arbitres manquants seraient faites par le Président de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 3 de l'article 23 dudit Acte général. Le tribunal ainsi constitué connaîtra de l'affaire et son arrêt sera obligatoire.

Lorsque la désignation de l'arbitre, ou des membres du tribunal arbitral, est faite d'un commun accord, les parties pourront agir de la façon jugée par elles la plus appropriée et s'adresser soit à un arbitre unique, soit à un corps judiciaire préexistant, soit à un tribunal composé selon leur gré.

Toutefois, d'une façon générale, et réserve faite des circonstances de l'affaire, il est recommandé par l'expérience : a) de choisir comme arbitres des personnalités répondant aux qualifications énumérées dans l'Article 2 du Statut de la CIJ; b) de choisir l'arbitre unique ou les arbitres en majorité dans les ressortissants d'Etats n'ayant aucun intérêt direct dans le litige et de composer le tribunal d'un nombre impair de juges, cinq de préférence, et d'en confier la présidence à l'un des juges neutres.

### III

Le tribunal arbitral une fois institué par l'accord des parties, ou par les procédures subsidiaires ci-dessus indiquées, il n'appartient plus à aucun des gouvernements litigants d'en modifier la composition.

En cas de vacance d'un siège, il est procédé au remplacement de l'arbitre selon le mode prévu pour sa nomination.

Au cas où il s'agirait du remplacement d'un arbitre unique, la désignation du nouvel arbitre, en l'absence

d'accord des parties, sera confiée soit à la puissance tierce qui aurait eu compétence pour nommer le premier, soit au Président de la Cour internationale de Justice.

Un arbitre ne peut participer au jugement d'une affaire dont il aurait connu antérieurement à un titre quelconque. Si un doute s'élève à ce sujet, le tribunal décide.

Une partie ne peut proposer la récusation d'un des arbitres que pour une cause survenue depuis la constitution du tribunal, à moins qu'elle n'ait pu légitimement l'ignorer ou ait été victime d'un dol. Sur ce point la Cour décide. S'il s'agit d'un arbitre unique, la décision appartient à la Cour internationale de Justice en Chambre de procédure sommaire.

Un arbitre dit national ne peut se déporter ou être retiré par le gouvernement qui l'a désigné. Au cas où le fait se présenterait, le tribunal est autorisé à poursuivre la procédure et à rendre une sentence qui sera obligatoire. Au cas où le déport ou le retrait rendraient la poursuite de la procédure inopérante, le tribunal pourrait demander le remplacement de l'arbitre défaillant et, si le procédé utilisé pour sa nomination échouait, demander son remplacement au Président de la Cour internationale de Justice.

#### IV

Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel elles doivent spécifier : l'objet du litige; les règles de procédure sur lesquelles elles jugeraient bon de se mettre d'accord; les pouvoirs éventuellement conférés au tribunal en ce qui concerne les règles de droit applicables ou le pouvoir de juger *ex aequo et bono* et le cas échéant, le pouvoir d'agir en qualité d'amiable compositeur. En l'absence de stipulations expresses sur ces divers points, le tribunal arbitral pourra juger *ex aequo et bono* en cas de silence ou d'obscurité du droit positif, mais jamais en tant qu'amiable compositeur, sauf assentiment des parties.

Le compromis fixera également le siège du tribunal et les langues employées.

Le compromis pourra contenir toutes autres dispositions conventionnelles que les parties estimerait devoir introduire, notamment l'ordre et les délais des communications de pièces et actes de procédure, le délai dans lequel la sentence devra être rendue, l'administration des preuves, la répartition des frais et consignations, la désignation des agents, avocats et conseils, etc. L'arbitre ou le tribunal ne seront liés par des dispositions de procédure que dans la mesure où elles se révéleront compatibles avec les nécessités de leur fonction.

Les dispositions du présent article peuvent être insérées, si les parties sont d'accord entre elles pour le faire, dans l'acte de constitution du tribunal.

#### V

Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le contenu du compromis ou sur l'une de ses stipulations, elles pourront solliciter les bons offices d'une puissance tierce qui désignera, pour dresser le compromis, une personnalité, une commission composée de personnalités idoines, ou l'une de ses cours de justice. En cas de désaccord entre les parties sur le choix de cette puissance

tierce ou de l'organe désigné par elle, le tribunal arbitral rédigera lui-même le compromis, d'accord si possible, avec les agents des parties, mais en tout cas dans un délai raisonnable et qu'il fixera lui-même. A l'expiration de ce délai, chaque partie pourra saisir le tribunal par voie de requête.

#### VI

Le tribunal une fois saisi par les conclusions des parties doit mener la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt.

Le désistement du demandeur ne peut être accepté par le tribunal que si le défendeur y acquiesce.

Au cas de dessaisissement du tribunal par accord des deux parties, le tribunal en prend acte. Ce dessaisissement ne porte aucune atteinte aux dispositions du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies et notamment à celles de l'Article 36.

Le tribunal prend acte, le cas échéant, de la transaction d'expédient intervenue entre les parties, après en avoir vérifié le caractère certain et la validité.

#### VII

Le tribunal arbitral, maître de sa compétence, dispose des pouvoirs les plus larges pour interpréter le compromis. Dans le silence du compromis, ou à défaut de compromis, il appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il ne pourra prononcer le *non liquet* sous prétexte de silence ou d'obscurité du droit international ou du compromis. Il est toujours fondé à juger en équité.

Au cas où il se trouverait lié par des dispositions expresses et non équivoques du compromis qui seraient de nature à l'entraver dans sa mission, soit en ce qui concerne la délimitation du litige, soit en ce qui concerne le déroulement de la procédure, il pourra cependant passer outre, au cas notamment où un engagement antérieur au compromis et plus compréhensif serait invoqué par l'une des parties et où celle-ci apporterait la preuve qu'elle a entendu s'y référer.

Au cas où le compromis ne pourrait être interprété en ce sens, ou bien si la non exécution des ordonnances de procédure empêchait le tribunal d'accomplir ses fonctions, il devrait, avant de prononcer le *non liquet*, mettre les parties en demeure de modifier le compromis, d'obtempérer à ses ordonnances ou de se désister explicitement.

#### VIII

Le principe de l'égalité des parties devant les règles de procédure est à la base de toute juridiction arbitrale; son inobservation pourrait être une cause de nullité de la sentence. Le tribunal reste libre cependant d'apprécier l'importance des irrégularités purement formelles et n'est pas dans l'obligation de prononcer, dans tous les cas, la forclusion ou l'irrecevabilité des productions.

Toute partie qui allègue un fait susceptible d'avoir une pertinence sur la solution du litige doit en apporter tout au moins un commencement de preuve. Le tribunal est maître de l'admissibilité des preuves et juge de leur valeur probative quelles que soient les dispositions du

compromis, et qu'il s'agisse de pièces ou documents écrits, témoignages, affidavits, enquêtes, expertises ou transports.

Les parties doivent collaborer entre elles et avec le tribunal à l'administration des preuves et obtempérer aux mesures ordonnées à cette fin. Le refus de collaboration constituera une présomption défavorable à l'encontre de la partie qui l'oppose. La preuve des règles de droit applicables, même lorsqu'il s'agit de règles de droit interne, n'est pas exclusivement à la charge des parties; elle peut résulter de leur collaboration avec le tribunal.

D'une façon générale, les présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du tribunal.

## IX

L'arbitre ou le tribunal arbitral, et en cas d'urgence son président, peuvent indiquer, lorsque les circonstances l'exigent, et au besoin *ex officio*, quelles mesures conservatoires des droits de chacun doivent être prises à titre provisoire. L'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties qui sont dans l'obligation de s'y conformer.

## X

Le tribunal arbitral, dans l'exercice de sa compétence et en vue de procurer la solution intégrale du litige, se prononce sur les exceptions relatives à la recevabilité des demandes principales ou incidentes et, notamment, des demandes additionnelles ou reconventionnelles. Il peut, s'il l'estime nécessaire, prescrire des délais de présentation.

## XI

Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à l'arbitre ou au tribunal de lui adjuger ses conclusions. L'arbitre ou le tribunal peuvent statuer eux-mêmes par défaut, *ex officio*.

## XII

Lorsque l'arbitre ou le tribunal se considèrent comme totalement éclairés, les agents, conseils et avocats ayant fait valoir tous les moyens qu'ils jugent utiles, la clôture des débats est officiellement prononcée. L'arbitre, ni aucun des membres du tribunal, ne peuvent être remplacés après la clôture des débats.

Le délibéré auquel tous les membres du tribunal sont tenus d'assister reste secret. Il peut intervenir, en tout ou partie, avant la clôture des débats.

## XIII

La sentence arbitrale doit être prononcée dans les délais fixés par le compromis ou le tribunal arbitral, celui-ci gardant le droit de proroger ces délais dans une limite raisonnable, s'il l'estime indispensable à éclairer son jugement.

La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit, lue en séance publique, et soigneusement motivée. Elle doit retracer dans son dispositif les phases successives de l'instance, mentionner les règles juridiques ou les prin-

cipes d'équité sur lesquels elle est basée, ainsi que toutes les décisions qui ont été prises sur les points de fait ou de droit sous forme d'ordonnances de procédure, jugements sur incidents et mesures conservatoires.

Les mesures de réparation éventuelles ou allocations de dommages et intérêts seront spécifiées avec soin, de même que la répartition des frais et dépenses, et conformément aux dispositions du compromis, s'il en contient.

Les arbitres sont autorisés à joindre leurs opinions individuelles ou dissidentes, à moins que le compromis le leur interdise explicitement.

La sentence est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi. A moins d'en être expressément investis par accord des parties, l'arbitre ou le tribunal ne disposent pas d'une compétence réglementaire, soit en ce qui concerne l'exécution de la sentence, soit en ce qui concerne l'aménagement des rapports ultérieurs des parties, dans la matière qui a fait l'objet du litige.

## XIV

La sentence arbitrale est immédiatement obligatoire pour les Etats parties au litige et pour tous ressortissants et organes de ces Etats.

La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence, sera soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. Au cas où il s'avérerait matériellement impossible de le constituer à nouveau, le litige serait porté, au choix des parties, soit devant la CIJ, soit devant la CBA. En cas de non accord, la CIJ sera compétente.

## XV

La révision de la sentence peut toujours être demandée nonobstant toute clause contraire du compromis, à raison de la découverte d'un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur la solution du litige et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de l'arbitre ou du tribunal ainsi que de la partie qui demande la révision.

La procédure de révision s'ouvre par un arrêt du tribunal saisi constatant l'existence du fait nouveau et statuant sur la recevabilité. Le tribunal statue ensuite sur le fond. L'arrêt sur la recevabilité statuera également sur la prescription éventuelle de l'instance.

La demande en révision devra être portée devant l'arbitre ou le tribunal qui auront rendu le jugement originaire. Dans le cas où il serait impossible de reconstituer ce tribunal, l'instance en révision sera portée devant la CIJ ou la CPA, comme il est dit à l'article XIV en matière d'interprétation.

La demande en révision doit être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau.

## XVI

Toute contestation sur la validité de la sentence, quels que soient les vices allégués, doit être soumise à une nouvelle instance juridictionnelle par la partie qui allègue

cette invalidité. Ce recours doit être intenté dans un délai très bref, après le prononcé de la sentence (six semaines ?) et n'est pas suspensif de l'exécution, à moins que le nouvel arbitre ou la juridiction saisie n'en décident autrement en ordonnant les mesures provisoires ou exécutoires nécessaires.

Toute partie qui conteste la validité d'une sentence arbitrale doit proposer à cette fin à son adversaire la constitution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal qui sera faite dans les conditions prévues à l'article II du présent règlement, à moins que les parties ne préfèrent s'adresser à la CIJ ou à la CPA. En cas de désaccord entre elles, la CIJ pourra être saisie par voie de requête directe par le demandeur au recours.

Le tribunal saisi du recours se prononcera d'abord sur le point de savoir s'il y a lieu à un nouvel examen de l'affaire et, en ce cas, décidera soit de procéder à une réforme du jugement (appel), soit de prononcer la nullité (cassation). En cette seconde occurrence, les parties seront remises dans le *statu quo ante*. Dans les deux cas, elles devront se mettre d'accord soit pour constituer un nouveau tribunal arbitral, soit pour donner compétence à la Cour saisie de la question de recevabilité aux fins de reprendre au fond l'examen du litige. En cas de non-accord dans le délai qui leur aura été imparti à cette fin par la décision sur la recevabilité, la CIJ sera obligatoirement compétente pour statuer en dernière instance sur le fond du litige.

## DOCUMENT A/CN.4/19

### Replies from Governments to Questionnaires of the International Law Commission

[Original text : English-French-Spanish]  
[23 March 1950]

#### CONTENTS \*

	Page
NOTE BY THE SECRETARY-GENERAL .....	151
PART I. REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION	
SECTION B. ARBITRAL PROCEDURE	
1. Canada .....	152
2. Costa Rica .....	152
3. Denmark .....	152
4. France .....	152
5. Israel .....	152
6. Netherlands .....	152
7. Philippines .....	155
8. Poland .....	155
9. Union of South Africa .....	156
10. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland .....	156
11. United States of America .....	156

#### Note by the Secretary-General

1. In accordance with Article 18 of its Statute (annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947), the International Law Commission decided at its first session to undertake the codification of three topics of international law, namely, (i) the Law of Treaties, (ii) Arbitral Procedure, and (iii) the Regime of the High Seas. In implementation of this decision and in conformity with Article 19, paragraph 2 of its Statute, the Commission further decided to request all Governments of Members of the United Nations to furnish it with texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to each of these topics.

2. Also the Commission, having been entrusted by the General Assembly, in virtue of resolution 177 (II) of 21 November 1947, with the preparation of "a draft code of offences against the peace and security of mankind", deemed it necessary also to request the Governments to express their views concerning what offences, apart from those defined in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, should be comprehended in that draft code.

3. Accordingly, the Secretary-General, by letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, communicated the Commission's requests to all Governments of Members of the United Nations.

4. By 23 March 1950, the Secretary-General had

\* Sections A and C contain the replies dealing respectively with the "Law of Treaties" and the "Regime of the High Seas" and are to be found with the documents relating to these items.

Part II contains the replies dealing with the "Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind" and is to be found with the documents relating to that item.