

12. La « compétence de la compétence »¹.

Au fil des siècles post-westphaliens, la pratique internationale a dégagé peu à peu les linéaments juridiques du fonctionnement de véritables tribunaux internationaux. Elle devait les revêtir, pour en assurer l'efficacité, de la compétence incidente de juger eux-mêmes de leur propre compétence, soit d'office, soit en cas de contestation. La ‘compétence de la compétence’ (*Kompetenz-Kompetenz*) signifie qu'un organe arbitral ou juridictionnel est investi du pouvoir de déterminer lui-même l'existence ou non de sa compétence pour trancher au fond un litige ou pour faire tout autre acte de juridiction, tel que l'indication de mesures conservatoires. Pendant longtemps, ce principe n'était pas solidement assis. Au contraire, il faisait plutôt défaut aux arbitrages occasionnels s'égrenant du 18^{ème} au 19^{ème} siècles. En conséquence, les commissions conjointes de règlement des différends n'étaient à cette époque que des organes communs des parties en litige, recevant un mandat², ou alors des conférences spéciales entre elles. Elles n'étaient pas de véritables tribunaux. Leurs pouvoirs propres étaient faibles. Elles dépendaient pour tout acte de juridiction du bon vouloir conjoint des parties. De ce fait, la volonté de justiciables de recourir à l'arbitrage ancienne mouture devait se maintenir jusqu'à la phase de la procédure sur le fond. Elle se manifestait dans l'absence d'objections à la compétence de l'organe choisi. Une objection plaçait un obstacle dirimant dans la voie du règlement du litige par l'organe pressenti.

Cette solution reflétait la prédominance de la souveraineté particulariste, si prononcée au 19^{ème} siècle. L'environnement social était hostile à tout abandon du droit étatique à la « dernière décision », c'est-à-dire au dernier mot. Entre la sauvegarde de la liberté des Etats et l'efficacité de la procédure internationale, la balance penchait très – et trop – nettement en faveur de la première³. Mais de graves inconvénients en découlait immanquablement, un peu comme l'humidité procède de l'eau. D'abord, chaque partie pouvait jusqu'au bout bloquer l'arbitrage par un simple acte unilatéral. Elle pouvait ainsi librement reprendre d'une main ce qu'elle avait semblé concéder de l'autre dans le traité d'arbitrage. Dès lors, ce traité ne constituait qu'un semblant d'obligation. Il ne s'y rattachait pas le principe ordinaire de *pacta sunt servanda*. Or une telle conséquence est contraire aussi à l'obligation de coopérer de bonne foi dans l'entreprise commune dérivant de ce

¹ Sur ce principe, voir : C. Tomuschat, « Article 36 », dans : Zimmermann / Tomuschat / Oellers-Frahm, *Statute...*, *op. cit.*, p. 643ss ; Thirlway, *Law...* (1999), *op. cit.*, p. 2ss ; Rosenne, *Law...*, (1997), vol. II, *op. cit.*, p. 846ss ; Dubisson, *Cour...*, *op. cit.*, p. 102-104 ; Bos, *Conditions...*, *op. cit.*, p. 271-274 ; G. Berlia, « La jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence », *RCADI*, vol. 88, 1955-II, p. 105ss ; G. G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, 1986, p. 451ss ; U. Iaccarino, *Della c. d. competenza sulla competenza dei tribunali internazionali*, Naples, 1962 ; P. Lamberti Zanardi, « Forme nuove di competenza della Corte internazionale di giustizia e potere della Corte di aprire d'ufficio un procedimento sulla competenza », *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 439ss ; V. Starace, *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, Naples, 1970, p. 251ss ; I. F. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction*, *Compétence de la compétence*, La Haye, 1965 ; E. Wyler, « La détermination par la Cour de sa propre compétence », dans : C. Apostolidis (éd.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Dijon, 2005, p. 21ss. Pour l'époque de la CPII, voir Hudson, *Permanent...*, *op. cit.*, p. 416ss, 464-465. Voir aussi généralement C. Rousseau, *Droit international public*, tome V, Paris, 1983, p. 323ss.

² Voir par exemple A. Rivier, *Principes du droit des gens*, vol. II, Paris, 1869, p. 174.

³ Autrement dit : entre l'autorité de l'organe arbitral d'un côté et la préservation des droits et intérêts des Etats parties à l'instance de l'autre, la balance penchait nettement en faveur des seconds.