



Assemblée générale

Distr. générale
26 février 2016
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

Détermination du droit international coutumier

Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier

Étude du Secrétariat

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| I. Introduction | 2 |
| II. L'article 38, paragraphe 1 du Statut de la Cour internationale de Justice | 5 |
| III. Cour permanente de Justice internationale..... | 8 |
| IV. Cour internationale de Justice..... | 10 |
| V. Tribunal international du droit de la mer | 19 |
| VI. Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce..... | 20 |
| VII. Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie | 21 |
| VIII. Tribunal international pour le Rwanda..... | 30 |
| IX. Cour pénale internationale..... | 33 |
| X. Observations générales..... | 34 |



I. Introduction

1. À sa soixante-troisième session en 2011, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail à long terme¹ et, à sa soixante-quatrième session, en 2012, elle a inscrit le sujet à son programme de travail actuel.² À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a décidé que le titre du sujet serait désormais « Détermination du droit international coutumier ». ³ À la soixante-septième session de la Commission, en 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité de rédaction intitulé « Détermination du droit international coutumier », qui contenait les projets de conclusion 1 à 16 [15] provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions de la Commission.⁴ Celle-ci a pris note de ces projets de conclusion.⁵

2. À sa soixante-septième session, en 2015, la Commission a en outre prié le Secrétariat d'élaborer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier.⁶ La présente étude a été élaborée en réponse à cette demande.

3. La présente étude ne porte que sur la jurisprudence des « cours et tribunaux internationaux de caractère universel ». L'expression « de caractère universel » ne doit pas être entendue comme indiquant que la participation aux instruments constitutifs des organes judiciaires considérés est universelle mais qu'elle est apte à le devenir et que l'organe judiciaire en question exerce donc sa compétence *ratione materiae* au niveau mondial.⁷ C'est sur cette base que la Cour pénale internationale a été prise en compte dans la présente étude. Par contre, les juridictions régionales ne l'ont pas été. De même, les tribunaux pénaux hybrides établis dans le cadre de négociations entre l'Organisation des Nations Unies et un État n'ont pas été pris en compte. Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal international pour le Rwanda ont été retenus parce qu'ils ont été créés en tant qu'organes subsidiaires par des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies – des décisions qu'aux termes de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies tous les États Membres sont convenus d'accepter et d'appliquer. Sur cette base, ces tribunaux sont considérés comme « universels » aux fins de la

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément No. 10 (A/66/10)*, par. 365-367. Par sa résolution 66/98 du 9 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

² *Ibid.*, soixante-septième session, *Supplément No. 10 (A/67/10)*, par. 268.

³ *Ibid.*, soixante-huitième session, *Supplément No. 10 (A/68/10)*, par. 65.

⁴ Document *A/CN.4/L.869*. La déclaration du Président du Comité de rédaction peut être consultée sur le site web de la Commission à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc>.

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément No. 10 (A/70/10)*, par. 60.

⁶ *Ibid.*, par. 61.

⁷ Dans le commentaire de l'article premier du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, la Commission du droit international a indiqué que « [p]our trancher la question de savoir si une organisation internationale a un caractère universel, l'élément déterminant n'est pas simplement sa composition effective, mais aussi sa composition et ses fonctions virtuelles ». *Annuaire ... 1971*, vol. II (Première partie), p. 285).

présente étude, quelles que soient leurs compétences *ratione temporis*, *ratione loci* ou *ratione personae*. De plus, les sentences arbitrales n'ont pas été systématiquement analysées dans la présente étude étant donné le caractère ad hoc des tribunaux arbitraux. Pour la même raison, les rapports des groupes spéciaux et les décisions arbitrales rendues dans le cadre du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce n'ont pas non plus été analysés.

4. Dans la présente étude, les expressions « juridictions nationales », « tribunaux nationaux » et « tribunaux internes » sont interchangeables et s'entendent de tous les organes judiciaires exerçant leurs fonctions dans l'ordre juridique interne quelle que soit leur place dans l'appareil judiciaire. La présente étude porte exclusivement sur le rôle des décisions des tribunaux internes dans la détermination des règles du droit international coutumier. Les juridictions internationales peuvent invoquer ces décisions judiciaires dans d'autres contextes ou à d'autres fins qui ne relèvent pas de la présente étude. Comme l'a fait observer la Cour permanente de Justice internationale, « [a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ». ⁸ Ainsi, une décision d'une juridiction nationale peut être examinée pour éclairer les faits qui sous-tendent le différend dont la Cour est saisie, ⁹ ou même comme l'un des faits internationalement illicites allégués qui constituent l'objet du différend. ¹⁰ Des décisions de tribunaux internes peuvent aussi être en cause dans un contexte procédural, s'agissant de savoir si des demandes reposant sur l'exercice de la protection diplomatique, qui exige l'épuisement des recours internes, sont recevables. ¹¹ De plus, les décisions des juridictions nationales peuvent être pertinentes en tant que pratique de l'État dans l'application d'un traité au regard de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ¹² ou constituer la preuve de la manière dont un État interprète ses

⁸ *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, arrêt, 1926, CPJI Série A, No. 7, p. 19.

⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Interhandel* (Suisse c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 1959, p. 27; *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, CIJ Recueil 1989, p. 15; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, CIJ Recueil 1999, p. 62; *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), arrêt, CIJ Recueil 1999, p. 1066, par. 33; *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2001, p. 466; *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2004, p. 61, par. 127; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), Cour internationale de Justice, arrêt du 3 février 2015, par. 238, 333 et 343, disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>.

¹⁰ Voir, par exemple, *Certaines procédures pénales engagées en France* (République du Congo c. France), demande en indication de mesure conservatoire, ordonnance, CIJ Recueil 2003, p. 102; *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie: Grèce (intervenante)), arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 113-116, par. 27-36 et p. 145-146, par. 109.

¹¹ Voir l'article 14 des Articles sur la protection diplomatique. *Annuaire ... 2006*, vol. II (Deuxième partie), par. 49. Voir, plus récemment, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 582.

¹² Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, No. 18232, p. 331. Voir également le commentaire du projet de conclusion 6 provisoirement adopté par la Commission sur le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément No. 10 (A/69/10)*, par. 76).

obligations conventionnelles.¹³ Une décision judiciaire interne peut aussi être pertinente pour la détermination de principes généraux du droit.¹⁴ Enfin, les décisions des juridictions nationales peuvent être invoquées pour illustrer des principes bien établis de droit ou de procédure, sans implication directe quant à leur valeur propre en droit international.¹⁵

5. La présente étude ne concerne que les mentions explicites de décisions de juridictions nationales dans les décisions des juridictions internationales appliquant le droit international coutumier ou l'invoquant. Dans le cadre de leur délibéré, les juridictions internationales peuvent très bien examiner des décisions de juridictions nationales pour les écarter ou s'inspirer de leur raisonnement sans aucunement les mentionner dans le texte final de leur décision. Cette utilisation des décisions judiciaires nationales est toutefois intrinsèquement inquantifiable. De plus, même lorsqu'elles sont expresses, les références à ces décisions, tout comme leur objectif, doivent être évaluées avec prudence en tenant compte de leur contexte et du raisonnement qu'elles ont suivi. Il est donc nécessaire de les examiner avec les autres preuves invoquées par les juridictions internationales en la même occasion, par exemple la législation, les dispositions conventionnelles et la doctrine.

6. La présente étude examine en premier lieu les travaux préparatoires du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (sect. II ci-après). Elle présente ensuite une analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour permanente de Justice internationale (sect. III ci-après), de la Cour internationale de Justice (sect. IV ci-après), du Tribunal international du droit de la mer (sect. V ci-après), de l'Organe d'appel établi en application de l'article 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (l'Organe d'appel de l'OMC) (sect. VI ci-après), du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie) (sect. VII ci-après), du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide et autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 (le Tribunal international pour le Rwanda) (sect. VIII ci-après) et de la Cour pénale internationale (sect. IX ci-après). Dans chacune de ces sections, les conclusions les plus pertinentes sont examinées sous la forme d'observations accompagnées de notes explicatives. La section finale (sect. X ci-après) contient des observations générales découlant de l'ensemble de l'analyse.

¹³ *Le Procureur c. Radislav Krstić, arrêt*, affaire No. IT-98-33-A, C.A., 19 avril 2004, par. 141; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, *CIJ Recueil 2004*, p. 176-177, par. 100.

¹⁴ Voir, par exemple, *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *arrêt*, *CIJ Recueil 2003*, p. 354-358 (opinion individuelle du juge Simma).

¹⁵ Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond, arrêt*, *CIJ Recueil 1986*, p. 171 (opinion individuelle du juge Lachs); *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, *arrêt*, *CIJ Recueil 1993*, p. 205 (opinion individuelle du juge Shahabuddeen) et p. 220 (opinion individuelle du juge Weeramantry).

II. L'article 38, paragraphe 1 du Statut de la Cour internationale de Justice

7. La présente section donne un aperçu du rôle, tel qu'envisagé au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, des décisions des tribunaux internes dans la détermination du droit international coutumier. Cette disposition, qui en est venue à être considérée comme une énumération faisant autorité des sources de droit international, se lit comme suit :

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément retenues par les États en litige;
- b. La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;
- c. Les principes généraux de droit retenus par les nations civilisées;
- d. Sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »

Observation 1)

Les décisions des juridictions nationales peuvent constituer des preuves de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) aux fins de la détermination de l'existence ou du contenu d'une règle de droit international coutumier en vertu de l'article 38, paragraphe 1 b), du Statut de la Cour internationale de Justice.

8. Les tribunaux nationaux sont des organes étatiques et leurs décisions sont donc pertinentes pour la détermination d'une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Du point de vue du droit international, toutes les juridictions nationales sont des organes de l'État, de telle manière que toute décision judiciaire peut en principe être pertinente aux fins de la détermination des règles coutumières. Il est fréquent que les juridictions internationales se réfèrent aux décisions des tribunaux internes de manière générale. Par exemple, dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a évoqué la pratique du « juge de l'État tiers » ... « [e]n présence de la même situation » lorsqu'elle a déterminé quelles règles du droit international coutumier s'appliquaient s'agissant de l'opposabilité aux États tiers de l'acquisition d'une nationalité par naturalisation dans le contexte de la protection diplomatique.¹⁶ En outre, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, la Cour internationale de Justice a renvoyé à des décisions de tribunaux internes lorsqu'elle a évalué la pratique des États et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).¹⁷ De même, dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a fait référence aux

¹⁶ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1955*, p. 22 (voir, d'une manière générale, p. 21-23).

¹⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 123, par. 55 (référence à la pratique des États) et p. 135, par. 77 (référence à l'*opinio juris*).

« jurisprudences nationales » comme preuves de la formation du droit international coutumier.¹⁸

Observation 2)

Aux termes du paragraphe 1) d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les décisions judiciaires constituent un moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier.

Observation 3)

Le Statut de la Cour internationale ne contient pas de définition de l'expression « décisions judiciaires », pas plus qu'il ne précise si cette expression s'entend à la fois des décisions des juridictions nationales et de celles des cours et tribunaux internationaux.

9. Aux termes du paragraphe 1) d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, « les décisions judiciaires » constituent un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Les règles en question sont celles émanant des sources énumérées aux alinéas a) à c), y compris la coutume internationale.

10. Le texte de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, moyennant l'ajout du membre de phrase « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », est identique à la disposition correspondante du Statut de la devancière de la Cour, la Cour permanente de Justice internationale. L'ébauche du Statut a été élaborée par un Comité consultatif de juristes constitué en 1920 par le Conseil de la Société des nations et chargé de présenter un rapport sur l'établissement de la future Cour permanente de Justice internationale. Si, durant la première phase des discussions, certaines propositions visaient explicitement les seules décisions internationales, le texte final n'énonce aucune restriction explicite en ce sens, pour des raisons qui sont inconnues.

11. De fait, plusieurs propositions présentées par des membres du Comité consultatif de juristes de 1920 se limitaient explicitement à la jurisprudence internationale ou aux décisions de la future Cour elle-même, et la proposition initiale du baron Édouard Descamps, Président du Comité consultatif de juristes, visait explicitement « la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit ».¹⁹ Descamps s'est également référé à la jurisprudence internationale dans son discours concernant les règles de droit que la Cour devait appliquer.²⁰ Lors de la discussion qui a suivi, plusieurs membres du Comité ont exprimé des réserves au sujet de la mention des décisions judiciaires et de la doctrine à l'article 38.²¹ Quant au débat qui a suivi, les procès-verbaux

¹⁸ *Le Procureur c. Duško Tadić, arrêt*, affaire No. IT-94-1-A, C.A., 15 juillet 1999, par. 292.

¹⁹ Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th, 1920, with Annexes* (La Haye, Van Langerhuysen Frères, 1920), annexe 3, p. 306.

²⁰ *Ibid.*, p. 322 (« [c]e serait encore, à mon sens, priver le juge d'un de ses auxiliaires les plus précieux que de ne pas le convier à faire appel à la jurisprudence internationale existante, en tant qu'instrument de précision du droit des gens. »).

²¹ Voir, par exemple, p. 334 (M. Ricci-Busatti faisant observer « qu'il [était] inadmissible de les mettre sur le même plan que les règles positives de droit ») et annexe 4, p. 351 (où figure un

indiquent seulement qu'« [u]ne discussion s'engage alors entre M. de Lapradelle, le Président et Lord Phillimore, à la suite de laquelle le numéro 4 est libellé comme suit : 'L'autorité des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' ». ²²

12. Le débat qui eut lieu ultérieurement au Conseil de la Société des nations n'est guère éclairant. Dans son rapport, la sous-commission constituée par la Troisième Commission de la première Assemblée de la Société a, en réponse à une proposition de l'Argentine, indiqué que la mention des décisions judiciaires figurant à l'article 38 visait à faciliter la contribution de la Cour, par sa jurisprudence, au développement du droit international. ²³ Rien n'indique toutefois que le rôle des tribunaux internes ait été envisagé.

13. On notera que, entre la fin du XIX^e siècle et l'adoption du Statut de la Cour internationale de Justice en 1945, des tribunaux arbitraux ont parfois invoqué des décisions de tribunaux nationaux comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international coutumier. ²⁴

14. Lorsque le Statut de la Cour internationale de Justice a été adopté, l'opinion a été exprimée au sein du Comité de juristes de l'ONU chargé d'élaborer le projet de Statut qu'« il serait difficile d'élaborer un meilleur projet vu le temps alloué au Comité » et que, puisque « la Cour n'avait pas rencontré de difficultés dans

amendement rédigé comme suit visant à ajouter les « moyens auxiliaires » à l'article: « La Cour tiendra compte des décisions judiciaires émises par elle dans des cas analogues et des opinions des publicistes les plus qualifiés des différents pays, comme organes d'application et de développement du droit. »).

²² Ibid., p. 337.

²³ Société des nations, « Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente », 1921, p. 211, disponible à l'adresse //www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf

²⁴ On peut citer, comme exemples du recours par des tribunaux arbitraux à des décisions de tribunaux internes comme moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier : *Contentieux entre les États-Unis et le Royaume-Uni, relatif au Traité prolongeant le droit de pêche signé à Washington le 5 juin 1854*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 87-88; affaire *Aroa Mines*, *Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 413 et 436; affaire *Kummerow, Otto Redler and Co., Fulda, Fischbach et Friedericy*, *Commission mixte des réclamations Allemagne/Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 397; affaire *American Electric and Manufacturing Company (damages to property)*, *Commission mixte des réclamations États-Unis/Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 146; affaire *Jarvis*, *Commission mixte des réclamations États-Unis/Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 212-213; *E.R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States*, *General Claims Commission (United Mexican States v. United States of America)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 612-613; l'affaire des *Cargaisons déroutées (Grèce/Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 79. Un exemple particulièrement remarquable est donné par l'affaire de la *Fonderie de Trail* entre les États-Unis et le Canada; le tribunal arbitral était confronté à une question relativement nouvelle en droit international, et a expressément examiné dans quelle mesure les décisions judiciaires internes des États fédéraux pouvaient être pertinentes comme moyen auxiliaire potentiellement utile pour la détermination du droit international coutumier en l'absence de décisions internationales en la matière (*Fonderie de Trail (États-Unis/Canada)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1963-1964).

l'application de l'article 38 », « le reformuler serait une perte de temps ».²⁵ Cet article n'a donné lieu qu'à une discussion très limitée, portant essentiellement sur l'ajout, sur la proposition du Chili, des mots « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ».²⁶

III. Cour permanente de Justice internationale

Observation 4)

La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale ne mentionne guère de décisions de juridictions nationales aux fins de la détermination du droit international coutumier.

15. Ce n'est que dans ses premières affaires contentieuses (*Série A*) que la Cour permanente de Justice internationale fait référence à des décisions de juridictions nationales. Elle ne le fait pas dans la *Série B* ni dans la *Série A/B*. Étant donné que la Cour appliquait principalement le droit conventionnel, le recours au droit international coutumier était rarement jugé nécessaire. Il faut en tenir compte lorsque l'on interprète les éléments de la présente section, car l'absence de références tient peut-être davantage au fait que la Cour avait rarement recours au droit international coutumier qu'à sa position quant au rôle des décisions des tribunaux internes dans la détermination de ce droit.

16. L'affaire dans laquelle les décisions des tribunaux internes occupent le plus de place est celle du *Lotus*.²⁷ L'un des arguments de l'une des parties était qu'une règle coutumière avait vu le jour selon laquelle, en cas d'abordage, les poursuites pénales étaient du ressort exclusif de l'État du pavillon.²⁸ Lorsqu'elle a évalué cet argument, la Cour permanente de Justice internationale a mentionné plusieurs décisions de tribunaux nationaux invoquées par les parties, pour finalement considérer qu'elles étaient sans pertinence parce qu'elles manquaient de cohérence. Si les décisions visées ont été considérées comme des preuves de la pratique des États et de l'*opinio juris* aux fins de la détermination de la coutume, il n'apparaît pas clairement qu'elles ont également été considérées comme un moyen auxiliaire. On notera que la Cour a employé la terminologie de l'approche des deux éléments en examinant la « conduite » des États concernés, et si leur « conception de ce droit » était « généralement admise ».²⁹ Néanmoins, en se référant concurremment à des

²⁵ Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, "Summary of Seventh Meeting of the United Nations Committee of Jurists", Doc. G/30, 13 avril 1945, dans *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol. XIV, p. 170-171.

²⁶ Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, "Summary Report of Nineteenth Meeting of Committee IV/1", Doc. 799, IV/1/63, 5 juin 1945, dans *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol. 13, p. 285. De plus, la Colombie a demandé qu'une déclaration soit annexée au compte rendu de la séance soulignant qu'elle estimait que les sources de droit énumérées à l'article 38 devaient être consultées « dans l'ordre où elles sont présentées » dans cet article. *Ibid.*, p. 293. Voir également Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, "Summary Report of Fifth Meeting of Committee IV/1", Doc. 193, IV/1/12, 10 mai 1945, dans *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol. 13, p. 164.

²⁷ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, arrêt No. 9 du 7 septembre 1927, CPIJ, *Série A No. 10*. *CPIJ Recueil 1928, Série A, No. 10*, p. 18-19.

²⁸ *Ibid.*, p. 28-30.

²⁹ *Ibid.*, p. 29.

décisions judiciaires internationales et à celles de tribunaux internes, la Cour peut donner à penser qu'elle considérerait également ces dernières comme un moyen auxiliaire.³⁰ Ainsi, la question de savoir si les décisions des tribunaux internes peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international et pas seulement des éléments de preuve de règles coutumières est restée sans réponse. La Cour a adopté une approche prudente en la matière, en se contentant de constater que « la jurisprudence nationale étant ainsi partagée, il n'est guère possible d'y voir un indice de l'existence de la règle restrictive de droit international ».³¹ Elle a conclu ainsi « [s]ans rechercher quelle valeur on pourrait attribuer à des jugements de tribunaux nationaux lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une règle de droit international ».³²

17. Des décisions de tribunaux internes ont été visées plus souvent dans les opinions individuelles ou dissidentes de juges de la Cour permanente de Justice internationale, aussi bien en tant que preuves de la pratique des États ou de l'*opinio juris* qu'en tant que moyen auxiliaire. Par exemple, dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Lotus*, le juge Altamira a cité des décisions de tribunaux nationaux comme attestant la pratique des États.³³ D'autres juges ont cité des décisions internes comme moyen auxiliaire de détermination de la coutume, par exemple les juges Weiss et Finlay dans l'affaire du *Lotus*³⁴ et le juge Moore dans les affaires du *Lotus* et des *Concessions Mavrommatis en Palestine*.³⁵ Ces exemples donnent à penser qu'il est possible que la Cour ait examiné ces décisions de juridictions nationales durant son délibéré.

³⁰ Ibid., p. 28 (« À la connaissance de la Cour, il n'y a pas de décisions de tribunaux internationaux en cette matière; mais en a cité quelques décisions de tribunaux nationaux. »).

³¹ Ibid., p. 28.

³² Ibid., p. 28.

³³ Ibid., opinion dissidente du juge Altamira, p. 96-99.

³⁴ Ibid., p. 47, et opinion dissidente de Lord Finlay, p. 53-55, et p. 57 (en particulier p. 53-54 : « Le cas me semble clair déjà sur la base des principes; mais il y a également des précédents qui conduisent à la même conclusion. Dans l'affaire du *Franconia* (R. c. Keyn, 1877, 2 Ex. Div. 63), il fut allégué, au nom de la Couronne et pour le même motif que nous examinons maintenant, que les tribunaux anglais étaient compétents pour connaître de poursuites pour homicide. [...] Certes, la décision se fondait sur l'opinion qu'un tribunal anglais avait en ce qui concerne le contenu du droit international en la matière; mais c'était bien le droit international qu'il devait appliquer. Cette décision ne lie pas notre Cour. Mais on doit la considérer comme étant d'un grand poids et l'on ne saurait la négliger en prétendant qu'elle ne traite que d'un point du droit interne anglais. »).

³⁵ Ibid., opinion dissidente du juge Moore, p. 71-83 et p. 85-89 (en particulier p. 74: « ... les tribunaux internationaux, qu'ils soient permanents ou temporaires, lorsqu'ils statuent entre deux États indépendants, ne doivent pas considérer les jugements des tribunaux d'un État quelconque portant sur des questions de droit international comme faisant loi pour d'autres États, mais, tout en reconnaissant auxdits jugements la valeur due à l'opinion d'un certain pays judiciairement exprimée, les tribunaux internationaux ne doivent les appliquer à titre de précédents que dans la mesure où ils se trouveraient être en harmonie avec le droit international comme étant le droit commun à tous les pays. »); *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt, 1924, CPJI, Série A No. 2, 1924, opinion dissidente de M. Moore, p. 57.*

IV. Cour internationale de Justice

18. Sur les 667 ordonnances, arrêts et avis consultatifs rendus par la Cour internationale de Justice du 31 juillet 1947 au 31 décembre 2015 inclus, 64 soit examinent explicitement soit appliquent le droit international coutumier.³⁶ Ceci montre que contrairement à sa devancière, qui ne s'est qu'assez rarement penchée sur le droit international coutumier, la Cour a, au fil du temps, de plus en plus examiné et appliqué ce droit.

³⁶ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1949*, p. 4, p. 22 et p. 28; *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, *CIJ Recueil 1950*, p. 274 et p. 276-278; *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1951*, p. 23-24; *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1951*, p. 131 et p. 139; *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, exception préliminaire, arrêt, *CIJ Recueil 1953*, p. 119-120; *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)*, question préliminaire, arrêt, *CIJ Recueil 1954*, p. 32; *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Recueil 1955*, p. 21-22; *Affaire Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 1959*, p. 27; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1960*, p. 39 et p. 43-44; *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, p. 28-46, par. 37-82; *Affaire relative à la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Recueil 1970*, p. 46, par. 87-88; *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, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1971*, p. 31, par. 52-53, p. 46-47, par. 94 et p. 47-48, par. 96-97; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1974*, p. 191-198, par. 41-60; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1974*, p. 22-29, par. 49-68; *Sahara occidental, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1975*, p. 31-33, par. 54-65; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, *CIJ Recueil 1980*, p. 24, par. 45, p. 31, par. 62 et p. 40, par. 86; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *CIJ Recueil 1982*, p. 45-49, par. 42-48; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 1948*, p. 289-295, par. 79-96, et p. 297-300, par. 106-114; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *CIJ Recueil 1985*, p. 29-34, par. 26-34, p. 38-40, par. 45-48 et p. 55-56, par. 77; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 27, par. 34, p. 92-115, par. 172-220, p. 126, par. 245-247 et p. 133, par. 263-265; *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 564-568, par. 19-30; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1988*, p. 34-35, par. 57; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1989*, p. 42-43, par. 50-51 et p. 66-67, par. 111; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Recueil 1991*, p. 68-70, par. 46-48; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, arrêt, *CIJ Recueil 1992*, p. 386-388, par. 41-46; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, arrêt, *CIJ Recueil 1993*, p. 58-59, par. 46-48 et p. 62-63, par. 55-56; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *CIJ Recueil 1994*, p. 21-22, par. 41; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil 1994*, p. 125-126, par. 40; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité*, arrêt, *CIJ Recueil 1995*, p. 18, par. 33; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1995*, p. 102, par. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1996*, p. 240, par. 26, p. 245, par. 41-42, p. 247, par. 52 et p. 253-263, par. 64-97; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c.*

États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, CIJ Recueil 1996, p. 812, par. 23; Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 39, par. 46, p. 40-41, par. 51, p. 64-65, par. 104, p. 66-67, par. 109-110, p. 71-72, par. 123 et p. 81, par. 152; Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, CIJ Recueil 1999, p. 87-88, par. 62; Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, CIJ Recueil 1999, p. 1059, par. 18; Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt, CIJ Recueil 2001, p. 91, par. 167, p. 94, par. 174-176, p. 97, par. 185, p. 100-101, par. 201, p. 101-102, par. 205 et p. 111, par. 229; LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2001, p. 501-502, par. 99-101; Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 20-25, par. 51-59; Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 429, par. 263-264; Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 645-646, par. 37; Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance, CIJ Recueil 2003, p. 111, par. 36; Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 182-183, par. 41-43, p. 186-187, par. 51, p. 196-197, par. 74 et p. 198, par. 76; Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2004, p. 48, par. 83 et p. 59, par. 119-120; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 167, par. 78, p. 171-172, par. 86-89, p. 174, par. 94, p. 182, par. 117, p. 194-195, par. 140, p. 197-198, par. 150-152 et p. 199, par. 156-157; Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, CIJ Recueil 2005, p. 108-110, par. 23-27 et p. 120, par. 45-47; Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, CIJ Recueil 2005, p. 226-227, par. 162-164, p. 229-230, par. 172, p. 242, par. 213-214, p. 243, par. 217, p. 244, par. 219, p. 251, par. 244, p. 256, par. 257, p. 257, par. 259 et p. 275-276, par. 329 et 333; Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006, p. 27, par. 46, p. 31-33, par. 64-70, p. 35, par. 78 et p. 51-52, par. 125; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, CIJ Recueil 2007 p. 202-205, par. 385-395, p. 207-211, par. 398-407, p. 217, par. 419-420 et p. 232-234, par. 459-462; Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 599, par. 39 et 42, p. 606, par. 64 et p. 614-616, par. 86-94; Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 706, par. 151-154; Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, CIJ Recueil 2008, p. 219, par. 112, p. 232, par. 153 et p. 238, par. 174; Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, CIJ Recueil 2009, p. 237, par. 47 et p. 265-266, par. 140-144; Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, CIJ Recueil 2010, p. 46, par. 64-65, p. 55, par. 101, p. 60, par. 121, p. 67, par. 145 et p. 83, par. 204; Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ Recueil 2010, p. 436-439, par. 79-84; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2011, p. 125, par. 131 et 133; Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 120, par. 50, p. 122-135, par. 54-79, p. 136-139, par. 83-91, p. 140-142, par. 92-97, p. 146-148, par. 113-118 et p. 153, par. 137; Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 331, par. 13; Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 445, par. 54, p. 456, par. 97, p. 457, par. 99, p. 460, par. 113 et p. 461, par. 121; Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 645, par. 37, p. 666, par. 114-118, p. 673-674, par. 137-139, p. 690, par. 177, p. 693, par. 182 et p. 707, par. 227; Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, CIJ Recueil 2013, p. 73-74, par. 62-63; Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica); Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, CIJ Recueil 2013, p. 403-404, par. 19; Différend maritime (Pérou c.

Observation 5)

Dans la détermination du droit international coutumier, la Cour internationale de Justice a à l'occasion invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves de la pratique des États ou, moins fréquemment, de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

Observation 6)

Lorsque la Cour internationale de Justice a invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), elle a également visé d'autres preuves du droit international coutumier telles que les actes législatifs et les dispositions conventionnelles.

19. On trouve mention de décisions de tribunaux internes dans 13 des 64 décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné ou appliqué le droit international coutumier.³⁷ Dans dix de ces décisions, ces mentions sont sans rapport avec la détermination du droit international coutumier.³⁸ Dans trois affaires, des décisions de tribunaux nationaux sont considérées comme des éléments de preuve de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).³⁹

20. C'est dans l'affaire *Nottebohm* que la Cour internationale de Justice a pour la première fois invoqué des décisions de tribunaux nationaux comme une forme de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), sans viser de décisions spécifiques

Chili), arrêt, *CIJ Recueil 2014*, p. 28, par. 57, p. 45-47, par. 112-117 et p. 65, par. 179; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, disponible à l'adresse <http://www.icj-cij.org/>, par. 87-88, 95, 98, 104-105, 115, 128-129 et 138 *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)*, arrêt du 16 décembre 2015, disponible à l'adresse <http://www.icj-cij.org/>, par. 101, 104, 106, 118, 153, 157, 168 et 174.

³⁷ *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1951*, p. 134; *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Recueil 1955*, p. 4, p. 22; *Affaire Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 1959*, p. 6, p. 18; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1989*, p. 15; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1999*, p. 62; *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1999*, p. 1066, par. 33; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, p. 476, par. 18-19; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 23-24, par. 56-58; *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesure conservatoire, ordonnance, *CIJ Recueil 2003*, p. 102; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2004*, p. 61, par. 127; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, *CIJ Recueil 2004*, p. 176-177, par. 100; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, *CIJ Recueil 2010*, p. 425, par. 55; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 122-148, par. 55-120.

³⁸ Voir ci-dessus, paragraphe 4.

³⁹ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Recueil 1955*, p. 22; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 23-24, par. 56-58; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 123, par. 55, p. 127, par. 64, p. 131, par. 71, p. 131-134, par. 72-77, p. 131-134, par. 72-77 et p. 148, par. 118.

et dans le cadre d'un examen d'ensemble de la pratique et de l'*opinio juris*. Dans cette affaire, qui concernait les conditions de l'exercice de la protection diplomatique, la Cour devait déterminer quelles règles du droit international coutumier étaient applicables à l'opposabilité aux États tiers de l'acquisition d'une nationalité par naturalisation. Ce faisant, la Cour a examiné la pratique du « juge de l'État tiers » et a estimé que celle-ci et d'autres formes de la pratique des États (comme la législation interne) « manifest[ai]ent ... la conviction [de] ces États ». ⁴⁰ On trouve une référence comparable dans une affaire plus récente, celle des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour a invoqué « la jurisprudence d'un certain nombre des juridictions nationales » pour établir l'existence de l'*opinio juris*. ⁴¹

21. Dans deux affaires, la Cour a évoqué des décisions de tribunaux nationaux pour évaluer la pratique des États. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, lorsqu'elle s'est demandé s'il existait une exception à l'immunité en cas de crime de guerre ou crime contre l'humanité, elle a rappelé les arguments des parties se fondant sur des décisions de tribunaux du Royaume-Uni et de France pour déclarer :

« La Cour a examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ». ⁴²

Il est remarquable que, dans ce contexte, la Cour ait cité les décisions des « hautes juridictions nationales » comme faisant partie intégrante de la pratique des États.

22. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, la Cour internationale de Justice devait dire si certaines exceptions à l'immunité de l'État étaient apparues en droit international coutumier. Pour ce faire, elle a d'abord fait observer que la jurisprudence des tribunaux internes serait pertinente à cet égard :

« Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies ». ⁴³

⁴⁰ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1955, p. 22.

⁴¹ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 135, par. 77.

⁴² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 23-24, par. 56-58.

⁴³ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 123, par. 55.

Elle a ensuite mentionné plusieurs décisions judiciaires nationales comme relevant de la pratique des États en relation avec « l'exception territoriale » à l'immunité,⁴⁴ l'immunité en ce qui concerne les actes de forces armées,⁴⁵ et l'exception à l'immunité en cas de violations graves du droit des conflits armés.⁴⁶

Observation 7)

Dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, des décisions de juridictions nationales ont constitué des éléments particulièrement pertinents de preuve de règles du droit international coutumier dans des domaines qui sont étroitement liés à des dispositions de droit interne, ou dans lesquels les tribunaux internes sont appelés à statuer.

23. Dans les trois arrêts de la Cour internationale de Justice dans lesquels des décisions de tribunaux internes ont été invoquées comme constitutives de la pratique des États, ces décisions étaient spécialement pertinentes aux fins de la détermination du droit international coutumier en raison de la matière de la règle coutumière en cause : les questions de nationalité relèvent au premier chef du droit interne et l'immunité des États et de leurs représentants devant les tribunaux internes est une règle du droit international qui, par définition, trouve application devant ces tribunaux. Ce point a été illustré par le juge Keith dans son opinion individuelle dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles* :

« J'ai bien évidemment conscience qu'il est inhabituel, dans la pratique de la Cour et de sa devancière, de se fonder sur des décisions rendues par des juridictions nationales. Toutefois, ainsi que cela ressort du présent arrêt, la Cour a à juste titre accordé à pareilles décisions un rôle essentiel. C'est qu'en effet, dans le domaine du droit qui est à l'examen, ce sont ces décisions, ainsi que la réaction – ou l'absence de réaction – de l'État étranger, qui constituent une partie importante de la pratique étatique ».⁴⁷

Observation 8)

La Cour internationale de Justice n'a jamais explicitement exclu que les décisions des juridictions nationales puissent constituer des « décisions judiciaires » au sens du paragraphe 1) d) de l'article 38 de son Statut.

Observation 9)

La Cour internationale de Justice n'a jamais explicitement invoqué de décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier au sens du paragraphe 1) d) de l'article 38 de son Statut.

24. La Cour internationale de Justice ne s'est jamais prononcée *in abstracto* sur le point de savoir si les décisions des tribunaux internes n'étaient pas des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1) de l'article 38 de son Statut. Dans son avis consultatif sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des*

⁴⁴ Ibid., p. 127, par. 64.

⁴⁵ Ibid., p. 131-134, par. 72-77.

⁴⁶ Ibid., p. 136-138, par. 83-88.

⁴⁷ Ibid., p. 162-164, par. 4 (opinion individuelle du juge Keith).

Nations Unies, la Cour a étayé sa conclusion touchant « le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne » en invoquant « la jurisprudence » comme moyen auxiliaire, mais elle ne cite ensuite qu'une sentence arbitrale internationale et une décision de sa devancière, mais aucune décision de juridictions nationales.⁴⁸ La Cour n'ayant pas clairement indiqué pourquoi elle n'a pas invoqué de décisions de tribunaux internes pour aboutir à une telle conclusion, il est difficile d'en déduire une exclusion générale implicite des décisions de tribunaux internes du champ d'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1) de l'article 38 de son Statut, compte tenu en particulier de l'invocation de ces décisions par certains juges, à titre individuel.

25. La Cour internationale de Justice n'a explicitement invoqué les décisions des tribunaux internes comme moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1) de l'article 38 de son Statut dans aucune des 64 décisions dans lesquelles elle a examiné ou appliqué le droit international coutumier. Il est néanmoins rare à cet égard que la Cour invoque des moyens auxiliaires autres que sa propre jurisprudence, celle de sa devancière ou des sentences arbitrales.⁴⁹

26. On notera toutefois que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, la Cour internationale de Justice semble avoir invoqué dans un passage de son arrêt des décisions de tribunaux internes comme moyen auxiliaire de détermination du droit coutumier, avec d'autres moyens auxiliaires comme les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Examinant si le caractère de *jus cogens* des règles du droit humanitaire excluait l'application des règles de l'immunité de l'État, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas de conflit entre le *jus cogens* et l'immunité de l'État parce que les règles procédurales relatives à l'immunité étaient sans incidence sur la question de savoir si le comportement était licite ou illicite, et que ce caractère de *jus cogens* ne pouvait conférer compétence à un tribunal incompétent.⁵⁰ Elle a ensuite confirmé sa propre interprétation en citant des décisions de tribunaux internes ainsi que des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.⁵¹

⁴⁸ *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1988*, p. 34-35, par. 57.

⁴⁹ Voir, en particulier, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, CIJ Recueil 1992, p. 593-594, par. 394; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 179, par. 109; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, notamment p. 92, par. 119; *ibid.*, p. 121, par. 188 et *ibid.*, p. 126, par. 198; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, CIJ Recueil 2008, p. 69 et 93, par. 176 et 263; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 2010, p. 663, par. 66; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 331, par. 13.

⁵⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenants))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 140-141, par. 92-95.

⁵¹ *Ibid.*, p. 141-142, par. 96 : « En outre, cet argument tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des États a été écarté par les tribunaux nationaux du Royaume-Uni (*Jones c. Arabie saoudite*, Chambre des lords, [2007] 1 AC 270; ILR, vol. 129, p. 629), du Canada (*Bouzari c. République islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, DLR, 4th Series, vol. 243, p. 406; ILR, vol. 128, p. 586), de la Pologne (Natoniewski, Cour suprême, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299), de la Slovénie (arrêt de la Cour constitutionnelle en l'affaire

Toutefois, on voit mal si la Cour considère ces décisions comme un moyen auxiliaire ou comme relevant de la pratique des États. La référence ultérieure à la législation comme une forme de la pratique des États, ainsi que l'observation selon laquelle les tribunaux italiens sont les seuls à suivre une certaine interprétation, peuvent donner à penser que ces affaires sont elles aussi invoquées par la Cour comme une forme de la pratique des États pour la détermination du droit international coutumier, et non comme un moyen auxiliaire.

27. C'est pourquoi, bien que cette possibilité n'ait jamais été exclue dans son principe, il ne semble pas que dans sa jurisprudence la Cour ait jamais expressément invoqué des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international coutumier au sens du paragraphe 1) d) de l'article 38 de son Statut.

Observation 10)

Les opinions individuelles des juges de la Cour internationale de Justice ont à l'occasion invoqué des décisions de juridictions nationales, aussi bien en tant que pratique des États qu'en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier.

28. Des juges ont joint une opinion individuelle invoquant des décisions de juridictions nationales à 20 des 64 décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné ou appliqué le droit international coutumier.⁵² Si certaines de

No. Up-13/99), de la Nouvelle-Zélande (*Fang c. Jiang*, Haute Cour, [2007] NZAR, p. 420; ILR, vol. 141, p. 702) et de la Grèce (*Margellos*, Tribunal supérieur spécial, ILR, vol. 129, p. 525), ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (qui sont examinées au paragraphe 90 ci-dessus); chaque fois, l'argument a été écarté après un examen attentif. La Cour n'estime pas qu'une conclusion différente puisse être tirée de l'arrêt rendu le 9 mars 2011 par la Cour de cassation française en l'affaire *La Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne* (pourvoi No. 09-14743, 9 mars 2011, Bull. civ., mars 2011, No. 49, p. 49). Dans cette affaire, la Cour de cassation a seulement décidé que, en admettant qu'une norme de jus cogens puisse constituer une restriction légitime à l'immunité de l'État, les faits de l'espèce ne justifiaient pas pareille restriction. Il en résulte que les décisions des tribunaux italiens qui font l'objet de la présente instance sont les seules décisions de juridictions nationales dans lesquelles a été retenu le raisonnement sur lequel est fondée cette partie du deuxième argument de l'Italie. En outre, aucune des lois nationales relatives à l'immunité de l'État qui ont été examinées aux paragraphes 70 et 71 ci-dessus n'a limité l'immunité de l'État dans les cas où sont en cause des violations du *jus cogens* ».

⁵² *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1951*, p. 160-161 (opinion dissidente de Sir Arnold Mc Nair); *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark)*; *République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, p. 107 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun); *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, *CIJ Recueil 1980*, p. 63 (opinion dissidente du juge Tarazi); *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *CIJ Recueil 1982*, p. 175, par. 31 (opinion dissidente du juge Oda); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 171 (opinion individuelle du juge Lachs); *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1988*, p. 60 (opinion individuelle du juge Shahabuddeen); *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1993*, p. 205 (opinion individuelle du juge Shahabuddeen) et p. 220 (opinion individuelle du juge Weeramantry); *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1995*, p. 211-212 (opinion dissidente du juge Weeramantry); *Licéité*

ces références ne relèvent pas de la présente étude,⁵³ d'autres sont utilisées comme preuves de la pratique des États ou comme moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier.

29. Des décisions de tribunaux internes ont été invoquées comme preuve de la pratique des États dans les opinions individuelles jointes aux arrêts rendus dans les affaires du *Mandat d'arrêt* et des *Immunités juridictionnelles*, les juges invoquant des décisions de tribunaux internes comme preuve de la pratique des États de la même manière que la Cour internationale de Justice.⁵⁴ Mais dans certains cas, des juges ont invoqué la jurisprudence de tribunaux internes pour illustrer la pratique des États alors même que la Cour elle-même ne l'avait pas expressément fait. Par exemple, dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental*, le juge Oda a invoqué un arbitrage interne pour expliquer la pratique du Royaume-Uni,⁵⁵ et le Vice-Président Weeramantry, dans l'opinion

de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume), p. 400-402 (opinion dissidente du juge Shahabuddeen), et p. 439 et 486 (opinion dissidente du juge Weeramantry); *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, CIJ Recueil 1999*, p. 94 (opinion individuelle du juge Weeramantry, Vice-Président, p. 92); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002*, p. 40-42 (opinion individuelle du juge Guillaume, Président), p. 69-70 et p. 88-89 (opinion individuelle commune M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, juges), p. 125 (opinion individuelle du juge ad hoc Bula Bula) et p. 140, 144, 155-156, 161, 165-166, 171-172 (opinion dissidente de M. Van den Wyngaert, juge ad hoc); *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance, CIJ Recueil 2003*, p. 123 (opinion dissidente de M. De Cara, juge ad hoc); *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2003*, p. 354-358 (opinion individuelle du juge Simma); *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2004*, p. 110 (opinion individuelle de M. Sepúlveda, juge ad hoc); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 229 (opinion individuelle du juge Kooijmans) et p. 236 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh); *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006*, p. 88 (opinion individuelle de M. Dugard, juge ad hoc); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, CIJ Recueil 2007*, p. 391 (opinion dissidente de M. Mahiou, juge ad hoc); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, CIJ Recueil 2009*, p. 293 (déclaration de M. Guillaume, juge ad hoc); *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, p. 474 (opinion dissidente du juge Koroma) et p. 623-624 (opinion individuelle du juge Yusuf); *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 162-164, p. 171 (opinion individuelle du juge Keith), p. 215 et 234 (opinion dissidente du juge Cançado Trindade), p. 304 (opinion dissidente du juge Yusuf) et p. 313-321 (opinion dissidente de M. Gaja, juge ad hoc).

⁵³ Voir ci-dessus, paragraphe 4.

⁵⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, p. 40-42 (opinion individuelle du Président Guillaume), p. 69-70 et p. 88-89 (opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, juges), p. 125 (opinion individuelle de M. Bula Bula, juge ad hoc) et p. 140, 144, 155-156, 161, 165-166 et 171-172 (opinion dissidente de M. Van den Wyngaert, juge ad hoc); *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 162-164, p. 171 (opinion individuelle du juge Keith), p. 215 et 234 (opinion dissidente du juge Cançado Trindade), p. 304 (opinion dissidente du juge Yusuf) et p. 313-321 (opinion dissidente de M. Gaja, juge ad hoc).

⁵⁵ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah arabe libyenne), arrêt, CIJ Recueil 1982*, p. 175 (opinion dissidente du juge Oda).

individuelle qu'il a jointe à l'avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, a invoqué la jurisprudence de tribunaux internes en tant que pratique des États en matière d'immunité.⁵⁶ Ces exemples peuvent donner à penser que la Cour elle-même, sans invoquer explicitement ces décisions de tribunaux internes, les a tout de même examinées durant son délibéré.

30. Certains juges ont de plus directement invoqué des décisions de tribunaux internes comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, notamment de droit international coutumier.⁵⁷ On trouve une référence explicite à des décisions de juridictions nationales, jugées pertinentes pour la détermination du droit international coutumier au sens du paragraphe 1) *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dans l'opinion dissidente jointe par le juge Shahabuddeen à l'avis consultatif rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans laquelle il a déclaré qu'un jugement du Tribunal de district de Tokyo devait être considéré comme le seul précédent disponible qui, « [b]ien qu'il [fût] évidemment dépourvu de force contraignante, [...] constitu[ait] une décision judiciaire au sens du paragraphe 1), alinéa *d*), de l'article 38 du Statut de la Cour et [devait] être pris en considération ». ⁵⁸ De plus, bien que le jugement du Tribunal de district de Tokyo ne soit pas mentionné dans l'avis consultatif de la Cour, tant le juge Guillaume que le juge Weeramantry l'ont eux aussi évoqué dans leurs opinions individuelles respectives.⁵⁹

⁵⁶ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, CIJ Recueil 1999, p. 94 (opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, p. 92).

⁵⁷ Voir, par exemple : *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, CIJ Recueil 1951, p. 160-161 (opinion dissidente de Sir Arnold Nair); *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, CIJ Recueil 1969, p. 107 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun); et *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, CIJ Recueil 1980, p. 63 (opinion dissidente du juge Tarazi).

⁵⁸ Selon lui, si elle s'écartait des conclusions tirées par le Tribunal dans ce jugement, la Cour devait s'en expliquer. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, CIJ Recueil 1996, p. 400-401 (opinion dissidente du juge Shahabuddeen); *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesure conservatoire, ordonnance, CIJ Recueil 2003, p. 123 (opinion dissidente de M. De Cara, juge ad hoc); *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle enquête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006, p. 88 (opinion individuelle de M. Dugard, juge ad hoc); *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, p. 474 (opinion dissidente du juge Koroma) et p. 623-624 (opinion individuelle du juge Yusuf).

⁵⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, CIJ Recueil 1996, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume) et p. 439 (opinion dissidente du juge Weeramantry).

V. Tribunal international du droit de la mer

Observation 11)

Le Tribunal international du droit de la mer n'a pas invoqué de décisions de juridictions nationales dans le contexte de la détermination du droit international coutumier.

31. Sur les 80 ordonnances, arrêts et avis consultatifs rendus par le Tribunal international du droit de la mer du 13 novembre 1997 au 31 décembre 2015, quatre font référence au droit international coutumier.⁶⁰

32. Le Tribunal international du droit de la mer a explicitement tenu compte de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, auquel renvoient l'article 74, paragraphe 1 et l'article 83, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, pour déterminer le droit international coutumier de la délimitation maritime dans l'affaire du *Golfe du Bengale*. À cette occasion, le Tribunal a fait observer que le paragraphe 1) *d*) de l'article 38 visait les décisions des cours et tribunaux internationaux sans mentionner aucunement les tribunaux nationaux.⁶¹ Le but spécifique de cette observation était toutefois de justifier l'invocation par le Tribunal d'une sentence arbitrale, et ne dénotait aucune prise de position générale quant à la pertinence des décisions des juridictions nationales.⁶²

33. Dans l'ensemble, il n'y a dans la jurisprudence du Tribunal aucune référence à des décisions de juridictions nationales aux fins de la détermination du droit international coutumier.

⁶⁰ *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, Tribunal international du droit de la mer (TIDM) Recueil 2001*, p. 12, par. 81; *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003*, p. 25, par. 92; « *Tomimaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), *prompte mainlevée*, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 94, par. 63; *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, TIDM Recueil 2011*, p. 28, par. 57, p. 47, par. 135, p. 50, par. 145, p. 51, par. 147 et 148, p. 56, par. 169, p. 58, par. 178, p. 60, par. 182 et 183, p. 62, par. 194, p. 65-66, par. 209, 210 et 211, p. 75 et p. 77.

⁶¹ *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. 61, par. 183-184 : « Les décisions des cours et tribunaux internationaux, mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, présentent une importance particulière pour déterminer le contenu du droit applicable à la délimitation maritime en vertu des articles 74 et 83 de la Convention. À cet égard, le Tribunal souscrit à l'idée exprimée dans la décision rendue le 11 avril 2006 : 'Dans un domaine qui a évolué aussi considérablement au cours des soixante dernières années, un rôle particulier revient également au droit coutumier qui, avec les décisions judiciaires et arbitrales, contribue à préciser les considérations dont il doit être tenu compte dans tout processus de délimitation' (*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays, décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII*, p. 210 et 211, par. 223). »

⁶² *Ibid.*, p. 61, par. 183-184.

Observation 12)

Des juges du Tribunal international du droit de la mer ont parfois, dans leurs opinions individuelles, invoqué des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international.

34. On trouve des références à des décisions de juridictions nationales dans des opinions individuelles et dissidentes de juges du Tribunal international du droit de la mer dans le contexte de la détermination du droit international coutumier et des règles procédurales en matière de preuve. Afin de déterminer le « droit international général » relatif au statut d'un navire de guerre autorisé par l'État côtier à entrer dans ses eaux territoriales, le juge Rao a, dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'ordonnance rendue dans l'affaire *ARA Libertad*, évoqué l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du *Schooner Exchange* comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, et cité un article de doctrine « dans le même sens ». ⁶³ Des juges se sont également référés à des décisions de juridictions nationales dans le contexte de la détermination des règles procédurales régissant l'administration de la preuve. ⁶⁴ Ces références indiquent que, pour ces juges au moins, les décisions des juridictions nationales sont pertinentes comme moyen auxiliaire de détermination des trois principales catégories de sources de droit international énumérées au paragraphe 1, alinéas a) à c), de l'article 38.

VI. Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce

Observation 13)

L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce n'a pas invoqué de décisions de juridictions nationales aux fins de la détermination du droit international coutumier.

35. Quarante-deux des 139 rapports rendus par l'Organe d'appel de l'OMC du 29 avril 1996 au 31 décembre 2015 mentionnent ou appliquent le droit international coutumier. ⁶⁵ Dans la grande majorité des cas, il s'agissait d'appliquer les « règles coutumières d'interprétation du droit international public », dont l'Organe d'appel considère qu'elles ont été codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. ⁶⁶ D'autres concernaient la bonne foi en tant que « principe du droit

⁶³ *Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana), mesures conservatoires, TIDM Recueil 2012, p. 332, opinion individuelle du juge Rao, p. 4, par. 10-11.*

⁶⁴ Voir *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, opinion dissidente du juge Lucky, p. 26; Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau), arrêt, TIDM Recueil 2014, p. 4, opinion individuelle du juge Lucky, p. 17, par. 53, et opinion dissidente de M. Correia, juge ad hoc, p. 24-25, par. 20.*

⁶⁵ Comme indiqué ci-dessus au paragraphe 3, les rapports des groupes spéciaux et arbitres de l'Organisation mondiale du commerce n'ont pas été pris en compte aux fins de la présente étude, car les groupes spéciaux et les arbitres ne sont pas des organes permanents comme l'Organe d'appel mais des mécanismes ad hoc établis à la demande d'une partie plaignante.

⁶⁶ Voir rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (États-Unis – Essence)*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, DSR 1996:I, p. 3, p. 17; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Japon – Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, DSR 1996:I, p. 97, p. 10-11; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la*

international général », ⁶⁷ ou des questions touchant la responsabilité de l'État. ⁶⁸ Aucun de ces rapports n'invoque de décision de juridictions nationales en tant que pratique des États, preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ou moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier.

VII. Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie

36. L'article premier du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dispose que le Tribunal est habilité « à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire ». ⁶⁹ Dans son rapport sur l'établissement du Tribunal, que le Conseil de sécurité a ultérieurement fait sien dans son intégralité, le Secrétaire général indiquait que le Tribunal n'appliquerait que les règles en vigueur du droit international humanitaire qui faisaient sans l'ombre d'un doute partie du droit international coutumier, de telle manière que le principe *nullum crimen sine lege* serait respecté et qu'aucune question ne se poserait concernant l'adhésion de certains États, mais non tous, à des conventions

corrosion en provenance d'Allemagne (États-Unis – Acier au carbone), WT/DS213/AB/R et Corr.1, adopté le 19 décembre 2002, DSR 2002:IX, p. 3779, p. 23; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (États-Unis – Bois de construction résineux IV)*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004, DSR 2004:II, p. 571, p. 22; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro (États-Unis – Maintien de la réduction à zéro)*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009, DSR 2009:III, p. 1291, p. 106-107.

⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » (États-Unis – FSC)*, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000, DSR 2000:III, p. 1619, p. 56; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (États-Unis – Acier laminés à chaud)*, WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, DSR 2001:X, p. 4697, p. 38; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (États-Unis – Maintien de la suspension)*, WT/DS320/AB/R, adopté le 14 novembre 2008, DSR 2008:X, p. 3507, p. 117.

⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan (États-Unis – Fils de coton)*, WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001, DSR 2001:XII, p. 6027, p. 37; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée (États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation)*, WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002, DSR 2002:IV, p. 1403, p. 82; rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de la Chine (États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine))*, WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011, DSR 2011:V, p. 2869, p. 119-121.

⁶⁹ Le 3 mai 1993, le Secrétaire général a présenté au Conseil de sécurité un rapport établi en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil concernant la création d'un tribunal international « pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » (rapport du Secrétaire général établi en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, document S/24704, 3 mai 1993). Le 25 mai 1993, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a adopté la résolution 827 (1993) portant création du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie sur la base de ce rapport.

spécifiques de droit international humanitaire.⁷⁰ Dans l'affaire *Vasiljević*, la Chambre de première instance a confirmé que le Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie n'avait pas vocation à créer de nouvelles infractions pénales et que le Tribunal « [n'avait] compétence pour juger un des crimes qui y sont énumérés que si ce crime était reconnu comme tel par le droit international coutumier au moment où il [était] supposé avoir été commis ». ⁷¹ Le droit international coutumier est donc une source de droit importante pour le Tribunal. Quarante-neuf des 81 jugements qu'il avait rendus au 1^{er} décembre 2015 invoquent des décisions de juridictions nationales dans le contexte de la détermination du droit international coutumier.⁷²

⁷⁰ Ibid., par. 29 et 33. Le Secrétaire général soulignait dans son rapport que « [c]ertaines règles du droit international coutumier [n'étaient] pas énoncées dans des conventions, mais une partie des grands principes du droit humanitaire conventionnel [faisaient] partie du droit international coutumier »; il indiquait ensuite que les traités qui pouvaient sans l'ombre d'un doute être considérés comme codifiant le droit international humanitaire coutumier étaient la Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et le Règlement y annexé du 18 octobre 1907 (Fondation Carnegie pour la paix internationale, « The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907 », James Brown Scott (ed), (New York, Oxford University Press, 1915), p. 100), le Statut annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 82, No. 251, p. 279, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, *ibid.*, vol. 78, No. 1021, p. 277, et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, vol. 75, No. 970-973, p. 31 et suivantes.

⁷¹ *Le Procureur c. Vasiljević*, jugement, affaire No. IT-98-32-T, T.Ch. II, 29 novembre 2002, par. 198. Voir également : *Le Procureur c. Duško Tadić*, jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 mai 1997, par. 654; *Le Procureur c. Blaškić*, jugement, affaire No. IT-95-14-A, A.Ch., 29 juillet 2004, par. 141.

⁷² *Le Procureur c. Duško Tadić*, opinion et jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 mai 1997; *Le Procureur c. Delalić et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 novembre 1998; *Le Procureur c. Furundžija*, jugement, affaire No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 décembre 1998; *Le Procureur c. Aleksovski*, jugement, affaire No. IT-95-14/1-T, T.Ch., 25 juin 1999; *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 juillet 1999; *Le Procureur c. Jelisić*, jugement, affaire No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 décembre 1999; *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, jugement, affaire No. IT-95-16-T, T.Ch., 14 janvier 2000; *Le Procureur c. Blaškić*, jugement, affaire No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 mars 2000; *Le Procureur c. Delalić et consorts*, arrêt, affaire No. IT-96-21-A, A.Ch., 20 février 2001; *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 février 2001; *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, jugement, affaire No. IT-95-14/2-T, T.Ch., 26 février 2001; *Le Procureur c. Krstić*, jugement, affaire No. IT-98-33-T, T.Ch., 2 août 2001; *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, jugement, affaire No. IT-98-30/1-T, T.Ch. 2 novembre 2001; *Le Procureur c. Krnojelac*, jugement, affaire No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 mars 2002; *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, arrêt, affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juin 2002; *Le Procureur c. Vasiljević*, jugement, affaire No. IT-98-32-T, T.Ch.II, 29 novembre 2002; *Le Procureur c. Naletilić et Martinović*, jugement, affaire No. IT-98-34-T, T.Ch., 31 mars 2003; *Le Procureur c. Stakić*, jugement, affaire No. IT-97-24-T, T.Ch.II, 31 juillet 2003; *Le Procureur c. Krnojelac*, arrêt, affaire No. IT-97-25-A, A.Ch., 17 septembre 2003; *Le Procureur c. Simić et consorts*, jugement, affaire No. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 octobre 2003; *Le Procureur c. Galić*, jugement et opinion, affaire No. IT-98-29-T, T.Ch.I, 5 décembre 2003; *Le Procureur c. Krstić*, arrêt, affaire No. IT-98-33-A, A.Ch., 19 avril 2004; *Le Procureur c. Blaškić*, arrêt, affaire No. IT-95-14-A, A.Ch., 29 juillet 2004; *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, arrêt, affaire No. IT-95-14-/2-A, A.Ch., 17 décembre 2004; *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, jugement, affaire No. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 janvier 2005; *Le Procureur c. Strugar*, jugement, affaire No. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 janvier 2005; *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 novembre 2005; *Le Procureur c. Hadžihasanović*,

Observation 14)

Dans la détermination du droit international coutumier, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a parfois invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves des deux éléments constitutifs du droit international coutumier, bien qu'il n'ait qu'en quelques occasions seulement qualifié une décision donnée de pratique étatique ou de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

37. Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a explicitement fait sienne l'approche des deux éléments de la détermination du droit international coutumier, et a à l'occasion considéré des décisions de juridictions nationales comme des formes pertinentes de preuve de chaque élément. Dans l'affaire *Hadžihasanović et Kubura*, la Chambre de première instance a souligné que pour « prouver l'existence d'une règle coutumière, encore [fallait]-il démontrer que les deux éléments constitutifs de la coutume, à savoir l'existence d'une pratique suffisamment constante et concordante (élément matériel) et la conviction des États d'être liés par cette pratique non codifiée comme par une règle de droit positif (élément moral), étaient réunis ». ⁷³ Examinant la pratique judiciaire des États, elle a ajouté que « la pratique des États était plus que divisée et tendrait même davantage dans le sens d'une absence d'obligation pour les États de poursuivre les crimes de guerre sur la seule base du droit international humanitaire ». ⁷⁴ La Chambre de première instance

& *Kubura*, jugement, affaire No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 mars 2006; *Le Procureur c. Stakić*, arrêt, affaire No. IT-97-24-A, A.Ch., 22 mars 2006; *Le Procureur c. Orić*, jugement, affaire No. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 juin 2006; *Le Procureur c. Krajišnik*, jugement, affaire No. IT-00-39-T, T.Ch.I, 27 septembre 2006; *Le Procureur c. Galić*, arrêt, affaire No. IT-98-29-A, A.Ch., 30 novembre 2006; *Le Procureur c. Brđanin*, arrêt, affaire No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 avril 2007; *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-A, A.Ch., 16 octobre 2007; *Le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski*, jugement, affaire No. IT-04-82-T, T.Ch.II, 10 juillet 2008; *Le Procureur c. Strugar*, arrêt, affaire No. IT-01-42-A, A.Ch., 17 juillet 2008; *Le Procureur c. Delić*, jugement, affaire No. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 septembre 2008; *Le Procureur c. Martić*, arrêt, affaire No. IT-95-11-A, A.Ch., 8 octobre 2008; *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, jugement, affaire No. IT-05-87-T, T.Ch., 26 février 2009; *Le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski*, arrêt, affaire No. IT-04-82-A, A.Ch., 19 mai 2010; *Le Procureur c. Popović et consorts*, jugement, affaire No. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 juin 2010; *Le Procureur c. Đorđević*, jugement (document public avec annexe confidentielle), affaire No. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 février 2011; *Le Procureur c. Gotovina et consorts*, jugement, affaire No. IT-06-90-T, T.Ch.I, 15 avril 2011; *Le Procureur c. Perišić*, jugement, affaire No. IT-04-81-T, T.Ch.I, 6 septembre 2011; *Le Procureur c. Tolimir*, jugement, affaire No. IT-05-88/2-T, T.Ch.II, 12 décembre 2012; *Le Procureur c. Perišić*, arrêt, affaire No. IT-04-81-A, A.Ch., 28 février 2013; *Le Procureur c. Šainović et consorts* (antérieurement *Milutinović et consorts*), arrêt, affaire No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 janvier 2014; *Le Procureur c. Đorđević*, arrêt, affaire No. IT-05-87/1-A, A.Ch., 27 janvier 2014. La présente étude n'a retenu que les décisions rendues par des Chambres de première instance et d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie sur le fond des affaires, à l'exclusion des jugements sur reconnaissance préalable de culpabilité, des jugements en matière d'outrage au Tribunal et des jugements relatifs à la sentence.

⁷³ *Le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, affaire No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 mars 2006, par. 253. On notera que la Chambre de première instance a d'abord invoqué l'étude sur le droit international humanitaire coutumier publiée par le Comité international de la Croix-Rouge en 2005 (Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006). Cette étude étant muette sur la question, la Chambre a décidé d'examiner la pratique des États et l'*opinio juris*.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 255.

a ensuite examiné diverses décisions de juridictions nationales.⁷⁵ S'agissant de l'*opinio juris*, elle a conclu qu'« il se déduis[ait] de l'absence d'une pratique suffisamment constante et concordante, que la majorité des États ne s'estim[ait] pas soumise à l'obligation, en vertu du droit international, de poursuivre et juger les violations graves du droit international humanitaire sur la seule base du droit pénal international. »⁷⁶

38. En certaines occasions, des chambres du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ont explicitement qualifié des décisions de juridictions nationales de pratique des États.⁷⁷ Toutefois, dans d'autres affaires, les chambres n'ont pas qualifié de telles décisions de pratique des États ni d'*opinio juris*. Dans l'affaire *Tadić*, par exemple, la Chambre de première instance a expliqué que les décisions des tribunaux internes, avec les législations nationales, les dispositions conventionnelles et le Statut du Tribunal de Nuremberg, « établi[ssaient] le fondement en droit international coutumier et de la responsabilité individuelle et de la participation des différentes manières visées à l'article 7 du Statut ». ⁷⁸ Dans certains cas, les chambres ont invoqué directement la législation nationale et des décisions de juridictions nationales pour conclure à l'existence de règles coutumières ou en établir le contenu.⁷⁹

⁷⁵ Ibid., par. 256-257.

⁷⁶ Ibid., par. 258.

⁷⁷ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Duško Tadić*, opinion et jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.CH., 7 mai 1997, par. 665-669; *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 juillet 1999, par. 94; *Le Procureur c. Jelisić*, jugement, affaire No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 décembre 1999, par. 61; *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 16 novembre 2005, par. 82-83 (dans lesquels la Chambre a d'abord examiné la « jurisprudence postérieure à la Seconde Guerre mondiale », dans le contexte de la prévention par les supérieurs hiérarchiques de la commission de crimes, avant de se pencher sur la codification de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'existence d'une obligation de prévention, le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge relatif au Protocole additionnel I et la propre jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie) et par. 91; *Le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, jugement, affaire No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 mars 2006, par. 255; *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, jugement, affaire No. IT-05-87-T, T.Ch., 26 février 2009, par. 197, note 356; *Le Procureur c. Šainović et consorts* (antérieurement *Milutinović et consorts*), arrêt, affaire No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 janvier 2014, par. 1622-1646.

⁷⁸ *Le Procureur c. Duško Tadić*, opinion et jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.CH., 7 mai 1997, par. 669 (voir également par. 665-669).

⁷⁹ Voir *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, arrêt, affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juin 2002, par. 130-131 (au sujet de la définition du crime de viol); *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, arrêt, affaire No. IT-95-14/2-A, A.Ch., 17 décembre 2004, par. 66, note 73 (après avoir analysé des lois et jurisprudences nationales, la Chambre a jugé que « [l']*opinio juris* et la pratique des États (...) [étaient] loin d'être établies, comme le montr[aient] les négociations animées qui [avaient] eu lieu en 1999 encore entre les représentants des États au sein du Groupe de travail sur les Éléments des crimes dans le cadre de la mise en œuvre du Statut de Rome »); *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 16 novembre 2005, par. 43-47.

Observation 15)

Lorsque le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves des deux éléments constitutifs du droit international coutumier, il a fréquemment invoqué simultanément d'autres formes de preuve telles que des actes législatifs ou des dispositions conventionnelles.

39. Les références à des décisions de juridictions nationales sont souvent complétées par d'autres formes de preuve, par exemple des actes législatifs ou des dispositions conventionnelles, pour démontrer l'existence d'une règle coutumière ou établir l'achèvement de la formation d'une telle règle.⁸⁰ Par exemple, dans l'affaire *Halilović*, la Chambre de première instance a analysé le contexte historique de la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique comme forme de responsabilité pénale individuelle, faisant observer qu'elle « a[vait] vu le jour après la Deuxième Guerre mondiale dans les textes législatifs internes relatifs aux crimes de guerre ainsi que dans certaines décisions de justice rendues à cette époque ». ⁸¹ La Chambre a d'abord examiné les législations nationales⁸² pour se pencher ensuite sur des décisions de juridictions nationales,⁸³ faisant observer que « la jurisprudence née des procès de l'immédiat après-guerre n'était pas uniforme en ce qui concerne la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique ». ⁸⁴ Elle a conclu que le concept de responsabilité du supérieur hiérarchique n'avait été « codifié » qu'avec l'adoption du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I).⁸⁵

Observation 16)

Dans la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, des décisions de juridictions nationales ont constitué des preuves particulièrement pertinentes de règles coutumières du droit pénal international, un domaine qui s'est en partie développé sur la base des législations nationales et des décisions de juridictions nationales.

40. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie que les règles coutumières du droit pénal international sont souvent nées de la pratique des États et de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) consacrées dans des décisions de juridictions nationales. L'arrêt rendu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* illustre le poids important accordé aux juridictions nationales dans ce domaine du droit.⁸⁶ La Chambre d'appel a jugé que, comme le Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ne spécifiait pas les éléments objectifs et subjectifs des comportements criminels collectifs, il convenait pour les identifier de se tourner vers le droit international coutumier et que « [l]es règles de droit

⁸⁰ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 juillet 1999, par. 290; *Le Procureur c. Blaškić*, jugement, affaire No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 mars 2000, par. 316-332; *Le Procureur c. Galić*, arrêt, affaire No. IT-98-29-A, A.Ch., 30 novembre 2006, par. 92-97; et *Le Procureur c. Šainović et consorts* (antérieurement *Milutinović et consorts*), arrêt, affaire No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 janvier 2014, par. 1626-1646.

⁸¹ *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 novembre 2005, par. 42.

⁸² *Ibid.*, par. 43.

⁸³ *Ibid.*, par. 44-47.

⁸⁴ *Ibid.*, par. 48.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 49-54.

⁸⁶ *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 juillet 1999, par. 194-226.

coutumier dans ce domaine se dégage[aient] de différentes sources, principalement de la jurisprudence et de quelques dispositions juridiques internationales ». ⁸⁷ En particulier, la Chambre a invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves de la pratique des États quand elle a déclaré ce qui suit : « Dans le domaine qui nous intéresse ici, le droit interne ne trouve pas son origine dans la mise en œuvre du droit international, mais évolue en parallèle des règles internationales et les précède ». Ceci l'a amenée à conclure que « la cohérence et la force de la jurisprudence et des traités susmentionnés, ainsi que leur conformité avec les principes généraux de la responsabilité pénale consacrés tant par le Statut que par le droit pénal international et le droit interne, permettent de conclure que la jurisprudence reflète les règles coutumières du droit pénal international. » ⁸⁸.

Observation 17)

Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a indiqué en termes généraux que les décisions des juridictions nationales étaient pertinentes comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit au sens du paragraphe 1) d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Observation 18)

Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a fréquemment invoqué des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire particulièrement pertinent de détermination de l'existence ou du contenu de règles de droit pénal international.

Observation 19)

Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a souligné la primauté de la jurisprudence internationale sur la jurisprudence nationale comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Progressivement, les chambres ont de moins en moins invoqué de décisions de juridictions nationales, au fur et à mesure que davantage de décisions d'autres cours et tribunaux pénaux internationaux devenaient disponibles.

41. Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a affirmé qu'il utiliserait les « décisions judiciaires » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit au sens du paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. ⁸⁹ Il a aussi jugé que les décisions des juridictions nationales pouvaient être utilisées à cette fin, mais a souligné la primauté de la jurisprudence

⁸⁷ Ibid., par. 194.

⁸⁸ Ibid., par. 225-226.

⁸⁹ « [D]iverses sources du droit international seront utilisées, comme celles énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir les conventions internationales, la coutume internationale et les principaux généraux de droit, de même que d'autres sources auxiliaires comme les décisions judiciaires et la doctrine des juristes. À l'inverse, il est clair que le Tribunal n'est pas mandaté pour appliquer les dispositions du droit interne dans un système juridique particulier. » *Le Procureur c. Delalić et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 novembre 1998, par. 414. Voir également *Le Procureur c. Furundžija*, jugement, affaire No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 décembre 1998, par. 196, jugement dans lequel la Chambre a estimé que la jurisprudence des juridictions militaires britanniques saisies des procès des criminels de guerre était « moins pertinente pour établir des règles de droit international » parce qu'elles faisaient application du droit interne.

internationale. Dans l'affaire *Kupreškić et consorts*, la Chambre de première instance a estimé que les décisions judiciaires :

« ne devraient être utilisées que comme ‘moyen auxiliaire de détermination des règles de droit’ (pour reprendre les termes de l’article 38 1) *d*) du Statut de la Cour internationale de Justice, qu’il convient de considérer comme déclaratoire du droit international coutumier) ... le précédent judiciaire n’est pas une source distincte du droit international pénal. Le Tribunal n’est pas tenu de respecter les précédents établis par d’autres juridictions internationales comme les tribunaux de Nuremberg ou de Tokyo, sans parler des affaires portant sur des crimes internationaux jugées par des juridictions nationales ... et ... 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 en ce qu’ils peuvent laisser entrevoir l’émergence d’un principe général du droit international. ... [L]es juridictions pénales internationales comme le Tribunal international doivent toujours évaluer avec précaution les décisions d’autres juridictions avant de conclure que leur interprétation du droit en vigueur fait autorité. De plus, les décisions internes devraient être soumises à un examen plus strict que les jugements internationaux, puisque ces derniers se fondent au moins sur le même *corpus* de droit que celui des juridictions internationales alors que les premières ont tendance à appliquer ou à privilégier le droit interne ou encore à interpréter les règles internationales à travers le prisme de la législation nationale. »⁹⁰

42. Dans sa jurisprudence, le Tribunal international pour l’ex-Yougoslavie a fréquemment invoqué des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire pour déterminer une règle de droit. Par exemple, dans l’affaire *Tadić*⁹¹, la Chambre a invoqué des décisions de juridictions nationales dans le cadre de l’examen de plusieurs questions,⁹² notamment comme moyen auxiliaire pour définir les expressions « population civile » et « crimes contre l’humanité ». ⁹³ S’agissant de la « population civile », la Chambre de première instance a expressément invoqué une décision rendue par une juridiction nationale, la considérant comme « instructive » parce que cette juridiction appliquait « une législation nationale » qui définissait les crimes contre l’humanité « en se référant à la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, qui renvoyait au statut de Nuremberg », et donc comme pertinente pour une analyse contemporaine du droit international

⁹⁰ *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, jugement, affaire No. IT-95-16-T, T.Ch., 14 janvier 2000, par. 540-542.

⁹¹ *Le Procureur c. Duško Tadić*, opinion et jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 mai 1997.

⁹² *Ibid.*, par. 638-643, 650-655, 657-658, 669, 678-687, 694 et 696.

⁹³ *Ibid.*, la Chambre de première instance a commencé par expliquer par expliquer que ni le Statut du Tribunal international pour l’ex-Yougoslavie, ni le rapport du Secrétaire général sur le Tribunal international pour l’ex-Yougoslavie ne donnaient d’indications quant à la définition du terme « civil » (par. 637). C’est pourquoi la Chambre a eu recours à des dispositions conventionnelles, des décisions de juridictions nationales, des documents de l’Organisation des Nations Unies et une décision d’une Chambre de jugement du Tribunal international pour l’ex-Yougoslavie dans une autre affaire pour établir la signification du terme « civil » (par. 638-643).

coutumier.⁹⁴ Se penchant sur la définition des crimes contre l'humanité, la Chambre de première instance a déclaré : « En tant que première juridiction à être saisie d'accusations de crimes contre l'humanité présumés avoir été commis après la Deuxième Guerre mondiale, le Tribunal international n'est pas lié par la doctrine ancienne mais il doit appliquer le droit international coutumier en vigueur à la date des crimes. »⁹⁵ La Chambre a ensuite analysé une décision antérieure du Tribunal, un rapport de la Commission du droit international et une décision de la Cour d'appel du deuxième circuit des États-Unis pour parvenir à une conclusion sur la question.⁹⁶ De même, dans des affaires postérieures à l'affaire *Tadić*, les chambres ont souvent invoqué l'autorité de décisions de juridictions nationales en même temps que d'autres moyens auxiliaires.⁹⁷ On peut en trouver un bon exemple dans l'affaire *Kunarac*.⁹⁸ La Chambre de première instance, constatant que le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ne contenait pas de définition de l'expression « réduction en esclavage », s'est tournée vers « diverses sources, notamment [le] droit international humanitaire et ... la branche du droit concernant les droits de l'homme, qui traitent du sujet ou de questions similaires ».⁹⁹ Elle a invoqué des dispositions conventionnelles,¹⁰⁰ des décisions de juridictions

⁹⁴ *Le Procureur c. Duško Tadić*, opinion et jugement, affaire No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 mai 1997, par. 642. La décision judiciaire nationale en question est celle rendue dans l'affaire *Barbie* par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française : *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 654.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 654-655.

⁹⁷ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt, affaire No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 juillet 1999, par. 255-270; *Le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, jugement, affaire No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 mars 2006, par. 188, note 318; *Le Procureur c. Orić*, jugement, affaire No. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 juin 2006, par. 304, notes 860-861, et par. 588, notes 1579-1581; *Le Procureur c. Jelisić*, jugement, affaire No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 décembre 1999, par. 68; *Le Procureur c. Blaškić*, jugement, affaire No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 mars 2000, par. 221, 223-224, 229-230; *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 juin 2002, par. 123; *Le Procureur c. Krnojelac*, arrêt, affaire No. IT-97-25-A, A.Ch., 17 septembre 2003, par. 96; *Le Procureur c. Stakić*, arrêt, affaire No. IT-97-24-A, A.Ch., 22 mars 2006, par. 289-300, 315; *Le Procureur c. Simić et consorts*, jugement, affaire No. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 octobre 2003, par. 102, note 186; *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, jugement, affaire No. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 janvier 2005, par. 624, note 2027, par. 646, 664; *Le Procureur c. Strugar*, jugement, affaire No. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 janvier 2005, par. 363-364; *Le Procureur c. Halilović*, jugement, affaire No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 novembre 2005, par. 60, note 143, et par. 63, note 149; *Le Procureur c. Brđanin*, arrêt, affaire No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 avril 2007, par. 392-404 et 410; *Le Procureur c. Delić*, jugement, affaire No. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 septembre 2008, par. 73-74; *Le Procureur c. Popović et consorts*, jugement, affaire No. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 juin 2010, par. 807, note 2911; *Le Procureur c. Dorđević*, jugement (document public avec annexe confidentielle), affaire No. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 février 2011, par. 1771; et *Le Procureur c. Perišić*, arrêt, affaire No. IT-04-81-A, A.Ch., 28 février 2013, par. 44, note 115.

⁹⁸ *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 février 2001. Voir également *Le Procureur c. Krnojelac*, jugement, affaire No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 mars 2002, par. 58, note 197 (la Chambre a énuméré des « textes » étayant sa conclusion au sujet du droit international coutumier, parmi lesquels le statut de Nuremberg, des décisions de juridictions internationales et nationales et des documents de la CDI), et par. 474, note 1429.

⁹⁹ *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement, affaire No. IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 février 2001, par. 518.

¹⁰⁰ *Ibid.*, par. 519-522, 528-533 et 536.

internationales, régionales et nationales,¹⁰¹ et des rapports de la Commission du droit international.¹⁰²

43. Dans le contexte spécifique du droit pénal international, une catégorie de décisions judiciaires internes a été particulièrement pertinente. Premier tribunal pénal international créé depuis les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie avait peu de décisions de juridictions pénales internationales sur lesquelles faire fond lorsqu'il a statué dans les premières affaires dont il était saisi, et les décisions des juridictions créées en Allemagne en vertu de la Loi No. 10 du Conseil de contrôle, qui concernaient des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, ont été des sources d'information judiciaire importantes auxquelles le Tribunal a accordé une autorité considérable. Bien que rendues par des tribunaux internes, ces décisions l'ont été en application du droit international, en particulier du droit international coutumier. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, la Chambre de première instance a énoncé dans les termes qui suivent les critères d'appréciation de la pertinence des décisions des tribunaux internes :

« Si l'on veut analyser valablement cette jurisprudence, il importe, pour chaque affaire devant être examinée, de considérer l'instance de jugement de même que le droit appliqué dans la mesure où ces facteurs permettent d'apprécier l'autorité que peut avoir la décision en cause. En outre, il convient de faire preuve constamment d'une grande prudence lorsque l'on se fonde sur la jurisprudence interne pour déterminer s'il existe, dans un domaine particulier, des règles coutumières du droit pénal international. »¹⁰³

C'est pourquoi diverses chambres du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ont fréquemment évoqué, de manière générale, la « jurisprudence issue des procès tenus au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale » ou « [l]es jugements rendus dans les affaires de l'après-guerre » comme faisant autorité pour établir l'existence, et en particulier le contenu précis, de règles coutumières du droit pénal international.¹⁰⁴ Cette jurisprudence était à l'époque la seule faisant autorité en ce qui concerne l'application du droit international humanitaire dans le cadre d'un procès pénal. Dans sa propre jurisprudence, le Tribunal s'est de plus en plus appuyé sur sa propre jurisprudence ou sur celle du Tribunal international pour le Rwanda, et les mentions de décisions de tribunaux internes comme moyen auxiliaire sont ainsi devenues moins fréquentes.

¹⁰¹ Ibid., par. 523-527 et 534-535.

¹⁰² Ibid., par. 537.

¹⁰³ *Le Procureur c. Furundžija*, jugement, affaire No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 décembre 1998, par. 194.

¹⁰⁴ Voir par exemple : *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, jugement, affaire No. IT-98-30/1-T, T.Ch., 2 novembre 2011, par. 186; *Le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, affaire No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 mars 2006, par. 255-261; *Le Procureur c. Brđanin*, arrêt, affaire No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 avril 2007, par. 415.

VIII. Tribunal international pour le Rwanda

Observation 20)

Dans la détermination du droit international coutumier, le Tribunal international pour le Rwanda a rarement invoqué des décisions de juridictions nationales comme preuves de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

Observation 21)

Dans la détermination du droit international coutumier, le Tribunal international pour le Rwanda a invoqué des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, mais moins fréquemment que sa propre jurisprudence ou celle du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

44. L'article premier du Statut du Tribunal international pour le Rwanda disposait que le Tribunal était « habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 ». S'agissant du droit applicable, le Tribunal international pour le Rwanda avait une compétence légèrement plus large que le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Le Conseil de sécurité, qui a créé le Tribunal non sur la base d'un projet de Statut établi par le Secrétaire général mais dans le cadre de négociations entre ses membres, « a inclus dans la compétence *rationae materiae* des instruments qui n'étaient pas nécessairement considérés comme faisant partie du droit international coutumier ou dont la violation n'était pas nécessairement généralement considérée comme engageant la responsabilité pénale individuelle de son auteur ». ¹⁰⁵ Néanmoins, dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a fait observer :

« Bien que le Conseil de sécurité ait décidé d'adopter, s'agissant du droit applicable par le Tribunal de céans, une solution nettement plus extensive, que dans le choix de la loi applicable par le [Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie], en y incluant des instruments internationaux, abstraction faite de la question de savoir si lesdits instruments faisaient partie du droit international coutumier ou si, en droit coutumier, [ils] engageaient la responsabilité pénale individuelle de l'auteur du crime, de l'avis de la Chambre, il est bon à ce stade de répondre à la question de savoir si l'article 4 du Statut renferme des règles qui, à l'époque où les crimes allégués dans l'Acte d'accusation ont été commis, ne faisaient pas partie du droit international coutumier existant. Sur ce, la Chambre rappelle que lors de la création du [Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie], le Secrétaire général de l'ONU a affirmé que l'application du principe *nullum crimen sine lege* exigeait que le Tribunal international applique des règles du droit

¹⁰⁵ Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, document [S/1995/134](#), 13 février 1995 (le « rapport du Secrétaire général sur le Tribunal international pour le Rwanda »), par. 12.

international humanitaire qui faisaient partie sans aucun doute possible du droit coutumier. »¹⁰⁶

Douze des 85 jugements rendus par le Tribunal international pour le Rwanda et analysés aux fins de la présente étude invoquent des décisions de juridictions nationales dans le contexte de la détermination du droit international coutumier.¹⁰⁷

45. La jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda invoque parfois des décisions de juridictions nationales pour interpréter ou clarifier des aspects de la responsabilité pénale individuelle,¹⁰⁸ les éléments des crimes,¹⁰⁹ et la portée et la définition des crimes.¹¹⁰ Par exemple, la Chambre de première instance a cité plusieurs fois des décisions de juridictions nationales dans le jugement, le premier jugement du Tribunal, qu'elle a rendu dans l'affaire *Akayesu*.¹¹¹ Dans cette affaire,

¹⁰⁶ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998, par. 605 (souligné dans l'original; appel de note et note omis).

¹⁰⁷ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998; *Le Procureur c. Musema*, jugement, affaire No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 janvier 2000; *Le Procureur c. Bagilishema*, jugement, affaire No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 juin 2001; *Le Procureur c. Bagilishema*, arrêt, affaire No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 juillet 2002; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, jugement et sentence, affaire No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 décembre 2003; *Le Procureur c. Gacumbitsi*, arrêt, affaire No. ICTR-2001-64-A, A.Ch., 7 juillet 2006; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, arrêt, affaire No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 novembre 2007; *Le Procureur c. Seromba*, arrêt, affaire No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 mars 2008; *Le Procureur c. Bikindi*, jugement, affaire No. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 décembre 2008; *Le Procureur c. Munyakazi*, jugement et sentence, affaire No. ICTR-97-36A-T, T.Ch.I, 5 juillet 2010; *Le Procureur c. Bagosora et Nsengiyumva*, arrêt, affaire No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 décembre 2011; et *Le Procureur c. Nzabonimana*, arrêt, affaire No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 septembre 2014. La présente étude ne porte que sur les décisions rendues par les Chambres de première instance et d'appel du Tribunal international pour le Rwanda sur le fond des affaires avant le 31 décembre 2015. Elle ne porte pas sur les jugements rendus lorsqu'un accord de plaider coupable a été conclu, les jugements dans les affaires d'outrage au Tribunal et les jugements relatifs à la sentence. De plus, elle concerne exclusivement les cas dans lesquels les chambres de première instance et d'appel ont invoqué des décisions de juridictions nationales en rapport avec le droit international coutumier, et non en rapport avec les principes généraux de droit ou les questions procédurales, qui ne relèvent pas de la présente étude.

¹⁰⁸ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998, par. 556, 633; *Le Procureur c. Musema*, jugement, affaire No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 janvier 2000, par. 142, 270-274; *Le Procureur c. Bagilishema*, jugement, affaire No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 juin 2001, par. 37, notes 32, 44 et 50, note 55; *Le Procureur c. Bagilishema*, arrêt, affaire No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 juillet 2002, par. 35, note 50; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, jugement et sentence, affaire No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 décembre 2003, par. 1045; *Le Procureur c. Munyakazi*, jugement et sentence, affaire No. ICTR-97-36A-T, T.Ch.I, 5 juillet 2010, par. 430, note 866.

¹⁰⁹ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998, par. 502-504, 534, 539-548 et 584, note 148; *Le Procureur c. Bagilishema*, jugement, affaire No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 juin 2001, par. 34, note 30; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, arrêt, affaire No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 novembre 2007, par. 896, note 2027, et par. 898, notes 2030-2031; *Le Procureur c. Gacumbitsi*, arrêt, affaire No. ICTR-2001-64-A, A.Ch., 7 juillet 2006, par. 60, note 145; *Le Procureur c. Seromba*, arrêt, affaire No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 mars 2008, par. 161, note 389.

¹¹⁰ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998, par. 567-576; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, arrêt, affaire No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 novembre 2007, par. 692, note 1657; *Le Procureur c. Nzabonimana*, arrêt, affaire No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 septembre 2014, par. 125, note 372.

¹¹¹ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 septembre 1998, par. 502-504, 534, 539-548, 556, 567-576, 584, note 148, et par. 633.

la Chambre a en quelques occasions invoqué uniquement des décisions de juridictions nationales pour statuer,¹¹² alors que dans d'autres elle a cité, en sus de telles décisions, des instruments internationaux, la jurisprudence internationale et des lois nationales.¹¹³

46. Dans les affaires postérieures à l'affaire *Akayesu*, les décisions des juridictions nationales ont été plus rarement invoquées. Par exemple, elles l'ont été comme preuve de la pratique des États dans l'affaire *Bogosora et Nsenyumva*.¹¹⁴ Dans l'affaire *Bagilishema*, tant la Chambre de première instance que la Chambre d'appel ont cité des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.¹¹⁵

47. L'invoque de décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire a été légèrement plus fréquente dans la jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda. Dans certaines affaires, les chambres ont analysé des décisions de tribunaux internes avec d'autres formes de preuve pour statuer ou parvenir à une conclusion sur l'interprétation, le champ d'application ou le sens de telle ou telle disposition. Dans l'affaire *Musema*, s'agissant de la responsabilité du supérieur hiérarchique, la Chambre de première instance a tenu compte de la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, de la doctrine et de décisions de tribunaux internes.¹¹⁶ Dans l'affaire *Nzabonimana*, la Chambre a invoqué des décisions de juridictions nationales, la jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda, un rapport de la Commission du droit international ainsi que la doctrine pour définir le sens de l'expression « incitation publique » au génocide.¹¹⁷ En d'autres occasions, les chambres ont invoqué uniquement des décisions de juridictions nationales et la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie pour parvenir à une conclusion,¹¹⁸ ou uniquement des décisions de juridictions nationales pour interpréter une disposition.¹¹⁹

¹¹² Ibid., par. 502-504, et 584.

¹¹³ Ibid., par. 525-548, 549-562, 563-577 et 630-634.

¹¹⁴ *Le Procureur c. Bogosora et Nsenyumva*, arrêt, affaire No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 décembre 2011, par. 729, note 1680. Examinant la question de la répression de l'atteinte à la dignité d'un cadavre ou de la profanation d'un cadavre, la Chambre a déclaré que « [t]out examen du droit international coutumier concernant cette question doit tenir compte du grand nombre de pays qui répriment l'atteinte à la dignité ou la profanation des cadavres humains ». La Chambre a ensuite cité des extraits de législation nationale pour finalement ajouter que « dans plusieurs procès qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale, des accusés ont été condamnés du chef de mutilation de cadavres ».

¹¹⁵ *Le Procureur c. Bagilishema*, jugement, affaire No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 juin 2001, par. 34, note 30, par. 37, note 32, par. 44, par. 50, note 55, par. 142-143, 1012, note 1188; *Le Procureur c. Bagilishema*, arrêt, affaire No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 juillet 2002, par. 35, note 50.

¹¹⁶ *Le Procureur c. Musema*, jugement, affaire No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I., 27 janvier 2000, par. 127-148. Voir également par. 264-275, dans lesquels la Chambre a examiné la catégorie des auteurs de crimes appartenant aux forces armées et a invoqué la jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda, des tribunaux de Tokyo et de Nuremberg et de juridictions nationales.

¹¹⁷ *Le Procureur c. Nzabonimana*, arrêt, affaire No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 septembre 2014, par. 125-127.

¹¹⁸ *Le Procureur c. Bagilishema*, jugement, affaire No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 juin 2001, par. 34 et 44-46.

¹¹⁹ *Le Procureur c. Akayesu*, jugement, affaire No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I., 2 septembre 1998, par. 502-504.

XI. Cour pénale internationale

Observation 22)

Dans la détermination du droit international coutumier, la Cour pénale internationale a invoqué comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit tant la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux que celle de juridictions nationales.

48. Comme, parmi les jugements rendus par la Cour pénale internationale, un seul a été jugé pertinent aux fins de la présente étude,¹²⁰ il serait prématuré d'en tirer des observations générales. Certaines remarques peuvent toutefois être faites concernant le jugement en question, qui a été rendu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*.¹²¹ En cette occasion, des décisions de juridictions nationales ont été invoquées par la Chambre d'appel lorsqu'elle a examiné le critère de prévisibilité des événements en relation avec le plan commun nécessaire pour que l'accusé soit considéré comme coauteur.¹²² Si des décisions de juridictions nationales ont été citées dans des notes de page à l'appui de l'affirmation de la Chambre selon laquelle le critère de prévisibilité était une certitude virtuelle, la Chambre n'a donné aucune explication quant à leur rôle. Outre des décisions de juridictions nationales, la Chambre a invoqué la jurisprudence de la Cour pénale internationale et d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, par exemple la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et la doctrine sur le sujet.¹²³ On peut donc déduire que dans cette affaire la Chambre a eu recours à des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

¹²⁰ La présente étude ne porte que sur les décisions rendues par les Chambres de première instance et la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur le fond des affaires, et non les décisions relatives à la sentence ou relatives à la confirmation des chefs d'accusation avant les procès. Cinq jugements au total ont donc été analysés, parmi lesquels un seul a été jugé pertinent aux fins de la présente étude. La jurisprudence pertinente comprend les jugements rendus par les Chambres de la Cour pénale internationale au 31 décembre 2015.

¹²¹ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt rendu sur l'appel formé par M. Thomas Lubanga Dyilo contre sa condamnation, affaire No. ICC-01/04-01/06 A5, A.Ch., 1^{er} décembre 2014.

¹²² *Ibid.*, par. 447, notes 827-828.

¹²³ *Ibid.*, par. 445-449.

X. Observations générales

Observation 23)

Dans la détermination du droit international coutumier, les décisions des juridictions nationales peuvent être invoquées à deux fins distinctes : comme preuves des éléments constitutifs de règles du droit international coutumier, ou comme moyen auxiliaire de détermination de ces règles.

49. Les décisions des juridictions nationales ont deux fonctions générales dans la détermination du droit international coutumier. Premièrement, elles constituent une forme de preuve importante, parmi d'autres, attestant l'existence d'une certaine pratique d'un État ou son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) au sens du paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice; de fait, comme les tribunaux internes sont des organes de l'État, leurs décisions peuvent parfois être directement constitutives de la pratique de l'État ou être l'expression de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*). Deuxièmement, les décisions des juridictions nationales peuvent faire partie des « décisions judiciaires » visées comme moyen auxiliaire de détermination de règles de droit, y compris du droit international coutumier, au paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

50. Cette double fonction des décisions des juridictions nationales est reflétée dans les décisions des cours et tribunaux internationaux analysées ci-dessus. Si ces derniers ont principalement invoqué des décisions de juridictions nationales comme pratique étatique de certains États ou preuve de l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit (*opinio juris*) par certains États pour établir qu'une règle de droit international coutumier avait vu le jour, certaines juridictions internationales, et en premier lieu les tribunaux pénaux internationaux, ont également invoqué ces décisions comme moyen auxiliaire pour confirmer l'existence d'une règle déjà considérée comme formée.

Observation 24)

Des décisions de juridictions nationales sont régulièrement invoquées par les cours et tribunaux internationaux lorsqu'ils évaluent les deux éléments constitutifs des règles du droit international coutumier, s'agissant en particulier des domaines de droit international les plus étroitement liés au droit interne.

51. Les décisions des juridictions nationales constituent une forme de preuve parmi d'autres pour la détermination de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Les cours et tribunaux internationaux ont eu recours à des décisions de juridictions nationales dans ce contexte, en les invoquant avec d'autres éléments tels que la législation nationale ou la pratique administrative pour évaluer la pratique d'un État donné, et en même temps qu'à d'autres éléments, par exemple les positions prises par le Gouvernement, pour déterminer si l'État en cause acceptait cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*). Lorsqu'ils ont tenu compte de décisions de juridictions nationales à ces fins, les cours et tribunaux internationaux ont accordé un poids particulier le cas échéant aux décisions des plus hautes juridictions nationales. Ces décisions revêtent souvent une importance particulière en ce qui concerne la législation car les cours et tribunaux internationaux n'interprètent généralement pas les lois nationales mais se fondent sur l'interprétation qu'en donnent les juridictions chargées de les appliquer.

52. Lorsqu'ils citent des décisions de juridictions nationales comme preuve de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), les cours et tribunaux internationaux procèdent souvent à une analyse quantitative des décisions concernées et du nombre d'États dont elles émanent plutôt qu'à une analyse du raisonnement qui a été suivi dans chaque cas. À cet égard, les décisions prises en compte sont souvent celles invoquées par les parties devant la juridiction internationale appelée à statuer. De plus, lorsqu'ils mettent en balance les décisions pertinentes, les cours et tribunaux internationaux procèdent généralement à une évaluation d'ensemble, de telle manière qu'une incohérence générale des jurisprudences nationales peut les amener à conclure que telle ou telle règle n'existe pas ou n'est pas encore complètement formée.

53. Des décisions de juridictions nationales ont été en particulier invoquées comme pratique des États ou acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) lorsqu'il s'agissait d'établir l'existence d'une règle du droit international coutumier dans certains domaines du droit international comme l'immunité de juridiction, le droit pénal et la protection diplomatique, en raison de la pertinence particulière de la jurisprudence nationale dans ces domaines spécifiques.

Observation 25)

Des décisions de juridictions nationales concernant des règles de droit international coutumier ont été citées par les cours et tribunaux internationaux comme moyen auxiliaire de détermination de l'existence ou du contenu de ces règles.

54. Dans l'application du droit international coutumier, les cours et tribunaux internationaux peuvent aussi prendre en considération des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire pour confirmer l'existence ou le champ d'application d'une règle donnée du droit international coutumier sans procéder *de novo* à une évaluation de l'ensemble de la pratique des États ou de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). À cet égard, il convient de noter que certaines juridictions internationales, ainsi que certains juges de la Cour internationale de Justice dans leurs opinions individuelles, ont interprété l'expression « décisions judiciaires » figurant au paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme englobant les décisions des juridictions nationales. De plus, il n'y a pas d'exemple d'affaire dans laquelle une juridiction internationale aurait exclu la possibilité que les décisions des juridictions nationales puissent avoir une telle fonction auxiliaire en vertu du paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

55. On peut en déduire que les décisions des juridictions nationales peuvent être considérées comme un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » y compris celles du droit international coutumier. Toutefois, il est difficile de dire si tous les moyens auxiliaires mentionnés au paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut ont la même autorité. Dans la jurisprudence analysée dans la présente étude, les décisions des juridictions nationales ont été citées moins souvent et avec plus de prudence que celles des cours et tribunaux internationaux. De plus, les décisions de juridictions nationales ont été invoquées à titre auxiliaire le plus souvent au sujet de questions qui n'avaient pas fait l'objet d'une jurisprudence développée au niveau international, en l'absence de décisions judiciaires internationales ou en ce qui concerne des domaines dans lesquels la pratique judiciaire nationale était

particulièrement pertinente. Ceci est spécialement vrai de la jurisprudence initiale du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie : au fur à mesure que la jurisprudence internationale se développait, les décisions des juridictions nationales ont été de moins en moins invoquées.

56. Lorsque des cours et tribunaux internationaux invoquent des décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire, c'est la décision elle-même qui est prise en considération par la cour ou le tribunal appelé à statuer et non la position de la juridiction nationale au sein du système judiciaire interne. Ainsi, une décision de tribunal de district traitant de questions de droit international comparables à celles soumises à l'examen de la cour ou du tribunal appelé à statuer n'est pas nécessairement moins pertinente comme moyen auxiliaire au sens du paragraphe 1 *d*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qu'une décision d'une juridiction supérieure d'un système juridique différent. L'autorité d'une décision d'une juridiction nationale sur telle ou telle question comme moyen auxiliaire de détermination d'une règle de droit réside essentiellement dans la qualité du raisonnement et dans sa pertinence en droit international.
