

## **2<sup>E</sup> COMMISSION**

### **JURISPRUDENCE ET PRÉCÉDENTS EN DROIT INTERNATIONAL**

### **JURISPRUDENCE AND PRECEDENTS IN INTERNATIONAL LAW**

***RAPPORTEURS : MOHAMED BENNOUNA & ALAIN PELLET\****

La commission est composée de

Mme Paz Andrés, MM. Jorge Cardona Llorens, Olivier Corten, John Dugard, Gilbert Guillaume, Sir Kenneth Keith, MM. Theodor Meron, Gérard Niyungeko, Georg Nolte, Antonio Remiro Brotons, Lino-Alexandre Sicilianos, Jean-Marc Thouvenin, Stephen Toope, Raúl Vinuesa, Sienho Yee.

---

\* Les rapporteurs tiennent à adresser des remerciements particulièrement reconnaissants à Tessa Barsac et Vladyslav Lanovoy pour l'aide considérable qu'ils leur ont apportée dans la préparation de ce projet de rapport.

## PROJET DE RAPPORT

La Commission a été constituée lors de la session de Rhodes en 2011 avec comme thème en français : « Jurisprudence et précédents en droit international » (en anglais : « *Jurisprudence and Precedents in International Law* »). Pour des raisons que nous expliquons ci-après dans le commentaire du titre donné au présent rapport, il nous a paru nécessaire d'en limiter la portée au seul contentieux interétatique et de modifier la traduction anglaise.

Conformément à la méthode de travail habituelle de l'Institut, le 30 juillet 2013, nous avons communiqué aux membres le questionnaire initial et une bibliographie. Il portait sur la définition des précédents et de termes connexes, leur valeur, leur rôle et leur portée. M. Dugard et Sir Kenneth Keith nous ont fait parvenir leur réponse respectivement en mai et août 2016, MM. Guillaume et Christian Tomuschat, ainsi que le regretté Francisco Orrego Vicuña, en novembre et décembre 2017. Le texte du questionnaire et les réponses reçues sont annexés au présent rapport qui en tient le plus grand compte.

Étant donné le retard pris dans l'étude du sujet, il nous est apparu plus expédient de présenter le présent rapport sous forme de projet de résolution commenté. Toutefois, il ne s'agit que d'un projet de rapport que nous amenderons en fonction des remarques et propositions d'amendements des membres de la Commission, que nous souhaitons recevoir dès que possible et, au plus tard le 15 mai prochain, l'idée étant, non pas d'adopter le projet lors de la session d'Angers, mais de pouvoir en discuter en commission et, le cas échéant, d'avoir même un premier débat en plénière afin d'en faciliter l'adoption lors de la 82<sup>ème</sup> session.

Il nous a semblé que le présent projet se prêtait mal à une résolution divisée en articles et que « lignes directrices » correspondrait davantage à l'esprit du texte. Cette expression peut se recommander des précédents constitués par les résolutions sur « Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres » (1995) et « La situation du juge international » (2011).

**PROJET DE RÉSOLUTION  
JURISPRUDENCE ET PRÉCÉDENTS  
DANS LE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE**

*L'Institut de Droit international,*

*Constatant* la multiplication des juridictions internationales et des décisions qu'elles sont conduites à adopter dans l'exercice de leur mission ;

*Conscient* que, lorsqu'aucun mécanisme de contrôle ou d'appel n'existe, ces juridictions ne sont pas liées par les décisions qui ont été adoptées sur le même sujet, que ce soit par elles-mêmes ou par d'autres juridictions ;

*Désireux* néanmoins de contribuer à la sécurité juridique en favorisant la cohérence et la prévisibilité du droit international pour en renforcer l'autorité et l'efficacité ;

*Formule* les lignes directrices suivantes en vue de l'identification et de l'invocation de précédents devant et par les juridictions internationales et les tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur les litiges entre États :

1. Aux fins de la présente résolution :

- Une décision, quelle qu'en soit la dénomination, est toute solution dégagée par une juridiction internationale après un échange de vues entre les parties intéressées et résultant en une déclaration, fondée sur le droit international, relative à la conduite qui doit ou devrait être suivie par celles-ci.
- Un précédent est une décision rendue par une juridiction internationale qui sert de référence pour déterminer la solution à retenir dans une affaire autre que celle à l'occasion de laquelle elle est intervenue.
- Le terme jurisprudence s'entend d'un ensemble de décisions juridictionnelles ou arbitrales.
- L'expression « jurisprudence constante » s'entend d'un ensemble de décisions concordantes sur un point de droit particulier.
- L'expression « juridiction internationale » s'entend de tout organe international, permanent ou non, à compétence générale ou spéciale, ayant pour fonction principale la solution de différends entre États à travers l'interprétation et l'application du droit.

2. La jurisprudence est un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit et non une source autonome du droit international. Elle n'en joue pas moins un rôle non-négligeable en ce qui concerne la détermination, l'interprétation et l'évolution des règles existantes et l'évolution du droit international.

3. Une décision ne peut être invoquée à titre de précédent que si elle peut faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce.

4. La juridiction saisie doit déterminer si le précédent est pertinent pour trancher le cas qui lui est soumis en s'assurant qu'il concerne le même type de situation ou de problème juridique que celui sur lequel elle est appelée à se prononcer, et que l'argumentation qui fonde ce précédent est toujours convaincante et d'actualité au

moment où elle se prononce. Le degré d'examen nécessaire dépend des circonstances de chaque espèce et de la convergence des précédents.

5. Un précédent ou une jurisprudence constante peuvent être infléchis ou renversés pour des raisons impérieuses.

Par « raisons impérieuses », on entend un ensemble de considérations, qui peuvent être juridiques, du fait de l'évolution du droit applicable, mais aussi de natures diverses (politiques, sociologiques, économiques, etc.), justifiant l'inapplicabilité du précédent ou de la jurisprudence constante. Ces considérations doivent être d'un caractère particulièrement exceptionnel lorsqu'il s'agit de renverser une jurisprudence constante.

6. Lorsque la juridiction saisie entend faire usage des décisions d'une autre instance juridictionnelle, elle doit tenir compte du fait que chacune d'elles opère dans un contexte juridique particulier. Elle doit néanmoins attacher la plus haute importance aux constatations de fait et aux positions juridiques adoptées par une autre juridiction sur des questions qui entrent dans le domaine spécifique de compétence de cette dernière.

Pour apprécier l'autorité de la décision en question, la juridiction doit tenir compte de la position hiérarchique de l'instance de jugement qui l'a adoptée lorsque celle-ci est incluse dans une institution comportant plusieurs degrés.

## **DRAFT RESOLUTION CASE LAW AND PRECEDENTS IN INTERSTATE LITIGATION**

*The Institute of International Law,*

*Noting* the multiplication of international courts and tribunals and the decisions they are led to adopt in the exercise of their mission;

*Aware* that, where no review or appeal mechanism exists, these courts and tribunals are not bound by the decisions that have been adopted on the same subject, whether by themselves or by other judicial bodies;

*Desiring* nevertheless to contribute to legal certainty by promoting the consistency and predictability of international law in order to enhance its authority and effectiveness;

*Formulates* the following guidelines for the identification and invocation of precedents before and by international courts and arbitral tribunals called upon to adjudicate on disputes between States:

1. For the purposes of this resolution:
  - A decision, however denominated, is any solution reached by an international court or tribunal after an exchange of views between the parties concerned and resulting in a statement, based on international law, as to the conduct that they must or should follow.

- A precedent is a decision rendered by an international court or tribunal that serves as a reference for determining the solution to be adopted in a case other than the one in which it was rendered.
- The term “case law” (*jurisprudence*) refers to a body of judicial or arbitral decisions.
- The terms “established case law” or “*jurisprudence constante*” means a body of concurring decisions on a particular point of law.
- The expression “international court or tribunal” refers to any international body, whether permanent or not, of general or special jurisdiction, whose principal function is the resolution of disputes between States through the interpretation and application of the law.

2. Precedents are a subsidiary means for the determination of rules of law and not an autonomous source of international law. Nevertheless, they play a significant role in the determination, interpretation and evolution of existing rules and in the development of international law.

3. A decision can only be invoked as a precedent if it can give rise to generalization going beyond the special circumstances of each case.

4. The court or tribunal seized must determine whether the precedent is relevant to the case before it by ensuring that it concerns the same type of situation or legal problem as the one it is called upon to decide, and that the argumentation on which the precedent is based is still persuasive and topical at the time it decides. The degree of scrutiny required depends on the circumstances of each case and the convergence of precedents.

5. A precedent or established case law (*jurisprudence constante*) may be overturned or reversed for compelling reasons.

“Compelling reasons” means a set of considerations, which may be legal, due to the evolution of the applicable law, but also of various kinds (political, sociological, economic, etc.), justifying the inapplicability of the precedent or established case law. These considerations must be of a particularly exceptional nature when it comes to overturning established case law.

6. When the court or tribunal seized intends to make use of the decisions of another judicial body, it must take into account the fact that each of them operates in a particular legal context. Nevertheless, it must attach the utmost importance to the factual and legal findings made by another court or tribunal on questions that lie within the specific purview of the latter’s jurisdiction.

In assessing the authority of the decision in question, the court or tribunal must take into account the position of the adjudicating body that adopted it when the latter is part of a hierarchical judicial institution.

**COMMENTAIRE**

**TITRE**

**JURISPRUDENCE ET PRÉCÉDENTS  
DANS LE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE –  
CASE LAW AND PRECEDENTS IN INTERSTATE LITIGATION**

1. Comme cela est indiqué en tête de ce rapport, le titre retenu à l'origine pour désigner l'objet de l'étude a été en français : « Jurisprudence et précédents dans le contentieux international » ; il avait été traduit en anglais par : « *Jurisprudence and Precedents in International Law* ». Nous avons estimé opportun d'une part d'en limiter la portée au seul contentieux interétatique, d'autre part, de modifier la traduction anglaise du mot « jurisprudence » qui nous semble en effet traduit de manière plus appropriée par « *case law* », sans que cela signifie que l'usage de « *jurisprudence* » soit totalement exclu en anglais.

2. La limitation de l'étude au contentieux interétatique ne s'est pas imposée d'emblée<sup>1</sup>. Selon Sir Kenneth Keith, le sujet devrait couvrir l'arbitrage international, y compris les différends interétatiques, entre un État et une personne privée ou entre personnes privées. MM. John Dugard, Francisco Orrego Vicuña et Christian Tomuschat semblent se rallier à cette position tout en insistant sur l'autorité inégale des décisions arbitrales. M. Gilbert Guillaume considère pour sa part que « [s]euls les arbitrages entre États doivent être pris en considération. Les autres arbitrages obéissent à un droit et une logique différents ».

3. Malgré l'existence de remarquables instruments de recherche informatiques, ouvrir l'étude à l'arbitrage privé (pour lequel les rapporteurs n'ont pas de compétence particulière) et même de limiter au contentieux transnational seul aurait imposé un travail de dépouillement très considérable qui eût encore retardé le terme de nos travaux. En revanche, il nous a paru « intellectuellement » utile et stimulant d'inclure dans le sujet la problématique arbitrale dès lors que l'on s'en tient à l'arbitrage interétatique bien que, à vrai dire, il réponde, lui aussi, sinon à un droit différent, du moins à une logique distincte de celle prévalant au sein des juridictions institutionnalisées. Celles-ci ont le souci de veiller à la cohérence de leur jurisprudence de façon à donner des gages de prévisibilité aux États qui les saisissent ; elles y parviennent d'autant plus aisément que la permanence de leur composition –

---

<sup>1</sup> V. les réponses au questionnaire (question 3).

les règles de renouvellement<sup>2</sup> et la longueur habituelle des mandats des juges<sup>3</sup> – facilitent la prise en compte de la jurisprudence antérieure.

4. Nous nous sommes également posé la question de l'inclusion dans la recherche de la jurisprudence des juridictions « mixtes » – dont le for est ouvert aux personnes privées mais qui sont également conduites à se prononcer sur des contentieux interétatiques comme les cours régionales des droits de l'homme ou les juridictions de l'Union européenne (UE). Nous avons tranché pour ce qui nous semble la solution la plus cohérente : les lignes directrices proposées ci-dessus ne sont pertinentes qu'en ce qui concerne les activités interétatiques de ces cours ou tribunaux.

5. Toutefois, ces orientations générales ne concernent que la portée de la résolution. Dans les commentaires, nous ne nous sommes nullement interdits de faire référence à la jurisprudence des juridictions que nous avons écartées (y compris celle de juridictions pénales internationales ou transnationales qui contiennent des éclairages utiles sur le sujet en examen) et qui peut, dans certains cas, être éclairante, à titre soit de comparaison soit de confirmation. Simplement, cette jurisprudence n'a pas fait l'objet d'une recension aussi systématique que celle des juridictions retenues.

6. Pour sa part, le titre, a été source de graves incompréhensions au point qu'un membre anglophone a menacé, lors de la réunion de la Commission à Tokyo de s'en retirer si le mot « jurisprudence » était conservé dans l'intitulé du sujet – y compris en français. Nous sommes convaincus qu'il s'agit d'un malentendu tenant au sens le plus usuel du terme *jurisprudence* dans la terminologie juridique anglophone.

7. Comme l'a relevé M. John Dugard :

*« In English the word jurisprudence is used to describe two concepts. In most cases jurisprudence is the term used to describe legal theory. In recent times the term has been used to describe the body of precedent that constitutes law. This is in response to the civil law understanding of the term. However, it is important to realize that most common lawyers will understand the term 'jurisprudence' as referring to legal theory and not to precedent »<sup>4</sup>.*

Afin d'éviter ce risque d'incompréhension, nous avons pris le parti de conserver le mot « jurisprudence » dans l'intitulé français mais de le traduire par « *case law* » dans la version anglaise.

<sup>2</sup> V. par ex. l'Exposé des motifs du « Projet de Cour permanente de justice internationale élaboré par le Comité institué par le Gouvernement Danois », *Documents présentés au Comité consultatif de juristes et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour Permanente de Justice Internationale*, 1920, p. 208 : « la continuité dans la pratique de la Cour est garantie par la règle prescrivant que la Cour ne se renouvelle que par tiers aux élections tous les trois ans » ; *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des juristes*, 1920, p. 467 (de Lapradelle) : « l'idée du renouvellement intégral [...] irait à l'encontre de la nécessité impérieuse d'assurer la continuité de la jurisprudence de la Cour. »

<sup>3</sup> Neuf ans par ex. pour la CIJ (article 13 du Statut), le TIDM (article 5 du Statut), et la CrEDH (article 23 de la CrEDH), six ans pour la CrIADH (article 5 du Statut) et la CrADHP (article 15 du Protocole), tandis que les membres de l'Organe d'appel de l'OMC – qui n'est plus opérationnel depuis mai 2021 – sont élus pour quatre ans (article 17(2) du Mémorandum d'accord).

<sup>4</sup> Réponse au questionnaire (question 4).

8. Les réponses au questionnaire, montrent d'ailleurs combien « le vocabulaire en ce domaine est très incertain », comme l'a souligné M. Gilbert Guillaume<sup>5</sup>. Du reste, à la question 4, concernant les relations qu'entretiennent les notions de 'jurisprudence' et de 'précédent', M. Christian Tomuschat a répondu que les deux « n'ont pas, en droit international, une signification spécifique » ; Francisco Orrego Vicuña a considéré que la distinction était « *more academic than real. Precedents will always be the outcome of jurisprudence* » ; et Sir Kenneth s'est interrogé : « *Do not 'precedent' and 'jurisprudence' (when, in English language usage, not used as meaning legal theory) have the same sense?* ».

9. Certaines sources excluent l'utilisation du mot anglais « *jurisprudence* » comme correspondant à son équivalent français. Ainsi, le *Lexique Anglais-Français* des termes juridiques édité par le Conseil de l'Europe traduit « *Case law* » par « *Jurisprudence* » et définit « *Jurisprudence* » comme « philosophie du droit, étude des principes généraux du droit, doctrine, science du droit » en précisant : « et non 'jurisprudence' »<sup>6</sup>. Cette position nous paraît trop catégorique.

10. Aussi bien la doctrine anglophone contemporaine que les juridictions internationales hésitent de moins en moins à utiliser « *jurisprudence* »<sup>7</sup> – de même d'ailleurs que « *jurisprudence constante* »<sup>8</sup> pour désigner un ensemble de décisions juridictionnelles concordantes. Ainsi, la Cour internationale de Justice (CIJ) utilise le terme « *jurisprudence* » dans les deux langues<sup>9</sup>, même si elle reste réticente à l'égard de l'utilisation de l'expression « *jurisprudence constante* » qu'elle traduit dans la version anglaise de plusieurs arrêts récents par d'autres termes comme « *consistent*

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> *Lexique Anglais-Français du Conseil de l'Europe (principalement juridique)*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 244.

<sup>7</sup> V. par ex. H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice : Fifty Years of Jurisprudence*, OUP, 2013 ; 2 volumes (lxxvi-1913 p.) ; J.L. Jesus, « The Tribunal's Jurisprudence and its Contribution to the Rule of Law », in *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law : 1996-2016*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 29-44 ; G. Gaja, « General Principles in the Jurisprudence of the ICJ », in *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill Nijhoff, 2019, pp. 35-43. V. aussi le périodique G. Ziccardi Capaldo (dir.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, OUP.

<sup>8</sup> V. par ex. les versions anglaises de : CPJI, arrêt, 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, série A/B n° 76*, p. 21 ; Sentence, 22 juillet 2009, *Délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan, RSA*, vol. XXX, p. 338, par. 528. V. aussi la version anglaise du Rapport de la CDI, Soixante-dixième session (30 avril-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-10 août 2018), Assemblée générale Documents officiels Soixante-treizième session Supplément n° 10 (A/73/10), Projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, Commentaire de la Conclusion 12, par. (5), *Annuaire CDI*, 2018, vol. II(2), p. 74. V. dans la doctrine : J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 9<sup>e</sup> éd., 2019, Glossary, p. lxxxiii ; A. von Bogdandy, I. Venzke, « The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals », in C. Romano, K. Alter, Y. Shany, (dir.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, 2013, p. 508.

<sup>9</sup> V. par ex. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, Recueil 2006*, p. 18, par. 21, p. 27, par. 46 ; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, Recueil 2005*, p. 7, p. 18, par. 24, p. 24, par. 42.

*jurisprudence* »<sup>10</sup>, « *settled jurisprudence* »<sup>11</sup>, « *established case law* »<sup>12</sup>, « *consistent rulings* »<sup>13</sup>.

11. On trouve dans les dictionnaires anglophones des exemples tant anciens que récents de définitions du mot « *jurisprudence* » correspondant à son sens « français ». Dans leur classique *Cyclopedic Dictionary of Law* – qui date de 1901 –, Walter Shumaker et George Longsdorf, après avoir défini la jurisprudence comme « *the science of the law* », ajoutent que le mot peut désigner aussi un « *course of judgments forming precedents* »<sup>14</sup>. Plus récemment, l'ouvrage *Translating Law* souligne :

« [A]n example of false friends that is worth singling out is the English word 'jurisprudence'. It has different meanings as compared with its counterpart in French and Italian. In English, jurisprudence [...] has two basic meanings: firstly, it means philosophy of law or legal theory; secondly, it means 'case law'. But in both French (*la jurisprudence*) and Italian (*la giurisprudenza*), the equivalent words only refer to case law or legal precedents. However, in English 'jurisprudence' in its 'legal philosophy' sense is more commonly used. [...] In international law written in English, the Continental meaning of 'jurisprudence', that is, court decision, is often adopted »<sup>15</sup>.

12. Le cours du professeur Bing Bing Jia à l'Académie de Droit international de La Haye témoigne lui aussi du caractère largement équivoque des définitions :

« [T]he term 'case law' in a broad sense can be used in this course interchangeably with those of 'judicial decisions', 'precedents', and 'jurisprudence'. But in the narrow sense... 'case law' ... is the one with the narrowest scope, signifying (1) those precedents which are clearly binding upon lower courts within one and the same judicial system, independent of their role as persuasive precedents in general; (2) rules of law established

<sup>10</sup> CIJ, arrêt, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, Recueil 2006, p. 27, par. 46 ; arrêt, 10 février 2005, *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, Recueil 2005, p. 18, par. 24.

<sup>11</sup> CIJ, arrêt, 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil 2009, p. 10, par. 21.

<sup>12</sup> CIJ, arrêt, 1<sup>er</sup> avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, Recueil 2011, p. 84, par. 30.

<sup>13</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Recueil 2007, p. 126, par. 198. V. aussi le premier arrêt du TIDM relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (*Bangladesh/Myanmar*) qui traduit quant à lui « jurisprudence constante » par « *jurisprudence* » (14 mars 2012, par. 238).

<sup>14</sup> W.A. Shumaker et G. F. Longsdorf, *The Cyclopedic Dictionary of Law Comprising the Terms and Phrases of American Jurisprudence, including Ancient and Modern Common Law, International Law, and Numerous Select Titles from the Civil Law, the French and the Spanish Law, etc., etc. with an Exhaustive Collection of Legal Maxims*, Keefe-Davidson Law Book Co, Saint-Paul (Min.), 1901, p. 514.

<sup>15</sup> D. Cao, *Translating Law, Multilingual Matters*, 2007, p. 59. V. aussi V. Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 142 : « *Jurisprudence :1. Case Law [...]. 2. Science of Law [...]* ».

*solely by judicial decisions, which include the exceptional case of rules of procedure and evidence. The term 'jurisprudence' has a broader scope than that of 'case law' stricto sensu, but more restricted than those of 'precedents' and 'judicial decisions' »<sup>16</sup>.*

13. L'utilisation de ces notions et leur définition dans le cadre du présent rapport sont précisées dans les commentaires du projet de ligne directrice n° 1, mais ce qui précède montre combien la terminologie pertinente pour identifier le sujet est incertaine. Le titre retenu nous semble correspondre le plus efficacement possible au sujet sur lequel porte la présente résolution.

## PRÉAMBULE

*L'Institut de Droit international,*

*Constatant* la multiplication des juridictions internationales et des décisions qu'elles sont conduites à adopter dans l'exercice de leur mission ;

*Conscient* que, lorsqu'aucun mécanisme de contrôle ou d'appel n'existe, ces juridictions ne sont pas liées par les décisions qui ont été adoptées sur le même sujet, que ce soit par elles-mêmes ou par d'autres juridictions ;

*Désireux* néanmoins de contribuer à la sécurité juridique en favorisant la cohérence et la prévisibilité du droit international pour en renforcer l'autorité et l'efficacité ;

*Formule* les lignes directrices suivantes en vue de l'identification et de l'invocation de précédents devant et par les juridictions internationales et les tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur les litiges entre États

1. Le principe du *stare decisis* n'a pas été transposé en droit international<sup>17</sup>. Comme l'a relevé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY),

<sup>16</sup> B.B. Jia, « International Case Law in the Development of International Law », *Recueil des cours*, 2015, vol. 382, p. 203.

<sup>17</sup> V. en ce sens : sentence, 29 septembre 2012, *République d'Équateur c. États-Unis d'Amérique*, n° 2012-05, par. 188 : « First, an arbitral tribunal, even though not bound by any strict doctrine of stare decisis, should try as far as possible to decide in a manner consistent with other applicable judicial decisions. However, when evaluating the authorities cited by the Parties in these proceedings – parsing through the obiter dictae [sic] and restricting oneself to the conclusions actually employed to reach a resolution of the case – the Tribunal has concluded that the case at hand is truly a novel one. While the jurisprudence guides and informs the Tribunal's decision, the Tribunal has not found any decision that truly qualifies as precedent on the fundamental questions posed by the Parties' arguments ». V. aussi not. CIJ, arrêt, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires*, *Recueil* 1998, p. 292, par. 28 ; Opinion dissidente de M. Weeramantry, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *Recueil* 1995, p. 170 ou Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Daudet, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, *Recueil* 2018, p. 615, par. 40 ; CIRDI, décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, n° ARB/02/6, par. 97 : « although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals,

« [e]n effet, cette doctrine présuppose, entre autres, un système judiciaire relativement hiérarchisé et la communauté internationale ne dispose pas d'un tel système »<sup>18</sup>. De ce fait, les juridictions internationales peuvent prendre en considération les décisions rendues précédemment mais ne sont pas liées par elles – qu'il s'agisse de leurs propres décisions ou de la jurisprudence d'autres cours ou tribunaux.

2. Le statut de certaines juridictions pénales internationales envisage expressément le recours aux précédents dans le règlement des affaires qui leur sont soumises, en tant que source d'inspiration privilégiée mais sans en faire de véritables sources du droit applicable ayant force juridique obligatoire. C'est le cas de l'article 21, paragraphe 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) selon lequel la Cour « peut appliquer les principes et les règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures ». Le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone franchit un pas supplémentaire : son article 20(3) dispose que les juges de la Chambre d'appel « se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Lorsqu'ils doivent interpréter ou appliquer la législation sierra-léonaise, ils se laissent guider par les décisions de la Cour suprême de la Sierra Leone ». Ces dispositions s'expliquent non seulement par le souci des négociateurs de ces instruments de ne pas laisser se développer une jurisprudence anarchique, mais aussi par l'état de développement, encore embryonnaire, du droit international pénal – du moins au moment de leur adoption : face au laconisme du droit écrit, le TPIY a considéré qu'« une série de décisions judiciaires sur des cas d'espèce, prises par des instances nationales ou internationales, peut permettre de fixer progressivement des principes généraux en s'y référant et en les précisant »<sup>19</sup>.

---

*and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals.* »; CIRDI, décision sur la juridiction, 2 août 2004, *ENRON c. République Argentine*, n° ARB/01/3, par. 25: « *the decisions of ICSID tribunals are not binding precedents and that every case must be examined in the light of its own circumstances* »; CIRDI, 26 avril 2005, décision sur la juridiction, *AES Corp. c. République Argentine*, n° ARB/02/16, par. 23 soulignant que « *This was in particular illustrated by diverging positions respectively taken by two ICSID tribunals on issues dealing with the interpretation of arguably similar language in two different BITs* », à savoir dans les affaires *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, n° ARB/01/13 et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, n° ARB/02/6. TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al*, n° IT-95-16-T, par. 540 : « en général et sous réserve que les arrêts de la Chambre d'appel du Tribunal aient force contraignante sur les Chambres de première instance, le Tribunal international ne peut adhérer à la doctrine de la force obligatoire du précédent (règle du *stare decisis*) observée dans les pays de *common law* ».

<sup>18</sup> TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al*, n° IT-95-16-T, par. 540. V. aussi Rapport du groupe spécial, 24 août 1998, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79, par. 7.27. V. aussi G. Acquaviva et F. Pocar, « *Stare decisis* », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2022, par. 2.

<sup>19</sup> TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al*, n° IT-95-16-T, par. 537.

3. Néanmoins, il s'agit là aussi d'une autorisation, et non d'une obligation, d'appliquer les précédents, considérés comme persuasifs mais non comme juridiquement obligatoires<sup>20</sup>. Le TPIY, dont le Statut ne contenait aucune disposition expresse en ce sens, a souligné qu'il

« ne peut se fonder sur un groupe d'affaires, moins encore sur un précédent unique, et estimer qu'ils suffisent à établir un principe de droit : l'autorité des précédents (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) se limite à mettre en évidence l'existence possible d'une règle internationale. Plus précisément, les précédents peuvent signaler l'existence d'une règle coutumière en ce qu'ils indiquent l'existence d'une *opinio iuris sive necessitatis* ou d'une pratique internationale dans une matière donnée, ou qu'ils peuvent laisser entrevoir l'émergence d'un principe général du droit international. Les précédents peuvent également établir de façon convaincante l'existence d'une règle ou d'un principe, c'est-à-dire qu'ils peuvent convaincre le Tribunal qu'une décision antérieure donnait la bonne interprétation du droit en vigueur. Clairement, en l'espèce, des décisions judiciaires antérieures peuvent convaincre la Chambre qu'elle a pris la bonne décision, mais la seule force obligatoire du précédent ne saurait la contraindre à conclure en ce sens. Ainsi, on peut dire que la maxime du code justinien selon laquelle les juridictions doivent décider en se fondant sur la force du droit et non sur celle des précédents (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*) s'applique au Tribunal comme aux autres juridictions pénales internationales »<sup>21</sup>.

Il en va également ainsi pour la quasi-totalité des juridictions interétatiques.

4. Toutefois, la liberté relative de recourir ou non aux précédents est beaucoup plus contrainte lorsqu'existe un mécanisme de contrôle ou d'appel des décisions. Ainsi que l'a souligné le Canada devant l'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) :

« Dans tous les systèmes juridiques, les décisions d'une cour ou d'un tribunal supérieur dans la hiérarchie sont en général suivies par les organes subsidiaires. C'est pourquoi, même si les rapports ne lient formellement que les parties à un différend donné, les groupes spéciaux ne peuvent pas ne pas tenir compte des décisions de l'Organe d'appel qui ont été adoptées »<sup>22</sup>.

L'Organe d'appel justifie la primauté de sa jurisprudence non seulement par « la structure hiérarchique envisagée dans le Mémoire d'accord », mais aussi par son établissement « en tant qu'organe permanent », ainsi que par l'importance que les Membres attachent à « l'uniformité et [à] la stabilité dans l'interprétation de

<sup>20</sup> V. par ex. TSSL, Chambre d'appel, décision, 11 septembre 2006, *Norman*, n° SCSL-04-14-T-688, pars. 12-13. V. aussi B. B. Jia, « International Case Law in the Development of International Law », *Recueil des cours*, 2015, vol. 382, p. 247, par. 144.

<sup>21</sup> TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, n° IT-95-16-T, par. 540.

<sup>22</sup> Rapport du Groupe spécial, 9 avril 2019, *États-Unis – Mesures antidumping appliquant la méthode de la fixation de prix différenciés au bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, résumé analytique intégré des arguments du Canada, WT/DS534/R/Add.1, par. 37.

leurs droits et obligations au titre des accords visés », qui sont essentielles pour « promouvoir ‘la sécurité et la prévisibilité’ du système de règlement des différends et pour assurer le ‘règlement rapide’ des différends »<sup>23</sup>. L’Organe d’appel a parfois dû rappeler l’importance de ces principes à la suite de l’insubordination d’un Groupe spécial, soulignant que :

« Le fait que le Groupe spécial n’a pas suivi des rapports de l’Organe d’appel adoptés précédemment qui traitaient des mêmes questions compromet la constitution d’une jurisprudence cohérente et prévisible clarifiant les droits et les obligations des Membres. [...] Si l’application d’une disposition peut être considérée comme limitée au contexte dans lequel elle a lieu, la pertinence de la clarification figurant dans des rapports de l’Organe d’appel adoptés n’est pas limitée à l’application d’une disposition particulière dans une affaire donnée »<sup>24</sup>.

5. Au sein de l’Union européenne (UE), les affaires interétatiques sont réservées à la Cour de justice de l’Union Européenne (CJUE) et ne soulèvent donc pas de questions de hiérarchie. Toutefois, si l’on élargit la recherche aux affaires dont le Tribunal peut être saisi, on constate qu’il est – textuellement – obligé de se conformer aux décisions de la Cour dans trois situations : (i) lorsqu’elle constate qu’un recours relève de la compétence du Tribunal et le renvoie à ce dernier, il ne peut alors décliner sa compétence<sup>25</sup> ; et lorsque, à l’occasion (ii) d’un pourvoi<sup>26</sup> ou (iii) d’un réexamen<sup>27</sup>, l’affaire lui est renvoyée, il est lié par les points de droit tranchés par la décision de la Cour. En dehors de ces cas, le Tribunal attache néanmoins une grande considération aux décisions rendues par la Cour et ne s’en démarque que dans des circonstances exceptionnelles, en faisant usage de la technique du « *distinguishing* »<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Rapport de l’Organe d’appel, 30 avril 2008, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l’acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/AB/R, par. 161. V. aussi *infra*, par. 10.

<sup>24</sup> Rapport de l’Organe d’appel, 30 avril 2008, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l’acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/AB/R, par. 161. Cette détermination s’est attirée les foudres américaines, accusant notamment l’Organe d’appel de « transformer le système de règlement des différends de l’OMC en un système de ‘common law’ » : v. Compte rendu de la réunion du 20 mai 2008, WT/DSB/M/250, pars. 48-53. V. aussi Rapport du groupe spécial, 24 août 1998, *Inde – 236 Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l’agriculture*, WT/DS79, par. 7.30 : « les groupes spéciaux ne sont pas liés par les décisions antérieures de groupes spéciaux ou de l’Organe d’appel même si la question traitée est la même. [...] Toutefois [...] nous tiendrons compte des conclusions et du raisonnement figurant dans les rapports du Groupe spécial et de l’Organe d’appel. En outre, lors de notre examen, nous pensons que nous devrions accorder beaucoup d’importance à la fois à l’article 3:2 du Mémoire d’accord, qui souligne le rôle du système de règlement des différends de l’OMC pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, et à la nécessité d’éviter des décisions incohérentes (préoccupation qui a été évoquée par les deux parties) » (italiques dans l’original).

<sup>25</sup> Article 54, paragraphe 2, du Statut.

<sup>26</sup> Article 61, paragraphe 2.

<sup>27</sup> Article 62 ter.

<sup>28</sup> V. *infra*, commentaire de la ligne directrice n° 4, par. 7. La traduction française du mot « *distinguishing* » n’est pas évidente ; pour en rendre le sens exact on peut se référer à « l’art du distinguo ».

6. Quant à elle, a Chambre d'appel du TPIY a estimé, malgré le silence des textes applicables, que :

« [U]ne interprétation correcte du Statut exige que la *ratio decidendi* de ses décisions s'impose aux Chambres de première instance [...] [L]es Chambres de première instance, qui sont des organes exerçant une compétence de même degré, ne sont pas liées par les décisions les unes des autres. Cependant, une Chambre de première instance est libre de suivre toute décision d'une de ses homologues, dès lors qu'elle l'estime fondée »<sup>29</sup>.

7. Sir Kenneth souligne néanmoins dans sa réponse au questionnaire que, même dans un système juridictionnel hiérarchique, « *the lower court or tribunal may well have some freedom in deciding what the superior court ruled* »<sup>30</sup>.

8. En dépit de cette relative flexibilité et de ses avantages pour la stabilité de la jurisprudence, un tel système n'échappe pas aux critiques. Ainsi, pour sa part, M. Gilbert Guillaume estime que « [l']existence d'un organe d'appel peut affaiblir l'influence des décisions rendues par les tribunaux de première instance. Quant à l'influence des décisions prises par les organes d'appel, elle dépend de la qualité de ces organes, qui est très variable ». Il rejoint ainsi une remarque de Francisco Orrego Vicuña :

« *The experience with [...] review mechanisms in respect of precedents cannot always be considered a positive one. NAFTA tribunals, for example, have on occasions escaped from the limiting role of the Free Trade Commission, just as decisions of the Appellate Body of the WTO are not always helpful to redress the main lines of thought followed by panels in that organization. Even worse is the experience of annulment under ICSID practice, where in not few occasions the respective committees have come to conclusions that are simply wrong. [...] The fact that members of review and control bodies have wrongly understood their role in the process, on occasions considering themselves superiors and endowed with greater knowledge, is another manifestation of the self-importance pervasive question* ».

M. Christian Tomuschat note au contraire « que dans le cadre du CIRDI la possibilité d'un recours en annulation a un effet salutaire considérable. Les tribunaux arbitraux savent parfaitement que la moindre erreur ou imperfection peut amener les parties à se saisir de cette opportunité ».

9. La doctrine du précédent pourrait aussi être appelée à jouer un rôle dans les relations entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) à la suite de l'adhésion (dorénavant fort improbable, il est vrai) de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'a souligné la CJUE :

<sup>29</sup> TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, pars. 113-114.

<sup>30</sup> Réponse au questionnaire (question 9).

« Dans ce contexte, l'Union et ses institutions, y compris la Cour, seraient soumises aux mécanismes de contrôle prévus par cette convention et, en particulier, aux décisions et aux arrêts de la Cour EDH.

[...] il est certes inhérent à la notion même de contrôle externe que, d'une part, l'interprétation de la CEDH fournie par la Cour EDH lierait, en vertu du droit international, l'Union et ses institutions, y compris la Cour, et que, d'autre part, l'interprétation donnée par la Cour d'un droit reconnu par cette convention ne lierait pas les mécanismes de contrôle prévus par cette dernière et, tout particulièrement, la Cour EDH, comme il est prévu à l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord et précisé au paragraphe 68 du projet de rapport explicatif.

Il ne saurait toutefois en aller de même en ce qui concerne l'interprétation que la Cour donne du droit de l'Union, y compris de la Charte. En particulier, les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH »<sup>31</sup>.

10. En tout état de cause, le recours aux précédents, même lorsqu'il n'est pas rendu obligatoire par les textes, encourage le respect du droit et renforce l'autorité des juridictions. Tout système de droit implique un minimum d'unité et de certitude et « la justice, dont l'équité est une émanation, [...] doit être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité »<sup>32</sup>, comme l'a souligné la CIJ dans l'affaire *Libye/Malte*. Selon l'affirmation du Baron Descamps lors de l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), c'est la raison d'être même de toute juridiction permanente que d'« assurer la continuité et le progrès de la jurisprudence internationale des arrêts »<sup>33</sup>.

11. Le précédent joue à cet égard un rôle irremplaçable et est garant de ces exigences<sup>34</sup>, ainsi que de l'égalité de traitement entre des parties se trouvant dans

<sup>31</sup> CJUE, avis 2/13, 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, pars. 181, 185 et 186.

<sup>32</sup> CIJ, arrêt, 3 juin 1985, *Plateau continental (Libye/Malte)*, Recueil 1985, p. 39, par. 45. V. aussi arrêt, 14 juin 1993, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Recueil 1993, p. 64, par. 58.

<sup>33</sup> *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des juristes*, 1920, p. 354 (Descamps). Une telle continuité « est encore plus importante en matière de droit international que lorsqu'il s'agit de la juridiction interne, puisque dans ce dernier cas on peut toujours suivre le droit positif tandis que le juge international doit souvent se laisser guider par ses conceptions juridiques. » (*Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des juristes*, 1920, p. 471 (Root)). V. aussi l'article 1 de l'avant-projet concernant la Cour Permanente de Justice Internationale, présenté par le Baron Descamps ; ou le projet de Cour de Justice arbitrale de 1907 – qui n'a jamais vu le jour : J.B. Scott, *The Project Relative to a Court of Arbitral Justice: Draft Convention and Report Adopted by the Second Hague Peace Conference of 1907*, Carnegie Endowment, 1920, p. 19 (« With a view to promoting the cause of arbitration, the contracting Powers agree to constitute [...] a Court of Arbitral Justice [...] capable of ensuring continuity in arbitral jurisprudence »).

<sup>34</sup> V. les réponses à la question 11. V. aussi CIJ, opinion individuelle de M. Tanaka, arrêt, 24 juillet 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*(Nouvelle requête: 1962), exceptions préliminaires, Recueil 1964, p. 65, se référant à « l'intérêt de la certitude

des situations comparables<sup>35</sup>. En somme, il en va « de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles »<sup>36</sup>. On peut aussi penser qu'en même temps qu'il rassure le justiciable<sup>37</sup>, en multipliant les références jurisprudentielles, le juge ou l'arbitre poursuit, plus ou moins consciemment, deux objectifs qui concourent tous deux à assurer l'acceptabilité de ses décisions :

- d'une part, en se référant à sa propre jurisprudence, il garantit la cohérence du processus de décision ;
- d'autre part, en invoquant des décisions prises par d'autres instances, il manifeste son attachement à l'unité du droit international qui peut sembler menacée par la multiplication des juridictions internationales<sup>38</sup>.

12. Les tribunaux constitués dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont également mis l'accent sur le fait que :

*« cautious reliance on certain principles developed in a number of [...] cases, as persuasive authority, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States »*<sup>39</sup>.

---

du droit, aussi indispensable en droit international qu'en droit interne » ; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, pp. 131-132 insistant sur « [I]es soucis de cohérence, de stabilité et de prévisibilité » (traduction du TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, par. 97) ; L. Wildhaber, « Precedent in the European Court of Human Rights », in P. Mahoney, F. Natscher, H. Petzold, L. Wildhaber (dirs.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Heymann, 2000, p. 1532, où l'ancien Président de la CrEDH, assumant pleinement l'influence des systèmes de *common law*, suggère que « 'for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty', precedents should normally be observed, where 'they are not plainly unreasonable and inconvenient' (*Mirehouse v Rennell*) » (se référant à Parke J dans *Mirehouse v. Rennell* (1833) 1 C1 & F 527; 6 ER 1015, 1023).

<sup>35</sup> G. Guillaume, « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *Journal du Droit international*, 2010, p. 686. V. aussi décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/19, par. 189 : « considerations of basic justice would lead tribunals to be guided by the basic judicial principle that 'like cases should be decided alike,' unless a strong reason exists to distinguish the current case from previous ones. ».

<sup>36</sup> CIJ, arrêt, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Recueil 2010, p. 664, par. 66. Sur le besoin de sécurité juridique, v. aussi par ex. TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, pars. 97 et 107 : « les besoins de cohérence, de sécurité et de prévisibilité juridiques sont à l'origine de la tendance générale des juridictions les plus élevées, tant de la *common law* que de la tradition romano-germanique, de s'en tenir, pour des raisons de doctrine comme de pratique, à leurs décisions antérieures et de ne s'en écarter que lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient. Cette tendance se manifeste également dans les tribunaux internationaux » ; CrEDH, arrêt, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume Uni*, n° 10843/84, par. 35, invoquant « l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention » ou CrEDH, arrêt, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, par. 74 et Grande Chambre, arrêt, 9 juin 2022, *Savickis et autres c. Lettonie*, par. 202 se référant quant à lui à « l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi ».

<sup>37</sup> V. *infra*, par. 19.

<sup>38</sup> V. *infra*, par. 22.

<sup>39</sup> V. par ex. CIRDI, sentence, du 2 octobre 2006, *A.D.C. Affiliate Limited c. Hongrie*, n° ARB/03/16, par. 293.

13. Il n'en résulte assurément pas que ce soit « *a legally convincing argument to rely on former cases as if they were binding precedents* »<sup>40</sup>. Un juste équilibre doit être trouvé<sup>41</sup>. Malgré l'inapplicabilité du principe *stare decisis*, les avantages du recours au précédent plaident en faveur d'une certaine continuité jurisprudentielle se rapprochant de la tradition du *common law*<sup>42</sup>. Comme l'a souligné la majorité dans une autre affaire CIRDI :

« *The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals.*<sup>43</sup> *The majority believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law. Arbitrator Stern does not analyze the arbitrator's role in the same manner, as she considers it her duty to decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trend* »<sup>44</sup>.

14. La résolution de Tokyo de l'IDI consacrée aux « aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique » synthétise cette jurisprudence lorsqu'elle souligne, en son article 2 que « [I]a cohérence des solutions en matière d'arbitrage d'investissement contribue à la sécurité juridique pour tous les acteurs impliqués », tout en ajoutant que « [I]a quête de cohérence n'exige pas l'application mécanique de solutions antérieures sans égard aux circonstances particulières du cas ni ne constitue un obstacle à l'interprétation et au développement du droit. »<sup>45</sup>. Ces positions sont d'autant plus pertinentes aux fins

<sup>40</sup> Sentence, 21 juin 2011, *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, CIRDI/ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion of Brigitte Stern, par. 5.

<sup>41</sup> V. *infra* par. 17.

<sup>42</sup> V. *infra*, le commentaire de la ligne directrice n° 5.

<sup>43</sup> Note 5 dans l'original : See e.g., *Saipem S.p.A. v. the People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures of 21 March 2007, para. 67, available at <http://www.icsid.org>; *AES Corporation v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on jurisdiction of 13 July 2005, para. 30-32, available at [http://www.investmentclaims.com/decisions/AES-Argentina\\_Jurisdiction.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/AES-Argentina_Jurisdiction.pdf).

<sup>44</sup> CIRDI, décision sur la compétence, 2 juin 2010, *Burlington Resources, Inc. c. République d'Equateur*, n° ARB/08/5, par. 100. V. aussi décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012, *Burlington Resources Inc. c. République d'Equateur*, n° ARB/08/5, par. 187 ; Sentence finale, 24 août 2020, *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala (II)*, Aff. CPA n° 2017-41, par. 229. Plus nuancées : CIRDI, 29 mai 2009, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay*, ARB/07/9, par. 58 et sentence, 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Président Allende Foundation c. Chili*, ARB/98/2, par. 119 ; ou CIRDI, sentence, 21 janvier 2020, *Watkins Holdings S.à.r.l. et autres c. Espagne*, ARB/15/44, par. 203.

<sup>45</sup> Session de Tokyo, 2013. Lors des travaux préparatoires à la résolution de Tokyo, M. Tullio Treves a souligné à propos de la sentence *Burlington* : « *It is interesting to note that the dissent by Francisco Orrego Vicuña at para 4, while concurring in principle with the statement of the majority, on the specific case is close to the restrictive view held by arbitrator Brigitte Stern and mentioned in the majority opinion at para*

des présentes ligne directrices que, pas davantage que les cours ou tribunaux interétatiques, les tribunaux arbitraux transnationaux ne sont en situation de subordination<sup>46</sup>.

15. Le même balancement se retrouve dans le cadre de l'Organe de règlement des différends (ORD) qui rappelle le caractère relatif de la chose « jugée » par ses groupes spéciaux, tout en précisant que leurs rapports n'en créent pas moins « des 'attentes légitimes' parmi les Membres de l'OMC et qu'ils devraient donc être pris en considération lorsqu'ils sont pertinents pour un différend quelconque »<sup>47</sup>.

16. C'est dans cet esprit que, dans le préambule du présent projet de résolution, l'Institut se déclare, d'une part, conscient « que, lorsqu'aucun mécanisme de contrôle ou d'appel n'existe, ces juridictions ou tribunaux interétatiques ne sont pas liés par les décisions qui ont été adoptées sur le même sujet, que ce soit par elles-mêmes ou par d'autres juridictions » et, d'autre part, « désireux néanmoins, de contribuer à la sécurité juridique en favorisant la cohérence et la prévisibilité du droit international pour en renforcer l'autorité et l'efficacité ».

17. Cela ne signifie pas que le recours aux précédents doive être paré de toutes les vertus. Comme l'a souligné M. Gilbert Guillaume, « suivre constamment les précédents, c'est aussi figer le droit » et il appartient donc aux juridictions de trouver le bon équilibre « entre la nécessaire sécurité et la nécessaire évolution du droit »<sup>48</sup>. Dans le même esprit, le Juge Kōtarō Tanaka insiste sur le fait que l'on ne saurait assurer l'uniformité de la jurisprudence « aux dépens des exigences de la justice et de la raison »<sup>49</sup>. Ces éminents juges internationaux rejoignent la Chambre des Lords britanniques qui, revenant sur la pure doctrine du *stare decisis* dans le *Practice Statement* de 1966, reconnaissait « *that too rigid adherence to*

187. *So the existence of a real majority on the point seems questionable.*” (Session de Tokyo, *Annuaire de l'IDI*, [https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/Question3\\_travaux.pdf](https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/Question3_travaux.pdf), p. 21); M. Treves a cependant cité une jurisprudence abondante allant dans le sens de la majorité ainsi que quelques décisions en sens inverse (sur ces dernières v. *supra*, n. 44). V. aussi *infra*, commentaire de la directive n° 5.

<sup>46</sup> Au point que certains n'ont pas hésité à se déclarer « souverains » au prix d'une distorsion regrettable de la notion de souveraineté (v. par ex. CIRDI, décision sur la compétence, 26 avril 2005, *AES Corp. c. Argentine*, ARB/02/17, par. 30 ; décision sur les objections préliminaires, 29 mai 2009, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay*, ARB/07/9, par. 58 ; sentence, 26 novembre 2009, *Romak S.A. c. Uzbekistan*, Aff. CPA n° 2007-07/AA28, par. 171, note de bas de page 149).

<sup>47</sup> Organe d'appel, Rapport, 4 octobre 1996, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17 ; Groupe spécial, Rapport, 20 septembre 2006, *États-Unis – Réduction à zéro*, WT/DS322/R, note 733 sous le par. 7.99. V. aussi en ce sens l'intervention du représentant du Brésil lors de la réunion tenue au Centre William Rappard le 6 novembre 1998, WT/DSB/M/50, p. 14.

<sup>48</sup> G. Guillaume, « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 686. V. aussi en ce sens CrEDH, arrêt, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, par. 74.

<sup>49</sup> CIJ, opinion individuelle de M. Tanaka, arrêt, 24 juillet 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)(Nouvelle requête: 1962)*, exceptions préliminaires, *Recueil 1964*, p. 65. V. aussi B. Simma, “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, p. 846 : « *[A]s a rule, international judges or arbitrators have to experience an extreme sense of urgency before they would decide to straight-up contradict their colleagues in another international jurisdiction. And if such sense of urgency were based on genuine concerns about the state of development of an international legal matter, the ensuing divergencies in international jurisprudence might be welcome triggers of progress in the law.* » Pour les critères présidant au changement de précédent, voir la ligne directrice n° 4 *infra*.

*precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict proper development of the law. [Their Lordships] propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so*<sup>50</sup>.

18. Ces considérations de bon sens plaident en faveur d'un recours aux précédents raisonnable et critique, bien que l'idée qu'il existe un précédent suppose que, dans une certaine mesure, le juge ou l'arbitre fera confiance à ce qui a déjà été décidé en considérant que les décisions antérieures sont

*« a repository of legal experience to which it is convenient to adhere; because they embody what the Court has considered in the past to be good law [...] »*<sup>51</sup>.

19. L'aide apportée par les précédents à la formation de l'intime conviction du juge ou de l'arbitre n'est pas forcément reconnue expressément, comme le montre une comparaison de la masse de décisions invoquées par les plaideurs et le nombre en général plus restreint de celles qui sont citées dans la décision publiée<sup>52</sup>. Il est cependant utile de citer explicitement les décisions antérieures utilisées pour fonder la solution adoptée, non seulement pour « rassurer le destinataire du jugement quant au fait que la solution qu'on lui applique n'est pas une innovation, et qu'on l'a traité à l'égal des autres », mais aussi car cette citation peut permettre une « économie de moyens : citer un précédent, c'est éviter d'avoir à reconstituer, dans la décision écrite, l'ensemble de la motivation qui a conduit à la solution retenue »<sup>53</sup>.

20. Il n'y aurait aucun intérêt à invoquer l'autorité d'un précédent si le cheminement intellectuel qui a conduit à la décision devait être reproduit. Lorsque le juge ou l'arbitre se réfère à un précédent, il se décharge donc, dans une certaine mesure, d'une partie de sa fonction, en se reposant sur la solution déjà adoptée pour la transposer à une autre affaire. Ainsi considéré, le précédent est un « raccourci » qu'il emprunte: au lieu d'avoir à se reposer une question déjà tranchée et « *undertake fresh research* »<sup>54</sup>, il tient pour acquis le résultat du raisonnement<sup>55</sup>. C'est ce qui est à l'œuvre, avec une particulière netteté, dans l'affaire *Avena* dans laquelle la CIJ se borne à constater que « le principe général à appliquer pour réparer le préjudice » en cause est celui dégagé en 2001 dans l'affaire *LaGrand*<sup>56</sup>. Si un doute est émis, l'auteur de la décision vérifiera que la solution précédemment adoptée est toujours

<sup>50</sup> House of Lords, Practice Statement (Judicial Precedent), 26 juillet 1996 [1966] 1 W.L.R. 1234.

<sup>51</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958, p. 14. V. aussi M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, p. 1 ; M. Balcerzak, « The Doctrine of Precedent in the ICJ and the European Court of Human Rights », *Polish Yearbook of International Law*, 2004-2005, p. 135.

<sup>52</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent » in SFDI, *Le précédent en droit international*, Pedone, Paris, 2016, p. 96, note 35.

<sup>53</sup> M. Forteau, *ibid.*, p. 96 ; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, pp. 24 et 27.

<sup>54</sup> M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, p. 11.

<sup>55</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 108.

<sup>56</sup> CIJ, arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis)*, *Recueil 2004*, pp. 59-62, pars. 120, 128 et 131.

convaincante<sup>57</sup> et adaptée à l'affaire en cause<sup>58</sup>, sans reconstruire *de novo* ladite solution<sup>59</sup>.

21. La difficulté consiste à trouver un moyen terme entre, d'une part, une application mécanique du précédent pouvant parfois relever du suivisme aveugle<sup>60</sup>, et, d'autre part, la soumission de la solution antérieure à un examen approfondi qui rendrait inutile tout recours au précédent<sup>61</sup>. Un précédent pouvant paraître insatisfaisant, il importe pareillement de définir les critères du revirement de jurisprudence. L'enjeu ici est de fixer des règles à la fois suffisamment claires et souples, encadrant la marge de jugement des juges et arbitres sans la leur ôter.

22. Il est d'autant plus nécessaire de définir les conditions qui permettent au juge ou à l'arbitre d'invoquer un précédent, et en particulier la mesure dans laquelle il peut tenir pour acquis que la solution antérieure doit continuer de prévaloir que, comme le relève le premier alinéa du préambule, les juridictions internationales sont de plus en plus nombreuses et interviennent dans des domaines de plus en plus variés. Aujourd'hui, il existe au moins deux douzaines de cours internationales permanentes qui ont rendu collectivement des dizaines de milliers de décisions contraignantes, dont plus de 90 % depuis la chute du mur de Berlin<sup>62</sup>. On peut voir dans cette multiplication « la bonne fortune du droit des gens »<sup>63</sup>, mais elle présente également le danger d'un éclatement de la jurisprudence du fait des positions contradictoires que ces nombreuses institutions, ni hiérarchisées ni coordonnées, pourraient être conduites à prendre sur des sujets voisins ou sur des problèmes juridiques identiques au détriment de l'unité voire de l'intelligibilité du droit international<sup>64</sup>. Cependant, grâce à la tendance générale et croissante des juridictions internationales à adhérer et accumuler les références aux décisions antérieures<sup>65</sup> pour

<sup>57</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 97.

<sup>58</sup> V. le commentaire de la ligne directrice n° 4.

<sup>59</sup> V. en ce sens CPJI, arrêt, 10 octobre 1927, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, série A n° 11, p. 18, cité *infra*, commentaire de la ligne directrice n° 4, par. 6.

<sup>60</sup> V. *infra*, commentaire de la ligne directrice n° 4, par. 9.

<sup>61</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 109.

<sup>62</sup> K. Alter, « The Multiplication of International Courts and Tribunals after the End of the Cold War », *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 64.

<sup>63</sup> M. Bedjaoui, « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens » in SFDI, Colloque de Lille, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, pp. 529-545. V. aussi B. Simma, « Fragmentation in a Positive Light », *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 25, pp. 845-867.

<sup>64</sup> V. les préoccupations du Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, établi par M. Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 et Add.1\*, 13 avril 2006, *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), Titre II.A.1 La fragmentation résultant d'interprétations antagoniques du droit général. V. aussi le Discours de S. Exc. M. Gilbert Guillaume, Président de la Cour internationale de Justice, à l'Assemblée générale des Nations Unies, 30 octobre 2001, pp. 7-8 ; Discours de S. Exc. M. Stephen M. Schwebel, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, 27 octobre 1998, pp. 1-2.

<sup>65</sup> V. par ex. C. Giorgetti & M. Pollack (dir.), *Beyond Fragmentation Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2022, en particulier A. Miron, « The *Acquis Judiciaire*, a Tool for Harmonization in a Decentralized System of Litigation? A Case Study in the Law of the Sea », pp. 128-161 et E. Voeten, « Why Cite External Legal Sources? Theory and Evidence from the European Court of Human Rights », p. 173 ; G. Acquaviva et

tenter de contribuer à la formation d'une « jurisprudence constante », le risque de fragmentation ne doit, pour l'instant au moins, pas être exagéré<sup>66</sup>. L'objet de la présente résolution est de systématiser ces « bonnes pratiques » sans les corseter.

### LIGNE DIRECTRICE N°1

*1. Aux fins des présentes lignes directrices :*

- Une décision, quelle qu'en soit la dénomination, est toute solution dégagée par une juridiction internationale après un échange de vues entre les parties intéressées et résultant en une déclaration, fondée sur le droit international, relative à la conduite qui doit ou devrait être suivie par celles-ci.

- Un précédent est une décision rendue par une juridiction internationale qui sert de référence pour déterminer la solution à retenir dans une affaire autre que celle à l'occasion de laquelle elle est intervenue.

- Le terme jurisprudence s'entend d'un ensemble de décisions juridictionnelles ou arbitrales.

- L'expression « jurisprudence constante » s'entend d'un ensemble de décisions concordantes sur un point de droit particulier.

- L'expression « juridiction internationale » s'entend de tout organe international, permanent ou non, à compétence générale ou spéciale, ayant pour fonction principale la solution de différends entre États à travers l'interprétation et l'application du droit.

« Décision »

1. Le *Dictionnaire Salmon* définit une décision juridictionnelle comme « tout acte d'une juridiction internationale qui a un caractère obligatoire pour ses destinataires »<sup>67</sup>. Cette définition est cependant trop restrictive dans le cadre de l'identification des décisions ayant valeur de précédent ou susceptible de constituer une jurisprudence.

2. En règle générale, le mot « décision » n'a d'ailleurs pas toujours un sens précisément défini en droit international<sup>68</sup>. Ainsi, « les décisions [du Conseil de

---

F. Pocar, *op. cit.* n. 17, par. 26. Le développement d'instruments de recherche informatiques n'est pas étranger à cette tendance.

<sup>66</sup> V. A. Reinisch, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration » in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (dirs.), *International Law between Universalism and Fragmentation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 125 ; voir cependant son analyse de quatre jurisprudences illustrant les menaces potentielles sur l'interprétation uniforme, *ibid.*, p. 114. V. aussi B. Simma, « Fragmentation in a Positive Light », *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, p. 846.

<sup>67</sup> J. Salmon (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant, 2001, p. 298.

<sup>68</sup> V. en ce sens la définition A. du « *Dictionnaire Basdevant* » (J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, pp. 186-187) : « Terme employé parfois dans un sens large pour désigner une résolution émanant de plusieurs États ou prise par une conférence

sécurité] prises aux termes du Chapitre VI »<sup>69</sup> sont de simples recommandations dépourvues de force obligatoire. De même, la CIJ a souligné, à propos des « décisions » de l'Assemblée générale mentionnées à l'article 18 de la Charte, qu'elles « comprennent en effet certaines recommandations »<sup>70</sup>.

3. C'est aussi dans une acception large que le mot décision est entendu dans le présent projet de lignes directrices.

4. Il englobe évidemment les décisions obligatoires quelle que soit leur dénomination particulière (qu'il s'agisse d'un arrêt, d'un jugement, d'une sentence arbitrale, ou d'une ordonnance juridiquement obligatoire, en particulier, celles en indication de mesures conservatoires<sup>71</sup>), ou leur nature (qu'elles portent sur des exceptions préliminaires ou sur le fond)<sup>72</sup>. Comme leur nom l'indique les avis consultatifs ne sont pas obligatoires et n'ont évidemment pas l'autorité de la chose jugée. Il y a quelque artifice à les considérer comme des « décisions » à proprement parler. Cependant, d'une part, la procédure et le raisonnement suivis dans le cadre d'un avis sont largement semblables à ceux applicables en matière contentieuse<sup>73</sup> ; d'autre part, les avis consultatifs et les arrêts sont indifféremment invoqués en tant que précédents, aussi bien par les juridictions internationales<sup>74</sup> que par la Commission du Droit international (CDI)<sup>75</sup>. C'est en ayant ces pratiques

---

internationale ou un organe international, quels qu'en soient les effets et la force de droit, qu'elle porte sur un point de procédure ou sur une question de fond, qu'elle ait un effet obligatoire ou soit une simple recommandation, qu'elle lie ou non l'organe dont elle émane ou les États qu'elle concerne ».

<sup>69</sup> Article 27, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies.

<sup>70</sup> CIJ, avis consultatif, 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *Recueil 1962*, p. 163. V. le paragraphe 2 de l'article 18.

<sup>71</sup> CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Recueil 2001*, p. 506, par. 109, notamment repris par CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 25 septembre 2001, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, n° ARB/98/2, par. 19. Pour une critique de la jurisprudence CIRDI à cet égard, v. A. Pellet, « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *ICSID Review*, 2013, vol. 28(2), pp. 223-240 et A. Pellet, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI – Lalive Lecture, 5 juin 2013 », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, p. 30.

<sup>72</sup> V. les articles 36(6) et 59 du Statut de la CIJ. V. aussi CIJ, arrêt, 25 mars 1999, *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*), *Recueil 1999*, p. 35, par. 10. Article 31 du Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux États (1992).

<sup>73</sup> V. notamment en ce sens les articles 102, par. 2, et 107 du Règlement de la CIJ. En outre, bien qu'en matière consultative il n'y ait pas de débat contradictoire *stricto sensu*, les États intéressés (ou les organisations internationales) peuvent présenter leurs points de vue, conformément aux articles 66 du Statut et 105 du Règlement.

<sup>74</sup> V. les exemples donnés in L. Neimar Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003, p. 155, note 735 ; pour un exemple plus récent, v. not. : CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *Recueil 2015*, pp. 46-47, par. 87, p. 64, par. 139.

<sup>75</sup> V. par ex. le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les commentaires y relatifs (*Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II(2), par. 2) du commentaire de l'article 1) ; v. aussi Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, *Annuaire*, 2006, vol. II(2), par. 13) du commentaire de l'article 14 ou Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieures dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs, *Annuaire*, 2018, vol. II(2).

à l'esprit que nous les considérons, dans la suite des commentaires, au même titre que des « décisions » aux fins du présent projet de lignes directrices.

5. En revanche, les opinions individuelles ou dissidentes des juges<sup>76</sup> relèvent plus de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » mentionnée à l'article 38, paragraphe 1.d), du Statut de la CIJ. Elles sont néanmoins particulièrement utiles pour apprécier le sens et la portée des décisions auxquelles elles sont jointes<sup>77</sup> et possèdent une autorité certaine<sup>78</sup>. Elles peuvent en particulier soit « *address[] issues which were fully argued but which the court or tribunal did not consider it had to decide* », « *give[] additional reasons in support of a ruling* », ou au contraire constituer « *an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day* »<sup>79</sup>. Une opinion dissidente peut atténuer l'autorité de la décision en donnant une publicité<sup>80</sup> à ses points faibles et aux désaccords entre les juges ou arbitres<sup>81</sup>.

6. En somme, nous avons retenu une conception large – mais pas illimitée – de la notion de décision. Aux fins des lignes directrices proposées, elle comprend les arrêts, les ordonnances et les avis consultatifs, ainsi que toute « solution dégagée par le juge »<sup>82</sup> ou l'arbitre en vertu du mandat qui lui a été confié et « résultant d'une délibération collective ayant dégagé une majorité »<sup>83</sup>. En d'autres termes, une « décision » est tout « instrument », peu importe sa dénomination, adopté par

<sup>76</sup> M. Forteau, A. Miron et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2022, par. 319 : « L'opinion *individuelle* est celle d'un juge qui accepte le dispositif d'un arrêt mais non son exposé des motifs ; ce type d'opinion lui permet à la fois de justifier son désaccord et de faire connaître les motifs sur lesquels il entend fonder son acceptation du dispositif. L'opinion *dissidente* est celle d'un juge *minoritaire* qui indique non seulement son opposition au dispositif de l'arrêt, mais encore les motifs sur lesquels il fonde son dissentiment », V. aussi H. Thirlway, *The International Court of Justice*, OUP, 2016, p. 144 ; R. Hofmann, « Separate Opinion: International Court of Justice (ICJ) », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018 ; J. Flett, « Separate Opinion: Dispute Settlement System of the World Trade Organization (WTO) », *ibid.*, 2018 ; D. Anderson, « Separate Opinion: International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) », *ibid.*, 2020.

<sup>77</sup> V. en ce sens la réponse au questionnaire (question 6) de G. Guillaume.

<sup>78</sup> Avec cette nuance apportée par J. Dugard dans sa réponse au questionnaire (question 6), selon laquelle « *This depends on the stature and reputation of the individual judge or arbitrator and the cogency of the reasoning employed. For instance, great weight has been attached to the separate/dissenting opinions of Judge Hersch Lauterpacht* ». Selon G. Guillaume, bien que les opinions n'aient pas la valeur de précédent, elles peuvent inspirer la réflexion future. Comp. avec F. Orrego Vicuña : « *On occasions the joint opinion is more relevant than the decision itself and as such it might even give birth to a future precedent in formation. A recent example is the joint dissenting opinion of Judges Bhandari, Gaja, Xue and the undersigned judge ad-hoc in the Peru-Chile case, where the law governing maritime delimitation and the facts of the case are exposed with greater clarity than that of the judgment itself* ».

<sup>79</sup> Réponse au questionnaire (question 6) de Sir Kenneth, citant C.E. Hughes, *The Supreme Court of the United States*, BeardBooks, 1928, p. 68.

<sup>80</sup> V. l'article 57 du Statut de la CIJ ainsi que les articles 95(2) et 107(3) du Règlement de la CIJ. V. aussi Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour Permanente de Justice internationale, Procès-verbal, 1929, p. 52, Max Huber : « le droit des juges à publier leur opinion [...] est une condition essentielle de l'exercice de leur liberté de conscience et de leur impartialité ».

<sup>81</sup> V. en ce sens la réponse au questionnaire de C. Tomuschat.

<sup>82</sup> CIJ, arrêt, 22 décembre 1986, *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, *Recueil 1986*, p. 577, par. 46.

<sup>83</sup> Réponse au questionnaire (question 6) de G. Guillaume – bien qu'il fasse référence à la notion de précédent, cette définition semble, plus largement, pouvoir s'appliquer à la notion de décision.

un juge ou un arbitre après un échange de vues entre les parties et résultant en une déclaration, fondée sur le droit international, relative à la conduite qui doit ou devrait être suivie par les entités concernées.

« *Précédent* »

7. Le mot « précédent », dans son sens large, n'est pas limité à son usage contentieux. En droit international en particulier, ce mot peut se rapporter à la pratique étatique en tant qu'élément constitutif des règles coutumières internationales ; en ce sens, les précédents consistent dans des comportements dont la répétition suffisamment constante résulte en une pratique générale qui, à certaines conditions, finit par être « acceptée comme étant le droit »<sup>84</sup>. Le présent projet de résolution est néanmoins limité au « précédent » en matière contentieuse et ne désigne que le précédent jurisprudentiel.

8. Le « *Dictionnaire Salmon* » définit celui-ci comme une « décision juridictionnelle antérieure qui sert de référence pour déterminer la solution à retenir dans une affaire semblable et qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, une simple valeur d'exemple ou une autorité de fait, voire même un caractère obligatoire (*stare decisis*) »<sup>85</sup>.

9. Dans les systèmes de common law, le concept de « précédent » est synonyme de « *stare decisis* » et désigne donc l'effet obligatoire des décisions antérieures sur les mêmes questions, auquel les juges doivent se conformer. Un tel effet est absent dans le système juridique international<sup>86</sup> où le précédent fonctionne de manière moins contraignante. Comme l'a expliqué l'ancien juge de la CIJ, Mohamed Shahabuddeen, il consiste à

« *authorise the judge to consider previous decisions as part of the general legal material from which the law may be ascertained; or, it may oblige him to decide the case in the same way as a previous case unless he can give a good reason for not doing so* »<sup>87</sup>.

10. Pour M. Gilbert Guillaume, « un précédent est un jugement ou une sentence traitant de la question que le juge doit trancher dans l'affaire qui lui est soumise. Le précédent peut être bon ou mauvais. Il peut ou non être pris en considération »<sup>88</sup>.

11. C'est en tant que « première fois » (« que ce soit la première fois que le juge se prononce sur l'existence et le contenu d'une norme ou la première fois qu'il applique une norme à un acte ou à une situation donnée »<sup>89</sup>) que le précédent se distingue de la jurisprudence, laquelle constitue « le produit d'une pratique

<sup>84</sup> Article 38, paragraphe 1(b), du Statut de la CIJ.

<sup>85</sup> J. Salmon (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant, 2001, p. 866.

<sup>86</sup> V. *supra*, commentaire du Préambule, par. 1.

<sup>87</sup> M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, p. 9.

<sup>88</sup> Réponse au questionnaire (question 4).

<sup>89</sup> J.-P. Cot, « Le monde de la justice internationale », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 511.

juridictionnelle élaborée et ajustée sur le long terme »<sup>90</sup>. Étant appelé à résoudre une question qui n'a pas encore eu l'occasion d'être tranchée et qui doit l'être par la décision du juge qui en est saisi, le précédent est de nature instantanée et circonstancielle.

12. Il n'en reste pas moins qu'il

« peut naître à plusieurs moments. Il peut apparaître tout d'abord au moment même où il se crée, lorsque le juge a conscience que sa décision *va faire* ou *risque de faire précédent*<sup>91</sup>. Mais en réalité, c'est là l'exception. Dans la plupart des cas, le précédent n'apparaît que rétrospectivement, lorsque le juge est appelé à déterminer si une décision passée constitue un précédent dont il doit s'inspirer pour trancher l'affaire dont il est saisi<sup>92</sup>. [...]

*Autrement dit, dans la plupart des situations, une décision ne devient un précédent qu'au moment où on l'applique à une autre situation. [...] Un précédent est une décision à laquelle on décide, à un moment donné, d'attribuer une certaine autorité par rapport à une nouvelle décision ou par rapport à une décision qui pourrait advenir et dont on anticipe l'adoption. Le précédent a, sous cet angle, une nature éminemment relative »<sup>93</sup>.*

13. Une décision juridictionnelle « peut constituer un précédent à de multiples titres »<sup>94</sup>. Elle peut porter sur l'établissement d'un fait<sup>95</sup>, la solution concrète à retenir pour résoudre un type particulier de question juridique<sup>96</sup>, la question de savoir si une règle conventionnelle est ou non en vigueur<sup>97</sup>, ou, plus souvent, sur :

- l'interprétation des traités : celle de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est emblématique, s'agissant notamment de l'article 3 sur la largeur de la mer territoriale<sup>98</sup>, des articles 74 et 83 relatifs à la délimitation de

<sup>90</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 87.

<sup>91</sup> Note 5 dans l'original : « Tel fut par exemple l'argument soulevé par certains États devant la CIJ dans l'affaire de la *Déclaration d'indépendance du Kosovo*, où la Cour fut alertée quant au risque que son avis crée un précédent, ce à quoi certains États répondirent que le Kosovo était un cas *sui generis*, qui n'était pas appelé à constituer un précédent (v. les exposés écrits et oraux des États ayant participé à la procédure, en ligne sur le site internet de la Cour) ».

<sup>92</sup> Note 6 dans l'original : « V. D. Tallon, « Précédent », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1185 : « Le précédent est plus qu'un antécédent. Il suppose en effet une antériorité mais en plus il suppose la confrontation avec un nouveau fait ou une nouvelle situation sur lesquels il aura une certaine influence ».

<sup>93</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 88. V. aussi S. Hamamoto, « Judicial Cross-Referencing », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2022, pars. 6 et s.

<sup>94</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 89.

<sup>95</sup> V. *infra*, commentaire de la directive n° 4, par. 2.

<sup>96</sup> V. par exemple toute la pratique juridictionnelle relative à la délimitation frontalière.

<sup>97</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires*, Recueil 1963, p. 37 ; CIJ, arrêt, 12 décembre 1996, *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis)*, Recueil 1996, p. 809, par. 15.

<sup>98</sup> V. par ex. l'arrêt du 19 novembre 2012 relatif au *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* dans lequel la Cour s'est référée aussi bien à ses propres précédents qu'à ceux du TIDM ou

la ZEE ou du plateau continental<sup>99</sup>, ou de la distinction entre la délimitation du plateau continental en vertu de l'article 83 et le tracé de ses limites extérieures (délinéation) en vertu de l'article 76<sup>100</sup> ;

- l'identification des règles de droit international coutumier : ainsi, pour identifier les « règles coutumières d'interprétation du droit international public » conformément à l'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'Organe d'appel de l'OMC se réfère à la jurisprudence de la CIJ, de la CrEDH et de la CrIADH<sup>101</sup>. Similairement, pour confirmer que les règles contenues dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>102</sup>, ainsi que l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement<sup>103</sup>, ou que certains Articles de la CDI) sur la responsabilité de l'État<sup>104</sup>, reflètent le droit international coutumier,

---

de tribunaux arbitraux (*Recueil 2012*, p. 691, par. 178 se référant au *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2007 (II)*, p. 751, par. 302, au *Différend frontalier entre Doubaï et Chard-jah (1981) (International Law Reports (ILR)*, vol. 91, p. 543, et au *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM *Recueil 2012*, par. 169).

<sup>99</sup> V. par ex. TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, par. 409 se référant à *Bangladesh/Myanmar*, par. 325, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1969*, pp. 49-50, par. 91, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1985*, pp. 39-40, par. 46, et *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et l'Inde dans le golfe du Bengale*, sentence du 7 juillet 2014, par. 397.

<sup>100</sup> Sentence, 7 juillet 2014, *Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale*, par. 80, se référant à *Bangladesh/Myanmar*, *op. cit.* n. 98, par. 376 et *Nicaragua c. Colombie*, *Recueil 2012*, p. 669, par. 129. Dans d'autres domaines, v. aussi par ex. le Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour lequel la CIJ se réfère à la « pratique constante » et à la « jurisprudence interprétative » du Comité des droits de l'homme (v. respectivement avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Recueil 2004*, p. 179, par. 109 et arrêt, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *fond*, p. 664, par. 66) ; ou la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires interprétée par l'affaire *Avena* par référence à l'arrêt *Lagrand* de 2001 (arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, *Recueil 2004*, p. 39 et pp. 56 et s.).

<sup>101</sup> V. par ex. Rapport de l'Organe d'appel, 29 avril 1996, *États-Unis — Essence*, WT/DS2/AB/R, notes 34 et 45.

<sup>102</sup> TIDM, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, TIDM *Recueil 2011*, par. 57 se référant au *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1994*, par. 41 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1996*, par. 23 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2004*, par. 83 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2010*, pars. 64 et 65 ; *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence arbitrale du 14 février 1985, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, par. 41 ; *États-Unis — Normes concernant l'essence, nouvelle et ancienne formules* – Rapport de l'Organe d'appel (WT/DS2/AB/R), 20 mai 1996, DSR 1996 : I, p. 3, pp. 16 et 17.

<sup>103</sup> TIDM, avis consultatif préc., 1<sup>er</sup> février 2011, par. 147 se référant à l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*.

<sup>104</sup> *Ibid.*, par. 169 se référant aux affaires du *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, arrêt, TIDM *Recueil 1999*, par. 171 et *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2005*, par. 160.

le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) se réfère à la CIJ, à des sentences arbitrales et à l'Organe d'appel de l'OMC ;

- ou la détermination des principes généraux du droit international : ainsi, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre la Croatie et la Slovénie, le tribunal arbitral a consacré de longs développements aux précédents relatifs au principe de la compétence de la compétence<sup>105</sup>, la CIJ invoque couramment ses propres précédents concernant le principe de l'*uti possidetis* en matière de succession aux frontières coloniales<sup>106</sup>.

14. Dès lors qu'il a été mis en œuvre dans une affaire, le précédent devient un élément d'une jurisprudence. Ceci explique les précautions parfois prises par certaines juridictions pour limiter la portée de la solution adoptée dans une affaire déterminée et éviter que la décision « fasse jurisprudence » et que l'on puisse en tirer des conclusions générales au-delà du cas d'espèce<sup>107</sup>. L'arrêt de la CIJ de 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles* entre l'Allemagne et l'Italie pose par exemple deux limites à la portée de sa décision : la Cour « conclut que, en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés » ; elle ajoute qu'en « formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce »<sup>108</sup>. Dans le même esprit, il peut également arriver que la cour ou le tribunal écarte l'argument d'une partie en invoquant le risque de cette solution si elle devait être considérée comme un précédent ; ainsi, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a estimé que les « comportements illicites réciproques des parties [au traité instituant

<sup>105</sup> Sentence partielle, 30 juin 2016, *Arbitrage relatif au différend territorial et maritime entre la République de Croatie et la République de Slovénie*, pars. 145-154 se référant à pas moins de dix précédents de la CPJI, de la CIJ, du TPIY et de tribunaux arbitraux.

<sup>106</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 12 juillet 2005, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Recueil 2005, p. 108, par. 23 et arrêt, 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, Recueil 2007, p. 706, par. 151 se référant à *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, Recueil 1986, p. 565, par. 20.

<sup>107</sup> V. par ex. CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Recueil 1996, p. 74, par. 74, dans lequel la Cour note que l'une des conditions auxquelles sa compétence consultative est subordonnée fait l'objet de formulations quelque peu différentes dans les textes applicables ; elle considère cependant que, « aux fins de la présente espèce » ces différences de formulation sont sans importance. V. aussi dans le même esprit, *Bangladesh/Myanmar*, op. cit. n. 98, par. 317, repris par CIJ, arrêt, 2 février 2018, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Recueil 2018, p. 196, par. 153.

<sup>108</sup> CIJ, arrêt, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, Recueil 2012, p. 139, par. 91, italiques ajoutées. V. aussi CIJ, arrêt, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Recueil 1985, p. 55, par. 77 : « Que la Cour ait estimé dans les circonstances de la présente espèce qu'il convenait de commencer par établir une ligne médiane pour procéder à la délimitation ne signifie pas qu'une ligne d'équidistance soit le point de départ dans tous les cas, ni même dans tous les cas de délimitation entre Etats se faisant face ».

ce projet] n'ont pas mis fin au traité, ni justifié qu'il y soit mis fin. La Cour établirait un précédent aux effets perturbateurs pour les relations conventionnelles et l'intégrité de la règle *pacta sunt servanda* si elle devait conclure qu'il peut être unilatéralement mis fin, au motif de manquements réciproques, à un traité en vigueur entre États... »<sup>109</sup>.

« *Jurisprudence* »

15. Comme nous le soulignons dans le commentaire du titre de ce rapport, le terme « jurisprudence » n'est pas employé ici pour décrire la théorie du droit mais « l'ensemble des décisions juridictionnelles [...] ou arbitrales »<sup>110</sup>. Cela rejoint la première acception de l'expression définie par le *Dictionnaire Salmon* comme l'« ensemble des solutions apportées par les juridictions internationales dans l'application du droit »<sup>111</sup>. M. Christian Tomuschat confirme : « Évidemment, quand on parle de jurisprudence on envisage nécessairement une série de jugements »<sup>112</sup>.

16. Cette « évidence » n'est cependant pas partagée par la doctrine de *common law* dominante, le mot « jurisprudence » a ainsi été traduit dans le titre de la présente résolution par « *case law* »<sup>113</sup>, quand bien même le mot « jurisprudence » est parfois employé par les *common lawyers* dans le même sens que par la doctrine civiliste<sup>114</sup>.

« *Jurisprudence constante* »

17. Le mot « jurisprudence » sans autre précision désigne un ensemble de décisions juridictionnelles ou arbitrales soit d'une façon générale (« la jurisprudence »), soit émanant d'une juridiction donnée (« la jurisprudence de la CIJ ») ou concernant un domaine particulier (« la jurisprudence sur le droit de l'investissement ») sans que ceci implique nécessairement que les décisions la composant aillent dans le même sens : « [l]a jurisprudence est constituée d'un ensemble de précédents qui peuvent aller dans des sens divers »<sup>115</sup>. En revanche, une jurisprudence peut être qualifiée de « constante » lorsque les précédents sont homogènes ou, selon les termes de M. Gilbert Guillaume « lorsque les précédents accumulés vont tous dans le même sens », ce qui

<sup>109</sup> CIJ, arrêt, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil 1997, p. 68, par. 114.

<sup>110</sup> M. Forteau, A. Miron et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2022, par. 315. V. *supra*, commentaire du titre, pars. 7 et 11.

<sup>111</sup> J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public* » Bruylant, 2001, p. 630, définition A. Ce même ouvrage propose également trois autres définitions ; la B. nous semble toutefois plus applicable à la question de la jurisprudence constante, tandis que la C. et la D. ne sont pas pertinentes pour notre propos : « B. Position qui se dégage, sur un point de droit donné, des décisions rendues par une juridiction. Ensemble de décisions concordantes » ; « C. Ensemble des décisions rendues par une juridiction déterminée et réunies dans une collection » ; « D. Par extension, position habituellement prise par un organe non juridictionnel dans sa façon de traiter un problème ».

<sup>112</sup> Réponse au questionnaire (question 4).

<sup>113</sup> V. *supra*, commentaire du titre de la résolution, par. 6.

<sup>114</sup> V. *supra*, commentaire du titre, par. 7.

<sup>115</sup> Réponse au questionnaire (question 4) de G. Guillaume. V. cependant la réponse à la question 5 de F. Orrego Vicuña qui considère à l'inverse que : « *Precedents will always be the outcome of jurisprudence* » et que « *A constant stream of jurisprudence might well lead to the formation of a precedent at some point in time* ».

leur donne « plus de poids qu'un précédent isolé »<sup>116</sup>. Il en va de même en anglais (langue dans laquelle l'expression « *jurisprudence constante* » est parfois employée sans traduction). Ainsi James Crawford a défini « Jurisprudence constante » comme « [a] *consistent jurisprudence or line of authority* »<sup>117</sup>.

18. La constance résulte du nombre de précédents, de leur convergence, voire – de préférence – de leur unanimité, ainsi que de leur échelonnement dans le temps<sup>118</sup>. *A minima*, elle « présuppose au moins deux décisions allant dans le même sens, réparties sur plusieurs années. [...] Si deux décisions sont rendues le même jour ou durant la même année, on ne saurait parler de consolidation. Si, au contraire, cinq ou dix ans après la première sentence la règle énoncée est confirmée dans une autre décision, on peut présumer que cette règle s'est avérée dans la pratique »<sup>119</sup>. Dans une telle hypothèse, on a considéré que « [*s*]uch *jurisprudence constitutes the applicable 'law' and deviation is only possible in rare circumstances, e.g. 'distinction', possibly sanctionable as 'manifest excess of powers' – perhaps under ICSID annulment practice – or 'manifest error of law' if this is available under national arbitral award challenge rules* »<sup>120</sup>. Cette remarque, faite à propos de la jurisprudence transnationale, vaut tout autant, *mutatis mutandis* pour les juridictions permanentes

19. La question de la constance diffère en outre selon qu'il s'agit d'une juridiction unique, n'ayant généralement à connaître que d'un nombre limité d'affaires, ou de tribunaux *ad hoc* dont la composition varie pour chaque affaire. En effet, « *precisely because there is some degree of historical evolution and the tribunals intervening in this process [can be] many and varied, fully consistent precedents and jurisprudence are not always to be expected. What matters in the end is that the principles guiding such a variety of decisions follow a consistent line, even if details may vary. Otherwise, the element of 'constante' will be lost in the way* »<sup>121</sup>.

20. Dans certains cas particuliers cependant, une seule décision (ou un petit nombre de décisions) peut faire jurisprudence lorsqu'elle est prononcée avec une autorité et une fermeté suffisante pour exprimer la « certitude » de la solution jurisprudentielle valant règle juridique. Il en est ainsi, par exemples<sup>122</sup> :

- de la célèbre définition d'un « différend » donnée par la CPJI dès son deuxième arrêt<sup>123</sup>, citée de manière routinière comme étant à l'origine d'une « jurisprudence constante »<sup>124</sup> ;

<sup>116</sup> Réponse au questionnaire (question 4).

<sup>117</sup> J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 9<sup>e</sup> éd., 2019, Glossary, p. lxxxiii.

<sup>118</sup> V. en ce sens la réponse au questionnaire (question 5) de G. Guillaume.

<sup>119</sup> Réponse au questionnaire (question 5) de C. Tomuschat.

<sup>120</sup> Thomas Wälde, « Confidential Awards as Precedent in Arbitration: Dynamics and Implication of Award Publication » in Y. Banifatemi (dir.) *Precedent in International Arbitration*, Juris Publ., Inc., 2008, p. 115.

<sup>121</sup> Réponse au questionnaire (question 5) de F. Orrego Vicuña.

<sup>122</sup> V. aussi *infra*, commentaire de la ligne directrice n° 4, par. 2, n. 193, concernant la portée donnée par la Cour elle-même à ses constatations de droit dans l'affaire *Avena*.

<sup>123</sup> CPJI, arrêt, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine, exception d'incompétence, série A n° 2*, p. 11.

<sup>124</sup> V. par ex. parmi une jurisprudence particulièrement abondante : CIJ, arrêt, 12 avril 1960, *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, Recueil 1960, p. 34 ou ordonnance, 16 mars 2022,

- du très fameux principe de l'*Or monétaire* « posé » dans l'arrêt de la CIJ de 1954<sup>125</sup> et jamais remis en cause depuis lors, que le TIDM a défini comme « une règle bien établie de la procédure judiciaire internationale qui a été principalement élaborée par la jurisprudence de la CIJ »<sup>126</sup> ;
- ou de l'arrêt de la CIJ rendu en 2001 dans l'affaire *LaGrand*, conférant un caractère obligatoire aux ordonnances en indication de mesures conservatoires<sup>127</sup>, solution immédiatement endossée non seulement par la Cour elle-même<sup>128</sup> mais aussi, sans aucune exception semble-t-il, par l'ensemble des autres juridictions internationales<sup>129</sup>.

21. Dans de telles hypothèses, on ne peut plus faire de distinction entre le principe du *stare decisis* et la notion de jurisprudence constante puisque « *the main difference between the English notion of precedent and jurisprudence constante is that the binding rule in the first case comes from a single decision of a hierarchically superior authority, while in the second, it seemingly comes from a series of consistent decisions made by possibly equal adjudicatory authorities* »<sup>130</sup>.

« Juridiction internationale »

22. Comme « jurisprudence », « juridiction » est également un « faux ami » lorsqu'il s'agit de traduire le mot en anglais. En anglais, « *jurisdiction* » se réfère à la compétence de l'État ou, plus globalement à la souveraineté<sup>131</sup>. En français son sens est double : il peut signifier « compétence » ou « cour ou tribunal ». C'est dans cette seconde acception qu'il est utilisé dans le présent projet de résolution.

23. Il arrive que, dans un sens strict, on limite aux seuls organes permanents la qualification de « juridiction »<sup>132</sup>. Rien ne l'impose et tel n'est pas le parti que nous

---

*Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires ; TIDM, arrêt, 4 novembre 2016, *Navire "Norstar"*, exceptions préliminaires, par. 85 ; Sentence, 21 mai 2020, *Enrica Lexie*, par. 220.

<sup>125</sup> CIJ, arrêt, 15 juin 1954, *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, Recueil 1954, pp. 32-33.

<sup>126</sup> TIDM, arrêt, 4 novembre 2016, *Navire "Norstar"*, exceptions préliminaires, par. 172.

<sup>127</sup> CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil 2001, p. 506, par. 109.

<sup>128</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale (intervenant))*, Recueil 2002, par. 321 ; ordonnance, 12 octobre 2022, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, Demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021, p. 453, par. 21.

<sup>129</sup> CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 25 septembre 2001, *Pey Casado*, ARB/98/2, pars. 17 et 20 ; Sentence, 12 juillet 2016, *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (La République des Philippines c. La République populaire de Chine)*, par. 1168.

<sup>130</sup> F. Bachand, F. Gélinas, « Legal Certainty and Arbitration », in T. Schultz, F. Ortino (dir.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, OUP, 2020, p. 393.

<sup>131</sup> V. X. Yang, qui fait remarquer que « *'Jurisdiction' is arguably the most versatile term in current international law. Frequently used in international legal instruments and yet never defined, the term can have different meanings in different contexts* » (« *Jurisdiction* », Oxford Bibliographies, 2020, [www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0030.xml](http://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0030.xml)).

<sup>132</sup> V. la définition D. du « *Dictionnaire Basdevant* », op. cit. n. 68, p. 355.

avons pris<sup>133</sup>. Dans le commentaire, nous utilisons indifféremment les expressions « juridiction » et « cours et tribunaux ».

24. La définition retenue se réfère à la « fonction *principale* » des organes concernés qui est de trancher les différends en interprétant et en appliquant le droit, de façon à ne pas exclure la fonction subsidiaire exercée par certains d'entre eux qui consiste à donner par ailleurs des avis consultatifs concernant des questions juridiques.

25. Contrairement à ce qui est le cas dans certains systèmes juridiques internes<sup>134</sup>, il n'y a pas lieu, en droit international, de faire la différence entre les adjectifs « judiciaire » et « juridictionnel » qui peuvent être utilisés sans distinction. Ainsi, le *Dictionnaire Salmon* définit (notamment) le mot « judiciaire » comme : « Qui se rapporte à la justice »<sup>135</sup> ou « Qui se rapporte à un organe *juridictionnel* préconstitué »<sup>136</sup>. Cet usage indifférencié est attesté notamment par l'article 92 de la Charte des Nations Unies qui qualifie la Cour internationale de Justice d'« organe judiciaire principal des Nations Unies » alors qu'il s'agit sans aucun doute d'un organe juridictionnel. La langue anglaise utilise exclusivement « *judicial* » dans ce sens.

## LIGNE DIRECTRICE N° 2

*2. La jurisprudence est un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit et non une source autonome du droit international. Elle n'en joue pas moins un rôle non-négligeable en ce qui concerne la détermination, l'interprétation et l'évolution des règles existantes et l'évolution du droit international.*

1. Selon l'article 38, paragraphe 1.d), du Statut de la CIJ, la Cour « applique » : « sous réserve de la disposition de l'article 59 [qui pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée], les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Cette rédaction ambiguë a été à l'origine de malentendus. Le mot « applique » qui figure dans le chapeau de l'article 38, pourrait donner à penser que les décisions judiciaires (c'est-à-dire la jurisprudence<sup>137</sup>) et la doctrine sont des « sources » (formelles) de droit au sens de procédés de création des règles de droit. Ainsi, le tribunal arbitral constitué dans

<sup>133</sup> Pour une définition similairement large de l'expression « organe juridictionnel », v. le *Dictionnaire Salmon op. cit.* n. 67, p. 791. Le *Dictionnaire Basdevant* semble limiter l'usage de l'expression « juridiction internationale » aux seules organes juridictionnels permanents (*op. cit.* n. 68, pp. 356-357).

<sup>134</sup> Ainsi, en droit français, « judiciaire » renvoie aux juridictions civiles par opposition aux juridictions administratives (v. Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, article 13 ; F.-P. Benoit, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *JCP* 1964. I. 1838 ; Ch. Blaevoet, « Le critère formel pour la répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire », *D.* 1953, chron. 33 ; M. Long, *La dualité de juridictions en France et à l'étranger : Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, Sirey, 1990, 212 p.

<sup>135</sup> *Op. cit.* n. 67, p. 621 (sens B).

<sup>136</sup> *Ibid.* (sens C) – italiques ajoutées ; dans ce second sens, les organes arbitraux ne tomberaient pas sous le coup de la définition contrairement à la définition que nous avons retenue.

<sup>137</sup> V. la définition de la jurisprudence dans la ligne directrice n° 1.

l'affaire du *Golfe du Bengale* entre le Bangladesh et l'Inde a considéré que la jurisprudence relative à la délimitation maritime, développée au fil du temps par la CIJ, le TIDM et d'autres tribunaux arbitraux constituait « un acquis judiciaire, une source de droit international » faisant corps avec la CNUDM<sup>138</sup>.

2. Toutefois :

- l'article 38 ne qualifie pas les décisions judiciaires de source de droit autonome et à part entière mais de « moyen auxiliaire » ; elles ne peuvent donc venir qu'en appui aux sources établissant les règles applicables ;
- l'expression « moyen ... de détermination des règles de droit » renvoie plutôt à la façon de prouver l'existence d'une règle qu'à un processus de création ; et
- la rédaction de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 n'autorise pas à faire de distinction entre la jurisprudence d'une part et la doctrine d'autre part ; or nul ne songe à définir la doctrine comme une source de droit ; en outre,
- toute décision juridictionnelle est soumise au principe de la relativité de l'autorité de chose jugée, affirmé dans les statuts de toutes les juridictions interétatiques, en particulier dans l'article 59 du Statut de la CIJ aux termes duquel : « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »<sup>139</sup> ; les travaux préparatoires de cette disposition indiquent qu'elle n'avait pas pour but principal d'exprimer positivement le principe de la *res judicata*, mais entendait plutôt exclure un système de précédent contraignant<sup>140</sup>.

3. La formule « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » a été reprise par d'autres juridictions<sup>141</sup> et « il convient de [la] considérer comme

<sup>138</sup> Sentence arbitrale, 7 juillet 2014, par. 339. V. aussi la réponse de J. Dugard à la question 12 du questionnaire précisant que : « *Although international law does not know a strict doctrine of stare decisis precedent will inevitably guide the judge in the choice to be made on the interpretation of the treaty or the content of the customary rule. In this sense it is a source of law* ». Dans sa réponse à la même question, Sir Kenneth fait part de ses doutes quant à la signification du mot « source ».

<sup>139</sup> V. aussi, quasiment à l'identique, l'article 33(2) du Statut du TIDM ; ou encore l'article 56 de la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 29 juillet 1899 (« La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les Parties qui ont conclu le compromis »). De façon un peu plus subtile, l'article 46(1) de la CrEDH prévoit que : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties » ; et l'article 30 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples que : « Les États parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour ». Enfin, selon l'article 17, par. 14, du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC, « [u]n rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend ».

<sup>140</sup> *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des juristes*, 1920, pp. 332, 336, 584 (Descamps). V. aussi M. Sørensen, *Les sources du droit international*, Munksgaard, 1946, p. 161 ; M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, Macmillan, 1943, p. 207 ; Sir Waldock, « General Course on Public International Law », *Recueil des cours*, vol. 106, 1962, p. 91 ; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 9<sup>e</sup> éd., 2019, pp. 35 et 37.

<sup>141</sup> V. par ex. CIRDI, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/19, par. 189 : « *Although this tribunal is not bound by such prior decisions, they do constitute 'a subsidiary means for the determination of the rules of [international] law.'* ».

déclaratoire du droit international coutumier »<sup>142</sup>. Cette affirmation a été entérinée par le CDI à l'occasion de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier<sup>143</sup>. Même dans le cas de certaines juridictions pénales internationales dont le statut envisage expressément le recours aux précédents dans le règlement des affaires qui leur sont soumises, ceux-ci ne sont pas érigés en véritables sources du droit applicable<sup>144</sup>.

4. Les juridictions internationales permanentes se réfèrent abondamment à leur propre jurisprudence et, dans une mesure croissante, à celle d'autres juridictions internationales, non pas en considérant que les précédents sont à l'origine de règles juridiques, mais comme une aide à l'énonciation de règles existantes – c'est-à-dire bien comme des moyens de détermination de l'existence et du contenu de ces règles. Comme l'écrit M. Gilbert Guillaume, « [t]oute autre solution ferait dangereusement pencher la balance vers le 'gouvernement des juges' »<sup>145</sup>. Et, selon la remarque de Francisco Orrego Vicuña, « *to consider judicial law-making as a source of international law is something entirely alien to the Statute of the ICJ* »<sup>146</sup>.

5. Face aux appels à exercer une fonction quasi-législative parfois lancés à la CIJ, elle répond invariablement dans le même sens, en affirmant que sa mission est de dire « le droit existant et [qu'elle] ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution »<sup>147</sup>.

6. La jurisprudence des autres juridictions internationales conforte cette analyse. Ainsi, dans son avis du 1<sup>er</sup> février 2011, le TIDM a souligné que la fonction judiciaire ne comporte pas le pouvoir de se substituer aux États dans leur pouvoir d'appréciation politique (donc d'exercer des fonctions normatives)<sup>148</sup>.

7. Il faut cependant admettre « que la distinction entre la fonction de dire le droit et celle de créer le droit est aussi élémentaire que délicate »<sup>149</sup> et qu'il y a une part d'artifice dans cette analyse, aussi exacte qu'elle puisse sembler au plan théorique, encore qu'il ne soit pas facile de la concilier avec la prohibition de *non liquet*,

<sup>142</sup> TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, n° IT-95-16-T, par. 540.

<sup>143</sup> Projets de conclusion (*sic*) sur la détermination du droit international coutumier, annexé à la résolution 73/203 de l'Assemblée générale du 20 décembre 2018.

<sup>144</sup> V. *supra*, commentaire du préambule, pars. 2-3.

<sup>145</sup> Réponse au questionnaire (question 13).

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Recueil 1996*, p. 237, par. 18. Le juge Guillaume a tenu dans son opinion individuelle à « réaffirmer solennellement que le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur » (*ibid.*, p. 293, par. 14). V. aussi CIJ, avis consultatif, 18 juillet 1950, cité *infra* n. 155 ; arrêt, 25 juillet 1974, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond*, *Recueil 1974*, pp. 23-24, par. 53, et p. 192, par. 45 ; ou arrêt, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Recueil 2005*, p. 190, par. 26.

<sup>148</sup> Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, par. 227.

<sup>149</sup> Réponse de C. Tomuschat au questionnaire (question 13).

principe très général de droit, aussi prégnant en droit international qu'en droit interne<sup>150</sup>. Comme l'a relevé M. Christian Tomuschat : « on ne peut pas toujours éviter de trancher – c'est en fin de compte la tâche du juge. Et même si les juges de La Haye font de leur mieux pour rester aussi près que possible du droit en vigueur ils devront, par la force des choses, parfois aller un pas plus avant pour résoudre le différend... »<sup>151</sup>. Ainsi, dans l'affaire du *Différend frontalier* entre le Bénin et le Niger, la CIJ a semblé admettre, avec une certaine prudence<sup>152</sup>, qu'il n'existait pas de « règle de droit international coutumier relative à la délimitation territoriale dans le cas de ponts enjambant des cours d'eau internationaux » et qu'aucune convention entre les parties n'était applicable en l'espèce ; elle s'en est remise à une solution « conforme à la conception générale selon laquelle une frontière marque la séparation des souverainetés étatiques »<sup>153</sup>.

8. C'est lorsqu'elles précisent la portée, souvent incertaine, du droit applicable<sup>154</sup> que les juridictions internationales ont l'occasion la plus claire de jouer un rôle dans la formation – ou le remodelage – du droit international. Ainsi, bien que la CIJ ait souligné qu'elle « est appelée à interpréter les traités, non à les réviser »<sup>155</sup>, il ne lui en arrive pas moins de formuler des règles nouvelles sous couvert d'interprétation de dispositions conventionnelles. Les cours et tribunaux internationaux bénéficient d'une latitude plus grande encore lorsqu'ils sont appelés à déterminer le sens et la portée d'une règle coutumière ou de principes généraux de droit. C'est que, comme le souligne le « Manuel » publié par les soins de la CIJ, un arrêt de la Cour « ne se borne pas à régler un différend donné ; il contribue inévitablement au développement du droit international. La CIJ, qui en est hautement consciente, ne manque pas de tenir compte de ces deux objectifs dans la conception et la rédaction de ses arrêts »<sup>156</sup>.

9. Dans les faits, on ne peut donc guère que partager l'opinion de Sir Kenneth selon laquelle « *courts and tribunals do from time to time engage in judicial law making, sometimes because the state of the law is uncertain* » ou parce que, « *the court or tribunal may decide that the existing state of the law is unsatisfactory and*

<sup>150</sup> V. D. Bodansky, « *Non liquet* », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006 ; S. Neff, « In Search of Clarity : *non liquet* and International Law », in *International Law and Power : Perspectives on Legal Order and Justice : Essays in Honour of Colin Warbrick*, Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 63-83. Bien que les dispositions formelles excluant un *non liquet* soient rares en droit international, v. aussi l'article 11 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958. Le principe ne semble cependant pas pouvoir être transposé aux demandes d'avis consultatifs – v. *infra* le par. 4 du commentaire de la ligne directrice n° 3.

<sup>151</sup> Réponse au questionnaire (question 13).

<sup>152</sup> Elle se borne à constater « qu'aucune des Parties n'a évoqué l'existence » de la règle.

<sup>153</sup> CIJ, 12 juillet 2005, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Recueil 2005, p. 142, par. 124.

<sup>154</sup> V. *supra*, n. 147.

<sup>155</sup> CIJ, avis consultatif, 18 juillet 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, deuxième phase, Recueil 1950, p. 229 cité dans arrêt, 27 août 1952, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil 1952, p. 198 et arrêt, 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain*, Recueil 1966, p. 48, par. 91.

<sup>156</sup> Cour internationale de Justice, Manuel, 2019, pp. 77-78, <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-fr.pdf>.

*that interstitial legislating (in Holmes' words<sup>157</sup>) is called for* »<sup>158</sup>. Les exemples auxquels notre confrère se réfère sont probants, qu'il s'agisse des avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>159</sup> ou de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*<sup>160</sup> (en ce qui concerne la théorie des pouvoirs implicites) ou des arrêts sur le *Plateau continental de la mer du Nord* en matière de délimitation maritime<sup>161</sup> ou de celui de 2007 dans l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)* reconnaissant que les États sont liés par l'obligation de ne pas commettre de génocide en vertu de la Convention de 1948<sup>162</sup>. Témoigne également de ce rôle souvent décisif de la jurisprudence (fût-elle réduite à un arrêt ou à un avis consultatif de principe<sup>163</sup>), la règle de la partie indispensable (« principe de l'*Or monétaire* ») « règle bien établie de la procédure judiciaire internationale qui a été principalement élaborée par la jurisprudence de la CIJ »<sup>164</sup>.

10. Comme Lord Balfour l'avait prédit, la jurisprudence « ne peut manquer de contribuer à modifier graduellement et à modeler, pour ainsi dire, le droit international »<sup>165</sup>. Dans cette prédiction, avérée par la suite, l'adverbe « graduellement » est important : la jurisprudence doit certainement accompagner les évolutions du droit international, il ne lui appartient pas de les devancer en fonction des préférences politiques ou idéologiques des juges ou des arbitres<sup>166</sup>. Selon une phrase souvent citée de M. Mohammed Bedjaoui, ancien président de la CIJ : « Le juriste a peut-être mieux à faire qu'à livrer un combat d'arrière-garde, même s'il ne peut, le droit étant par essence conservateur – mener aussi le combat inverse d'avant-garde. Il doit avoir une science très sûre de l'interprétation des

<sup>157</sup> V. *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (Holmes, J., dissenting) ; v. aussi K. Johnson, « Bridging The Gap: Some Thoughts About Interstitial Lawmaking And The Federal Securities Laws », *Washington & Lee Law Review*, 1991, pp. 878-936.

<sup>158</sup> Réponse au questionnaire (question 13). V. aussi C. Jalloh, « Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », annexe au Rapport de la Commission du droit international, Soixante-douzième session (26 avril-4 juin et 5 juillet-6 août 2021, A/76/10, par. 15.

<sup>159</sup> CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Recueil 1949*, p. 182 ; l'avis est également fondateur en ce qui concerne la personnalité juridique des organisations internationales (v. p. 179).

<sup>160</sup> CIJ, avis consultatif, 13 juillet 1954, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, *Recueil 1954*, pp. 58 et s.

<sup>161</sup> CIJ, arrêt, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, *Recueil 1969*, p. 46, par. 85. V. d'une façon générale, l'influence décisive des décisions de la CIJ en matière de délimitation maritime sur l'évolution du droit de la mer.

<sup>162</sup> CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, *Recueil 2007*, pp. 118-119, par. 179.

<sup>163</sup> V. la formule très claire en ce sens de la CIJ dans l'arrêt *Avena* (v. *supra*, commentaire du préambule, par. 21.

<sup>164</sup> TIDM, arrêt, 4 novembre 2016, *Navire « Norstar », exceptions préliminaires*, pars. 171-175. V. aussi *infra*, par. 12.

<sup>165</sup> *Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la SdN aux termes de l'article 14 du Pacte*, note sur la CPJI, 1921, p. 38.

<sup>166</sup> V. les mises en garde en ce sens de F. Orrego Vicuña, réponse au questionnaire (question 13).

tendances d'une société, pour l'aider – c'est là son rôle – à accoucher des nouvelles formes, porteuses de progrès »<sup>167</sup>.

11. Au demeurant, tout en reconnaissant l'influence considérable que la jurisprudence exerce dans l'évolution, voire la formation du droit international, on peut aussi se rallier à la conclusion pleine de sagesse de Sir Kenneth : « *whether the statement of the law involves the removal of uncertainty or development may be left unclear by the court or tribunal – often the wiser course* »<sup>168</sup>.

12. La jurisprudence ne se limite pas à influencer les juridictions lorsqu'elles se prononcent sur des espèces ultérieures, elle joue également un rôle considérable dans le cadre de la codification du droit international. La CDI, ainsi que les conférences de codification, s'appuient abondamment sur la jurisprudence, essentiellement mais pas exclusivement de la CIJ, qui constitue pour elle une source d'inspiration primordiale, à tel point que les formulations de certains arrêts ou avis sont parfois reprises presque textuellement dans le traité de codification ; il en a été ainsi dans plusieurs domaines-clés de la codification du droit international, notamment en ce qui concerne le droit de la mer<sup>169</sup>, le droit des traités<sup>170</sup> ou celui de la responsabilité internationale<sup>171</sup>.

### LIGNE DIRECTRICE N° 3

*3. Une décision ne peut être invoquée à titre de précédent que si elle peut faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce.*

1. Comme l'a souligné la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, pour qu'une décision puisse être invoquée à titre de précédent, elle doit pouvoir « faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce »<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> Mohammed Bedjaoui, « Problèmes récents de succession d'États dans les États nouveaux », *RCADI* 1970/11, vol. 130, p. 532. Dans sa réponse à la question 12 du questionnaire, C. Tomuschat note que, du fait de la diversité qui caractérise la communauté internationale, la CIJ, « se conçoit plutôt comme le gardien du droit positif (dur), non pas comme un instrument de réforme, un rôle que d'aucuns veulent lui assigner dans un esprit de solidarité internationale », par contraste avec « le rôle de moteur de l'intégration » européenne que s'était attribué la Cour de Luxembourg, dans un contexte politique différent, jusqu'à une période récente.

<sup>168</sup> Réponse au questionnaire (question 13).

<sup>169</sup> V. *supra*, n. 161.

<sup>170</sup> V. par ex. les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités relatives aux réserves, imprégnées de la révolution conceptuelle opérée par la CIJ dans son avis du 28 mai 1951 (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil 1951*, v. surtout pp. 23-26). V. A. Pellet, « La CIJ et les réserves aux traités – Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle » in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer, La Haye, 2002, pp. 481-514.

<sup>171</sup> V. par ex. les dispositions relatives à la réparation des Articles de 2001 sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui prennent appui en grande partie sur la jurisprudence de la CPIJ (en particulier *Usine de Chorzów, compétence, série A n° 9*, p. 21 et *fond, série A n° 17*, p. 47). V. aussi la « formule *Mavrommatis* » largement reprise à l'article 1<sup>er</sup> du Projet d'articles sur la protection diplomatique, *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), vol. II(2), p. 25, commentaire de l'article premier, par. (3).

<sup>172</sup> CIJ, arrêt, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*(Nouvelle requête: 1962), *Recueil 1970*, p. 40, par. 63.

2. La formulation de cette ligne directrice est également voisine de la condition énoncée par la CIJ en ce qui concerne la formation du droit coutumier : dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, elle a estimé qu'une disposition conventionnelle pouvait déboucher sur une règle coutumière si elle possède, « en tout cas virtuellement, un caractère fondamental normatif » et peut ainsi « constituer la base d'une règle générale de droit »<sup>173</sup>.

3. Ce ne sera pas le cas si la formulation de la règle ou du principe en cause est expressément limitée à un cas déterminé<sup>174</sup> ou porte sur un instrument qui n'est plus en vigueur. À cet égard, la remarque de la CIJ dans l'affaire du Cameroun septentrional tient de l'évidence :

« [E]n l'espèce, il existe un différend relatif à l'interprétation et à l'application d'un traité [...] qui a pris fin, qui n'est plus en vigueur ; il n'y a plus aucune possibilité que ce traité fasse à l'avenir l'objet d'un acte d'interprétation ou d'application conforme à un jugement rendu par la Cour »<sup>175</sup>.

En 1985 dans l'affaire du *Plateau continental*, c'est un changement dans le droit coutumier applicable qui a justifié un revirement de jurisprudence<sup>176</sup>.

4. Il en va également ainsi si la juridiction prononce un *non liquet* comme ce fut le cas dans l'avis consultatif de la CIJ rendu dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* dans lequel la Cour a conclu que

« Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> CIJ, arrêt, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/ Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, Recueil 1969, pp. 41-42, par. 72.

<sup>174</sup> Voir *supra*, commentaire de la ligne directrice n° 1, par. 14.

<sup>175</sup> CIJ, arrêt, 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires*, Recueil 1963, p. 37.

<sup>176</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Recueil 1985, pp. 35-35, par. 40 : « Il est vrai que, dans le passé, la Cour a reconnu la pertinence de particularités géophysiques présentes dans la zone de délimitation quand ces particularités aident à identifier une ligne de séparation entre les plateaux continentaux des Parties. [...] Toutefois invoquer ici cette jurisprudence serait oublier que celle-ci [...] se légitimait par référence à une réglementation du titre lui-même qui faisait à ces facteurs une place appartenant désormais au passé, en ce qui concerne les fonds marins situés à moins de 200 milles des côtes ». V. aussi p. 55, par. 77 : « La Cour a ainsi eu l'occasion de prendre note du changement intervenu dans le droit coutumier relatif au plateau continental, que consacrent les articles 76 et 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer ».

<sup>177</sup> Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil 1996, p. 266, par. 105.2).E. Une telle situation ne peut se présenter que dans le cadre de procédures consultatives. Comp. avec les hypothèses dans lesquelles la cour ou le tribunal saisi s'abstient de se prononcer faute de différend effectif entre les parties ; v. par ex. CIJ, arrêt, 17 mars 2016, *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie, exceptions préliminaires*, pars. 122-124 ou arrêt, 1<sup>er</sup> décembre 2022, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)* ; v. aussi sentence arbitrale, 5 février 2011, *Larsen c. Le Royaume de Hawaï*, Aff. CPA n° 1999-01, par. 11.3.

5. Ce qui doit pouvoir faire l'objet d'une généralisation est la raison essentielle qui a conduit à la solution adoptée. Pour reprendre les termes du TPYI, « [c]e qui est retenu dans les décisions antérieures, c'est le principe juridique qui les fonde (*ratio decidendi*) »<sup>178</sup>. Cette *ratio decidendi* « ne s'entend pas seulement du principe de droit énoncé par le juge mais constitue le principe justificatif intimement lié à des faits particuliers qui est invoqué par le juge pour décider de sa solution<sup>179</sup> »<sup>180</sup>. Son identification est d'autant plus difficile que la *ratio decidendi* n'est pas forcément clairement identifiée et doit donc faire l'objet d'interprétation<sup>181</sup>. Cette justification se trouve dans les motifs, tandis que le dispositif se borne, en principe, à tirer les conséquences dans le cas d'espèce de la motivation qu'il introduit.

6. Si les motifs « dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées »<sup>182</sup>, ni *a fortiori* pour des tiers, ce n'en sont pas moins eux qui sont susceptibles de constituer un précédent<sup>183</sup>. Il est du reste « presque toujours nécessaire d'avoir recours aux motifs pour bien comprendre le dispositif et surtout pour déterminer la *causa petendi* »<sup>184</sup>. Généraliser

<sup>178</sup> TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, par. 110.

<sup>179</sup> Note 57 dans l'original : « Cela peut parfois être difficile à appréhender pour des juristes issus d'autres traditions juridiques que la *common law*. En effet, contrairement aux juges de *civil law* qui ont pour méthode de poser un principe de droit abstrait avant de l'appliquer à l'espèce dont ils sont saisis, les juges de *common law* partent d'abord des faits pour en déduire un principe de droit. Celui-ci ne pourra donc s'appliquer en tant que précédent que lorsque les mêmes circonstances seront réunies ».

<sup>180</sup> D. Riché, « Ne pas suivre les précédents dans l'arbitrage international », in SFDI, *Le précédent en droit international*, Pedone, Paris, 2016, p. 393. V. aussi les définitions de *ratio decidendi* données par J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 9<sup>e</sup> éd., 2019, Glossary, p. lxxxiv : « The principal proposition or propositions of law determining the outcome of a case, or necessary for the decision of a particular case (*cf Dicta*). » ; H. Thirlway, *The Sources of International Law*, OUP, 2<sup>e</sup> éd., 2019, Glossary of Latin Phrases, p. xii : « The legal considerations on which a judgment is based; to be distinguished from an *obiter dictum* (q.v.) ».

<sup>181</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, Recueil 2007, pp. 99-100, par. 133-135 ; arrêt, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires*, Recueil 2008, p. 433, par. 68.

<sup>182</sup> CPJI, avis consultatif, 16 mai 1925, *Service postal polonais à Dantzig, série B n° 11*, pp. 29-30. V. aussi CIJ, arrêt, 25 mars 1999, *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun)*, Recueil 1999, p. 35, par. 10. Seuls sont considérés comme *res judicata* ceux qui sont inséparables du dispositif ; v. not. : CPJI, arrêt, 16 décembre 1927, *Interprétation des arrêts Nos 7 et 8 (Usine de Chorzów), série A n° 13*, pp. 20 et 21 ; CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, Recueil 2007, p. 95, par. 126 ; *Interprétation de la Décision du 30 juin 1977 délimitant le Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, Décision du 14 mars 1978, pp. 365-366, par. 28, *RSANU*, vol. XVIII. V. aussi Recommandations de l'Association de Droit International (A.D.I.) sur l'autorité de la chose jugée, approuvées en 2006 (<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1132&StorageFileGuid=764d6ae2-4d49-4997-8753-98b30f1c1092>).

<sup>183</sup> L. Caflisch, « La pratique dans le raisonnement du juge international » in SFDI, *La pratique en droit international*, colloque de Genève, Pedone, Paris, 2004, p. 126.

<sup>184</sup> CPJI, arrêt, 16 décembre 1927, *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów), série A n° 13*, Opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 24, par. 2. Avec tout le respect dû au grand Juge, ne s'agit-il pas de la *ratio decidendi* plutôt que de la *causa petendi* ?

la solution retenue par la juridiction qui s'est prononcée initialement en se fondant exclusivement sur le dispositif de la décision serait au demeurant contraire au principe même de l'autorité *relative* de la chose jugée et à celui, tout aussi fondamental, de l'obligation de motiver les décisions de justice puisque le dispositif n'est, justifié que par les motifs, qu'il ne reprend en principe pas mais « qui ont pour but d'arriver à la formulation de ce qui est le droit dans le cas dont il s'agit »<sup>185</sup>.

7. Comme l'a écrit Sir Kenneth dans sa réponse au questionnaire :

*« [T]he dispositif or judgment will not usually be capable of constituting a precedent<sup>[186]</sup> but it might, especially if a declaratory judgment is sought as in the North Sea Continental Shelf cases or in such cases as the WHO/Egypt case where the Court in replying to a question which seemed to seek a one-word answer (yes or no) concluded that it could not give such an answer but instead gave an answer, extending over two pages, which declared the relevant law »<sup>187</sup>.*

8. Cette remarque conduit à distinguer quatre catégories de décisions :

- 1° Le cas général dans lequel la juridiction tranche un différend particulier en tenant compte des circonstances factuelles de l'espèce ; dans ce cas, le précédent est à rechercher dans les motifs puisque, par hypothèse, le dispositif n'est pas susceptible de généralisation.

- 2° Le cas exceptionnel où les mêmes faits ou la même situation factuelle donnent lieu à plusieurs contentieux devant une même ou plusieurs juridictions<sup>188</sup>.

- 3° les jugements déclaratoires qui sont destinés « à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent »<sup>189</sup>. À leur propos, la CIJ a observé

*« que, si, dans un jugement déclaratoire, elle définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur, l'arrêt qu'elle rend demeure applicable dans l'avenir »<sup>190</sup>.*

<sup>185</sup> Opinion dissidente préc. d'Anzilotti.

<sup>186</sup> Incise dans la réponse : « *See eg the dispositif in Croatia v Serbia para 524 ((2)... Rejects Croatia's claim; (3)... Rejects Serbia's counterclaim) and the judgment in Mist v The Queen [2005] NZSC77 (A The appeal is allowed. B The sentence ...is quashed. C ...)* By contrast, for possible precedents in the rulings in those two cases see eg paras 84-117 (on jurisdiction), 151-153 (the Genocide Connection and international humanitarian law) and 167-169 (questions of proof), in the first, and, in the second, paras 7-31 (non-retrospectivity in sentencing) ».

<sup>187</sup> Réponse au questionnaire (question 1).

<sup>188</sup> V. *infra* commentaire de la ligne directrice n° 6.

<sup>189</sup> CPJI, arrêt, 16 décembre 1927, *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, série A n° 13, p. 20, cité dans CIJ, arrêt, 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, Recueil 1963, p. 37.

<sup>190</sup> CIJ, arrêt, 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, Recueil 1963, p. 37. Dans cet esprit, l'Organe d'appel de l'OMC a affirmé que la clarification de la portée d'une disposition statutaire figurant dans ses rapports « n'est pas limitée à l'application d'une disposition particulière dans une affaire donnée » – v. *supra*, n. 24.

Il en va de même de nombreux avis consultatifs dont l'objet est précisément de définir une règle de droit, même si elle est en général appliquée à une situation particulière. Toutefois, même dans ces hypothèses, le dispositif repose sur des motifs – qu'il reprend en général en partie – à la lumière desquels il peut (et doit) être interprété.

- 4° les décisions qu'on pourrait appeler « quasi-déclaratoires » dans lesquelles le dispositif reprend une partie du raisonnement juridique alors même que, pour reprendre l'expression de Sir Kenneth, la cour ou le tribunal aurait pu répondre par « oui » ou par « non ». Ces décisions appellent les mêmes remarques que les jugements déclaratoires proprement dits.

9. En outre, l'exercice de généralisation se heurte parfois au contexte juridique particulier dans lequel opère chaque juridiction<sup>191</sup>.

#### LIGNE DIRECTRICE N° 4

*4. La juridiction saisie doit déterminer si le précédent est pertinent pour trancher le cas qui lui est soumis en s'assurant qu'il concerne le même type de situation ou de problème juridique que celui sur lequel elle est appelée à se prononcer, et que l'argumentation qui fonde ce précédent est toujours convaincante et d'actualité au moment où elle se prononce. Le degré d'examen nécessaire dépend des circonstances de chaque espèce et de la convergence des précédents.*

1. Selon Sir Kenneth, « *it is only the rulings on points of law and not those on the facts that may be capable of constituting precedents* ». Les faits n'en présentent pas moins une grande importance dans le processus de recours au précédent : le juge ou l'arbitre qui envisage d'y recourir doit, en premier lieu, s'assurer que les faits de l'espèce sont suffisamment proches de ceux ayant donné lieu au précédent pour se prêter à sa transposition.

2. En outre, dans des circonstances exceptionnelles, il se peut aussi que les constatations factuelles faites par une juridiction dans une affaire soient prises en considération dans une affaire différente mais concernant le même ensemble de circonstances, et ceci même si ces constats ont été effectués par une autre juridiction<sup>192</sup>. Dans l'affaire *Avena*, la CIJ est allée plus loin encore en soulignant qu'elle avait conscience de créer un précédent :

« Pour éviter toute ambiguïté, il y a lieu de préciser que, bien que les observations de la Cour intéressent les cas des ressortissants mexicains qui lui ont été soumis par le Mexique, elle s'est référée aux questions de principe soulevées au cours de la présente instance du point de vue de l'application générale de la convention de Vienne, et qu'il ne saurait être question d'appliquer un argument *a contrario* à la moindre des conclusions que la Cour formule dans le présent arrêt. En d'autres termes, on ne saurait

<sup>191</sup> V. la ligne directrice n° 5.

<sup>192</sup> V. *infra*, commentaire de la ligne directrice n° 6, par. 7.

déduire du fait que la Cour a eu à se prononcer uniquement sur le cas de ressortissants mexicains dans le cadre de la présente affaire que les conclusions de cet arrêt sont inapplicables à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans les mêmes conditions aux États-Unis »<sup>193</sup>.

4. La juridiction saisie doit déterminer si le précédent est pertinent pour trancher le nouveau cas en vérifiant qu'il concerne le même type de situation ou de problème juridique que celui sur lequel elle est appelée à se prononcer<sup>194</sup>. Il n'est question de suivre un précédent

« que pour des affaires similaires ou significativement similaires. Ceci revient moins à dire que les faits sont similaires ou significativement similaires qu'à dire que la question soulevée par les faits de la deuxième affaire doit être la même que celle tranchée à l'aide du principe juridique lors de la première décision »<sup>195</sup>.

Des tribunaux CIRDI ont quant à eux souligné à plusieurs reprises, qu'ils

*« ought to follow solutions established in a series of consistent cases, comparable to the case at hand, but subject of course to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case »*<sup>196</sup>.

5. Dans une étude relative au précédent devant les juridictions pénales internationales, M. Aldo Zammit Borda souligne que « [t]he degree of scrutiny necessary [...] would have to depend on the circumstances of each case and, in particular, on how well-settled the issue may be »<sup>197</sup>.

6. La juridiction qui se réfère au précédent doit se convaincre que la solution qu'il retenait est toujours défendable à la date où elle statue et est adaptée aux faits

<sup>193</sup> CIJ, arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis)*, Recueil 2004, p. 70, par. 151.

<sup>194</sup> V. *infra* n. 204.

<sup>195</sup> TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, par. 110. V. aussi CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *Lotus, série A n° 9*, p. 21 : « c'est seulement dans les précédents [présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce] que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général applicable à l'espèce » – italiques ajoutées. Dès son deuxième arrêt, en 1949, la CIJ s'est référée « à l'opinion exprimée par la Cour permanente de Justice internationale à propos de questions d'interprétation semblables » (CIJ, arrêt, 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, Recueil 1949, p. 24 – italiques ajoutées). En 2008 par exemple, la CIJ a réaffirmé que « En règle générale », « la Cour ne s'écarte [...] pas de sa jurisprudence, notamment lorsque des questions comparables à celles qui se posent à elle, comme en l'espèce, ont été examinées dans des décisions antérieures » (CIJ, arrêt, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, Recueil 2008, p. 449, par. 105 – italiques ajoutées).

<sup>196</sup> CIRDI, sentence, 27 août 2009, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. Pakistan*, n° ARB/03/29, par. 145. V. aussi CIRDI, Decision on Liability, 30 juillet 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/19, par. 189 ; sentence, 4 octobre 2013, *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, par. 116 ; sentence, 9 janvier 2015, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Peru*, n° ARB/11/17, par. 76.

<sup>197</sup> A. Z. Borda, « The Direct and Indirect Approaches to Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Melbourne Journal of International Law*, 2013, p. 638.

de l'espèce<sup>198</sup>. C'est en ce sens, semble-t-il, qu'il faut lire l'affirmation de la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis* selon laquelle « la Cour ne voit aucune raison pour se départir d'une interprétation découlant nettement de deux arrêts précédents dont l'argumentation lui paraît toujours bien fondée »<sup>199</sup> ou l'indication donnée par la Cour actuelle dans l'affaire de la *Namibie* selon laquelle les conclusions qu'elle avait tirées dans trois avis antérieurs de la situation persistant à la date de l'avis, avaient été adoptées « à juste titre »<sup>200</sup>.

7. Si le degré de similarité ne satisfait pas la juridiction, elle pourra échapper à l'application du précédent, tout en évitant de le remettre en cause – par un revirement de jurisprudence<sup>201</sup>, grâce à la technique du *distinguishing*<sup>202</sup>. Cette méthode, à l'origine propre à la *common law* et consubstantielle à la règle de *stare decisis*<sup>203</sup>, consiste à distinguer les circonstances de l'espèce de celles des précédents invoqués pour les empêcher de produire des effets. La CIJ a par exemple décidé dans son arrêt de 2013 dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)* que :

« 54. Le Burkina Faso cite deux précédents dans lesquels la CPJI aurait accepté, selon lui, de donner acte, dans le dispositif même d'un arrêt, d'un accord conclu entre les parties.

55. Mais la Cour estime que ces précédents ne sont pas pertinents, car l'un et l'autre visent l'hypothèse d'un accord qui serait intervenu entre les parties en cours d'instance, et non l'hypothèse dans laquelle le différend avait été résolu entre les parties avant même la saisine de la Cour »<sup>204</sup>.

<sup>198</sup> L'imbraglio concernant l'évolution de la situation de la Serbie aux Nations Unies et ses conséquences quant à sa capacité à se présenter en tant que partie devant la CIJ, illustré par les arrêts de 1996 et 2007 dans l'affaire du *Génocide* entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie, ceux de 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* et celui de 2008 dans l'autre affaire du *Génocide* entre la Croatie et la Serbie (v. CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, *Recueil 2007*, pp. 76 et s. ; arrêt, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires*, *Recueil 2008*, pp. 428-429), illustre l'importance du facteur temporel dans la prise en compte des précédents. V. aussi M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 109. Pour la question connexe du régime applicable au revirement de jurisprudence, voir *infra*, ligne directrice n° 5.

<sup>199</sup> CPJI, arrêt, 10 octobre 1927, série A n° 11, p. 18.

<sup>200</sup> CIJ, avis, 21 juin 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Recueil 1971*, pp. 37-38, par. 72.

<sup>201</sup> V. *infra*, ligne directrice n° 5.

<sup>202</sup> V. D. Riché, « Ne pas suivre les précédents dans l'arbitrage international », in SFDI, *Le précédent en droit international*, Pedone, Paris, 2016, pp. 393 et s. V. aussi par ex. C. Kessedjian, « To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration », in P. Alford, C.A. Rogers (dirs.), *The Future of Investment Arbitration*, OUP, 2009, p. 59 ; M. Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, CUP, 2014, pp. 127 et s. ; R. Kolb, *Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 2013, « Le maniement des précédents et la technique du *distinguishing* », pp. 1207-1221.

<sup>203</sup> D. Fairgrieve, H. Muir Watt, *Common Law et tradition civiliste*, PUF, Paris, 2006, p. 31.

<sup>204</sup> CIJ, arrêt, 16 avril 2013, *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, *Recueil 2013*, p. 72 – les différences sont détaillées aux paragraphes 56 à 58.

De même, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour a insisté sur les « considérations particulières » justifiant une approche différente de celle du précédent invoqué relatif à l'application d'une disposition en substance identique à celle en cause :

« 37. L'ordre dans lequel les articles du traité de 1956 ont été examinés en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* n'a pas, selon la Cour, été dicté par l'économie du traité ; il illustre plutôt le principe selon lequel la Cour 'reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt' (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, C.I.J. Recueil 1958*, p. 62). En la présente espèce, la Cour est d'avis que des considérations particulières incitent à examiner l'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX avant d'aborder le paragraphe 1 de l'article X »<sup>205</sup>.

8. Il importe aussi de considérer l'instance de jugement ainsi que le corpus de droit appliqué pour apprécier l'autorité que peut avoir la décision en cause, en particulier si elle est exogène, c'est-à-dire si elle a été rendue par une juridiction autre que celle qui applique le précédent. Par exemple, une juridiction pénale internationale attachera « une grande importance aux décisions [d'autres] juridictions pénales internationales »<sup>206</sup> ; tandis que le juge du Mercosur se référera plus naturellement à la jurisprudence de la CJUE qu'à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>207</sup>.

9. Les juridictions doivent prendre garde de ne pas faire preuve d'un suivisme aveugle. Ainsi, le Juge Jean-Pierre Cot a regretté que la majorité ayant adopté l'avis consultatif du TIDM du 2 avril 2015 ait décidé de se « réfugier à l'abri de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en arguant d'analogies qui n'ont pas lieu d'être »<sup>208</sup>. De même les tribunaux CIRDI ont été critiqués pour avoir endossé la jurisprudence *LaGrand* de la CIJ concernant la valeur juridiquement obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires alors que les

<sup>205</sup> CIJ, arrêt, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis)*, Recueil 2003, p. 180, par. 37. Ces « considérations particulières » sont explicitées aux paragraphes 37 et 38 de l'arrêt. Pour d'autres exemples de recours au *distinguishing*, v. CIJ, avis consultatif, 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Recueil 1950, p. 72 ; arrêt, 26 mai 1961, *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Recueil 1961, pp. 25-35 ; arrêt, 24 juillet 1964, *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, Recueil 1964, pp. 28-30 ; avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Recueil 1971, pp. 23-24, pars. 30-31 ; arrêt, 10 février 2005, *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, Recueil 2005, pp. 22-27, pars. 39-53 ; CIJ, arrêt, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires*, Recueil 2008, p. 442, par. 89.

<sup>206</sup> TPIY, jugement, 14 janvier 2000, *Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, n° IT-95-16-T, par. 541.

<sup>207</sup> V. par ex. Y. Reyes Tagle, « El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la definición del principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina y el Mercosur », *Agenda Internacional*, 2018, vol. 25, n° 36, pp. 235-256 ; L. Burgogue-Larsen, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, pp. 257-263.

<sup>208</sup> TIDM, déclaration du Juge Cot, avis consultatif, 2 avril 2015, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, pars. 5 et s.

textes applicables sont rédigés de manière très différente<sup>209</sup>. Pour éviter cela, il nous paraît nécessaire de faire évoluer la pratique des juridictions internationales qui n'explicitent généralement ni la raison qui justifie le recours aux précédents exogènes, ni le poids concret qu'elles donnent à ces décisions dans les solutions qu'elles retiennent. Dans certains cas, il est en effet difficile de déterminer si un tel recours constitue un motif surabondant, une confirmation ou bien un élément décisif<sup>210</sup>, voire même dans d'autres cas, si la juridiction approuve ou désapprouve la solution retenue par un autre tribunal<sup>211</sup>.

10. Durant les débats relatifs à la résolution de l'IDI concernant « Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique », il a été souligné que : « *ICJ case-law should be taken into account by tribunals whenever the Court has taken a position on otherwise unsettled issues or in areas where there are lacunae. [...] This would help harmonize the solutions* »<sup>212</sup>. Cette orientation reflète le rôle de *prima inter pares* qui est largement reconnu *de facto* à la jurisprudence de la CIJ<sup>213</sup> ; mais on ne saurait aller plus loin : comme celle de toute juridiction internationale, la jurisprudence de la CIJ n'est qu'un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit et les propositions visant à instituer un mécanisme de questions préjudicielles qui permettrait à la Cour d'assurer un rôle unificateur dans la jurisprudence internationale<sup>214</sup> n'ont pas abouti à ce jour.

<sup>209</sup> V. G. Guillaume, « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 702 ; A. Pellet, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI – Lalive Lecture, 5 juin 2013 », *JDI*, 2014, pp. 30-31 (aussi publié en anglais : « The Caselaw of the ICJ in Investment Arbitration », *ICSID Review*, 2013, vol. 28, n° 2, pp. 238-239).

<sup>210</sup> V. par ex. CIJ, arrêt, 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, *Recueil 2011*, pp. 678-679, par. 109 où la Cour se contente d'indiquer qu'elle « observe que la Cour de justice des Communautés européennes a rejeté un argument similaire » ; CIJ, arrêt, 3 février 2009, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, *Recueil 2009*, p. 109, par. 149, et p. 129, par. 210 où la Cour fait référence à une sentence arbitrale pour illustrer une pratique judiciaire sans prendre le soin d'indiquer quelle portée elle-même assigne à cette pratique ou lorsqu'elle indique simplement qu'elle « souscrit à l'observation » formulée par un tribunal arbitral sans autre explication.

<sup>211</sup> V. par ex. la position de la CIJ en ce qui concerne son incompétence pour opérer une délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins en l'absence de recommandations de la Commission des limites du plateau continental qui paraît en opposition avec la décision prise en 2012 par le TIDM de délimiter le plateau continental étendu du Bangladesh et du Myanmar en l'absence de telles recommandations. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie, la Cour a pourtant rappelé sa position de principe tout en citant l'arrêt de mars 2012 du TIDM sans le remettre en cause alors que ces deux positions semblent difficilement pouvoir coexister (CIJ, arrêt, 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, *Recueil 2012*, pp. 668-670, pars. 125-131).

<sup>212</sup> Session de Tokyo - Travaux préparatoires, *Annuaire de l'IDI*, [https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/Question3\\_travaux.pdf](https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/Question3_travaux.pdf), p. 21, « Issues discussed and directions adopted at the Rome Meeting », 19-21 juin 2013.

<sup>213</sup> V. not. A. Pellet, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI – Lalive Lecture, 5 juin 2013 », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, pp. 5-32 ; L. Caflisch, *op. cit.* n. 183, p. 126.

<sup>214</sup> V. not. Discours de S. Exc. M. Stephen Schwebel, Président de la Cour internationale de Justice, à l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 octobre 1999 ; Discours de S. Exc. M. Gilbert Guillaume,

## LIGNE DIRECTRICE N° 5

5. Un précédent ou une jurisprudence constante peuvent être infléchis ou renversés pour des raisons impérieuses.

Par raisons impérieuses, on entend un ensemble de considérations, qui peuvent être juridiques, du fait de l'évolution du droit applicable, mais aussi de natures diverses (politiques, sociologiques, économiques, etc.), justifiant l'inapplicabilité du précédent ou de la jurisprudence constante. Ces considérations doivent être d'un caractère particulièrement exceptionnel lorsqu'il s'agit de renverser une jurisprudence constante.

1. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus dans le commentaire des définitions des expressions « précédent » et « jurisprudence constante », les juridictions internationales s'efforcent de ne pas remettre en cause les solutions retenues dans les affaires précédemment jugées présentant des similarités avec le cas d'espèce en examen<sup>215</sup>.

2. Cette position fait écho au principe très général de droit exprimé par l'adage *quieta non movere* tel que le tribunal arbitral dans l'affaire *Grisbådarna* l'a clairement exprimé : « dans le droit des gens, c'est un principe bien établi qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps »<sup>216</sup>. Cette directive très générale vaut également en matière contentieuse. Pour cette raison, un revirement de jurisprudence doit être exceptionnel et ne peut être justifié que par l'existence d'un changement qui se serait opéré dans le contexte juridique (ou plus exceptionnellement factuel) et imposant de renoncer à une solution adoptée précédemment<sup>217</sup>. Du reste, comme le relevait Sir Hersch Lauterpacht en 1958, les juges sont « *naturally reluctant, in the absence of compelling reasons to the contrary, to admit that they were previously in the wrong* »<sup>218</sup>.

3. Même si les critères applicables sont formulés de diverses manières et offrent aux juridictions internationales une certaine flexibilité pour s'écarter des précédents ou de la jurisprudence existants, le critère invoqué le plus fréquemment est bien celui des « raisons impérieuses » (en anglais « *compelling reasons* »), sur lequel la jurisprudence donne quelques éclaircissements sans dissiper la part de subjectivité du juge ou de l'arbitre dans l'appréciation de leur existence.

4. Comme l'a souligné le juge Abraham, ancien Président de la CIJ :

---

Président de la Cour internationale de Justice, prononcé devant la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 31 octobre 2001, p. 2 ; T. Treves, « Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, pp. 215-232.

<sup>215</sup> V. *supra*, commentaire de la ligne directrice n° 1, pars. 7 et s. V. aussi les commentaires du Préambule, notamment le par. 13, et de la ligne directrice n° 3.

<sup>216</sup> Sentence arbitrale, 23 octobre 1909, *Affaire des Grisbådarna (Norvège c. Suède)*, RSA, vol. XI, p. 161.

<sup>217</sup> C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, ULB, 2008, p. 143. Pour l'expression « changement de précédent », préférée à celle de « revirement de jurisprudence », v. M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 110.

<sup>218</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958, p. 14.

« Il est vrai que la jurisprudence n'est pas intangible, et que la Cour a toujours le pouvoir de l'infléchir ou de la renverser si elle estime, exceptionnellement, qu'il existe pour cela des raisons impérieuses, tenant par exemple à l'évolution d'un contexte général dans lequel s'insère telle ou telle solution particulière »<sup>219</sup>.

Toutefois, l'expression « raisons impérieuses », d'usage courant en doctrine, ne s'est imposée que progressivement et n'a guère été utilisée par la CIJ pour justifier – ou refuser – un revirement de jurisprudence<sup>220</sup>.

5. En 1962 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour a indiqué que l'une des raisons qui pourraient conduire à écarter un précédent tiendrait à la survenance de nouvelles circonstances affectant les « faits importants » qui avaient justifié l'adoption du précédent<sup>221</sup>.

6. En 2008, dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Génocide* entre la Croatie et la Serbie, la Cour a introduit une distinction, fort subtile, entre deux situations différentes : lorsqu'il existe une décision antérieure qui concerne exactement la même question que celle posée à la Cour (en l'espèce, le statut de la RFY vis-à-vis de l'ONU), « seules des raisons impérieuses pourraient conduire la Cour à s'écarter des solutions retenues dans ces décisions antérieures » ; en revanche, lorsque des décisions antérieures de la Cour sont invoquées « comme des précédents à suivre dans des cas comparables », elle peut alors s'en écarter mais uniquement « si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières »<sup>222</sup>. Force est de reconnaître que la distinction entre « raisons impérieuses » et « raisons très particulières » – « *very particular reasons* » – n'est pas d'une entière clarté<sup>223</sup>. L'incertitude est d'autant plus grande que pour préciser le second critère, la Cour

<sup>219</sup> Déclaration de M. Abraham, arrêt, 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, Recueil 2016*, p. 860, par. 11.

<sup>220</sup> On rencontre néanmoins l'expression « raisons impérieuses » dans d'autres domaines, par exemple en matière de délimitation maritime lorsqu'il s'agit de s'écarter de la ligne d'équidistance pour tracer les limites de la ZEE ou du plateau continental – v. par ex. CIJ, arrêt, 3 février 2009, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), Recueil 2009*, p. 101, par. 116 ou arrêt, 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), Recueil 2012*, p. 695, par. 1901, renvoyant tous deux à *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), Recueil 2007 (II)*, p. 745, par. 281. V. aussi arrêt, 2 février 2018, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), Recueil 2018*, p. 190, par. 136.

<sup>221</sup> CIJ, arrêt, 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud), Recueil 1962*, p. 334.

<sup>222</sup> CIJ, arrêt, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, Recueil 2008*, pp. 428-429, pars. 53-54.

<sup>223</sup> À l'exception de l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Kreća, qui critique la Cour pour s'être écarté de ses décisions antérieures sans en donner les raisons (pp. 573-574, par. 44), l'appel à des « raisons impérieuses » n'a pas été remis en cause par les juges ayant formulé des opinions personnelles. Dans son opinion individuelle, le juge Abraham emploie cependant une autre expression – que l'on peut probablement considérer comme équivalente : « Je ne peux qu'approuver le souci de continuité de la jurisprudence, qui ne doit céder qu'en présence de *raisons particulièrement fortes*, que la Cour n'a pas aperçues ici, et je partage ce point de vue » (p. 539, par. 48 – italiques ajoutées).

renvoie à son arrêt de 1998 dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, lequel se contentait de viser l'existence de « raisons », sans autre qualificatif :

« Il ne saurait être question d'opposer [à un État] les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures', lesquelles n'ont aucun effet obligatoire pour lui, mais '[l]a question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents' »<sup>224</sup>.

Ce précédent n'est pas isolé<sup>225</sup>.

7. Comme le constatent MM. Guido Acquaviva et Fausto Pocar :

« *Although to date the ICJ has not laid down rules on the use of its precedents, it has also never explicitly departed from them, preferring instead to distinguish implicitly previous cases and the reasoning behind them* »<sup>226</sup>.

Dès lors, seule une démarche casuistique permet de se faire une idée de la méthode suivie par la Cour pour utiliser – ou non – un précédent. Il n'en n'est pas moins certain que seule une évolution radicale du contexte général dans lequel s'inséraient la ou les solutions de référence pourrait justifier l'abandon de celle-ci.

8. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a déclaré qu'« en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure »<sup>227</sup>. Et le même critère a été retenu à de nombreuses reprises devant les tribunaux CIRDI<sup>228</sup>.

9. De même, dans le domaine du droit international pénal, la Chambre d'appel du TPIY s'est estimée libre de s'écarter de ses décisions antérieures « si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice »<sup>229</sup> – en anglais « *cogent reasons in the interests of justice* ». La même juridiction a précisé que :

<sup>224</sup> *Ibid.*, pp. 428-429, par. 53, renvoyant à CIJ, arrêt, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)), exceptions préliminaires, Recueil 1998*, p. 292, par. 28.

<sup>225</sup> V. aussi CIJ, avis consultatif, 12 juillet 1973, *Demande de réformation du jugement no 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, Recueil 1973*, p. 172, par. 14 : « La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de l'attitude qu'elle a adoptée dans ces affaires » ; ordonnance, 22 novembre 2013, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) : Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), mesures conservatoires, Recueil 2013*, p. 360, par. 28 : « La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de cette conclusion dans le contexte de la présente demande du Costa Rica ».

<sup>226</sup> G. Acquaviva et F. Pocar, *op. cit.* n. 17, par. 13. V. la technique du *distinguishing*, mentionnée *supra*, commentaire de la ligne directrice n° 4, par. 7.

<sup>227</sup> OMC, Rapport de l'Organe d'appel, 30 avril 2008, *États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, WT/DS344/AB/R*, p. 73, par. 160.

<sup>228</sup> V. par ex. CIRDI, sentence, 27 août 2009, *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. Pakistan*, n° ARB/03/29, par. 145 ; Decision on Liability, 30 juillet 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/19, par. 189 ; sentence, 4 octobre 2013, *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, par. 116 ; sentence, 9 janvier 2015, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Peru*, n° ARB/11/17, par. 76.

<sup>229</sup> TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, par. 107. V. aussi TPIR, décision, 31 mai 2000, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, n° ICTR-97-20-A, par. 92 ; TPIY, arrêt, 27 janvier 2014, *Procureur c. Vlastimir Đorđević*, n° IT-05-87/1-A, par. 23 ; TPIY, arrêt, 30 janvier 2015, *Procureur c. Popović et consorts*, n° IT-05-88-A, par. 432.

« Parmi les situations où, dans l'intérêt de la justice, des raisons impérieuses commandent de s'écarter d'une décision antérieure, citons l'exemple d'une décision prise sur la base d'un principe juridique erroné ou d'une décision rendue *per incuriam*, c'est-à-dire 'tranchée à tort, généralement parce que le ou les juges n'étaient pas bien au fait du droit applicable'<sup>230</sup>.

Il importe de préciser que la règle est de s'en tenir aux décisions antérieures et que le revirement constitue l'exception. La Chambre d'appel ne s'écartera d'une de ses décisions antérieures qu'après un examen des plus attentifs, tant des points de droit, et notamment des sources citées à leur appui, que des points de fait »<sup>231</sup>.

10. Seule la CrEDH s'éloigne clairement du critère des « raisons impérieuses ». Si elle l'avait dans un premier temps adopté, notamment dans l'affaire *Cossey c. Royaume Uni*, pour « garantir que l'interprétation de la convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles »<sup>232</sup>, ce critère a, depuis lors, été remplacé par le critère plus souple, mais plus incertain, de « motif valable »<sup>233</sup>. Pour reconstituer ce que la Cour range parmi ces motifs, il faut aussi recourir à une analyse casuistique<sup>234</sup>.

11. De cette jurisprudence abondante, on peut tirer quelques conclusions assez fermes :

- le besoin de stabilité et de prévisibilité du droit conduit les juridictions internationales, en droit international, comme dans tout système juridique, à s'en tenir, autant que faire se peut, aux solutions précédemment adoptées dans des affaires similaires ;
- il en va tout particulièrement ainsi lorsque cette solution est reproduite à plusieurs reprises dans des décisions étalées dans le temps, c'est-à-dire quand elle fait l'objet d'une jurisprudence constante<sup>235</sup> ;
- tel est le cas à plus forte raison lorsque cette jurisprudence constante est le fait de plusieurs juridictions internationales ;
- cependant ce souci de stabilité ne doit pas entraver la nécessaire évolution du droit et son adaptation à la perception qu'en ont ses destinataires et aux circonstances changeantes de la vie internationale ;

<sup>230</sup> Note 249 dans l'original : « *Black's Law Dictionary* (7<sup>e</sup> éd., 1999) traduction non officielle ».

<sup>231</sup> TPIY, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, pars. 108-109.

<sup>232</sup> CrEDH, arrêt, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume Uni*, n° 10843/84, par. 35. Sur la mise en œuvre de ce standard, v. notamment M. Balcerzak, « The Doctrine of Precedent in the ICJ and the European Court of Human Rights », *Polish Yearbook of International Law*, 2004-2005, pp. 139 et s.

<sup>233</sup> V. par ex. CrEDH, Grande chambre, arrêt, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, par. 70 ; arrêt, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, par. 74 ; arrêt, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00, par. 56 ; arrêt, 29 juin 2012, *Sabri Gunes c. Turquie*, n° 27396/06, par. 50 ; arrêt, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n° 18030/11, par. 150.

<sup>234</sup> Pour l'examen détaillé de ces motifs et une étude critique de la mise en œuvre erratique de cette jurisprudence, v. A. Mowbray, « An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law », *Human Rights Law Review*, 2009, vol. 9(2), pp. 179-201.

<sup>235</sup> Sur la définition de la « constance » *requisite*, v. *supra*, commentaire de la ligne directrice n° 1, pars. 17 à 21.

- l'art du *distinguishing* est une façon de préserver le recours futur à un précédent ou à une jurisprudence constante tout en écartant une solution inadaptée aux faits particuliers de l'espèce ;
- lorsqu'une distinction n'est pas possible ou pas opportune, seules des « raisons impérieuses » pourraient justifier l'abandon de la solution adoptée précédemment ;
- l'existence d'une jurisprudence constante appelle une retenue toute particulière à cet égard.

### LIGNE DIRECTRICE N°6

6. Lorsque la juridiction saisie entend faire usage des décisions d'une autre instance juridictionnelle, elle doit tenir compte du fait que chacune d'elles opère dans un contexte juridique particulier. Elle doit néanmoins attacher la plus haute importance aux constatations de fait et aux positions juridiques adoptées par une autre juridiction sur des questions qui entrent dans le domaine spécifique de compétence de cette dernière.

Pour apprécier l'autorité de la décision en question, la juridiction doit tenir compte de la position hiérarchique de l'instance de jugement qui l'a adoptée lorsque celle-ci est incluse dans une institution comportant plusieurs degrés.

1. Comme l'écrit M. Gilbert Guillaume dans sa réponse au questionnaire,

« Les précédents émanant d'autres juridictions que la juridiction saisie ont à l'évidence moins de poids pour cette juridiction que ses propres précédents »<sup>236</sup>.

Et, comme le souligne M. Christian Tomuschat, il n'est « pas évident qu'un juge international connaisse exactement la position d'un autre juge international »<sup>237</sup>. Il n'en reste pas moins que, dans le cadre de ce que l'on a appelé le « dialogue des juges »<sup>238</sup>, les juridictions internationales se réfèrent de plus en plus aux décisions d'autres juridictions en vue de conforter leur propre raisonnement.

<sup>236</sup> Réponse au questionnaire (question 7). V. aussi la réponse de M. Dugard : « *A court/tribunal will obviously be more influenced by decisions/precedents of that same court. The ICJ will, for instance, be most influenced by its own precedents* ».

<sup>237</sup> Réponse au questionnaire (question 7). Et il y a très probablement une part de vérité dans cette remarque ironique : « Un avocat devant une instance juridictionnelle a toujours intérêt à montrer que la solution du litige proposée par lui/elle se trouve en harmonie parfaite avec la jurisprudence déjà existante. Cela rassure les juges et les flatte en même temps » (*ibid.*).

<sup>238</sup> Le terme a été utilisé pour la première fois par Bruno Genevois, commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État, dans ses conclusions sur CE, ass., *Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit*, 22 décembre 1978, n° 11604. V. aussi *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, XLV-1166 p. ; L.A. Sicilianos, « Le précédent et le dialogue des juges : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme », in SFDI, *Le précédent en droit international*, Pedone, Paris, 2016, pp. 225-241 ; L. Boisson de Chazourmes, « Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach », *EJIL*, 2017, vol. 28, n° 1, pp. 13-72 ; v. aussi les Déclarations conjointes de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Déclaration de San José à l'occasion du 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine

2. Au demeurant, il s'agit plutôt, en réalité, de renvoyer aux *règles* générales dégagées par une autre juridiction qu'aux précédents en tant que tels (« conçus comme l'application d'une solution à un cas d'espèce, application qui mérite d'être répliquée parce que la situation est comparable »)<sup>239</sup>. Tout dépend de la raison pour laquelle une décision antérieure est sollicitée : il peut y être recouru ou bien « en tant qu'expression d'un raisonnement ayant permis d'appliquer une règle à un cas d'espèce » mais méritant d'être « repris en raison de sa pertinence », ou bien « à des fins seulement probatoires, comme un simple matériau permettant d'identifier une règle générale et de définir le droit applicable »<sup>240</sup>.

3. La difficulté du recours aux précédents exogènes provient des différences de contexte juridique et de droit applicable. Ainsi, la Chambre de première instance du TPIY a affirmé dans l'affaire *Tadić* que

« 17. Une question fondamentale [...] est de savoir si, dans son interprétation et son application du Statut et du Règlement du Tribunal international, la Chambre de première instance est liée par les interprétations d'autres juridictions internationales ou si elle est libre d'adapter ces décisions à son propre contexte. La Défense soutient que la jurisprudence d'autres juridictions internationales interprétant le droit d'un accusé à un procès équitable établit la norme minimum qui doit être préservée dans toutes les procédures judiciaires, y compris celles du Tribunal international. Pour sa part, le Procureur soutient que si la jurisprudence des autres juridictions internationales est pertinente pour interpréter ce droit, son application doit être adaptée aux conditions uniques stipulées par le Statut du Tribunal international.

[...]

20. En tant qu'organe unique en droit international, les précédents dont peut s'inspirer le Tribunal international sont rares. [...]

28. Le fait que le Tribunal international doive interpréter ses dispositions dans le cadre de son propre contexte juridique et ne pas s'appuyer pour son application sur les interprétations d'autres organes judiciaires ressort à l'évidence des circonstances différentes dans lesquelles les dispositions s'appliquent. Les interprétations de l'article 6 de l'ECHR [*sic*] par la Cour européenne des droits de l'homme sont censées s'appliquer à des criminels de droit commun et, s'agissant de l'article 6 1), aux affaires civiles. Par

---

relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, 18 Juillet 2018 et Déclaration de Kampala au premier Forum international des droits de l'homme, 28 au 29 octobre 2019) ; S.E. le juge Jin-Hyun Paik, Président du TIDM, Allocution prononcée à la 30<sup>e</sup> réunion informelle annuelle des Conseillers juridiques, « Y a-t-il place pour un dialogue judiciaire entre le TIDM et la CIJ ? », 29 octobre 2019 ; S. Hamamoto, « Judicial Cross-Referencing », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2022, par. 4.

<sup>239</sup> M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* n. 52, p. 89. V. la définition du « précédent » donnée par la ligne directrice n° 1 et les critères de sa prise en compte dans la ligne directrice n° 4.

<sup>240</sup> M. Forteau, *ibid.*, p. 89.

contre, le Tribunal international juge des crimes considérés si horribles qu'ils justifient une juridiction universelle. [...]

30. La Chambre de première instance convient donc, avec le Procureur, que le Tribunal international doit interpréter ses dispositions dans le cadre de son propre contexte et définir où se situe l'équilibre entre le droit de l'accusé à un procès équitable et public et la protection des victimes et témoins dans le contexte de son cadre juridique unique. Si la jurisprudence d'autres organes judiciaires internationaux est pertinente pour examiner le sens de concepts comme celui de 'procès équitable', la détermination de l'équilibre susmentionné dépend du contexte du système juridique dans lequel lesdits concepts sont appliqués »<sup>241</sup>.

Plus récemment, dans l'affaire *Bemba*, la chambre de première instance de la CPI a relevé que « les chambres [de cette Cour] ont en général fait preuve de prudence à l'égard de la jurisprudence des autres cours et tribunaux internationaux et ont insisté sur le fait que la Cour n'est aucunement liée par celle-ci », et qu'elle est tenue d'appliquer avant tout les règles statutaires et réglementaires propres à la CPI<sup>242</sup>.

4. Il est certain que, « *there remains a relative scarcity of normative guidance with respect to the use of external judicial decisions* »<sup>243</sup>. Une étude réalisée sur la base d'entretiens avec des juges internationaux<sup>244</sup> a dégagé cinq facteurs gouvernant l'usage de ces précédents exogènes :

- i. les juges internationaux seraient réticents à utiliser la jurisprudence des autres juridictions et ne le feraient que si aucune autre source d'inspiration n'est disponible ;
- ii. si une juridiction estime qu'un précédent d'une autre contredit sa position, elle ne le citerait pas ;
- iii. ce qui compte serait seulement le raisonnement tenu par une autre juridiction, et pas le type d'acte qui le contient (arrêt, avis, etc.) ;
- iv. les juges internationaux découperaient le monde de la justice entre les juridictions généralistes et les juridictions spécialisées, et entre les universelles et les régionales, ce qui conduit à une certaine asymétrie dans les références croisées (les secondes citant plus facilement les premières sur les questions de droit international général) ;
- v. les juridictions universelles, en particulier, éviteraient de citer les juridictions régionales.

5. Ces deux dernières conclusions ne semblent cependant plus d'actualité. Ainsi, depuis une quinzaine d'années, la CIJ, qui figurait probablement parmi les

<sup>241</sup> TPIY, décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par le procureur aux fins d'obtenir des mesures de protection pour les victimes et les témoins, 10 août 1995, *Procureur c. Duško Tadić*, n° IT-94-1-T.

<sup>242</sup> Jugement, 21 mars 2016, *Bemba*, ICC-01/05-01/08, par. 72.

<sup>243</sup> A. Z. Borda, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 2(2), pp. 288-289.

<sup>244</sup> D. Terris, C. Romano, L. Swigart, *The International Judge : An Introduction to the Men and Women who decide the World's Cases*, Oxford UP, 2007.

juridictions les plus réticentes à interagir avec d'autres, cite de plus en plus de décisions exogènes dans ses propres arrêts. Comme le souligne son ancien président, M. Peter Tomka :

« Auparavant, elle ne se référait presque jamais expressément aux décisions des tribunaux arbitraux, alors qu'aujourd'hui, elle n'hésite plus à invoquer pareils précédents ou à se fonder sur la jurisprudence des cours régionales des droits de l'homme, lorsque ces décisions reflètent des analyses juridiques solides susceptibles d'étayer son propre raisonnement. Témoignent de cette tendance judiciaire certaines de ses décisions les plus récentes dans lesquelles est invoqué le raisonnement exposé dans des décisions arbitrales et dans la jurisprudence de cours régionales des droits de l'homme, telles que les arrêts qu'elle a rendus dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* et dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo (Indemnisation due par la République du Congo à la République de Guinée))* »<sup>245</sup>.

6. Les précédents auxquels la CIJ se réfère sont aujourd'hui d'origines très diverses. Comme elle l'a souligné, elle « tient compte de la pratique d'autres juridictions et commissions internationales »<sup>246</sup> telles que le Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, et la Commission d'indemnisation des Nations Unies<sup>247</sup>, ainsi que le TIDM<sup>248</sup>, les tribunaux pénaux internationaux<sup>249</sup> ou les Comités de droits de l'homme<sup>250</sup>.

<sup>245</sup> Allocation de S. Exc. M. Peter Tomka, Président de la Cour internationale de Justice, prononcée à la table ronde intitulée « La Haye, ville internationale de la paix et de la justice », 16 mai 2013 ; v. aussi A. Pellet et D. Müller, « Article 38 » in A. Zimmermann et Ch. Tomuschat (dirs.), *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford University Press, 2019, par. 317-321. Pour un exemple récent, v. arrêt, 9 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, par. 107-108 s'appuyant sur Sentence finale, *Réclamations de dommages de l'Érythrée, décision du 17 août 2009*, RSA, vol. XXVI, p. 516, par. 2.

<sup>246</sup> CIJ, arrêt, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, *Recueil 2012*, p. 331, par. 13.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> CIJ, arrêt, 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, *Recueil 2012*, p. 668, 691 and 715-716, par. 125, 178 et 241, se référant au *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM *Recueil 2012*, p. 4.

<sup>249</sup> CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, citant plusieurs jugements du TPIY.

<sup>250</sup> CIJ, arrêt, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *Recueil 2012*, p. 457, par. 101, citant les décisions du Comité contre la torture : *ORMM et MS c. Argentine* (23 novembre 1989) et *Guengueng et al c. Sénégal* (17 mai 2006) ; avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Recueil 2004*, p. 179-181, par. 109-113 et 136, faisant référence à la pratique constante du Comité des droits de l'homme concernant l'application extraterritoriale du pacte international relative aux droits civils et politiques ainsi que des décisions spécifiques du Comité des droits de l'homme et son commentaire général n° 27. V. aussi CIJ, arrêt, 4 février 2021, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, par. 77.

7. Dans les affaires du *Génocide*, la CIJ a estimé « qu'elle doit en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le [TPIY] en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel. Pour les mêmes raisons, il convient également de donner dûment poids à toute appréciation du Tribunal fondée sur les faits ainsi établis, concernant par exemple l'existence de l'intention requise »<sup>251</sup>.

8. La Cour a cependant précisé (dans le contexte de son opposition à l'arrêt *Tadić* quant aux règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un État) que, si elle

« attache la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques auxquelles procède le TPIY afin de statuer sur la responsabilité pénale des accusés qui lui sont déférés et, dans la présente affaire, tient le plus grand compte des jugements et arrêts du TPIY se rapportant aux événements qui forment la trame du différend[, l]a situation n'est pas la même en ce qui concerne les positions adoptées par le TPIY sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence »<sup>252</sup>.

9. Dans le même esprit, la CIJ a reconnu une sorte de primauté aux interprétations retenues par les organes « spécialement créés » pour assurer le respect d'une convention donnée qu'elle est également appelée à appliquer, dans la mesure où c'est à eux qu'en principe a été confiée une telle mission d'interprétation<sup>253</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Diallo* en 2010, la Cour a considéré que, quand bien même il n'y avait là aucune obligation pour elle, il lui appartenait d'« accorder une grande considération » à l'interprétation du Pacte international de 1966 retenue par le Comité des droits de l'homme et qu'elle devait également, lorsqu'elle est appelée « à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme [...] tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause »<sup>254</sup>. En revanche, dans la même affaire, la Cour a manifesté une grande réticence à tenir compte des « décisions des cours et tribunaux internationaux en matière de protection diplomatique des associés et des actionnaires » en se déclarant « d'avis qu'elles ne révèlent pas – du moins à l'heure actuelle – l'existence en droit

<sup>251</sup> V. arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, Recueil 2007, p. 134, par. 223 (v. aussi p. 209, par. 403) ; CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Recueil 2015, p. 136, par. 469 et p. 143, par. 491.

<sup>252</sup> CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Recueil 2007, p. 209, par. 403.

<sup>253</sup> CIJ, arrêt, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Recueil 2010, pp. 663-664, pars. 66-68. V. aussi arrêt, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Recueil 2012, pp. 457-458, par. 101 ; avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Recueil 2004, pp. 179-180, par. 100.

<sup>254</sup> CIJ, arrêt, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Recueil 2010, p. 664, pars. 66-67.

international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée »<sup>255</sup>.

10. De leur côté les tribunaux spécialisés sont plus enclins à se référer à la jurisprudence des juridictions à vocation générale, et spécialement à celle de la CIJ<sup>256</sup>. Comme l'a fait remarquer Sir Kenneth dans sa réponse au questionnaire, il peut en aller ainsi même dans leur propre domaine de compétence<sup>257</sup>. L'attitude du TIDM est caractéristique à cet égard : saisi d'une première affaire de délimitation maritime, le Tribunal a pris soin de ne pas remettre en cause les acquis de la jurisprudence de la CIJ, qu'il a citée<sup>258</sup>, tout en adoptant des positions novatrices sur les sujets non encore abordés par la Cour. Pour sa part, dans l'affaire *Bemba*, la CPI a rappelé que, pour identifier les principes et règles du droit international qu'elle doit appliquer en vertu de l'article 21, § 2, de son Statut, elle peut s'appuyer « sur la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux qu'en particulier la Cour internationale de Justice »<sup>259</sup>. Dans une autre affaire, la CPI a purement et simplement appliqué la jurisprudence des cours africaine, européenne et interaméricaine des droits de l'homme sans s'en expliquer autrement<sup>260</sup>.

## ANNEXE

### QUESTIONNAIRE ET RÉPONSES - PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE

#### 1. Quelles catégories de « décisions » sont-elles susceptibles de constituer des « précédents » ? / *Which categories of "decisions" are likely to constitute "precedents"?*

J. Dugard :

« I believe that a broad approach to precedent before international courts and tribunals should be adopted, to include decisions of superior national courts, arbitration tribunals and all international courts. Obviously it will be for the court that decides whether to rely on a particular precedent to decide on the standing and authority of a particular court and judge or judges »

<sup>255</sup> CIJ, arrêt, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, *Recueil 2007*, p. 615, par. 89.

<sup>256</sup> V. aussi la réponse de F. Orrego Vicuña à la question 7 du questionnaire.

<sup>257</sup> Réponse au questionnaire (question 7).

<sup>258</sup> V. TIDM, 14 mars 2012, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)* rappelant que « [l]es cours et tribunaux internationaux ont contribué à l'élaboration progressive d'un corps de jurisprudence en matière de délimitation maritime qui a réduit la part de subjectivité et d'incertitude dans la détermination des frontières maritimes et dans le choix des méthodes à suivre à cette fin » (par. 226) et détaillant cette évolution aux pars. 227-234, avant de se rallier à la « jurisprudence constante » en faveur de la méthode équidistance/circonstances pertinentes (par. 238).

<sup>259</sup> Chambre de 1<sup>re</sup> instance, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, *Bemba*, ICC-01/05-01/08, par. 71.

<sup>260</sup> Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, *Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, pars. 32 et 160.

Gilbert Guillaume :

« Je présume que la question posée est de savoir quelles catégories de décisions sont susceptibles de constituer des « précédents » dans les litiges interétatiques. S'il en est bien ainsi, ma réponse est la suivante :

1) Le précédents doit émaner d'un organe juridictionnel et non d'institutions administratives (telles les commissions de contrôle de l'application de certaines conventions, comme par exemple le comité chargé du contrôle de l'application du pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques)

2) Il doit émaner d'organes statuant dans des litiges interétatiques (ce qui exclut les arbitrages rendus en matière commerciale ou d'investissement) »

K. Keith :

« My understanding is that it is only the rulings on points of law and not those on the facts that may be capable of constituting precedents. The qualifying ruling will not *usually* be the decision as it appears in the operative provision/dispositif or, in my earlier judging life, in the formal judgment. See eg the dispositif in *Croatia v Serbia* para 524 ((2)...Rejects Croatia's claim; (3)...Rejects Serbia's counterclaim) and the judgment in *Mist v The Queen* [2005] NZSC77 (A The appeal is allowed. B The sentence ...is quashed. C ...) By contrast, for possible precedents in the rulings in those two cases see eg paras 84-117 (on jurisdiction), 151-153 (the Genocide Connection and international humanitarian law) and 167-169 (questions of proof), in the first, and, in the second, paras 7-31 (non-retrospectivity in sentencing).

I said that the dispositif or judgment will not *usually* be capable of constituting a precedent but it might, especially if a declaratory judgment is sought as in the *North Sea Continental Shelf* cases or in such cases as the *WHO/Egypt* case where the Court in replying to a question which seemed to seek a one-word answer (yes or no) concluded that it could not give such an answer but instead gave an answer, extending over two pages, which declared the relevant law. As Judge Lauterpacht once said it is a matter of common experience that a mere affirmation or denial of a question does not necessarily result in a close approximation to truth (*SWA hearings* 1956 ICJ 23, 37) ».

F. Orrego Vicuña :

« In respect of the question about which categories of decisions are likely to constitute precedents, I believe that today it is a shared understanding that a broad approach is in line with contemporary practice of international courts and tribunals, including arbitration tribunals. The quality of the reasoning embodied in different kind of decisions and the prestige of the members of courts and tribunals is crucial to this effect. Today, however, it is possible to introduce a distinction between different categories of decisions and the composition of tribunals, ranging from a high standard and respectability to the very minimum quality. This has become a problem of importance in the work of a number of entities, particularly United Nations bodies and arbitration tribunals to which the appointment of their

members many times follow reasons of political convenience alien to a strict concern for the rules and interpretation of international law ».

Christian Tomuschat :

« 1. En droit international il n'y a pas de vrais précédents. Le vrai précédent, celui qui lie la jurisprudence subséquente, est associé à la doctrine de « *stare decisis* ». Cependant beaucoup de décisions juridictionnelles demandent d'être prises en compte dans l'analyse d'un cas ou bien en raison de l'autorité de l'instance qui l'a prise ou bien en raison de son poids intellectuel – ce qui peut mais ne doit pas nécessairement coïncider. Pour une partie qui doit plaider sa cause devant la CIJ chaque cas avec un arrière-fond factuel similaire devient un précédent qu'elle va évoquer. On aura recours même à des décisions qui relèvent de la soft law, dans le domaine des droits de l'homme surtout les décisions du Comité des droits de l'homme ou d'autres comités d'experts fonctionnant dans le cadre de conventions des NU sur les droits de l'homme. Les conseils des parties n'ont pas non plus de scrupules d'invoquer des décisions nationales, même celles d'instances qui n'appartiennent pas au plus haut degré de la hiérarchie institutionnelle du système juridictionnel concerné. Il appartient alors au juge international d'apprécier la valeur de l'argument avancé ».

**2. La notion de « précédent » en droit international doit-elle s'appliquer aux décisions prises par le juge interne ? / *Should the notions of "precedent" in international law apply to the decisions rendered by domestic courts and tribunals?***

J. Dugard :

« Yes, decisions of national or domestic courts should be considered. However, the court deciding whether to invoke a national decision as precedent will have to consider the status of the court. In relying on the decisions of common-law courts, for instance, regard should be had to the US Supreme Court, the House of Lords and the highest courts of other countries. Sometimes the decisions of superior courts of lower status may also be considered. For example, US federal courts of appeal. However, international courts should only very infrequently invoke national court decisions as precedent and then only when such courts have pronounced on questions of international law or matters directly relevant to the issue before the international court. In other words, caution should be exercised in invoking national decisions as precedent. This seems to be the approach of the ICJ. See M. Shahabuddeen *Precedent in the World Court*, Cambridge university press, 1996, p.38. Also care must be taken to distinguish between *obiter dicta* and *ratione decidendi* in relying on the decisions of national courts – a consideration that probably applies more to national courts than international courts as the former are more prone to *obiter dicta* ».

Gilbert Guillaume :

« Les décisions prises par les juges internes sont de simples faits en droit international. Elles ne peuvent constituer des précédents. En revanche elles peuvent être prises en considération par le juge international comme élément de preuve de l'existence d'une coutume. »

K. Keith :

« Yes. The question arises at both the international and national levels. So far as the former is concerned see eg the *Lotus* and *Germany v Italy* cases. I have done only a very limited search but no doubt many arbitral tribunals have also drawn on national court decisions – eg *Cayuga Indians* (1926) 6 UNRIAA 173 and *Abyei* (2007) 30 UNRIAA 1, paras 402-403. At the national level see eg the many cases relating to The Hague Conventions on Child Abduction and Adoption and to human rights treaties ».

F. Orrego Vicuña :

« Whether under that broad approach decisions of domestic courts and tribunals should be counted among precedents, an issue raised in the second question, the shared understanding seems to be today that there is no reason to exclude national judgments and decisions, particularly those originating in high courts within the respective judicial system. Rather to the contrary, such domestic decisions often are more influential in the interpretation of international law than it is the case of international tribunals. This trend is likely to acquire added importance in view of the fact that today domestic courts are taking an active role in the control of the legality of international decisions affecting the rights of citizens, as has become evident in respect of the work concerning the implementation of human rights by international bodies. The report prepared by Professor Rüdiger Wolfrum on this matter is abundantly clear on the role of domestic courts in controlling international decisions ».

Christian Tomuschat :

« 2. Très souvent les décisions des instances nationales méritent l'attention même pour l'analyse générale du droit international. Je cite comme exemple l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 avril 1963 (Recueil vol. 16, p. 27) qui a reconnu et confirmé la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* dans le droit de l'immunité, à un moment où cette distinction ne reflétait pas encore la *communis opinio*. La Cour y a cité toute la jurisprudence internationale pertinente de l'époque (en se basant sur un rapport qui lui avait été fourni par l'Institut Max Planck de Heidelberg).

Généralement, on regarde les décisions nationales avec un peu de méfiance, et cela pour deux raisons. Parfois, les instances nationales ont peu de connaissances en droit international. Il y a d'autres occasions où l'on doit craindre que les cours nationales en question ne se soient égarées dans un nationalisme aveugle. L'exemple le plus frappant de l'époque la plus récente est constitué à cet égard par l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 24 octobre 2014 qui a conclu à l'inconstitutionnalité de la mise en œuvre en Italie de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire Allemagne / Italie du 2 février 2012. »

**3. Le sujet doit-il couvrir l'arbitrage international (différends interétatiques, différends entre un État et une personne privée ou entre personnes privées) ? / *Should the topic cover international arbitration (State-to-State, investor/State, commercial)?***

J. Dugard :

« Yes, depending on the stature of the arbitrators ».

Gilbert Guillaume :

« Seuls les arbitrages entre Etats doivent être pris en considération. Les autres arbitrages obéissent à un droit et une logique différents »

K. Keith :

« Yes. In respect of state-to-state, consider *The Alabama, Palmas*, the law of the sea arbitrations, the *Indus River* case and many others. For investor state see eg the Reports of the Secretary-General compiling decisions of courts, tribunals and other bodies on the articles on state responsibility, A/62/62, A/65/76 and A/68/72; the first and second are consolidated in *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2012). They include decisions of the WTO appellate body, GATT and WTO panels, NAFTA tribunals, ICSID tribunals, the Iran-US claims tribunal, ad hoc claims commissions and ad hoc investment tribunals, some under BITs. See also A/CN.4/169 and A/CN.4/208 and especially the ILC commentaries to the state responsibility articles. Many of those decisions are “commercial”. And more generally see the many references in the ILC’s commentaries to its final texts (referred to in the answer to question 12), the International Law Reports and the ILDC website ».

F. Orrego Vicuña :

« It follows that the stature of judges and arbitrators is determinative of the influence of decisions in establishing a precedent, as discussed in question three of the Questionnaire. Caution, however, should be exercised in this matter as not all tribunal’s members would rank equally high in the stature sought. The assumption thus far has been that judges at the International Court of Justice share this high stature, a view that on occasions tends to frown upon members of other tribunals. But is this true today? There are serious reasons to doubt whether such is presently the case as also members of the ICJ rank differently in their stature and prestige. Precisely because of this reason arbitration tribunals must be counted among those entities capable of establishing a precedent. »

Christian Tomuschat :

« 3. Les parties dans une procédure sont libres de se servir de toutes les décisions qu’elles croient être utiles pour leur cause ! Tout dépend de l’autorité d’une décision. A cet égard, il est clair qu’une sentence arbitrale dans le cadre du CIRDI n’a pas le même poids qu’une décision de la CIJ. D’autre part, il faut savoir que les sentences arbitrales de ce système sont normalement rédigées avec un soin remarquable, surtout à cause de la menace d’un recours en annulation. »

**4. En l'absence de principe *stare decisis* en droit international, quelles relations entretiennent les notions de « précédent » et de « jurisprudence » ? / *In the absence of stare decisis in international law, what are the relations between the notions of "precedent" and "jurisprudence"?***

J. Dugard :

« In English the word jurisprudence is used to describe two concepts. In most cases jurisprudence is the term used to describe legal theory. In recent times the term has been used to describe the body of precedent that constitutes law. This is in response to the civil law understanding of the term. However, it is important to realize that most common lawyers will understand the term "jurisprudence" as referring to legal theory and not to precedent ».

Gilbert Guillaume :

« Le vocabulaire en ce domaine est très incertain

Pour moi un précédent est un jugement ou une sentence traitant de la question que le juge doit trancher dans l'affaire qui lui est soumise. Le précédent peut être bon ou mauvais. Il peut ou non être en considération

La jurisprudence est constituée d'un ensemble de précédents qui peuvent aller dans des sens divers

La jurisprudence devient constante lorsque les précédents accumulés vont tous dans le même sens

Il va de soi qu'une jurisprudence constante a plus de poids qu'un précédent isolé »

K. Keith :

« I am not sure that I understand this question. "Stare decisis" is commonly translated as "to stand by a decision". Do not "precedent" and "jurisprudence" (when, in English language usage, not used as meaning legal theory) have the same sense? In hierarchical common law systems lower courts are bound by decisions – or really the law stated in them – given by higher courts. But those lower courts may have freedom to determine just what the superior court has decided. See my answer to question 1. No final court in any common law system that I am aware of considers itself bound by its earlier decisions but several have made it clear that they will depart from earlier decisions only for very good reason. My sense is that the position of the International Court of Justice is essentially the same; see eg *Croatia v Serbia* (2015) para 125. As I think I said earlier in this process, I find it intriguing that it is two civil lawyers who took the initiative to have this commission established and that they had to co-opt common lawyers to its membership – a request to which I was happy to respond! See also my answers to questions 5 and 11 ».

F. Orrego Vicuña :

« The distinction between precedents and jurisprudence raised in Question four is more academic than real. Precedents will always be the outcome of

jurisprudence. The latter can of course depart from this kind of historical link, and sometimes introduce innovations in respect of precedents that are highly relevant in the interpretation and evolution of international law, a case in which jurisprudence turns into the prospective birth place of a precedent. But still the latter, sooner or later, will be considered the outcome of jurisprudence ».

Christian Tomuschat :

« 4. Les deux notions de « précédent » et de « jurisprudence » n'ont pas, en droit international, une signification spécifique. Evidemment, quand on parle de jurisprudence on envisage nécessairement une série de jugements. Une telle jurisprudence montre que les règles juridiques sur lesquelles elle se fonde sont déjà consolidées dans la pratique. »

**5. À quelles conditions peut-on parler de « jurisprudence constante » ? / *Under what conditions can we speak of “jurisprudence constante”?***

J. Dugard :

« This term describes the civil law approach to precedent, which differs from that of the common law. If possible, this term should be avoided or carefully explained. See Shahabuddeen *op. cit.* I p. 11 ».

Gilbert Guillaume :

« Il est difficile de fixer les conditions d'une jurisprudence constante. Tout dépend du nombre de précédents et de leur échelonnement dans le temps. »

K. Keith :

« Isn't the answer provided by the word “constante”? Consider, to take just two examples, the law and practice of the ICJ built up over many years relating to provisional measures or treaty interpretation. But given the limited numbers of international cases, at least until recently, is there a practical difference, at least in the case of the ICJ? Consider eg the use made of *Reparations* in *UNAT* (on the necessary implication of powers) or of *Nicaragua* in *Bosnia v Serbia* (relating to the attribution issue raised by the *Tadic* ruling of the ICTY). But when there are many differently composed tribunals, eg in investment cases and perhaps the law of the sea, all operating on the same level, there may not be the same commitment to consistency. That comment relates to question 4 as well ».

F. Orrego Vicuña :

« The concept of “jurisprudence constante” is raised in the context of Question five. Here again the question of the link between jurisprudence and precedents comes to the fore. A constant stream of jurisprudence might well lead to the formation of a precedent at some point in time. As commented by the answer of Judge Keith to this question, precisely because there is some degree of historical evolution and the tribunals intervening in this process are many and varied, fully consistent precedents and jurisprudence are not always to be expected. What matters in the end is that the principles guiding such a variety of decisions follow

a consistent line, even if details may vary. Otherwise the element of “constante” will be lost in the way ».

Christian Tomuschat :

« 5. Une jurisprudence constante (*consolidated jurisprudence*) présuppose au moins deux décisions allant dans le même sens, réparties sur plusieurs années. Ce facteur temporel y est très important. Si deux décisions sont rendues le même jour ou durant la même année, on ne saurait parler de consolidation. Si, au contraire, cinq ou dix ans après la première sentence la règle énoncée est confirmée dans une autre décision, on peut présumer que cette règle s’est avérée dans la pratique. »

**6. L’existence d’opinions jointes à une décision judiciaire ou arbitrale a-t-elle une influence sur la valeur du « précédent » ? / *Do opinions of judges/arbitrators appended to a judicial/arbitral decision influence the “precedential value” of that decision?***

J. Dugard :

« This depends on the stature and reputation of the individual judge or arbitrator and the cogency of the reasoning employed. For instance, great weight has been attached to the separate/dissenting opinions of Judge Hersch Lauterpacht ».

Gilbert Guillaume :

« Un précédent est un jugement ou une sentence résultant d’une délibération collective ayant dégagé une majorité. Les opinions jointes aux décisions juridictionnelles peuvent en éclairer le sens et la portée. Elles peuvent inspirer la réflexion future. Mais elles ne sont pas parties du jugement ou de la sentence rendue par la majorité du tribunal. Elles n’ont donc pas valeur de précédent ».

K. Keith :

« Separate opinions take many different forms. If the opinion addresses issues which were fully argued but which the court or tribunal did not consider it had to decide, the opinion may have value. As with separate opinions generally, much will depend on the quality of the reasoning as assessed by the later court or tribunal. An opinion which gives additional reasons in support of a ruling may also be seen as having value. A dissent may be seen, in the words of a former Judge of the PCIJ and Chief Justice of the United States Supreme Court (and Secretary of State), as an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day. And, to quote Max Huber, the right of a judge (of the PCIJ) was an essential condition for the exercise of their liberty of conscience and their impartiality ».

F. Orrego Vicuña :

« Whether joint opinions attached to a decision have an influence on the value of the precedent, as posed in Question six, the answer is definitively affirmative, depending again on the stature of those signing the opinion. On occasions the joint opinion is more relevant than the decision itself and as such it might even give birth to a future precedent in formation. A recent example is the joint dissenting opinion of Judges Bhandari, Gaja, Xue and the undersigned judge *ad-hoc* in the

Peru-Chile case, where the law governing maritime delimitation and the facts of the case are exposed with greater clarity than that of the judgment itself ».

Christian Tomuschat :

« 6. Une opinion dissidente nuit à l'autorité de la décision à laquelle elle est jointe en exposant les points faibles. Cette observation n'implique aucunement que les opinions dissidentes soient sans valeur, tout au contraire. Très souvent elles ouvrent la voie à des aspects du problème juridique sous-jacent qui avaient été ignorés dans l'opinion de la majorité. La semblance d'unanimité peut être trompeuse. Assez souvent, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour UE de Luxembourg, on aimerait savoir si les juges ont vraiment tous été d'accord. Il est vrai qu'au début de la construction européenne il était nécessaire de manifester la force de l'intérêt commun. Aujourd'hui, l'UE est assez développée pour résister la critique et les réservations de ses propres juges. De telles voix négatives peuvent même être utiles pour corriger certains dérapages. »

**7. Y a-t-il lieu de faire une distinction entre le « précédent » selon qu'il émane de la juridiction saisie ou d'autres juridictions ? / *Should one distinguish between the "precedent" depending on whether it originates from the seized court or tribunal or from other courts and tribunals?***

J. Dugard :

« A court/tribunal will obviously be more influenced by decisions/precedents of that same court. The ICJ will, for instance, be most influenced by its own precedents ».

Gilbert Guillaume :

« Toute juridiction se doit pour des raisons de sécurité et de cohérence juridique de développer une jurisprudence cohérente. Elle aura par suite naturellement tendance à respecter ses propres « précédents ». Ceci n'exclut évidemment pas des revirements de jurisprudence. Mais ceux-ci doivent être murement pesés.

Les précédents émanant d'autres juridictions que la juridiction saisie ont à l'évidence moins de poids pour cette juridiction que ses propres précédents »

K. Keith :

« Yes, if the issue is one which is particularly within the jurisdiction or experience of the particular tribunal or category of tribunal, eg trade or investment. But a specialist tribunal will frequently draw on precedents from elsewhere on general international law (see eg the answer to question 3 above) or even within their specialised area as with ITLOS in the *Bay of Bengal* case ».

F. Orrego Vicuña :

« A different situation arises, as posed in Question 7, as to whether a precedent might be more influential when originating in the same court or tribunal that has been seized of a dispute or whether there is no place for a distinction in respect of precedents originating in different jurisdictions. As a matter of principle no such distinction ought to play a role in the reliance on precedents, as is evident today from

the fact that courts, most notably arbitration tribunals, tend to rely on precedents originating in different tribunals and jurisdictions depending only on the subject matter under consideration. Because of the reliance of the ICJ on its own precedents concerning general international law, this has become a prevalent source of such precedents that is often followed by other tribunals and is seldom contradicted ».

Christian Tomuschat :

« 7. Evidemment ! Un avocat devant une instance juridictionnelle a toujours intérêt à montrer que la solution du litige proposée par lui/elle se trouve en harmonie parfaite avec la jurisprudence déjà existante. Cela rassure les juges et les flatte en même temps. C'est vrai également pour la CIJ. Il n'est surtout pas évident qu'un juge international connaisse exactement la position d'un autre juge international. Il semble évident, p.ex., que la CIJ ne se laisse pas aisément impressionner par la jurisprudence des tribunaux administratifs fonctionnant au sein des organismes financiers internationaux, n'étant pas familière avec leur composition et leur fonctionnement. »

**8. Les décisions de la Cour internationale de Justice ont-elles une valeur/influence « supérieure » aux décisions des autres juridictions internationales, notamment pour ce qui concerne le droit international général ? / *Have ICJ judgments a superior hierarchical status compared to decisions of other international courts or tribunals, notably regarding general international law?***

J. Dugard :

« In today's world with a multitude of international tribunals it is difficult to argue that ICJ judgments should carry the most weight. Although some of us may like to think so, the ICJ is not recognized as the ultimate court. There is no hierarchy of international courts. For example the ICTY in *Tadic* refused to follow the ICJ ».

Gilbert Guillaume :

« Les décisions de la Cour internationale de justice n'ont pas en droit de valeur supérieure à celle des autres juridictions

Elles ont cependant une influence plus grande, en particulier dans le domaine du droit international général. Ceci résulte du fait qu'il s'agit de l'organe judiciaire principal des Nations unies (d'où une compétence générale et une composition mondiale). La qualité des jugements de la Cour est également un facteur essentiel de son influence. Si cette qualité venait à diminuer, cette influence diminuerait elle aussi ».

K. Keith :

« That appears to be the case. I have not undertaken the extensive research that for instance Jonathan Charney did some time back, but when, 10 years ago, I did a limited follow-up to his Hague lectures the harmonising effect of ICJ rulings appeared even more significant, "The International Court of Justice: Primus inter pares?" (2008) 5 *Int Org L Rev* 7 ».

F. Orrego Vicuña :

« This does not mean, however, as evident from Question 8, that such precedents will be endowed today with a higher authority and will many times have to compete with other sources, in spite of the fact that ICJ jurisprudence seldom if ever will cite the precedents originating in other jurisdictions, but this is a question concerning rather the self-importance with which the ICJ understands its role in this matter ».

Christian Tomuschat :

« 8. La CIJ reste le pilier central du droit international général, pour beaucoup de raisons. Institutionnellement, elle est un organe de l'Organisation Mondiale. En ce qui concerne sa composition, toutes les régions du monde y sont représentées, y compris la Chine et la Russie, deux Etats qui n'aiment pas l'idée du règlement des différends internationaux par voie juridictionnelle mais qui financent la CIJ et qui y sont représentés par des juges nationaux. Ces deux Etats, surtout, tout comme les Etats Unis, s'abstiennent par principe de se soumettre à la juridiction de la CIJ mais tiennent énormément à y être présents pour coopérer à la construction de l'ordre international normatif. En poursuivant leur intérêt propre, ils servent en même temps à raffermir la légitimité de la CIJ comme l'organe qui a le dernier mot sur la portée de l'ordre international tel qu'il est façonné par le droit positif en vigueur. »

**9. L'existence d'un mécanisme de contrôle ou d'appel des décisions joue-t-elle un rôle dans la formation et l'application du « précédent » ? / *Do review or appeal mechanisms play a role in the creation and application of "precedent"?***

J. Dugard :

« Not quite sure of the meaning of this question. Clearly the precedent of a national appellate tribunal will carry more weight than that of a trial court ».

Gilbert Guillaume :

« L'existence d'un organe d'appel peut affaiblir l'influence des décisions rendues par les tribunaux de première instance. Quant à l'influence des décisions prises par les organes d'appel, elle dépend de la qualité de ces organes, qui est très variable »

K. Keith :

« Adherence to precedents from superior courts has long been the common law rule and I imagine that that is now the case in the two level European Courts and under the WTO DSU and should be seen in the work of the ICC as it has been in the Yugoslav and Rwanda tribunals. But, again, the lower court or tribunal may well have some freedom in deciding what the superior court ruled ».

F. Orrego Vicuña :

« It follows, in answer to Question 9, that in the absence of a hierarchical status among courts and tribunals that would allow for appeals or control of the work of other tribunals the jurisprudence and precedents originating in the higher court will not necessarily have a superior status and might be more or less influential in the

light of the quality of the work done and the respectability of its members. On not few occasions such control is paid lip service and do not change the essence of the jurisprudence under review. The experience with such review mechanisms in respect of precedents cannot always be considered a positive one. NAFTA tribunals, for example, have on occasions escaped from the limiting role of the Free Trade Commission, just as decisions of the Appellate Body of the WTO are not always helpful to redress the main lines of thought followed by panels in that organization. Even worst is the experience of annulment under ICSID practice, where in not few occasions the respective committees have come to conclusions that are simply wrong. Precisely because of the shortcomings of international review in respect of jurisprudence and precedents is that, as noted above, the role of national courts has undertaken processes of review on many questions. The fact that members of review and control bodies have wrongly understood their role in the process, on occasions considering themselves superiors and endowed with greater knowledge, is another manifestation of the self-importance pervasive question ».

Christian Tomuschat :

« 9. On ce qui concerne la CIJ, cette question est sans objet. D'autre part, j'estime que dans le cadre du CIRDI la possibilité d'un recours en annulation a un effet salutaire considérable. Les tribunaux arbitraux savent parfaitement que la moindre erreur ou imperfection peut amener les parties à se saisir de cette opportunité. »

**10. Quels rapports le « précédent » entretient-il avec l'autorité de la chose jugée ? / *What are the relations between "precedents" and res judicata?***

J. Dugard :

« These are very different concepts although they are often confused. A precedent is the ruling of a court on a question of law that is being considered by another court and might provide guidance on the law to be applied by the latter court. *Res judicata* covers the situation in which a determination has been made on the law and facts of a particular case and is a binding decision. It will not serve as a precedent except in so far as the legal reasoning of that decision offers guidance to another court on a question of law ».

Gilbert Guillaume :

« Précédent et autorité de la chose jugée sont des concepts très différents. L'autorité de la chose jugée ne concerne que les Parties au procès. Elle ne concerne en outre que le dispositif du jugement et les seuls motifs qui en constituent le soutien nécessaire. »

K. Keith :

« As I have already indicated in the answer to Question 1, I see them as distinct. *Res judicata* applies to the decision and the particular parties and to nothing else. On my reading of article 59 of the ICJ Statute in context, its purpose, its *travaux*, its application and the commentary, especially by Lauterpacht, it has nothing to do with precedent. See *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice* (1971) ch 2 ».

F. Orrego Vicuña :

« Not too different is the situation concerning the connection between *res judicata* and precedents raised in Question 10. The first concerns individual cases and are not generally suitable to become a general rule capable of establishing a precedent, while the latter is in essence connected with the basic rules and principles of international law, many times giving place to the birth of a rule of customary international law if other conditions are met. The two concepts ought to be treated separately in spite of the effort of some writers to consider *res judicata* as a principle of general application that should operate as a precedent ».

Christian Tomuschat :

« 10. On distinguera normalement très soigneusement entre des décisions intérimaires et des décisions quant au fond. Les décisions intérimaires ou provisoires sont naturellement le fruit d'un examen moins approfondi qu'une décision finale.

L'effet de chose jugée (*res judicata*) ne joue qu'entre les parties au litige. Cet effet n'a pas de pertinence pour les tiers qui veulent se servir de la force de persuasion d'une décision. »

**11. Le recours au « précédent » favorise-t-il l'unité, la cohérence et la prévisibilité du droit international ? / Does the recourse to "precedent" enhance the unity, coherence and predictability of international law?**

J. Dugard :

« Yes, decidedly. It promotes consistency, coherence and predictability of the law ».

Gilbert Guillaume :

« Oui. Le recours au précédent favorise l'unité, la cohérence et la prévisibilité du droit international »

K. Keith :

« Should this matter and the following two appear at the beginning of the report and any draft resolution? What are the purposes of rules and practices of precedent? What is the role of the judge/court in stating and developing the law? The reasons commonly given for the rules and practices of precedent are those indicated in the question such as predictability, certainty and coherence. It has been authoritatively said that the use of precedent provides at least some degree of certainty upon which States can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for the orderly development of legal rules. The reasons also relate to the role of the judge. They are not legislators, at least in any broad sense. Justice Oliver Wendell Holmes (as it happens, dissenting in the US Supreme Court) recognised "without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular notions." The real reluctance of the ICJ to depart, at least in express terms, from earlier decisions must be explained, at least in part, by the fact that that practice leads to certainty

in, and respect for, the law and accordingly enhances the prestige of the Court. Given the consensual basis of its jurisdiction the practice may in addition encourage States to bring cases to it ».

F. Orrego Vicuña :

« Whether precedents can enhance the unity, coherence and predictability of international law as posed in Question 11, must definitively be answered in the affirmative. It is hard to imagine the formation and adaptation of international law in the absence of precedents. This conclusion must not be taken to mean that precedents cannot evolve and be adapted to new realities. The ICJ jurisprudence tends on occasions to rely on precedents simply because the Court would not like to be considered inconsistent with its own work. An example of this situation is given by the fact that it would be hardly imaginable today to have the Court relying on its early jurisprudence on maritime delimitation, which rightly did not become a precedent, except perhaps for a very short period of time. Greater coherence is found today in the work of the Court, although not fully endorsing a constant line of contemporary cases ».

Christian Tomuschat :

« 11. La réponse à cette question est très claire. Les renvois mutuels à la jurisprudence des autres instances juridictionnelles mettent en relief l'unité du droit international. Loin d'être un développement regrettable (« pullulement »), la croissance de cours et d'autres instances spécialisées montre l'omniprésence du droit international dans tous les secteurs de la vie internationale. Il est une erreur fondamentale de vouloir croire qu'il devrait y avoir une sorte de monopole de la CIJ. La CIJ n'est appelée à trancher que les différends entre Etats. Mais le droit international peut également régir les rapports entre les Etats et les organisations internationales, entre organisations internationales et au sein de celles-ci ainsi que les rapports entre les Etats et les particuliers. Tous ces rapports non-inter-étatiques requièrent également des instances juridictionnelles pour pouvoir déployer leur potentiel. »

**12. Quel est le rôle des « précédents » dans la codification et le développement du droit international ? / *What role do “precedents” play in the codification and the development of international law?***

J. Dugard :

« Precedents provide evidence of the law which should be taken into account by the ILC or anybody charged with the task of codification or development of the law ».

Gilbert Guillaume :

« La codification et le développement du droit international ont pour point de départ l'analyse de la situation de droit existante. Elles ne peuvent donc ignorer les précédents. Mais elles doivent en même temps faire preuve de prudence dans leur utilisation, en s'appuyant avant tout sur les jurisprudences constantes »

K. Keith :

« One valuable measure is provided by the commentaries to the ILC's draft articles or other final texts. The commentaries provided by the special rapporteurs may also be helpful. For major instances see eg the law of treaties (see the discussion in the ILC of references to legal literature 1966 vol I part II Yearbook 295, 888th meeting paras 3-18 and 348, 394th meeting, paras 188-189), effects of armed conflict on treaties, jurisdictional immunities of States, expulsion of aliens, obligation to prosecute or extradite, law of the sea and diplomatic and consular immunities. The processes of codification and progressive development are also carried on through state practice which is no doubt greatly influenced by court and tribunal rulings, as appears in publications of state practice. Such rulings are also critical in the ongoing work of scholars who integrate them into their accounts ».

F. Orrego Vicuña :

« Question 12 raises the issue of the role of precedents in the codification and development of international law. Here again both elements are found intimately related in the process of formation and evolution of international law. It would be inconceivable for codification work not to take into account well established precedents. This of course must be understood as not excluding that the evolution of precedents be taken into account, as mentioned above, for otherwise the state of international law would be frozen in the past. A different issue is the effort of some writers and bodies to include among precedents elements that are more related to the convenience of the moment rather than the true legal meaning of such concepts, a view that should not be lightly accepted ».

Christian Tomuschat :

« 12. Très souvent, les tribunaux nationaux sont à l'avant-garde de changements normatifs dans l'ordre juridique international. Dans le droit de l'immunité c'est particulièrement manifeste. Il va de soi d'autre part que la CIJ doit procéder avec plus de prudence. Parfois, elle saute sur un train qui est déjà en mouvement et a reçu un appui visible, explicite ou implicite, de la part de la communauté internationale. L'exemple le plus frappant à cet égard est l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970 où est née la notion d'obligations *erga omnes*. Normalement, cependant, la CIJ doit être soucieuse de ne pas perdre la confiance de sa base politique, les Etats, les grands et les petits. Elle se conçoit plutôt comme le gardien du droit positif (dur), non pas comme un instrument de réforme, un rôle que d'aucuns veulent lui assigner dans un esprit de solidarité internationale.

En Europe, le climat politique est différent. La Cour de Luxembourg, qui a une juridiction obligatoire pour tous les différends susceptibles de naître au sein de l'UE, s'est émancipée de façon tellement énergique de ses racines dans le droit constitutionnel des Etats membres que dans le passé elle a poussé en avant le développement du droit communautaire par des arrêts comme *Van Gend & Loos* et *Costa /ENEL*, qui dépassaient les confins du droit communautaire « classique », encore dominé par une vision traditionnelle du droit international.

Devant la critique qui a vu le jour dans le passé plus récent, la Cour de Luxembourg ne réclame plus pour elle le rôle de moteur de l'intégration. Elle s'abstient donc désormais d'émettre intentionnellement des précédents en ce qui concerne des orientations de principe qui ont des implications politiques. Le refus de la Hongrie, de la Slovaquie et de la Pologne de donner suite au jugement de la Cour du 6 septembre 2017 sur la répartition des réfugiés dans l'UE montre que le consensus européen, jadis regardé comme inébranlable, connaît aujourd'hui des failles. »

**13. Le recours au « précédent » transforme-t-il la fonction du juge (passage de l'application du droit à sa création) ? Peut-on y voir une source du droit international ? Un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » ? / *Does the recourse to “precedent” affect the judicial function (from the application of law to judicial law-making)? Is it a source of international law? A “subsidiary mean of the determination of rules of law”?***

J. Dugard :

« The judicial function is essentially an exercise in choice. In reaching a decision on the interpretation of a treaty or the content of a customary rule the judge must have regard to precedent and general principles of law. The choice of law will be made on the weight to be attached to particular precedents or general principles of law. Although international law does not know a strict doctrine of *stare decisis* precedent will inevitably guide the judge in the choice to be made on the interpretation of the treaty or the content of the customary rule. In this sense it is a source of law. This is the meaning to be attached to Article 38(1)(d) of the Statute of the ICJ ».

Gilbert Guillaume :

« Les décisions judiciaires sont, comme le précise l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, un « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit. Toute autre solution ferait dangereusement pencher la balance vers le « gouvernement des juges ». Un bon exemple des risques qu'il y a à faire des précédents une source autonome de droit concerne le contenu du *jus cogens*. En effet plusieurs juridictions internationales ont qualifié certaines règles de normes impératives en s'appuyant uniquement sur la jurisprudence d'autres juridictions, elles-mêmes inspirées d'autres précédents, sans se demander s'il s'agissait de normes regardées comme impératives par la communauté internationales dans son ensemble ».

K. Keith :

« As I have already indicated, courts and tribunals do from time to time engage in judicial law making, sometimes because the state of the law is uncertain. Consider for instance the rulings in the *Reparations* and *UNAT* cases about implied powers to which I have already referred, the *North Seas Shelf* cases and the ruling in *Bosnia v Serbia* that the obligation not to commit genocide bound States as well as individuals. In other situations the court or tribunal may decide that the existing

state of the law is unsatisfactory and that interstitial legislating (in Holmes' words) is called for. But whether the statement of the law involves the removal of uncertainty or development may be left unclear by the court or tribunal – often the wiser course. How for instance is the *Reservations* opinion to be seen?

While it is traditional to refer to “the sources” of international law as appears from many early chapters in standard text books, I wonder whether the word is helpful. It is not used in article 38 of the ICJ Statute even if that provision is frequently treated as a statement of sources. And I am not sure what the word “determination”, which *does* appear in article 38, adds. Courts and tribunals use various materials (recall Clive Parry on sources and evidences) of greater or lesser authority in reaching their conclusion on the state of the law as they understand it. And, as many have said, the reference to “subsidiary” in the case of the ICJ does underestimate the role its decisions play. It has to be recalled that that subparagraph, written in 1920, applies on its face to relevant decisions of *all* courts and tribunals and at that time the Advisory Committee of Jurists would have been reluctant to have accorded significant force to the decisions of a court which was still to be established and earn its spurs. Baron Descamps, in the chair, made that clear at least three times when addressing the qualifying, subsidiary, phrase. I note that, contrary to some accounts, article 59 was not included in the draft prepared by that Committee. The Committee did not see such a provision as needed to reject any doctrine of *state decisis*, however they understood that concept (see answers to questions 1 and 10) ».

F. Orrego Vicuña :

« The last question posed by the distinguished rapporteurs of this Committee concerns the situation of judicial law-making and related issues noted under Question 13. The distinction between the identification and application of a rule of law is unavoidable in judicial work when facing questions not well established in international law, which is quite often the case. In this respect precedents will be unavailable. A different thing altogether is when the judge purports to develop the law in accordance with its own understanding in terms of judicial law-making, a temptation often present in many tribunals. Here again precedents will be unavailable, or at least only available on certain specific points. Equity and equitable principles have been the preferred tools to this effect. While sources of international law work in an interrelated manner, including the role of general principles of law, to consider judicial law-making as a source of international law is something entirely alien to the Statute of the ICJ. This Statute can be understood as broad and flexible but never to the point of including as law what is not law, not even as a subsidiary means of the determination of a rule of law. Judicial law-making has turned in many respects to be the back door through which views of international law not generally accepted as such try to enter the domain of respected jurisprudence and precedents ».

Christian Tomuschat :

« 13. Il est trivial de noter que la distinction entre la fonction de dire le droit et celle de créer le droit est aussi élémentaire que délicate. Surtout les plus hautes juridictions se trouvent inéluctablement devant cette difficulté. A cet égard, cependant, les cours nationales disposent d'assises plus solides. Elles peuvent se concevoir comme des organes créés dans l'exercice de la souveraineté nationale, étant responsables devant leur public national. Dans le cas de la CIJ, où le nombre des juges est limité à 15, les Etats moins influents peuvent aisément se plaindre d'avoir été traités arbitrairement, en violation de leur souveraineté nationale, et les Etats plus puissants ou bien ne se soumettent plus à la juridiction de la Cour ou considèrent que dans des cas où – plus ou moins par accident – ils doivent répondre de leurs actes comme défendeurs ils devraient sortir indemnes du prétoire.

C'est pourquoi la CIJ ne s'engage pas aisément dans la voie de la création du droit qui présuppose un consensus très large dans la communauté internationale. Cependant, on ne peut pas toujours éviter de trancher – c'est en fin de compte la tâche du juge. Et même si les juges de La Haye font de leur mieux pour rester aussi près que possible du droit en vigueur ils devront, par la force des choses, parfois aller un pas plus avant pour résoudre le différend sous leurs yeux. Ils n'aiment pas ce métier mais ils doivent alors accomplir leur tâche professionnelle. »

**Additional Notes/Issues to be included according to the Members:**

F. Orrego Vicuña :

« There is lastly an issue not included in the Questionnaire. However unpopular the question of the persistent objector has become, the fact is that it exists. When opposition is seriously raised to the existence or meaning of a rule of law, and hence of the jurisprudence based on it, and therefrom to the establishment of a precedent, in the present reality of international law it cannot be ignored. While the question was mainly concerned with the creation of rules of customary international law, its rationale is not different in respect of precedents and jurisprudence, what explains the increasing opposition to abide by certain decisions of the ICJ or other tribunals. To this extent precedents are still in need of a certain degree of consensus as international law generally is. Judicial law-making is hardly compatible with this reality ».

—  
EDITIONS A. PEDONE © – 2023  
I.S.B.N. 978-2-233-01042-1