

Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2010

Jiří Malenovský*

Resumen. Diferentes puntos de vista para determinar el alcance del secreto de las deliberaciones en varios tribunales internacionales han conllevado a que algunos jueces tienen el derecho de presentar opiniones separadas; mientras que otros no lo tienen. Teniendo en cuenta el rol y la misión de la jurisdicción internacional, los jueces deberían tener el derecho de presentar dichas opiniones separadas, tal y como sucede con los jueces del *common law* y con un amplio número de los jueces constitucionales.

Sin embargo, estas analogías solo jugaron un rol marginal en los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920. Además, no les parecía políticamente correcto, a los Estados, que una opinión jurídica de un juez internacional, que los personifique a ellos o a su poder soberano, fuera condenado al anonimato en virtud del principio del secreto de las deliberaciones, como consecuencia de un “tecnicismo” consistente en que dicha opinión haya sido derrotada por la mayoría en el momento de votar el proyecto de la sentencia.

Hay reglas de derecho internacional público general que le garantizan un poder autónomo al poder judicial internacional. De acuerdo con las reglas de procedimiento de los tribunales internacionales, es claro que los jueces tienen el derecho de pronunciarse mediante una opinión separada, aun cuando este derecho no se encuentra tipificado de forma expresa en el

* Juge à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg, L-2925 Luxembourg. Professeur de Droit International Public, l'Université Masaryk, Brno, République Tchèque.

Estatuto o en el tratado constitutivo de dicha entidad. Esta regla se presume a menos que se deduzca de la voluntad de los Estados parte lo contrario.

El derecho relativo a las opiniones separadas puede ser analizado bajo la perspectiva de los jueces teniendo en cuenta el derecho que tienen a la libertad de expresión. De acuerdo con esta libertad, un juez internacional puede tener la libertad para demostrar, de forma sistemática, mediante opiniones separadas, las debilidades argumentativas de la mayoría. Evitando, obviamente, un estilo que sea ofensivo hacia sus colegas. Esta forma de expresarse es considerada inofensiva hacia la autoridad judicial.

Los efectos positivos por la ausencia, o de la prohibición, de las opiniones separadas, si las hay, con relación a la independencia de los jueces internacionales no son fáciles de determinar; sin embargo, este tipo de medidas que restringen la libertad de expresión de los jueces no son lo suficientemente efectivas ni proporcionales para legitimar su objetivo. Hay herramientas más efectivas y menos restrictivas que conllevan al mismo resultado (por ejemplo, un mandato no renovable de los jueces internacionales).

Palabras clave: Opiniones separadas, (derecho a la) libertad de expresión, secreto de las deliberaciones, autoridad e independencia del poder judicial internacional, independencia del juez internacional.

Abstract: Significant discrepancies in the determination of the scope of the obligation of secrecy of deliberations by various international tribunals have led to the fact that some international judges are endowed with the right to a separate opinion, while others do not enjoy it. Taking into account the role and missions of the international judiciary, international judges should be given a right to separate opinions, like common law judges and many constitutional judges.

Nevertheless, such analogies played only a marginal role in the preparatory works on the Statute of the Permanent Court of International Justice in 1920. Indeed, it seemed politically unacceptable to the States that the legal opinion of an international judge, personifying them and their sovereign power within the court, should be condemned to anonymity by virtue of the principle of secrecy of deliberations, due only to the “technical” fact that such an opinion has been outweighed by the majority at the moment of voting on the draft judgment.

There is a permissive rule of general International Law guaranteeing an autonomous power to the international judiciary to lay down, in the ru-

les of procedure of any international court, the right to a separate opinion, even if such a right is not expressly provided for by its statute or other constituting treaty. The aforementioned rule is presumed to apply unless it can be deduced from the behaviour of the founding States that they wished to derogate from it.

The right to separate opinions can also be analysed from the perspective of judges' right to freedom of expression. In accordance with this freedom, an international judge can feel free to demonstrate systematically, in the form of separate opinions, the intellectual weaknesses of the majority views and reasoning, subject to avoiding offensive style and formulations. Such a form of expression is presumed to cause no harm to the authority of the judiciary.

If some positive effects of absence or prohibition of separate opinions on the independence of international judges sitting in the case cannot be set aside too easily, nevertheless, such a serious measure restricting substantially their right to freedom of expression seems to be neither sufficiently efficient nor proportional to this pursued legitimate aim. There are other, more efficient and less restrictive tools which are also able to lead to the same result (for example, introduction of a single, non renewable mandate for international judges).

Key words: Separate opinions, (right to) freedom of expression, secrecy of deliberations, authority and independence of the international judiciary, independence of the international judge.

Résumé: Différents points de vue pour déterminer la portée du secret des délibérations dans certains tribunaux internationaux ont débouché sur le fait que les juges aient le droit de présenter des opinions séparées; alors que d'autres n'ont pas ce droit. En tenant compte du rôle et des objectifs des missions internationales, les juges devraient avoir le droit de présenter des opinions séparées, de la même façon que dans le système de *common law* et dans un grand nombre de tribunaux constitutionnels.

Cependant, ces analogies ont joué un rôle marginal dans les travaux préparatoires du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale en 1920. D'autant que les Etats ne trouvaient pas correct qu'une opinion juridique d'un juge international soit condamnée à l'anonymat comme conséquence du principe du secret des délibérations, ceci comme conséquence

d'un «technicisme» relatif au fait que ladite opinion était contraire à la position majoritaire de la Cour au moment de voter le projet de la décision.

Les règles générales de droit international public garantissent un pouvoir autonome au pouvoir judiciaire international. Selon les règles de procédure des tribunaux internationaux, les juges ont le droit de se prononcer avec une opinion séparée, même si ce droit ne se trouve pas typifié de façon expresse dans le Statut ou dans le traité constitutif de l'organisation. Cette règle est présumée à moins qu'il y ait eu une claire volonté des Etats dans le sens contraire.

Le droit relatif aux opinions séparées peut être analysé sous la perspective des juges en tenant compte de leur droit à la liberté d'expression. En ce sens, un juge international peut avoir la liberté pour démontrer, de façon systématique, par le biais d'opinions séparées, les vides argumentatifs de la majorité, en évitant un style qui puissent être offensif envers ses collègues. Cette façon de s'exprimer est considéré inoffensive envers l'autorité judiciaire.

Les effets positifs par l'absence, ou l'interdiction, d'opinions séparées, en relation avec l'indépendance des juges internationaux ne sont pas faciles à mettre de côté. Cependant, ce genre des mesures restrictives à la liberté d'expression n'est pas suffisamment effectif ni proportionné pour légitimer l'objectif du juge. Il y a des instruments bien plus effectifs y moins restrictifs qui mènent au même résultat (par exemple, un seul mandat, non renouvelable, des juges internationaux).

Mots clés: Opinions séparées, (droit à la) liberté d'expression, secret des délibérations, autorité et indépendance du pouvoir judiciaire international, indépendance du juge international.

L'indépendance du juge international

L'indépendance, tant institutionnelle que personnelle, ainsi que leurs garanties formelles, se trouvent au coeur de l'existence et du fonctionnement du pouvoir judiciaire. L'indépendance encadre et détermine l'engagement de tout juge si bien que le pouvoir judiciaire international ne peut y échapper. À cet égard, le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «CPJI») énonçait déjà, à son article 2, que «la Cour est un corps de magistrats indépendants», et ces mêmes termes ont été repris dans le Statut de la Cour internationale de Justice (ci-après «la CIJ»). La Convention

européenne des Droits de l'Homme prescrit quant à elle que le droit à un procès équitable doit impliquer l'accès à «un tribunal indépendant» (art. 6[1]) et que les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «CEDH») s'abstiennent de toute activité incompatible avec les «exigences d'indépendance» (art. 21[3]). De même, le Statut de la Cour pénale internationale (ci-après la «CPI») prévoit que les juges de cette dernière «exercent leurs fonctions en toute indépendance» (art. 40[1]). Sur cette question de l'indépendance, il y a lieu de constater que la situation au sein d'autres enceintes judiciaires internationales ne diffère guère.

L'indépendance constitue donc la pierre angulaire sur laquelle repose la justice et magistrature internationales. Néanmoins, les statuts et traités fondateurs de tribunaux internationaux demeurent généralement laconiques sur le contenu précis des exigences d'indépendance imposées aux juges de ceux-ci. Les garanties qu'ils prévoient divergent selon ces juridictions. De telles ambiguïtés et divergences compromettent la coexistence de différents fors juridictionnels internationaux. Il serait alors opportun de procéder à la rédaction et l'adoption d'un instrument conventionnel universel qui définirait toutes les composantes de l'exigence d'indépendance et en fixerait les garanties afin d'assurer les standards équivalents dans toutes les juridictions internationales. Il est regrettable qu'à l'heure actuelle, un tel document n'existe pas encore.

En l'absence d'une telle convention d'harmonisation, la doctrine déploie, depuis ces dernières années, de grands efforts visant à dégager de l'ensemble des instruments constitutifs des tribunaux internationaux, ainsi que de la pratique de ces fors, un certain nombre de règles et principes, mais également à formuler certains principes inhérents à l'administration de la justice en général, et notamment, de la justice internationale. C'est dans ce contexte que les *Principes de Burgh House relatifs à l'indépendance de la magistrature internationale* (ci-après les «Principes de Burgh House») ont vu le jour, en 2004. Ces principes consistent en un catalogue rédigé par un groupe d'étude sur la pratique et la procédure des cours et tribunaux internationaux de l'Association de Droit international.¹ Bien qu'il soit d'origine privée et non contraignante, ses auteurs ont réussi à y intégrer les standards majoritairement, voire généralement, appliqués dans la société internationale et, par

1 ILA Study Group. *The Burgh House principles on the independence of the international judiciary*. Study Group of the International Law Association on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals. London: Burgh House, 2004. [Http://www.pict-pecti.org/activities/ILA_study_grp.html](http://www.pict-pecti.org/activities/ILA_study_grp.html)

conséquent, susceptibles de déclencher ou faciliter l'évolution tendant vers la formation de certaines règles coutumières de droit international général.

Au concept d'indépendance est normalement associée l'idée que le juge doit exercer ses fonctions à l'abri de toute ingérence ou influence indues d'origine *extérieure*, donc, intervenant en dehors de la Cour.² Les Principes de Burgh House répertorient la liste des auteurs susceptibles de pratiquer de tels agissements. Le catalogue envisage ainsi comme de tels auteurs les parties à une affaire que le juge est amené à connaître, l'État dont il est ressortissant ou dans lequel il réside, l'État d'accueil dans lequel il exerce sa fonction, ou encore l'organisation internationale sous l'égide de laquelle sa cour est établie.

Il convient de souligner que les Principes de Burgh House ne se bornent pas à mettre le doigt sur les seules sources extérieures de l'ingérence. Le cinquième considérant de leur texte précise que «les juges ne doivent être soumis à aucune influence indue, quelle qu'en soit l'origine». En outre, à son point 1.1, le document déclare que «la juridiction et les juges qui y siègent exercent leur fonction indépendamment de toute ingérence ou influence, directe ou indirecte, de quelque personne ou organe qu'elle provienne».

En effet, même si les garanties de l'indépendance impliquent habituellement la protection de la cour et de ses juges contre les dangers qui les menacent de l'extérieur, les auteurs des Principes de Burgh House indiquent, en utilisant les formulations larges «quelle qu'en soit l'origine» et «ingérence... de quelque personne... qu'elle provienne», que l'on ne saurait exclure le risque d'une influence irrégulière provenant de l'*intérieur* de la cour.³ À cet égard, le juge international doit se protéger d'éventuelles «pressions amicales» de la part d'un ou plusieurs de ses collègues, qui le mettraient dans une situation telle qu'il ne pourrait ni former, ni exprimer librement ses opinions. Bien que ce genre de menaces s'avère plutôt hypothétique, il existe cependant des circonstances tout à fait envisageables dans lesquelles le danger pour l'indépendance d'un juge émane de l'intérieur de la cour.

Dans cette perspective, le collectif des juges doit notamment veiller à ce que, non seulement l'attribution des affaires aux juges se fasse correctement et que ces derniers ne soient pas arbitrairement privés de la possibilité de se prononcer sur certaines affaires, mais aussi à ce que l'ordre des

2 Mahoney, P. The international judiciary - independence and accountability. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 7, 2008, p. 321.

3 Voir, dans le même sens, Malleson, K. Promoting judicial independence in the international courts: lessons from the Caribbean. *International and Comparative Law Quarterly*, 58, July 2009, p. 671.

juges souhaitant intervenir lors des délibérations ainsi que le temps imparti à leurs interventions soient fixés, le cas échéant, afin d'éviter qu'un ou plusieurs juges ne se retrouvent dans une situation défavorisée par rapport aux autres. De la même façon, l'attention peut aussi être attirée sur l'institution du juge rapporteur. En effet, celle-ci peut être considérée, dans un contexte bien précis, comme incompatible avec l'exigence que chaque juge forme ses opinions sur l'affaire indépendamment de tout autre juge, donc sans l'entremise d'un juge rapporteur.⁴

Le principe du secret des délibérations

Les éléments précédemment évoqués échappent en principe à une régulation directe par le droit international et font partie des «affaires intérieures» de la magistrature internationale, que le législateur international réserve sous le «code» du *secret des délibérations* (par ex. l'art. 54[3] du Statut de la CIJ ou l'art. 24[2] du Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme - ci-après la «CIADH»). Par conséquent, ce sont les juges de la juridiction concernée, eux-mêmes, qui sont autorisés à légiférer dans ce domaine réservé.⁵

Les délibérations des juges s'achèvent au moment où la décision finale dans l'affaire est prise, soit par un vote, soit par consensus. Il n'est pas a priori sûr que la prise de décision en tant que telle doive être considérée comme faisant encore partie de ces délibérations. S'il en était ainsi, le résultat du vote, ainsi que les attitudes individuelles des juges lors de ce vote seraient confidentiels en raison du secret des délibérations. En revanche, une décision juridictionnelle est toujours publique. Dès lors, si l'on considère le vote sur un projet de décision comme constituant déjà un élément lié intrinsèquement à la décision prise, le résultat de ce vote et les comportements individuels des juges devraient être soumis au principe de publicité.

4 Ces considérations sont apparemment à l'origine du refus, par la CPJI, d'instituer, dès sa session préliminaire, la fonction du rapporteur, ainsi que du rejet des propositions ultérieures visant le même objectif. Voir aussi Gross, A. Observations sur le mode de délibération de la Cour internationale de Justice. *Istituto di Diritto Internazionale e Straniero della Università di Milano: Comunicazioni e Studi, Quattordicesimo*, Milano-Giuffrè, 1975, p. 380.

5 Par ex., la CPJI a adopté, à cet égard, en 1931, la Résolution relative à la pratique judiciaire interne dont la version la plus récente adoptée par la CIJ, date de 1976. Voir Zimmermann, A.; Tomuschat, Ch. & Oellers-Frahm, K. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*. Oxford, 2006, pp. 1172-1173 (ci-après "*The Statute*").

Sur ce sujet, les juridictions des Communautés européennes ont privilégié l'approche confidentielle (voir *infra*) tandis que de nombreux tribunaux internationaux ont fait leur l'interprétation contraire (par ex. l'art. 24[3] du Statut de la CIADH énonce que «des décisions... de la Cour... sont publiés avec les votes... émis par les juges»). Une tendance dans le sens d'une transparence accrue se consolide néanmoins à cet égard. Ainsi, antérieurement à 1978, les juges de la CIJ ne rendaient pas public le fait d'avoir voté avec ou contre la majorité, précisément au motif du respect du secret des délibérations. Toutefois, suite à la modification de l'art. 95[1] du Règlement de la Cour, les arrêts doivent dorénavant indiquer notamment «le nombre et les noms des juges ayant constitué la majorité» (le même amendement a été adopté s'agissant des avis consultatifs).

Le secret des délibérations et l'indépendance du juge

Il découle ainsi de ce qui précède que l'obligation de garder le secret des délibérations est susceptible de restreindre la liberté du juge participant à la prise d'une décision juridictionnelle de se positionner publiquement par rapport à celle-ci. En effet, deux situations sont envisageables.

Dans l'hypothèse où la prise de décision est considérée comme faisant partie des délibérations, tous les juges de la formation en cause ne peuvent exprimer librement leur opinion sur l'affaire tranchée qu'au sein de cette formation et antérieurement à cette prise de décision. Cependant, postérieurement à l'adoption de la décision, un abîme apparaît entre la liberté d'expression des juges de la majorité et celle des juges minoritaires de sorte que, si un juge minoritaire peut certes continuer à exprimer une opinion négative sur la décision dans le cadre de contacts avec les autres membres de la formation concernée, *en dehors de cette hypothèse*, sa marge d'expression se réduit drastiquement. En effet, il est tenu de ne plus critiquer cette dernière, en dépit de son désaccord intellectuel persistant. Une telle situation ne s'avère pas neutre sur son indépendance car l'opinion des juges de la majorité, arrêtée dans la décision finale, pèse sur lui, l'empêchant de faire part en public de son opinion individuelle. Bien au contraire, les juges ayant voté en faveur de la décision ont toujours la possibilité de s'exprimer en public conformément à leurs opinions personnelles.

En revanche, dans l'hypothèse où l'acte de prise de décision n'est pas considéré comme confidentiel, une telle disparité dans les marges d'expression ne se retrouvera, en principe, pas entre les juges constituant la majorité et ceux mis en minorité. En effet, avant l'adoption de la décision,

tous transmettent leurs points de vue sur l'affaire uniquement au sein de la formation compétente, car tous sont soumis à l'impératif du secret des délibérations. Même une fois la décision prise, il leur est théoriquement loisible de s'exprimer en public de façon indépendante et dans des conditions équivalentes. Les juges appartenant à la minorité peuvent émettre publiquement une *opinion séparée* (individuelle ou collective) et ne sont donc pas obligés de dissimuler leur position réelle, à l'instar des juges appartenant à la majorité.

Une opinion séparée se définit comme l'exposé officiel et par écrit de l'avis personnel d'un juge à l'égard d'une décision au délibéré de laquelle il a participé, soit pour l'approuver mais pour d'autres motifs (*opinion concordante*), soit pour désapprouver ladite décision ainsi que la motivation qui la sous-tend (*opinion dissidente*).⁶

Les grands décalages, évoqués précédemment, relatifs à la portée matérielle de l'obligation du secret des délibérations selon les différents tribunaux internationaux ont pour effet que certains juges internationaux sont dotés du *droit à une opinion séparée*, alors que d'autres n'en bénéficient pas. Le plus paradoxal est que chacun des deux concepts contradictoires, à savoir celui de «confidentiel» et celui de «transparent», prétend trouver sa justification dans la même valeur, celle de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qu'il allègue protéger à sa manière.

D'un côté, selon l'approche «confidentielle», le secret représente la meilleure solution pour l'indépendance des juges siégeant ainsi que pour leur liberté d'opinion. Les tenants de cet approche estiment que la levée de l'anonymat ouvrirait la voie tant aux politiciens qu'aux autorités nommant les juges, qui pourraient ainsi faire pression sur les différents juges dans le but de les convaincre, par l'usage de l'opinion dissidente, de se désolidariser de la décision majoritaire.⁷ Par ailleurs, l'exercice du droit aux opinions séparées permettrait parfois de mettre à nu la manière dont certains juges ont voté, ce qui provoquerait le risque que les États parties au litige «tiennent rigueur de ce vote à son auteur».⁸ Une telle menace planerait sur la liberté

6 Rivière, F. *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 5.

7 Rousseau, D. Les opinions dissidentes, “preuve” de la rationalité des décisions de justice. In: Segado, F. *The Spanish Constitution in the European constitutional context*. Madrid: Dykinson, S.L., 2003, p. 1115. Rousseau n'est toutefois pas partisan de l'anonymat.

8 Costa, J.-P. Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale? In: *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008, pp. 118-119.

intérieure des juges internationaux et les inciterait à s'autocensurer avec tous les effets dévastateurs qui s'ensuivent. Il serait par conséquent souhaitable d'abandonner la pratique des opinions séparées telle qu'on la connaît au sein des enceintes internationales dans lesquelles elles sont prévues.⁹

De l'autre côté, l'approche tenant à la transparence s'attache à l'idée que le droit spécifique à émettre une opinion séparée reflète en réalité un droit plus général «à parler» et qu'un tel droit constitue une «forteresse de la personnalité du juge libre».¹⁰ La publicité des opinions dissidentes serait ainsi «une garantie contre toute intrusion inconsciente de considérations politiques»¹¹ et représenterait à juste titre «une garantie essentielle pour l'indépendance judiciaire et l'impartialité».¹² Selon A. P. Sereni, de ce fait, il est «à prévoir que, sauf pour des raisons particulières et exceptionnelles, [les opinions séparées] seront admises sans difficulté dans les tribunaux internationaux qui seront créés à l'avenir».¹³

En tout état de cause, tant le décalage colossal et stupéfiant entre les statuts des juges des différents tribunaux internationaux que l'incompatibilité des motifs et justifications qui le sous-tendent méritent une analyse plus approfondie.

La justice internationale face à la bipolarisation résultant des concepts de «civil law» et de «common law»

La justice internationale, phénomène assez récent d'un point de vue historique, se forme et se consolide dans un monde polarisé par la coexistence de deux concepts difficilement conciliables: celui de *civil law* et celui de *common law*, l'un traduisant la culture et les usages juridiques «continentaux», alors que l'autre, ceux propres au droit des pays anglo-saxons.

9 Calliess, G.-P. Judicial independence and impartiality in international courts. In: Voigt, S.; Albert, M. & Schmidtchen, D. (eds.). *International conflict resolution. Conferences on New Political Economy 23*. Tübingen, 2006, p. 153.

10 Anand, R. P. The role of individual and dissenting opinions in international adjudication. *The International and Comparative Law Quarterly*, 14(3), 1965, p. 805.

11 Keith, K. J. The International Court of Justice: primus inter pares? *International Organizations Law Review*, 5, 2008, p. 17.

12 The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, p. 1211.

13 Sereni, A. P. Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux. *Revue Générale de Droit International Public* («RGDIP»), 1964/4, p. 854.

La culture traditionnelle de *common law* concevait une cour en substance comme un groupe de juges pleinement autonomes. Ses décisions constituaient en réalité la somme de leurs opinions individuelles (*seriatim*).¹⁴ Toutefois, dès la décision intervenue dans l'affaire *Grindley v. Barker*, en 1798, la perception s'est implantée qu'au sein de la formation de jugement, l'opinion de la majorité des juges doit prévaloir, alors que les juges minoritaires peuvent recourir à la pratique des opinions dissidentes puisqu'en effet, la décision citée précise: "*It is impossible that bodies of men should always be brought to think alike*".¹⁵

Le fonctionnement du pouvoir judiciaire n'a pas échappé au rayonnement de la démocratie, cette dernière s'étant imposée dans tous les secteurs de la vie de nombreux États. En effet, dans le système démocratique anglo-saxon, aucune personne et aucun groupe ne peut prétendre détenir le monopole de la vérité ou de la sagesse. La démocratie concourt alors, avec la liberté d'expression et la transparence, à l'exercice du pouvoir. En d'autres termes, le droit du juge à une opinion séparée s'avère inhérent à la démocratie anglo-saxonne ainsi qu'au concept de *common law*.

Toute autre est la construction érigée par les pays de *civil law*, la France en tête. Cette construction porte l'empreinte de l'époque napoléonienne, qui tendait vers le centralisme, mettant ainsi un terme au chaos des années à peine écoulées sous le drapeau de la Révolution.¹⁶ Les juridictions doivent être assimilées à l'image d'une autorité dépersonnalisée (*Bebörde*) qui exprime une volonté unique, à la formation de laquelle participe un certain nombre de «fonctionnaires» (juges) dont les opinions individuelles ne jouent un rôle que dans la mesure où elles concourent, en tant qu'éléments anonymes, «à la synthèse» permettant de déterminer cette volonté unique, officielle et seule pertinente.¹⁷ Autrement dit, la justice est rendue collectivement mais d'une

14 Rivière, *op. cit. supra*, sub 6, p. 13.

15 Kirby, J. Judicial dissent - common law and civil law traditions. *Law Quarterly Review*, 123, 2007, p. 386.

16 *Ibidem*, p. 381. Toutefois, les traces du secret des délibérations remontent en France déjà aux XIV^e et XV^e siècles. Les ordonnances de Ph. de Valois et Charles VII ont interdit aux magistrats de révéler leurs opinions personnelles après le prononcé des jugements qu'elles ont concouru à former (*post arrestorum prolationem nullus cuius opinionis fuerint domini, debet aliis revelare; contrarium vero facient perjurii poenam noverit se incurrisse*). Voir Mastor, W. Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français. *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005. Cycle de conférences organisé du 29 novembre 2004 au 28 novembre 2005.

17 Rupp, H. G. Zur Frage der dissenting opinion. *Die moderne Demokratie und ihr Recht: Fests-*

seule voix. Les décisions juridictionnelles sont prises au nom du souverain et sont, pour cette raison, considérées comme infaillibles. Dans une telle perspective, un éventuel droit des juges à une opinion séparée représenterait une menace pour l'autorité de la juridiction et transformerait la justice majestueuse en «justice - spectacle».¹⁸ Par conséquent, les opinions séparées sont en principe exclues dans un système de *civil law*; les décisions juridictionnelles étant rendues sur la base d'une présomption irréfragable et imaginaire de l'unanimité d'opinion de tous les juges siégeant.

Par ailleurs, il existe d'autres facteurs ayant contribué à la divergence effective entre les deux grands systèmes au sujet des opinions séparées. Dans le système de *common law*, les juges appliquent souvent des règles et principes non écrits, dont l'interprétation est habituellement moins encadrée et susceptible d'aboutir, selon le cas, à plusieurs résultats pouvant être légitimement défendus par les différents juges. En revanche, dans le système du droit écrit et codifié de *civil law*, ce type de problème d'interprétation est limité dès l'origine par l'intervention explicite du législateur.

En outre, l'approche plus casuistique des juges anglo-saxons se distingue amplement de la méthode choisie par les juges dans l'espace de *civil law*. Ces derniers sont en effet beaucoup plus directement associés au législateur. Ils se bornent en temps normal à reproduire fidèlement la volonté exprimée dans le texte législatif à interpréter. Or, par définition, il n'y a qu'une seule volonté du législateur. Par conséquent, il n'y a nécessairement qu'une seule interprétation valable de la loi, si bien qu'il n'y a guère de place pour l'idée d'opinion dissidente.

Le profil du juge entre également en considération. Dans le système de *civil law*, les candidats aux fonctions de juge sont habituellement formés d'une manière centralisée. Leur formation commence soit dès la sortie des facultés de droit, soit peu de temps après. Sans vouloir systématiser exagérément, il est permis de constater que des juges ainsi formés sont davantage prédisposés à la discipline juridictionnelle et enclins à une certaine retenue. De plus, dans les pays relevant de *civil law*, l'exécutif joue parfois un rôle sensiblement influent dans le processus de promotion des juges, ainsi que lors de leur nomination dans les grades élevés de la hiérarchie judiciaire. Une certaine prudence vis-à-vis du milieu extérieur, particulièrement à l'égard de l'exécutif, s'impose ainsi naturellement. Ce contexte se révèle dès lors peu

chrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag. Tübingen, 1966, p. 540.

18 Rivière, *op. cit. supra*, sub 6, pp. 18-20.

propice à l'individualisme des juges, ainsi qu'à la remise en cause publique du bien-fondé des décisions rendues.

Par contre, dans les pays de *common law*, un juge est normalement recruté à un âge mûr et arrive à son poste après avoir occupé une position de juriste praticien, généralement celle d'avocat. Il fait preuve d'un esprit d'indépendance intellectuelle et de responsabilité individuelle bien ancré. Les juges anglo-saxons n'ont aucun «supérieur hiérarchique» et l'exécutif ne dispose d'aucun pouvoir d'ingérence dans leur statut.¹⁹ Cette configuration favorise ainsi la pratique des opinions séparées.

Finalement, il est nécessaire de mettre en relief la mission particulière confiée à la doctrine dans les pays de *civil law*. Cette dernière s'est accoutumée à surveiller continuellement le travail des juges afin de soumettre leur jurisprudence à un examen critique de sorte à introduire la pluralité des idées dans l'univers des juges. De cette manière, la doctrine se substitue à la critique qui, dans les pays anglo-saxons, vient de l'intérieur des juridictions et est réalisée par les juges eux-mêmes sous la forme d'opinions séparées. À cet égard, il nous suffit de renvoyer aux observations de E. Zoller, selon lesquelles, dans le contexte français, ce sont les professeurs d'université qui ont vocation à tenir le rôle que tiennent les grands dissidents dans le système américain.²⁰

E. Hambro se montre hostile à l'idée de favoriser l'un ou l'autre des deux systèmes de droit. Sur le plan strictement logique, opérer un choix entre les deux ne nous avancerait guère car, en effet, une transparence totale autant qu'un secret absolu peuvent s'avérer utiles.²¹ Le droit à former une opinion séparée peut être facilement mis en cause si on poursuit la logique inhérente aux traditions continentales. Inversement, la critique ainsi inspirée peut être réfutée avec la même facilité au nom et avec les arguments de la logique propre au système de *common law*. Il ne serait donc pas judicieux d'en juger, puisque de tels jugements réciproques s'apparenteraient à un «dialogue de sourds».²²

Il est cependant intéressant de constater qu'un certain nombre de pays relevant traditionnellement de la *civil law*, notamment ceux confrontés aux

19 Rupp, *op. cit. supra*, sub 17, pp. 535-536; Kirby, *op. cit. supra*, sub 15, pp. 387-388.

20 Zoller, E. La pratique de l'opinion dissidente aux États-Unis. In: *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*. Paris: Montchrestien, 2001, pp. 614-616.

21 Hambro, E. Dissenting and individual opinions in the International Court of Justice. *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1956, Bd. 17/2, p. 233.

22 Rivière, *op. cit. supra*, sub 6, p. 20.

excès du totalitarisme dans le passé, se montrent prêts à intégrer certains éléments de *common law* dans leurs ordres juridiques. Ils ont notamment introduit la pratique des opinions séparées au sein de leurs *juridictions constitutionnelles* respectives. Il s'agit notamment de l'Allemagne (*Sondervotum, Abweichende Meinung*), l'Espagne (*voto particular*) ou de nouveaux pays démocratiques de l'Europe centrale et orientale (la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie ou la Slovénie). En France, ainsi que dans d'autres pays de *civil law*, bien que la situation ne soit pas encore si avancée, les discussions n'en sont pas moins en cours.²³

Les tribunaux constitutionnels ont tous en commun des particularités qui les distinguent de toute autre juridiction de droit interne. Ils interprètent des textes très abstraits, à forte connotation ou inspiration politique, ce qui les amène à pondérer les intérêts généraux vaguement explicités qui sous-tendent l'existence même de l'État. Ensuite, il s'agit de juridictions à un degré unique, les parties perdantes à l'issue de leurs décisions ne disposant d'aucune voie de recours. Enfin, elles sont composées de juges très réputés et expérimentés, nommés ou élus pour une durée de mandat limitée en vertu de procédures de sélection au cours desquelles les organes politiques pèsent beaucoup. Au sein de telles juridictions, les différences de points de vue entre les juges sont inévitables et justifiées. L'intérêt de dévoiler ces différences devant le public a prévalu contre la rigueur institutionnelle du concept continental, mais également parce que les risques engendrés par le respect de la transparence sont considérés comme moins élevés au sein des juridictions constitutionnelles que dans d'autres juridictions nationales.

En d'autres termes, les lignes de division traditionnelles entre les deux grands systèmes juridiques de *civil law* et de *common law* se déplacent petit à petit au détriment de la *civil law*.

Il n'est pas vraiment nécessaire de s'engager dans une analyse complexe et détaillée pour pouvoir constater que la justice internationale tend en général plutôt vers le concept de *common law*, qui lui est plus proche que vers celui de *civil law*. D'abord, n'ayant pas un caractère centralisé et étant composée de sujets souverains, c'est-à-dire indépendants et égaux, la société internationale ne ressemble guère à l'État français de l'époque napoléonienne. Ensuite, les juges internationaux entrent généralement dans leurs fonctions à un âge mûr, munis d'expériences et de connaissances élevées.

23 En 1996, le Sénateur P. Gélard a déposé une proposition de loi organique qui devait introduire les opinions dissidentes au Conseil constitutionnel. Voir Rousseau, *op. cit. supra*, *sub* 7, p. 1113.

Pourtant, seule une petite partie d'entre eux a pratiqué le métier de juge avant leur nomination. Relativement nombreux sont ceux qui, en revanche, arrivent du milieu universitaire par définition libéral et autonome. Ils chérissent leur propre intégrité intellectuelle et sont mal à l'aise dans des rapports trop hiérarchisés. Enfin, le droit international forme un ordre juridique qui n'est codifié qu'en partie. Sa fraction importante est toujours constituée de règles coutumières, contrairement aux ordres juridiques de *civil law*, quant à eux typiquement écrits en totalité.

Par ailleurs, on ne saurait oublier les similarités existantes entre les magistratures internationale et constitutionnelle. Les juridictions internationales sont des fors très spécifiques, généralement érigés selon le principe d'un degré unique, sans recours. Elles s'adressent aux sujets souverains, détenteurs de la puissance publique. Pour cette raison, elles interviennent, à l'instar des tribunaux constitutionnels, sur un terrain politique hautement sensible. De surcroît, les juges internationaux sont choisis et nommés (élus) en règle générale par les organes politiques, essentiellement par les gouvernements, pour un mandat limité dans le temps (voir *infra*). À ce sujet, leur situation ne diffère guère de celle des juges constitutionnels.

En définitive, dans la logique du statut et de la mission de la magistrature internationale, il semble que ses membres devraient bénéficier d'un droit à des opinions séparées. Toutefois, il serait erroné d'en conclure que les analogies entre la justice internationale et la justice des pays anglo-saxons ont fatalement conduit les États fondateurs à introduire le droit aux opinions séparées dans les statuts des différentes juridictions internationales.²⁴ Au contraire, lesdites analogies n'ont joué qu'un rôle assez marginal dans leur décision politique.

Les considérations prises en compte à l'époque de la création de la CPJI

Afin de comprendre les raisons sous-jacentes à l'instauration des opinions séparées au sein de la première cour internationale authentique de l'histoire, il convient de prêter attention aux débats engagés à l'époque au sein du *Comité consultatif des Juristes*. Ce comité (ci-après le «CCJ») fut chargé d'élaborer

24 Le président de la CEDH J.-P. Costa manifeste, lui aussi, une nette prudence à cet égard. Il écrit que la CPJI a inauguré la tradition des opinions séparées «probablement sous l'influence anglo-saxonne (mais cette seule observation mériterait une longue analyse!)». Voir *op. cit. supra*, *sub* 8, p. 112.

l'avant-projet du Statut de la future Cour pour le Conseil de la Société des Nations, organe profondément politique dont la composition résulta de l'issue de la 1^{ère} guerre mondiale. Bien que les membres du CCJ étaient formellement choisis en tant que «juristes éminents», en réalité, quasiment tous étaient plutôt qualifiables de «juristes d'État» puisqu'ils occupaient des fonctions dans l'appareil gouvernemental ou dans la haute administration de leur pays.²⁵

A l'exception d'une petite minorité, les membres du CCJ possédaient principalement des compétences dans le domaine des affaires internationales si bien qu'un seul d'entre eux (le Néerlandais Loder) avait exercé le métier de magistrat national. Les membres ont ainsi apporté au CCJ davantage leurs expériences et connaissances en droit international que la culture des droits internes de leurs pays respectifs. Quand bien même il était en théorie défendu aux membres du CCJ de recevoir des instructions de la part de leurs gouvernements, il aurait souvent existé dans la pratique une corrélation étroite entre leurs points de vue et les positions de leurs gouvernements respectifs.²⁶

Dans ces circonstances, il aurait été inapproprié mais aussi naïf d'espérer que les discussions au sein du CCJ sur le sujet des opinions séparées reproduiraient et prolongeraient la grande confrontation théorique opposant le célèbre principe du secret des délibérations au droit fondamental qu'est la liberté d'opinion et d'expression. En effet, là n'était pas le véritable enjeu. Les membres du CCJ ont plutôt cherché à répondre à la question épineuse de savoir si et de quelle manière les expériences issues de l'arbitrage international pouvaient être utilisables et recyclables dans le fonctionnement de la future cour.

À cet égard, il était permis de constater que les procédures appliquées par les différents tribunaux d'arbitrage toléraient habituellement que les arbitres mis en minorité se désolidarisent, le cas échéant, de la sentence finale et qu'ils y apposent une opinion dissidente. Une telle pratique a été poursuivie non exclusivement dans les procédures d'arbitrages entre les pays anglo-saxons, mais elle a également prospéré au sein des tribunaux chargés de résoudre des litiges opposant tant ces pays que ceux relevant de la *civil law* (par exemple, l'arbitrage de 1905 dans l'affaire des *Baux perpétuels au Japon* qui

25 Manouvel, M. *Les opinions séparées à la Cour internationale - Un instrument de contrôle du Droit International prétorien par les États*. Paris: L'Harmattan, 2005, p. 61.

26 *Ibidem*, p. 62.

a opposé l'Allemagne, la France et la Grande Bretagne au Japon) ou même uniquement entre ces derniers États (l'arbitrage italo-argentin de 1898).²⁷

Les enseignements déduits de la pratique des tribunaux d'arbitrage internationaux n'étaient pas évidents, en particulier en raison de la situation ambiguë des arbitres ressortissants des parties au litige. En effet, les États parties au litige estimaient leurs ressortissants comme plus «sensibles» à leurs propres arguments que les arbitres étrangers. Ils veillaient par conséquent à ce que ces ressortissants figurent dans la composition du tribunal de sorte qu'ils étaient supposés assumer un rôle de «porte-parole» de leur État envers les autres arbitres. Les arbitres «nationaux» devaient ainsi convaincre les autres arbitres par la force des arguments juridiques avancés par leur État d'origine. En revanche, en raison de la perte de son caractère diplomatique au profit d'attributs juridictionnels, l'arbitrage international exigeait désormais, au sein des tribunaux, la participation de véritables professionnels - juristes. Il est dès lors devenu progressivement incompatible avec le prestige professionnel de l'arbitre «national» de soutenir les arguments de son État, objectivement indéfendables en droit international.

En somme, la personnalité d'arbitre «national» revêtait deux aspects contradictoires: d'un côté, celui d'un interprète docile et privilégié des arguments juridiques avancés par son État et, de l'autre côté, celui d'un expert indépendant ne pouvant se résoudre, en raison de sa réputation de juriste, à agir en tant que simple représentant de l'État, tel un diplomate. Ces deux facettes se trouvaient souvent à l'origine d'importantes tensions et malentendus tant entre ledit arbitre et l'État de sa nationalité, qu'entre l'arbitre «national» et ses pairs.

Auparavant, ces discordes ont déjà entouré l'opinion dissidente de Sir Cockburn dans l'affaire de l'*Alabama* de 1872. Cet arbitre britannique a en effet refusé d'apposer sa signature à la sentence rendue à l'occasion de l'affaire et a ainsi rédigé et publié son opinion dissidente en dépit de l'absence d'autorisation et, en outre, sans en avoir préalablement informé les autres arbitres. Son attitude est souvent caractérisée par la doctrine comme partielle puisqu'elle se montrait plus soucieuse des intérêts du Royaume-Uni que de l'intérêt de la justice internationale.

Sir Cockburn ne s'est pourtant pas comporté pour autant comme un «porte-parole» du gouvernement britannique. Alors qu'il a publiquement proclamé avec conviction que le peuple anglais accueillerait malgré tout la

27 *Ibidem*, p. 54.

sentence «avec la soumission et le respect dus à la décision d'un tribunal dont il a consenti à accepter librement l'arrêt», le ministre des affaires étrangères britannique, de son côté, lui a fait part de sa frustration et de son désaccord: «Je regrette cependant que vous ayez cru nécessaire d'attaquer dans votre introduction... le gouvernement... Je ne crois pas qu'il soit convenable qu'un représentant de l'Angleterre jette de la boue sur son gouvernement et ses représentants diplomatiques».²⁸

Les conséquences imputables à la situation houleuse régnant autour de l'opinion dissidente de Sir Cockburn n'ont pas disparu de la conscience internationale sans laisser des traces et sans doute planaient-elles aussi sur les débats au sein du CCJ en 1920.²⁹ C'est dans ce contexte de méfiance envers les juges ressortissants des parties au litige qu'il faut apprécier la proposition initiale du libellé de l'article 57 du Statut de la CPJI présentée par le Comité de rédaction du CCJ. Celle-ci envisageait la faculté pour les juges d'émettre une opinion séparée motivée, sauf pour les juges possédant la nationalité des parties au litige.

Ladite proposition traduit non seulement, à mes yeux, la conviction des rédacteurs qu'il était souhaitable, et de surcroît conforme à la pratique arbitrale bien établie, de donner aux juges internationaux la faculté susmentionnée, mais exprime également leur volonté d'empêcher les effets pervers envisageables dans l'hypothèse où cette faculté serait exercée par les juges ressortissants des États parties au litige. M. Manouvel estime, à juste titre, que les rédacteurs du libellé initial ont songé à une double protection: dans un premier temps, éviter que les juges de la Cour ne puissent apparaître devant le public comme les simples avocats des parties au litige, et, dans un second temps, protéger l'indépendance de ces mêmes juges vis-à-vis de l'État dont ils étaient ressortissants.³⁰

Le CCJ a partagé les préoccupations de son Comité de rédaction. Cela étant, par souci de ne pas discriminer des juges «nationaux», il s'est résolu à proposer au Conseil une interdiction générale de motiver les oppositions et réserves concernant tous les futurs juges, indépendamment de leur lien avec les parties au litige. Le Conseil n'a toutefois pas donné son aval et, au contraire, a décidé d'ouvrir la faculté à tout juge de joindre à l'arrêt un «exposé de son opinion individuelle», sans distinction aucune. Finalement, l'Assemblée

28 *Ibidem*, pp. 40-42.

29 *Ibidem*, p. 68.

30 *Ibidem*, p. 68.

a donné son accord à la version de l'article 57 arrêtée par le Conseil. Il est intéressant de relever que le projet lui a été formellement transmis par le délégué de la France au Conseil, L. Bourgeois, qui était favorable au libellé proposé. De même, les représentants de deux autres pays de *civil law* au sein de la sous-commission compétente de l'Assemblée – la Grèce et le Brésil – se montraient également, aux côtés du délégué britannique, parmi les adeptes les plus convaincus des opinions séparées.³¹

L. Bourgeois a indiqué, lors de son intervention orale, qu'il fallait «donner aux divers courants juridiques, représentés par les divers États, la possibilité de collaborer avec la Cour au développement du droit international». Il a estimé que cet objectif pourrait être atteint précisément en donnant le loisir à n'importe quel juge non consentant de présenter son avis motivé. M. Manouvel soutient que les États se sont montrés favorables à l'introduction des opinions séparées afin d'éviter, par ce moyen, l'affaiblissement de leur propre autorité en tant que législateurs internationaux. En effet, puisque le pouvoir législatif international représenté par l'ensemble des États souverains serait nécessairement hétérogène, il serait par conséquent handicapé face à un «gouvernement des juges», dont l'homogénéité serait renforcée par la fiction que tous les juges siégeant décident toujours de manière unanime et qui découle de l'interdiction des opinions séparées. Autrement dit, en ouvrant aux juges individuels la faculté de se désolidariser de leur formation, les États fondateurs de la CPJI auraient souhaité «relativiser l'autorité de la jurisprudence du tribunal international».³²

A mon sens, même si une telle thèse ne saurait être d'emblée écartée, il me paraît plus probable que les diplomates ayant pris part aux négociations sur le statut de la CPJI, en s'engageant en faveur des opinions séparées, ont tout simplement obéi à la seule expérience commune qu'ils partageaient, à savoir celle dégagée de l'histoire de l'arbitrage international.³³ Conformément à celle-ci, et comme je l'ai déjà indiqué, l'arbitre était réputé incarner «son» État au sein d'un tribunal international, tout en n'étant pas un interprète aveugle et partial de ses intérêts juridiques. Il personnifiait ainsi le pouvoir

31 *Ibidem*, pp. 81-82.

32 *Ibidem*, pp. 79-80.

33 Sur l'état actuel de la question des opinions séparées dans l'arbitrage international *largo sensu*, voir Rees, P. J. & Rohn, P. Dissenting opinions: can they fulfil a beneficial role? *Arbitration International*, 25(3), pp. 329-346.

souverain de l'État, notamment son pouvoir judiciaire, tout en ne représentant pas juridiquement cet État, et ce, contrairement à un diplomate.

Sous un tel angle, il a paru politiquement inacceptable pour les États que les opinions juridiques d'un juge, incarnant leur pouvoir souverain au sein d'un tribunal international, puissent être définitivement enfermées dans l'anonymat du cercle des «techniciens» du droit en vertu du principe du secret des délibérations, et uniquement en raison de la circonstance aléatoire que ces opinions sont devenues minoritaires au moment du vote des juges sur le projet d'arrêt. Une telle solution «technique» ne pourrait coexister avec une société internationale politique dont la clef de voûte est constituée par le principe de l'*égalité souveraine*. En effet, c'est grâce à ladite personnification du pouvoir d'État que les juges internationaux obtiennent des États l'habilitation pour rendre une justice interétatique.

Dans la même perspective, il est possible de comprendre l'échec politique de l'initiative prise en 1944 par la Commission interalliée informelle chargée de rédiger un rapport sur l'avenir de la CPJI. Sur le sujet des opinions dissidentes, la Commission a abouti à la proposition suivante: «... nous sommes non seulement en faveur du maintien du système des opinions dissidentes, mais nous nous prononçons en faveur de l'élargissement des dispositions du Statut actuel... A notre avis, tout juge qui n'approuve pas l'opinion de la majorité, devrait avoir l'obligation d'exposer les raisons de son désaccord...».³⁴ Or, si en théorie, il est parfaitement concevable d'obliger un juge à motiver son désaccord avec le jugement auquel il a participé, cela s'avère au contraire difficilement réalisable dans les relations interétatiques personnalisées par les juges internationaux. Entre les sujets souverains égaux, il semble en effet impossible d'imposer à l'un d'entre eux une *obligation juridique* de justifier son opinion juridique seulement parce qu'elle diffère de celle défendue par la majorité d'autres États.

L'idée d'incarnation de l'État reflète en particulier la réalité des juridictions internationales composées selon le principe «un juge par État membre», à l'instar des cours européennes de Strasbourg ou de Luxembourg, toutes deux créées quasiment en même temps, au début des années 1950. Cependant, elle a également laissé son empreinte dans des cours et tribunaux composés d'un nombre de juges réduit au sein desquels seuls certains États participant ont leur juge «national», ce qui est le cas des juridictions au niveau universel ainsi que des juridictions régionales, non européennes.

34 Cité par Sereni, *op. cit. supra*, sub 13, pp. 842-843.

S'il est vrai qu'au sein de plusieurs juridictions universelles [la CPJI, la CIJ, le Tribunal international du droit de la mer (ci-après le «TIDM»)] les juges sont présumés représenter «les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde» et non leurs États d'origine (l'art. 9 du Statut de la CIJ), la situation réelle est nettement moins brillante puisque, depuis les débuts, les «principaux systèmes juridiques du monde» sont confondus avec l'ordre juridique de chacun des membres permanents du Conseil de (sécurité). Les ressortissants des grandes puissances font dès lors partie de la composition de la CIJ de façon ininterrompue, ce qui transforme la procédure de sélection des juges en question en une opération entièrement «nationalisée». Par ailleurs, les juges ressortissants d'autres États membres de l'ONU sont élus à la CIJ au nom des groupes régionaux, ce qui encourage, à son tour, des tractations parmi les plus inattendues. À cet effet, les gouvernements intéressés n'hésitent pas, dans le but d'obtenir un soutien pour leurs candidats à la fonction de juge international, à appuyer des candidats d'autres États qui postulent à des organes non judiciaires des Nations Unies. Ces soutiens réciproques font donc souvent l'objet de marchandages, sans égard pour la nature des organes en cause: ils sont échangés aux fins de l'élection tant aux organes judiciaires qu'à ceux purement politiques.³⁵ Dans ces circonstances, la «nationalisation» des procédures d'élection devient inévitable.

En outre, «l'incarnation» se reflète, au sein de nombreuses juridictions internationales, encore plus nettement dans le phénomène des juges *ad hoc*. Ces derniers sont nommés dans la formation de jugement, en règle générale directement par chaque État partie au litige qui ne dispose pas de «son» juge parmi les juges titulaires de la juridiction intéressée. Il s'ensuit que la procédure de leur nomination est dépourvue de tout élément international, elle est donc totalement «nationalisée».

L'opinion séparée et le Droit International général

1. La pratique des opinions séparées est très largement répandue dans les juridictions internationales. Imitant la CPJI, la CIJ (l'art. 57 du Statut) et le TIDM (l'art. 30[3] du Statut) accordent depuis

35 Malenovský, J. La justice internationale face à la mondialisation: les nouveaux défis de l'indépendance du juge international. *Pravo w XXI wieku, Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, praca zbiorowa pod redakcją Władysława Czaplińskiego, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa, 2006, pp. 518-535.

l'origine à leurs juges respectifs le droit à une opinion séparée. Il en est de même pour les trois juridictions régionales des droits de l'homme: la CEDH (art. 45[2] de la Convention européenne des droits de l'homme), la CIADH (art. 24[3] du Statut) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 28[7] du Protocole relatif à la Charte africaine). Les deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 23[3] du Statut) et pour le Rwanda (art. 22 du Statut) accordent également ce droit à leurs membres, tout comme les organes quasi-judiciaires, le Comité des droits de l'homme en tête (Règle 98 du Règlement de procédure).

2. Dans les faits, les juges internationaux recourent aux opinions séparées assez fréquemment au sein des juridictions internationales qui en reconnaissent l'usage. Ainsi, s'agissant de la CPJI, sur 196 décisions, 72 opinions et déclarations séparées ont été enregistrées, alors que concernant la CIJ, sur 243 décisions, 1 017 opinions et déclarations sont dénombrées.³⁶ Ainsi, il est possible d'en déduire une tendance allant vers l'amplification. A la CEDH, la lecture des diverses statistiques couvrant toute la période de son existence permet d'aboutir à la même conclusion: seuls 25 % de ses arrêts sont rendus à l'unanimité, 15 % contiennent une ou plusieurs opinions dissidentes et 60 % sont accompagnés d'une ou plusieurs opinions concordantes. Autrement dit, les opinions séparées s'attachent aux trois quarts de ses décisions sur le fond.³⁷ De multiples opinions séparées accompagnent également les arrêts du TIDM [p. ex., au second arrêt rendu dans l'affaire *Saïga* en 1999, un nombre très important de juges (15 sur 20) a apposé des opinions séparées], mais aussi ceux rendus par les petites chambres des deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.³⁸
3. Les règles analogues de droit international conventionnel accordant aux juges le droit à une opinion dissidente, au sein de différentes juridictions internationales, ne sont quasiment jamais

36 Les chiffres au 15 novembre 2004. Voir The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, p. 1209.

37 White, R. C. A. & Boussiakou, I. Separate opinions in the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 9(1), 2009, p. 53.

38 Manouvel, *op. cit. supra*, sub 25, pp. 89-90.

critiquées ou contestées, ni par les États, ni par la doctrine. Au contraire, les appréciations favorables de ce droit subjectif, ainsi que de son exercice, prédominent généralement et sont notamment exprimées par les juges internationaux eux-mêmes³⁹ ainsi que par les présidents de certaines cours internationales.⁴⁰ De plus, il est constant que le droit à une opinion dissidente est également exercé dans la pratique par les juges internationaux provenant des pays relevant du système juridique continental, bien que probablement moins souvent que le font les juges émanant des pays anglo-saxons.⁴¹ En somme, des propos critiques portant sur l'institution des opinions séparées en tant que telle apparaissent rarement.⁴²

4. En outre, lesdites dispositions conventionnelles parallèles sont généralement interprétées de façon *large*. Par exemple, en 1922, la CPJI s'est crue autorisée à insérer dans son Règlement, une disposition qui a ouvert à ses juges la possibilité d'émettre désormais des opinions séparées sur les avis consultatifs, alors qu'il n'existait pas de base explicite permettant une telle extension dans son Statut de l'époque.⁴³ À cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler le débat ayant eu lieu à la CPJI en 1926, lors de la conférence sur la révision du Règlement. Les juges Loder (Pays-Bas) et Weiss (France) avaient réclamé l'annulation de la disposition du Règlement qui étendait le champ d'application du droit des juges aux opinions séparées sur les avis consultatifs, au motif que la Cour aurait été instituée conformément au concept du droit continental qui n'accorde généralement pas un tel droit. Or, selon eux, la disposition mentionnée devrait être lue de façon stricte étant donné qu'elle ne serait qu'une exception au concept continental, admise comme une concession à la culture anglo-saxonne.

39 White, R. C. A. & Boussiakou, I. Voices from the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27(2), June 2009, p. 177.

40 Wildhaber, L. Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme. In: Dupuy, R.-J. (dir.). *Mélanges en l'honneur de N. Valticos. Droit et justice*. Paris: A. Pedone, 1999, pp. 529-535; Costa, *op. cit. supra*, sub 8, pp. 111-121.

41 Prott, L. V. The latent power of culture and the international judge. *Professional Books*, Abington, Oxon, 1979, pp. 116-117.

42 Voir, p. ex., Calliess, *op. cit. supra*, sub 9, pp. 143-153.

43 Voir The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, p. 1201.

Pour cette raison, elle devrait rester exclusivement prévue pour la procédure contentieuse. Les deux juges ont également émis des doutes au sujet de la conformité de ladite disposition avec le principe du secret des délibérations énoncé à l'article 54 du Statut. Leurs arguments n'ont toutefois pas convaincu leurs pairs si bien que la proposition a été rejetée.⁴⁴

5. Par ailleurs, les opinions séparées sont parfois tolérées à défaut d'une autorisation expresse dans l'instrument constitutif d'un tribunal international. En dehors du précédent créé par l'arbitre britannique Cockburn dans l'affaire de l'*Alabama* auquel j'ai déjà fait allusion et contre lequel seul l'arbitre américain a protesté tandis que les trois autres arbitres, provenant d'ailleurs des pays de *civil law*, n'ont soulevé aucune objection,⁴⁵ il convient encore de relever l'exemple des tribunaux arbitraux mixtes institués en exécution des traités de paix au lendemain de la 1^{ère} guerre mondiale. Ces tribunaux ont en règle générale reconnu à leurs membres la faculté d'émettre des opinions séparées, bien que seul le règlement du Tribunal institué entre la Yougoslavie et la Hongrie prévoyait une disposition expresse en ce sens.⁴⁶ De même, certains juges, membres des tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo mis en place après la 2^e guerre mondiale, ont formé des opinions séparées sans que cela ne soit prévu expressément par les Alliés.⁴⁷ Ou encore, il est possible de noter que le Règlement de procédure du Comité des droits de l'homme introduit la pratique des opinions séparées à défaut d'une disposition expresse à cet égard dans le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. De surcroît, ces opinions sont pratiquées au-delà des constatations rendues par le Comité sur le fond des affaires traitées et s'attachent désormais à toute sorte de décisions.⁴⁸
6. Il importe de relever que le droit des juges d'émettre des opinions séparées est également prévu dans les instruments constitutifs des

44 Anand, *op. cit. supra*, sub 10, p. 796.

45 Manouvel, *op. cit. supra*, sub 25, p. 41.

46 Sereni, *op. cit. supra*, sub 13, p. 844, note en bas de page N° 23.

47 Prot, *op. cit. supra*, sub 41, pp. 114-115.

48 Nowak, M. *UN covenant on civil and political rights. CCPR Commentary*. 2nd revised edition. Kehl, Strasbourg, Arlington: N. P. Engel Publisher, 2005, p. 897.

juridictions internationales nouvelles. En effet, comme précédemment indiqué, les États africains ont naguère institué la cour africaine des droits de l'homme et ont octroyé à ses juges le droit à une opinion séparée.

En outre, à la fin des années 1990, les États ont signé le Statut de la CPI. Il est révélateur de constater que ce traité permet aux juges de la CPI de former une opinion «individuelle» ou «dissidente» quand bien même le premier projet de Statut, élaboré par la Commission du droit international («CDI») des Nations Unies en 1994, avait prévu que «le seul jugement sera publié». Ce libellé aurait traduit le vœu de la majorité au sein de la CDI selon laquelle il serait désastreux pour l'autorité de la CPI et de ses arrêts de rendre publics les dissentiments entre ses juges dans les affaires pénales. La version finale du Statut adoptée par les États à la conférence de Rome a pourtant accordé aux juges de la CPI le droit aux opinions séparées (de manière explicite dans le cadre de la procédure d'appel), ceci notamment parce que les juges membres des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, consultés à ce sujet, ont fait l'éloge dudit droit pratiqué au sein de ces tribunaux et du fait qu'ils pouvaient l'exercer.⁴⁹

7. Tout en admettant qu'il existe une certaine tension entre le droit à une opinion séparée et l'obligation du secret des délibérations, les États et les juges internationaux partagent très majoritairement l'idée que les deux peuvent être conciliés au sein des juridictions internationales. Il a été indiqué précédemment que, si le secret des délibérations dissimule tout ce qui se passe dans la formation antérieurement à l'adoption d'un arrêt, la prise de décision relève déjà, dans une certaine mesure, du principe selon lequel les arrêts doivent être rendus en public. Il s'ensuit que les opinions séparées, émises simultanément avec l'arrêt, ne sauraient être assujetties davantage au principe du secret des délibérations, mais plutôt au principe de la publicité des arrêts.

La coexistence des deux principes évoqués se voit déjà souvent admise dans le traité fondateur. Ainsi, par exemple, le Statut de la CIADH dispose, à son art. 24[2], que «des délibérations de la

49 The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, pp. 1196-1197.

Court ont lieu à huis clos» et qu'elles «doivent demeurer secrètes», alors que l'alinéa 3 de ce même article exige la publication conjointe des décisions de la Cour et des votes et opinions individuelles des juges.

Par ailleurs, au sein des juridictions internationales, il existe parfois des réglementations ou mécanismes à finalité préventive susceptibles d'assurer que le contenu des opinions séparées émises ne porte pas atteinte au secret des délibérations.⁵⁰ Même les organes quasi-juridictionnels, à l'instar du Comité des droits de l'homme, siégeant à huis clos, se sont adaptés et combinent la confidentialité de leurs procédures avec la publicité des opinions séparées émanant de leurs membres.

En conséquence, il peut être constaté que, dans le domaine de la justice internationale, le droit du juge à une opinion séparée est généralement considéré comme compatible avec l'exigence du secret des délibérations, l'exercice de l'un n'entravant pas l'intérêt protégé par l'autre.

8. Eu égard à ce qui précède, je parviens à une conclusion qui diffère considérablement de celle défendue, encore dans les années 1960, par le Professeur Sereni. Ce dernier était convaincu qu'il n'existait aucun principe de droit international selon lequel le juge d'un tribunal international bénéficierait d'un «pouvoir intrinsèque» (plutôt, d'une compétence implicite - J. M.) l'autorisant à toujours apposer son opinion séparée à un jugement de sa formation lorsqu'aucune clause prohibitive expresse ne figure dans le Statut. En effet, dans l'hypothèse où le Statut reste muet à cet égard, il ne saurait en être déduit pour autant une présomption en faveur d'une telle compétence du juge. Bien au contraire, à partir des règles protégeant le secret des délibérations, il serait parfois fondé de conclure que le juge se trouve dans l'obligation de ne pas rendre publics les motifs et les modalités de son vote.⁵¹

Je ne partage pas le scepticisme du Professeur Sereni qui était peut-être encore justifié il y a un demi siècle. Tenant compte de

50 S'agissant de la CEDH, voir Mahoney, P. The drafting process of the judgements of the European Court of Human Rights. In: Vogenauer, S. & Andenas, M. (eds.). *Essays in honour of Lord Bingham of Cornhill*. London: Hart Publishing, à paraître en 2010.

51 Sereni, *op. cit. supra*, sub 13, pp. 844-845.

toutes les données historiques et des éléments extraits de la pratique internationale établie et prenant également en considération l'évolution du droit international pendant ces dernières décennies, il me paraît fondé de pouvoir constater, d'ores et déjà, l'*existence d'une règle de droit international général de caractère permissif* qui accorde à la magistrature internationale le pouvoir autonome de prévoir, dans le règlement de procédure d'une juridiction internationale, le droit de ses juges à une opinion séparée, même si un tel droit n'est pas expressément prévu par son traité constitutif. C'est le principe général de l'égalité souveraine qui a sous-tendu l'émergence de cette règle et qui a influé favorablement le processus de sa cristallisation. En particulier, le principe de l'égalité souveraine agit en tant que catalyseur déclenchant la métamorphose de l'ensemble des droits à une opinion séparée, accordés en vertu de divers instruments conventionnels particuliers, en une règle unique de droit international général. Ce processus de transformation est facilité et accéléré par l'effet d'une évolution d'envergure du droit international dans le domaine de la protection des droits de l'homme, et avant tout en matière de liberté d'expression, ainsi que par la tendance, dans le droit international, visant à renforcer la protection de l'indépendance de la magistrature internationale (voir *infra*).

En *droit interne*, des règles permissives supposent en principe l'assistance et le concours des règles prohibitives de ce droit, qui prohibent aux sujets de droit interne toute ingérence dans la discrétion garantie par la règle permissive. En *Droit International général* toutefois, la situation est différente. L'écrasante majorité de ses règles coutumières, y compris celles qui traduisent le principe de l'égalité souveraine et, par conséquent, celles accordant la faculté d'émettre des opinions dissidentes, font partie du *ius dispositivum*. Par définition, elles sont susceptibles d'une dérogation explicite ou tacite. Pour cette raison, ladite règle permissive de droit général est présumée s'appliquer, à moins qu'il ne découle clairement du comportement des États fondateurs d'une juridiction internationale qu'ils aient souhaité y déroger. Il faut ainsi rechercher l'éventuelle volonté de dérogation (une clause prohibitive) dans le texte même de l'instrument constituant, normalement le Statut, ou bien, cette volonté est à dégager du comportement implicite des États fondateurs. Par conséquent, la

simple absence des dispositions relatives au droit des juges à une opinion séparée dans le Statut, non accompagnée d'indications de caractère prohibitif, devrait en principe être considérée comme une présomption selon laquelle il est loisible à l'ensemble des juges de la juridiction internationale en question de prévoir un tel droit dans le Règlement, ou, du moins, de tolérer des opinions séparées de ces juges dans la pratique.

Des juridictions internationales hostiles aux opinions séparées

La pratique internationale généralement favorable aux opinions séparées connaît certaines exceptions. Il existe des fors dont les règles, tant écrites que non écrites, ne permettent pas la divulgation des opinions séparées. Bien que leurs fondateurs ne contestaient pas de toute évidence l'opportunité de telles opinions en théorie, a cependant prévalu un intérêt supérieur opposé à la liberté d'expression des juges et issu du contexte précis entourant la juridiction en question.

Au niveau universel, il s'agit de l'Organe d'appel de l'OMC (ci-après «l'OA»), qui n'a cependant dérogé que partiellement à la règle permissive de droit international général autorisant les opinions séparées. Le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends consacre, en effet, le principe des opinions séparées, mais pas leur identification nominale, si bien que les rapports de l'OA exposent les idées divergentes sans toutefois en nommer les auteurs. Selon H. Ruiz Fabri, si une telle mesure n'empêche pas les spéculations, elle évite néanmoins «une rupture trop nette de la solidarité et l'identification de lignes de partage durables entre membres d'un organe peu nombreux» (l'OA se compose de sept membres, mais les appels sont entendus par des sections de trois d'entre eux, formées par roulement). Dans la pratique, le nombre d'opinions séparées y demeure plutôt minime.⁵²

Le seul milieu diamétralement hostile à une pratique tolérante sur les opinions séparées est celui des juridictions des Communautés européennes au sein desquelles le principe même des opinions séparées ne prospère pas. En s'interrogeant sur les causes de ce rejet, il est d'emblée possible écarter l'assertion selon laquelle le refus d'accorder aux juges communautaires un

52 Ruiz Fabri, H. Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière. *RGDIP*, 2006/1, p. 60.

tel droit résulterait du fait que «les six États fondateurs représentaient majoritairement une culture juridique différente de la culture anglo-saxonne».⁵³ À cet effet, il convient de constater que la liste des pays ayant achevé les négociations sur le projet de Convention européenne des droits de l'homme, et ce pratiquement au même moment qu'a été lancé le projet de première Communauté européenne, bien qu'elle était plus longue, n'en était pas pour autant fondamentalement différente et, pourtant, ces négociations ont abouti à la consécration du droit des juges strasbourgeois aux opinions séparées.

Les travaux préparatoires du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier semblent confirmer que les constituants désiraient la même chose que les pays négociant la Convention de Rome. En effet, ils insistaient pour qu'un large débat soit engagé sur chaque question difficile que la Cour a connue, par le biais de la divulgation d'avis de membres de la Cour divergeant des motifs retenus par la majorité des juges.⁵⁴ Au vu de l'originalité du projet communautaire, qui s'analysait en une synthèse inexplorée des droits international et administratif, un tel vœu n'avait rien de surprenant. Par conséquent, une proposition visant à introduire les opinions séparées des futurs juges dans le concept naissant aurait été exprimée de façon formelle par le délégué des Pays-Bas.⁵⁵ Elle aurait néanmoins échoué en raison de l'opposition de la délégation française qui a suggéré une solution alternative.⁵⁶

Il existe plusieurs hypothèses pouvant expliquer pourquoi la France, État qui a dominé la table des négociations, ne souhaitait pas rejoindre la pratique, favorable à la liberté d'expression des juges mis en minorité, existante dans d'autres juridictions internationales. Premièrement, la nouvelle cour ne devait se composer que de sept juges et sa taille modeste (à la différence de la CIJ ou de la CEDH) n'a pas facilité l'adoption de mesures pouvant entraver la solidarité du collectif restreint des juges, parmi lesquelles l'introduction de la faculté d'émettre des opinions séparées. Deuxièmement, le Traité de Paris a mis sur pied tout un système nouveau reposant sur de puissantes

53 Costa, *op. cit. supra*, sub 8, p. 112, qui admet pourtant avec une certaine réserve cette hypothèse.

54 Léger, Ph. De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes. In: *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyser. L'honnête homme et le droit*. Paris: LGDJ, 2000, p. 263.

55 Selon Lagrange, M. *La Cour de justice des Communautés européennes*. Bruxelles: Institut d'études européennes, ULP (éd.), 1981, p. 24.

56 Rivière, *op. cit. supra*, sub 6, p. 17.

institutions supranationales dont l'autorité ne devait pas être remise en cause en leur sein même. Dans cette perspective, le rejet du principe des opinions séparées n'aurait pas été dicté dans un souci de protection de l'autorité des arrêts de la Cour, mais visait plutôt à accroître l'autorité de la Cour elle-même, et, partant, celle de la Communauté dans le cadre de ses rapports avec les États membres.⁵⁷ Finalement, il existe une autre explication, liée à la situation politique de l'époque, mais qui n'est guère évoquée par la doctrine. J'y trouve cependant le motif le plus essentiel du rejet du droit aux opinions séparées.

En effet, l'idée d'une Communauté du charbon et de l'acier a été lancée par M. R. Schuman, ministre français des affaires étrangères, le 9 mai 1950, soit cinq ans, jour pour jour, après la fin de la 2^e guerre mondiale dont l'ombre planait sur le projet.

Le plan français a poursuivi plusieurs buts. Dans un premier temps, il visait à éviter que l'industrie de guerre allemande ne resurgisse pour la troisième fois, et dans un second temps, il tendait à ce que la partie occidentale du continent puisse se protéger plus efficacement contre l'expansionnisme soviétique.⁵⁸ Dans cette expectative, le projet communautaire donnait au gouvernement français un outil politico-économico-juridique ciblé au moyen duquel il pouvait exercer son influence sur les territoires des États vaincus, notamment en Allemagne, qui tout récemment avait recouvré son indépendance. Parmi les six États fondateurs, se trouvaient par ailleurs deux pays vaincus, tous deux d'une taille et d'un poids géopolitique traditionnellement très importants. Cette situation n'était donc sûrement pas sans danger pour les quatre autres membres. Dans le contexte plus encadré d'un tel danger, il y avait un autre élément pertinent s'agissant des risques possibles pour le fonctionnement de la future cour, à savoir que, dans l'Allemagne nazie, le droit avait concouru de manière importante à la réalisation des projets génocidaires auxquels de nombreux juristes et juges avaient été associés.

Dans ces circonstances, les dirigeants français avaient de bonnes raisons d'être vigilants et de ne pas s'aligner sur la pratique amicale des opinions séparées, adoptée au sein des juridictions internationales de La Haye et de Strasbourg. Ils lui ont ainsi préféré un modèle qui ne donnait pas aux juges communautaires «à risque» le droit de s'attaquer en public aux arrêts définitifs adoptés, le cas échéant, malgré leur position minoritaire. L'abus d'un tel droit

57 Sereni, *op. cit. supra*, sub 13, p. 844.

58 Lenaerts, K. & Van Nuffel, P. *Constitutional Law of the European Union*. R. Bray (ed.), 2nd edition. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2005, p. 4.

aurait pu, en effet, devenir réalité dans l'hypothèse où la situation politique en Allemagne se serait dramatiquement dégradée. De surcroît, au début des années 1950, le gouvernement français pouvait également être effrayé par les abus fréquents, politiques et idéologiques, d'opinions dissidentes à la CIJ, de la part du juge soviétique et de certains autres juges, abus devenus par ailleurs les symptômes de la guerre froide.⁵⁹ Cet élément complètement externe a très bien pu jouer indirectement un rôle dans le choix du modèle de fonctionnement de la première juridiction communautaire.

Le rejet des opinions séparées et leur remplacement par les conclusions des avocats généraux, cette substitution étant inspirée de l'institution du «commissaire du gouvernement» de la juridiction administrative française, correspondaient parfaitement aux intérêts politiques français de l'époque. D'un côté, les avocats généraux, membres de la Cour de justice des Communautés Européennes, répondent en son sein à la nécessité d'un certain pluralisme, et de l'autre côté, leurs conclusions, même non conformes sur le fond avec les arrêts de la Cour, ne critiquent pas ces derniers puisqu'elles les précèdent. De cette manière, les conclusions de l'avocat général constituent pour les juges, au début de leurs délibérés, une source à la fois d'inspiration et de défi intellectuels. Les craintes de régression et de possible «sabotage» de l'autorité de la juridiction communautaire, présentes sans doute à la table des négociations en 1950, ont ainsi pu être dissipées. La méfiance a pu se transformer en confiance, les deux premiers avocats généraux de l'histoire étant le Français M. Lagrange et l'Allemand K. Roemer...

Les opinions séparées, l'autorité judiciaire et la liberté d'expression du juge international

La question des opinions séparées peut également s'analyser dans l'optique de la liberté d'expression des juges internationaux. En effet, L. Wildhaber, ancien président de la CEDH, met en exergue que les opinions séparées «soulignent la liberté d'expression et l'indépendance des différents juges».⁶⁰ Cette dimension du problème, qui relève des droits de l'homme, a toutefois manqué de toute pertinence lors des travaux préparatoires du projet de Statut de la CPJI il y a 90 ans, puisqu'à l'époque, aucun catalogue généralement

59 Isaïa, H. Les opinions dissidentes des juges socialistes dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. *RGDIP*, 1975, pp. 657-708.

60 Wildhaber, *op. cit. supra*, sub 40, p. 529.

reconnu des droits fondamentaux n'existait en droit international. Les droits de l'homme, appliqués aux juges internationaux, sont également passés inaperçus lors de l'institution des deux cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, tout au début des années 1950. Effectivement, à cette date, la Déclaration universelle des droits de l'homme était certes déjà rédigée, mais néanmoins, les négociateurs de pays européens ne voyaient de toute évidence pas de quelle manière aurait-elle pu avoir des répercussions concrètes sur le statut du juge européen et communautaire. Par conséquent, ce n'est qu'à une époque beaucoup plus récente que le volet des droits de l'homme a complété les autres dimensions propres à la question déjà complexe des opinions séparées. De ce fait, l'examen de la question des opinions séparées devait être «revisitée» et les résultats de sa «mise à jour» devaient refléter ce nouvel élément.

Or, il est désormais bien établi que les juges, y compris les juges internationaux, ne sont pas privés du droit à la liberté d'expression. En effet, les catalogues internationaux attachent invariablement ce droit à «toute personne» (par. ex. l'article 19[2] du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 10[1] de la Convention européenne des droits de l'homme). La CEDH a par ailleurs rendu un certain nombre d'arrêts dans lesquels elle a reconnu ce droit aux fonctionnaires publics dans un premier temps,⁶¹ puis dans un second temps, aux magistrats.⁶² De plus, les Principes de Burgh House énoncent également, au point 7[1], et sans ambiguïté, que «les juges jouissent de la liberté d'expression et de la liberté d'association au cours de leur mandat».

Dans la mesure où la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, toute restriction de cette liberté appelle une interprétation stricte. Un des buts légitimes au nom desquels il est toutefois permis de la restreindre se confond avec la nécessité de garantir l'*autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire*. Ce but apparaît expressément à l'article 10[2] de la Convention européenne des droits de l'homme et implicitement dans la notion d'ordre public énoncée à l'article 19[3] du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.⁶³ En effet, une opinion séparée se présente comme la contestation d'une décision rendue par le

61 Les arrêts *Glaserapp* et *Kosiek c. Allemagne* du 29 août 1986, série A N° 104 et N° 105, ainsi que *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, série A N° 323.

62 L'arrêt *Wille c. Liechtenstein* du 28 octobre 1999.

63 Nowak, *op. cit. supra*, sub 48, pp. 464-466.

pouvoir judiciaire de l'État et, par conséquent, elle est, au moins en théorie, susceptible de perturber son ordre public. Pour cette raison, il convient d'examiner la question de savoir si les opinions séparées sont vraiment de nature à porter atteinte à l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire et, partant, à l'ordre public.

A ma connaissance, aucune juridiction internationale n'a jusqu'ici connu un tel type d'affaire. Toutefois, la CEDH a rendu en 1997 un arrêt dans l'affaire *De Haes et Gijssels c. Belgique*, dans lequel elle s'est prononcée au sujet d'une critique publique,⁶⁴ dirigée contre plusieurs magistrats d'Anvers, auteurs d'une décision judiciaire controversée. Ladite attaque verbale a été émise par des journalistes. La CEDH a reconnu dans cet arrêt qu'il incombe à la presse de communiquer «des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui concernent le fonctionnement du pouvoir judiciaire» (§ 37). Si la Cour a relevé qu'il fallait protéger l'action des tribunaux contre des attaques dénuées de fondement, en raison de la mission fondamentale confiée au pouvoir judiciaire dans un État de droit, elle a néanmoins estimé que ce pouvoir judiciaire avait besoin de la confiance du public (§ 38) et a donc parfaitement admis que les décisions judiciaires ne pouvaient pas rester à l'abri de toute critique publique. Par ailleurs, le juge Mather nous éclaire précisément sur cet aspect dans son opinion partiellement dissidente quant à ladite affaire. Il observe ainsi:

Les requérants étaient en droit d'attaquer la décision de la cour d'appel d'Anvers..., les informations objectives dont ils disposaient légitimant les critiques les plus sévères à l'encontre de cette décision... Néanmoins, ce que je reproche... c'est l'insinuation que les magistrats, auteurs de la décision en question, auraient agi délibérément de mauvaise foi... violant ainsi leurs devoirs d'indépendance et d'impartialité... Or, rien ne justifiait une telle insinuation...

Dans ces circonstances, il y a lieu de s'interroger afin de savoir s'il existe, au regard de l'appréciation de la légitimité des restrictions du droit à la liberté d'expression, une différence selon qu'une critique justifiée et non calomnieuse d'une décision juridictionnelle émane du monde extérieur (de la part des journalistes) ou bien de l'intérieur même de la formation de jugement en cause (de la part d'un juge siègeant). À cet égard, la CEDH a fait le constat, dans l'affaire *Wille c. Liechtenstein* précitée, que, lorsqu'il est question

64 L'arrêt rendu le 24 février 1997.

de la liberté d'expression de hauts magistrats, «on est en droit d'attendre des fonctionnaires de l'ordre judiciaire qu'ils usent de leur liberté d'expression avec retenue chaque fois que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont susceptibles d'être mises en cause» (§ 64). La CEDH semble donc confirmer la pertinence du devoir de réserve des juges. Concernant les circonstances de l'espèce, la CEDH a estimé que «rien ne permet de dire que... le requérant ait commenté des affaires en cours, sévèrement critiqué des personnes ou institutions publiques, ou injurié des hauts fonctionnaires ou le prince» (§ 67).

A la lumière de cette formulation, la liberté d'expression des juges se voit fortement réduite lorsque l'expression porte sur les affaires pendantes, ainsi que quant à la forme de la critique formulée (il faut éviter une personnalisation de la critique ou les injures). La Cour demeure en revanche totalement muette à l'égard des affaires dont l'examen a été définitivement clôturé par une décision juridictionnelle. Ainsi, *a contrario*, l'arrêt *Wille* doit être regardé comme n'admettant pas, en principe, de restrictions à la liberté d'un juge de porter une appréciation critique sur la décision juridictionnelle dans une affaire déjà clôturée, au prétendu motif qu'une telle restriction s'avèrerait nécessaire pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

En ce qui concerne le *devoir de réserve* des juges, celui-ci trouve une place importante dans les divers codes d'éthique judiciaire que les juges internationaux ont adopté dans différentes enceintes au cours de ces dernières années (la CPI en 2005, la Cour de justice des CE en 2007 ou la CEDH en 2008). A titre d'exemple, le Code adopté par les juges de la CPI dispose, à son article 9[2], que «bien qu'ils soient libres de participer à tout débat public sur des questions relevant de la sphère juridique, judiciaire ou de l'administration de la justice, les juges ne commentent pas les affaires en cours et s'abstiennent de tout commentaire qui pourrait ternir la réputation et l'intégrité de la Cour». ⁶⁵ En conséquence, ce libellé devrait être lu de telle sorte que les juges qui procèdent aux opinions séparées dans les affaires déjà clôturées «s'abstiennent de tout commentaire qui pourrait ternir la réputation et l'intégrité de la Cour».

Les Principes de Burgh House encadrent le devoir de réserve de manière similaire. Ils disposent que «les juges respectent la confidentialité des délibérations et ne formulent pas d'observations sur les affaires pendantes en dehors du cadre judiciaire» (7.2.), mais restent également explicites au

65 Voir le Code d'éthique judiciaire ICC-BD/02-01-05.

sujet des affaires clôturées. En effet, les Principes énoncent que «des juges font preuve de la retenue appropriée, lors qu'ils commentent, en dehors du cadre judiciaire, les décisions et procédures de leur propre juridiction...» (7.3.), admettant ainsi des commentaires à propos des décisions déjà prises, à condition que ceux-ci soient formulés avec une «retenue appropriée».

En résumé, *il s'avère conforme au droit à la liberté d'expression qu'un juge international puisse s'estimer libre de démontrer systématiquement, sous forme d'opinion séparée, les faiblesses intellectuelles du raisonnement de ses collègues majoritaires,⁶⁶ tout en évitant des propos blessants, voire outrageants.*⁶⁷ Une telle forme d'expression est présumée ne pas porter préjudice à l'autorité du pouvoir judiciaire. La pratique au sein des cours internationales, notamment à la CPJI et à la CIJ, la plus pérenne d'entre elles, montre également que les craintes d'un tel préjudice se sont révélées «*overly pessimistic if not unfounded*».⁶⁸

Il s'ensuit que l'absence ou l'interdiction des opinions séparées au sein d'une juridiction internationale ne saurait d'emblée être justifiée par l'allégation non spécifiée selon laquelle il faut protéger a priori l'autorité de cette juridiction et des décisions qu'elle rend. Il est davantage nécessaire de démontrer qu'une telle dérogation à la règle de droit international général de caractère permissif, évoquée ci-dessus, est proportionnée par rapport au but poursuivi par cette restriction d'envergure à la liberté d'expression des juges. Il en découle par ailleurs que les membres d'une juridiction internationale hostile aux opinions séparées ne sont pas d'emblée privés de leur liberté d'expression par rapport aux affaires clôturées dans lesquelles ils ont siégé, à la condition cependant d'en user avec retenue. Leurs observations devraient dans ce cas être strictement impersonnelles, objectives, destinées de préférence à un public spécialisé sous forme d'articles parus dans les revues juridiques, et ciblées exclusivement sur la décision en tant que telle et non sur les faits qui en sont à l'origine ou sur les idées défendues lors du délibéré.

Les opinions séparées et l'indépendance des juges siégeant

Les arrêts des juridictions internationales entraînent parfois des conséquences économiques ou politiques négatives considérables, qu'il s'agisse de

66 Voire, aussi, Flauss, J.-F. Les obligations des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*. Bruxelles: Sakkoulas-Athènes, Bruylant, 2009, p. 204.

67 Costa, *op. cit. supra*, sub 8, pp. 115-116.

68 The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, p. 1215.

l'obligation incombant à l'État de payer à la victime de la violation constatée une réparation ou une «satisfaction équitable», de se retirer d'un certain territoire et beaucoup d'autres encore. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que les États s'intéressent, le cas échéant, à la question de savoir quelle était la position de tel ou tel juge siégeant lors du vote dans l'affaire qui les concerne. Si, au sein d'une juridiction internationale, le droit d'émettre des opinions séparées est reconnu, il est très souvent possible de connaître, soit directement, soit au prix d'une soustraction, la manière dont les juges ont voté. Cela représenterait «un risque non négligeable»⁶⁹ pour l'indépendance du juge international, dès lors que «par l'intermédiaire des opinions dissidentes» les États «peuvent contrôler le comportement de leurs juges».⁷⁰

Le prétendu danger existe-t-il vraiment? Est-il sérieux? Pour y répondre, il convient de s'arrêter d'emblée aux modalités de la nomination des juges internationaux. Celle-ci relève principalement du pouvoir des gouvernements, exercé tant individuellement (lors de la sélection des candidats au niveau national), que collectivement (lors de l'élection ou de la nomination au niveau international des candidats ainsi choisis). Les gouvernements sont des organes profondément politiques et, par définition, font reposer leurs décisions sur des considérations d'ordre politique. L'exercice du choix des juges internationaux ne peut pas échapper non plus à cette logique simple.⁷¹

En procédant à la sélection, le gouvernement s'efforce, en règle générale, de trouver un candidat qui, tout en satisfaisant aux conditions prévues par le traité fondateur, est suffisamment sensible à ses priorités politiques ou du moins celui dont le profil général laisse deviner qu'il serait compatible avec sa conception globale. C'est précisément cette «parenté d'esprit» que les gouvernements cherchent parfois chez le juge de leur nationalité, dont ils revendiquent la présence dans la composition de différentes juridictions internationales ou dans les formations de jugement saisies de leurs litiges.

Les gouvernements n'abandonnent pas les stéréotypes politiques, et ce, dès la sélection des intéressés au niveau national. Il n'est pas rare qu'ils retiennent finalement celui dont ils espèrent recueillir la plus grande tolérance s'agissant de la marge d'appréciation dont ils disposent. Autrement dit, les gouvernements optent parfois pour le candidat dont ils attendent une ample indulgence dans l'appréciation de leurs comportements prétendument fautifs

69 Costa, *op. cit. supra*, sub 8, p. 118-119.

70 Pescatore, P., cité par Manouvel, *op. cit. supra*, sub 25, p. 89.

71 Voeten, E. The politics of international judicial appointments: evidence from the European Court of Human rights. *International Organization*, 61(4), Fall 2007, p. 696.

portés devant la juridiction en question. C'est pourquoi les gouvernements préfèrent souvent des «*juristes d'État*», c'est-à-dire des professionnels ayant des liens étroits avec l'appareil de l'État⁷² (les ambassadeurs, les conseillers juridiques aux ministères des affaires étrangères et ainsi de suite).

Si, dans certains cas, le choix des candidats par les gouvernements se fait selon d'autres préférences, il n'en reste pas moins que là aussi, les considérations d'ordre politique sont souvent pertinentes. À cet égard, E. Voeten relève que les États nouvellement démocratiques d'Europe centrale et orientale ont presque tous désigné, au moment de leur entrée dans l'Union européenne, et apparemment sous l'influence des «critères de Copenhague» (qui ont fixé des conditions strictes pour les États candidats dans le domaine des droits de l'homme), leurs candidats aux fonctions de juges avec des curricula professionnels forts précisément en matière des droits de l'homme (quatre anciens juges à la CEDH et deux anciens juges des cours constitutionnelles). Ceci en dépit du fait que les juridictions communautaires n'entrent pas dans la catégorie des juridictions spécialisées dans ledit domaine.⁷³

En résumé, il peut être démontré que les gouvernements procèdent aux choix de leurs candidats aux postes de juge international parfois à la lumière de considérations d'ordre politique. En opérant un tel choix, ils transmettent de la sorte un message, non seulement aux autres gouvernements, mais également au juge désigné lui-même. Celui-ci peut être amené à interpréter sa désignation comme l'indice d'une certaine expectative de la part de l'autorité qui l'a nommé, à laquelle il devrait satisfaire. Dans cette perspective, le problème d'indépendance s'avère donc très réel.

Dans l'optique du juge international, les opinions séparées peuvent parfois jouer un rôle non dépourvu d'ambiguïté. Ces juges (notamment les juges *ad hoc*) déclarent quelque fois ouvertement se sentir liés, d'une certaine manière, à l'État qui les a désignés ou chargés d'un devoir particulier. Selon le juge *ad hoc* à la CIJ, E. Lauterpacht, un juge *ad hoc* aurait «l'obligation particulière de s'assurer, dans la mesure du possible, que chaque argument pertinent en faveur de la partie qui l'a nommé ait été apprécié dans son intégralité... et que, en définitive, il soit fait état de cet argument - sans qu'il soit nécessairement accepté - dans l'opinion séparée ou dissidente qu'il écrira peut-être».⁷⁴ De même, le juge M. O. Hudson était d'avis que les juges

72 Manouvel, *op. cit. supra*, sub 25, pp. 172-184.

73 Voeten, *op. cit. supra*, sub 71, pp. 678-679; 693-694.

74 L'affaire *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Mesures provisoires)*. Ordonnance du 13 septembre 1993, *Rapports*, CIJ, 1993, pp. 408-409.

internationaux s'estiment obligés, envers l'État de leur nationalité, d'écrire une opinion dissidente bien qu'ils auraient préféré ne pas le faire.⁷⁵ Il est d'ailleurs vrai que, assez souvent, un juge international n'hésite pas, dans les affaires se révélant hypersensibles pour son État d'origine, à prendre, sous forme d'une opinion dissidente, la défense du comportement de ce dernier, condamné par la majorité des autres juges.⁷⁶

En tout état de cause, les éléments dégagés de la pratique jurisprudentielle confirment l'existence de fait d'une «union d'opinions» assez solide du juge international et de l'État de sa nationalité. A titre d'exemple, les statistiques des votes à la CIJ révèlent que les juges «nationaux» votent pour «leur» État dans un ordre de grandeur résolument vertigineux de 80 %.⁷⁷ La situation au sein des juridictions régionales des droits de l'homme s'avère certes moins concluante, toutefois, elle n'est pas substantiellement différente. S'agissant de la CEDH, ses juges - pris indistinctement - votent contre le gouvernement défendeur dans 72 % des affaires, tandis que les juges «nationaux» ne votent contre leur propre gouvernement en position de défendeur que dans 62 % des cas, donc 10 % de moins.⁷⁸

Au vu de ce qui précède, je peux me ranger à l'avis de J.-P. Costa, dans ses propos précités, et soutenir que, dans les relations très particulières existantes entre l'État et le juge international dont ce dernier est ressortissant, l'usage des opinions séparées risque de devenir un élément menaçant son indépendance, notamment, puisqu'il est susceptible de constituer un moyen de contrôle de son comportement en aval, exercé par le gouvernement de son État d'origine, au regard des attentes qu'il a nourries lors de sa nomination. Les opinions dissidentes d'un juge international constituent par ailleurs un élément d'intérêt non innocent pour tous les gouvernements intéressés.

Si le gouvernement désignant aboutit, à l'issue de l'appréciation des comportements connus de «son» juge lors du vote, à la conclusion que ce dernier n'a pas satisfait à ses attentes, il pourrait être tenté de recourir à des

75 Cité par Hambro, *op. cit. supra*, sub 21, pp. 233-234.

76 Voir The Statute, *op. cit. supra*, sub 5, p. 1210. Voir aussi, dans le cadre de la CEDH, par ex., les opinions dissidentes du juge russe dans les affaires tchétochènes, du juge tchèque dans l'affaire relative à la discrimination des enfants Rom ou, encore, du juge au titre de Chypre dans l'affaire opposant son pays à la Turquie.

77 Smith, A. M. "Judicial Nationalism" in International Law: national identity and judicial autonomy at the ICJ. *Texas International Law Journal*, 40(2), Winter 2005, pp. 218-219.

78 Kuijter, M. Voting behaviour and national bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, 10, 1997, pp. 58-60.

actes de rétorsion, rendant, selon les circonstances, plus difficile la réintégration professionnelle du juge international concerné dans l'appareil de l'État au terme de son mandat, le privant de certaines prestations sociales, notamment la pension, ou, plus immédiatement, en ne le reconduisant pas dans sa fonction. La pratique internationale connaît hélas des exemples de telles mesures de rétorsion.⁷⁹

Dans une telle situation, il est légitime de voir dans l'interdiction des opinions séparées un outil qui met les gouvernements dans l'impossibilité de contrôler en aval le comportement des juges internationaux et qui est par conséquent susceptible de renforcer l'indépendance de ces derniers vis-à-vis des États. Je nourris cependant des doutes concernant l'efficacité et la proportionnalité de cette mesure.

S'agissant de son *efficacité*, il est permis d'arguer qu'il est chimérique d'exiger d'un gouvernement une appréciation apolitique des arrêts rendus par une juridiction internationale, ainsi qu'une appréciation politiquement neutre des juges siégeant dans les affaires ayant suscité de tels arrêts. Puisque le rôle crucial des gouvernements dans la nomination des juges internationaux n'est généralement pas contesté, il paraît irréaliste de mettre en cause leur pouvoir de choisir de tels candidats, dont le profil correspond à leurs attentes tenant à des considérations politiques. Si leurs attentes ne sont pas satisfaites, les gouvernements devraient avoir la faculté, à l'expiration du mandat du juge en question, de procéder à son remplacement. Cela étant, il est souhaitable que cette pratique d'appréciation gouvernementale *ex post* soit transparente et encadrée et qu'elle fasse usage des informations publiques en se fondant sur les opinions publiées du juge scruté. Ce souhait est considérablement facilité par l'institution des opinions séparées.

En revanche, si les données présentées à l'appui de l'appréciation des comportements du juge sortant effectuée par le gouvernement ne sont généralement pas disponibles, voire, sont confidentielles, l'examen risque de glisser vers des rumeurs, des impressions non vérifiées et de refléter l'éventuelle méfiance du gouvernement découlant du simple fait que le juge en question a été nommé par un gouvernement d'orientation politique différente. La décision du gouvernement sur sa (non-)reconduction porterait ainsi des traces d'imprévu et d'arbitraire. Le secret des délibérations devient, dans ces circonstances, sujet à caution.

79 Voir, par ex., Flauss, J.-F. Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des Droits de l'Homme. *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 61/2005, pp. 9-12.

Concernant la *proportionnalité* de l'interdiction des opinions séparées, il y a lieu de se demander si la restriction de la liberté d'expression du juge international, entraînée nécessairement par cette mesure prohibitive, est vraiment la seule de nature à protéger son indépendance, ou au contraire, s'il existe, le cas échéant, d'autres mesures moins sévères et moins attentatoires, susceptibles d'atteindre l'objectif poursuivi.

D'abord, il ne s'avère pas évident qu'un gouvernement puisse effectivement bloquer la réintégration professionnelle d'un juge sortant dans un État de droit. En effet, le gouvernement n'aurait pas beaucoup d'instruments adéquats à sa disposition, quand bien même il souhaiterait vraiment nuire à l'intéressé. Ensuite, les droits économiques et sociaux des juges sortants et leur accès aux différentes prestations peuvent être garantis, en tout état de cause, au niveau international, ce qui élimine de tels risques dans un contexte national éventuellement hostile. L'approche «internationale» du problème a prévalu dans les juridictions universelles des Nations Unies, mais également au sein de l'Union européenne et, très récemment, elle s'est réalisée même dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, en ce qui concerne les juges de la CEDH.⁸⁰

Enfin, la menace de non-reconduction du juge sortant peut être neutralisée tout simplement par l'abandon de la règle appliquée jusqu'ici dans la plupart des juridictions internationales, à savoir celle prévoyant des mandats de juges relativement courts et renouvelables, et son remplacement par une règle assurant un mandat unique et d'une durée plus longue. Certaines juridictions juridictionnelles sont déjà passées à ce modèle, en particulier la CPI et la CEDH, cette dernière ne l'a toutefois adopté qu'en théorie, le Protocole N° 14 qui l'avait introduit n'ayant pas été ratifié par la Russie et n'étant donc pas encore entré en vigueur.

En résumé, même si les effets bienfaisants de l'interdiction des opinions séparées sur l'indépendance des juges internationaux ne sauraient être d'emblée exclus ou sous-estimés, de tels effets, de toute façon incertains, ne sauraient justifier en soi une atteinte à la substance même du droit fondamental de ces mêmes juges à la liberté d'expression, puisque d'autres remèdes plus efficaces et moins attentatoires sont disponibles pour aboutir au but recherché.

80 Voir la Résolution CM/Res (2009)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 23 septembre 2009 sur le statut et les conditions de service des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et le Commissaire aux droits de l'homme.

Bibliographie

- Anand, R.P., “The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1965, n° 3, vol. 14.
- Anand, R.P., *op. cit. supra*, sub 10.
- Calliess, G.-P., “Judicial Independence and Impartiality in International Courts”, *International Conflict Resolution. Conferences on New Political Economy 23*, ed. Voigt/Albert/Schmidtchen, Tübingen, 2006.
- Code d'éthique judiciaire ICC-BD/02-01-05.
- Costa, J.-P., “Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?” in *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*, Mykolo Romerio universitetas, Vilnius, 2008.
- Flauss, J.-F., «Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des Droits de l'Homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 61/2005.
- Flauss, J.-F., «Les obligations des juges de la Cour européenne des droits de l'homme», *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas-Athènes, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Gross, A., «Observations sur le mode de délibération de la Cour internationale de Justice», *Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano: Comunicazioni e studi*, Milano-Giuffrè, 1975, vol. Quattordicesimo.
- Hambro, E., «Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice» *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1956, Bd. 17/2.
- ILA Study Group, *The Burgh House Principles On The Independence Of The International Judiciary*. Study Group of the International Law Association on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals, 2004, Burgh House, London.
- Isaïa, H., “Les opinions dissidentes des juges socialistes dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice”, *RGDIP*, 1975.
- Keith, K.J., «The International Court of Justice: Primus Inter Pares?», *International Organizations Law Review*, 2008, 5.
- Kirby, J., “Judicial Dissent - Common Law and Civil Law Traditions”, *Law Quarterly Review*, 2007, vol. 123.

- Kuijter, M., "Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, 10, 1997.
- Lagrange, M., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Institut d'études européennes, ULP (éd.), Bruxelles, 1981.
- Léger, Ph., «De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes», *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyser. L'honnête homme et le droit*, LGDJ, Paris, 2000.
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, Editor: R. Bray, Second Edition, Thomson, Sweet&Maxwell, London, 2005.
- Les chiffres au 15 novembre 2004. Voir The Statute, *op. cit. supra*, sub 5.
- Mahoney, P., «The International Judiciary - Independence and Accountability», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2008, 7.
- Malenovský, J., "La justice internationale face à la mondialisation: les nouveaux défis de l'indépendance du juge international", *Prawo w XXI wieku, Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, praca zbiorowa pod redakcją Władysława Czaplińskiego, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa, 2006.
- Malleson, K., "Promoting Judicial Independence in the International Courts: Lessons from the Caribbean", *International and Comparative Law Quarterly*, July 2009, vol. 58.
- Manouvel, M., *Les opinions séparées à la Cour internationale - Un instrument de contrôle du droit international prétorien par les États*, L'Harmattan, Paris, 2005.
- Mastor, W., «Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français», *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005. Cycle de conférences organisé du 29 novembre 2004 au 28 novembre 2005.
- Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Publisher, Kehl, Strasbourg, Arlington, 2005.
- Prott, L.V., "The Latent Power of Culture and the International Judge", *Professional Books*, Abington, Oxon, 1979.
- Rees, P.J., Rohn, P., "Dissenting Opinions: Can they Fulfil a Beneficial Role?", *Arbitration International*, vol. 25, No. 3.
- Rivière, F., *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- Rousseau, D., «Les opinions dissidentes, «preuve» de la rationalité des décisions de justice», *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, ed. Segado, F., Dykinson, S.L., Madrid, 2003.

- Ruiz Fabri, H., «Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière», *RGDIP*, 2006/1.
- Rupp, H.G., «Zur Frage der Dissenting Opinion, *Die moderne Demokratie und ihr Recht: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*», Tübingen, 1966.
- Rupp, H.G., *op. cit. supra*, sub 17, p. 535-536; Kirby, M., *op. cit. supra*, sub 15.
- S'agissant de la CEDH, voir Mahoney, P., «The Drafting Process of the Judgements of the European Court of Human Rights», *Essays in Honour of Lord Bingham of Cornhill*, Hart Publishing, St. Vogenauer and M. Andenas (eds.), London, à paraître en 2010.
- Sereni, A.P., «Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux», *Revue générale de droit international public* («RGDIP»), 1964/4.
- Smith, A.M., ««Judicial Nationalism» in International Law: National Identity and Judicial Autonomy at the ICJ», *Texas International Law Journal*, vol. 40, Nr. 2, Winter 2005.
- The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, ed. Zimmermann, A., Tomuschat, Ch., Oellers-Frahm, K., Oxford, 2006.
- The Statute, *op. cit. supra*, sub 5.
- Voeten, E., «The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human rights», *International Organization*, vol. 61, Number 4, Fall 2007.
- White, R.C.A., Boussiakou, I., «Separate Opinions in the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 9, 2009, 1.
- White, R.C.A., Boussiakou, I., «Voices from the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, June 2009, vol. 27, No. 2.
- Wildhaber, L., «Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme», *Mélanges en l'honneur de N. Valticos. Droit et justice*. Sous la Direction de R.-J. Dupuy, Pedone, Paris, 1999.
- Zoller, E., «La pratique de l'opinion dissidente aux États-Unis», *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, Paris, 200.

Documents et Décisions

- Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Mesures provisoires)*, Ordonnance du 13 septembre 1993, Rapports, CIJ, 1993.

Glaserapp et Kosiek c. Allemagne du 29 août 1986, série A n° 104 et n° 105

[Http://www.pict-pcti.org/activities/ILA_study_grp.html](http://www.pict-pcti.org/activities/ILA_study_grp.html).

Résolution CM/Res (2009)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
du 23 septembre 2009 sur le statut et les conditions de service des
juges de la Cour européenne des droits de l'homme et le Commissaire
aux droits de l'homme.

Vogt c. Allemagne du 26 septembre 1995, série A n° 323.

Wille c. Liechtenstein du 28 octobre 1999.