



# Assemblée générale

Distr. générale  
xx xx 202x  
Français  
Original : anglais

---

## Commission du droit international

Soixante-quatorzième session

Genève, 29 avril-31 mai et 1<sup>er</sup> juillet-2 août 2024

### Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

#### Étude du Secrétariat

##### *Résumé*

La présente étude fait suite à la demande formulée par la Commission du droit international à sa soixante-treizième session, en 2022. Elle vise à recenser « la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, ainsi que d'autres organes, qui présenterait un intérêt particulier pour la suite de ses travaux sur le sujet, à soumettre à sa soixante-quinzième session ».

Après une introduction où sont abordées quelques questions préliminaires, cette étude est organisée en une série d'observations assorties d'explications sur des exemples de décisions judiciaires et d'autres éléments figurant dans la jurisprudence des juridictions internationales et d'autres organes et susceptibles d'aider la Commission.



## Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	3
II. Décisions de juridictions internationales . . . . .	5
A. Cour permanente de Justice internationale . . . . .	5
B. Cour internationale de Justice . . . . .	11
C. Tribunal international du droit de la mer . . . . .	49
D. Tribunaux arbitraux . . . . .	63
E. Tribunaux pénaux internationaux . . . . .	98
1. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie . . . . .	98
2. Tribunal pénal international pour le Rwanda . . . . .	123
3. Cour pénale internationale . . . . .	235
4. Tribunal spécial pour la Sierra Leone . . . . .	157
5. Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens . . . . .	163
6. Tribunal spécial pour le Liban . . . . .	186
III. Décisions d'autres organes . . . . .	191
A. Commissions . . . . .	191
B. Organes des Nations Unies créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme . . . . .	201

## I. Introduction

1. À sa soixante-douzième session (2021), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » à son programme de travail à long terme<sup>1</sup>. À sa soixante-treizième session (2022), elle a inscrit le sujet à son programme de travail<sup>2</sup>. À cette même session, elle a prié le Secrétariat de procéder tout d'abord à une étude visant à recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour le sujet, à soumettre à sa soixante-quatorzième session, et ensuite d'examiner la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, ainsi que d'autres organes, qui présenterait un intérêt particulier pour la suite de ses travaux sur le sujet, à soumettre à sa soixante-quinzième session<sup>3</sup>. La première étude a été publiée le 8 février 2023<sup>4</sup>. La présente étude fait suite à la seconde demande.

2. Le sujet vise à élucider l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, aux termes duquel la Cour applique, « 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 ».

3. Pour donner suite à la demande de la Commission, le Secrétariat a entrepris une étude de la jurisprudence de certaines juridictions internationales, et d'autres organes, afin de recenser les éléments utiles à la Commission dans le cadre de son examen du sujet en question. Vu l'abondance de la matière pertinente pour cette étude, le Secrétariat a dû se montrer pragmatique et choisi de présenter des observations assorties d'exemples, sans chercher à être exhaustif.

4. Pour le même motif d'abondance de la matière pouvant intéresser cette étude, il n'a pas été possible d'étudier les décisions de toutes les juridictions internationales et de tous les organes internationaux. Le Secrétariat a fait porter son étude sur la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer, les tribunaux arbitraux chargés de trancher les différends entre États et entre États et organisations internationales, la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, le Tribunal spécial pour le Liban et neuf organes créés en vertu d'un instrument international relatif aux droits humains : le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité contre la torture, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'enfant, le Comité des disparitions forcées, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité des droits des personnes handicapées et le Comité des travailleurs migrants.

5. L'étude ne porte donc pas sur les décisions ou sentences : des tribunaux arbitraux chargés de régler les différends entre investisseurs et États ; de l'Organe de règlement des différends de l'OMC ; rendues en vertu du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ; des juridictions régionales. Les écritures des parties aux

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, par. 302. Dans sa résolution 76/111 du 17 décembre 2021, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

<sup>2</sup> *Ibid.*, *soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 20.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 245.

<sup>4</sup> Étude du Secrétariat sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international : Éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission du droit international et pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet (A/CN.4/759).

différents et les opinions individuelles et dissidentes des juges et des arbitres n'ont pas été systématiquement incluses dans le champ de l'étude, à la fois parce qu'il ne s'agit pas de « décisions » à proprement parler et dans le souci de maintenir le volume de matière concerné dans les limites du raisonnable<sup>5</sup>.

6. Il est important de souligner qu'à l'exception d'un petit nombre d'exemples, les cours, tribunaux et autres organes inclus dans la présente étude n'ont pas indiqué expressément si le fait de s'appuyer sur des décisions judiciaires ou d'autres éléments constituait en effet une utilisation de ceux-ci comme moyen auxiliaire au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le grand nombre d'exemples présentés dans lesquels il n'est fait aucune référence expresse ni à des moyens auxiliaires ni à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne doit pas être compris comme l'expression par le Secrétariat d'une opinion sur la question de savoir si ou dans quelle mesure ces exemples constituent une utilisation de décisions ou autres éléments comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ces exemples sont inclus afin que la Commission ait accès à une vaste matière pour l'aider dans son examen du sujet. L'emploi des termes « décisions judiciaires », « décisions » ou « doctrine » (« *teachings* ») dans l'une quelconque des observations ou l'un quelconque des exemples ci-dessous ne doit pas non plus être compris comme l'expression par le Secrétariat d'une opinion sur la question de savoir si l'observation ou l'exemple en question est un cas où la matière a servi de moyen auxiliaire au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38. C'est pour cela qu'en général, le terme anglais de « *writings* » a été préféré à celui de « *teachings* ».

7. Le Secrétariat a inclus des exemples où des juridictions internationales et d'autres organes ont fait référence à des éléments qui ont été examinés par la Commission comme pouvant constituer des moyens auxiliaires, tels que des références aux travaux d'organes d'experts, à des sentences arbitrales et à des résolutions d'organisations internationales. Là encore, il ne faut pas comprendre que le Secrétariat exprime un point de vue sur la question de savoir si ces autres éléments sont des références à des moyens auxiliaires. Ces éléments sont inclus afin que la Commission ait accès à une vaste matière pour l'aider dans son examen du sujet.

8. Il convient de garder à l'esprit trois autres points lors de l'examen des exemples présentés dans la présente étude<sup>6</sup>.

9. Premièrement, l'acte constitutif ou le statut de chacune des juridictions internationales mentionnées dans la présente étude contient des dispositions relatives au droit applicable. Dans certains cas, ces dispositions peuvent permettre à la juridiction en question de se référer à des décisions d'autres juridictions à certaines fins. Le contenu de ces différentes dispositions relatives au droit applicable est expliqué ci-dessous, dans les sections respectives de la présente étude. Il convient de faire remarquer dans la présente introduction, à titre général, que, dans les circonstances où une telle disposition relative au droit applicable s'applique, il est possible que les références faites par la juridiction en question à des décisions d'autres juridictions soient des exemples d'utilisation de la disposition relative au droit

<sup>5</sup> Comme il ressort d'études antérieures menées par le Secrétariat, il est fréquent de trouver des références à des décisions judiciaires et à des ouvrages de doctrine dans les écritures des parties et les opinions. Voir, par exemple, l'étude du Secrétariat 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, *Annuaire de la Commission du droit international 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), document A/CN.4/691, observation 10 et par. 28 à 30.

<sup>6</sup> Des membres de la Commission ont attiré l'attention sur ces points lors du débat sur le rapport du Rapporteur spécial. Voir, par exemple, les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3626 (provisoire), p. 8 à 13), de M. Fife (A/CN.4/SR.3628 (provisoire), p. 3 à 9) et de M. Akande (A/CN.4/SR.3632, p. 6 à 10).

applicable plutôt que des exemples de recours à ces décisions comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

10. Deuxièmement, un certain nombre d'exemples cités dans la présente étude se rapportent à des décisions judiciaires et à d'autres éléments servant à l'interprétation des règles de droit international, en particulier à l'interprétation des dispositions des traités conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>7</sup>. La Commission n'a pas encore déterminé quelle relation existe entre le recours à des éléments à de telles fins d'interprétation et le recours à ces éléments comme moyens auxiliaires au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et notamment si les mêmes éléments peuvent être utilisés à l'une et l'autre fin.

11. Troisièmement, un certain nombre d'exemples cités dans la présente étude peuvent concerner des décisions judiciaires auxquelles la juridiction ou un autre organe se réfère dans le cadre du processus de formation des règles de droit international, souvent des règles de droit international coutumier. Comme indiqué dans les commentaires des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, les décisions des juridictions nationales peuvent fournir des preuves d'une pratique ou d'une *opinio juris* des États pertinentes pour la formation des règles de droit international coutumier<sup>8</sup>. En outre, comme indiqué dans les commentaires du projet de conclusions sur les principes généraux du droit adoptés en première lecture, les décisions des juridictions nationales peuvent apporter la preuve qu'un principe existe dans les divers systèmes juridiques nationaux du monde<sup>9</sup>. La Commission n'a pas encore déterminé quelle relation existait entre le recours aux décisions judiciaires en tant qu'éléments constitutifs du processus de formation des règles de droit international et le recours à ces décisions comme moyens auxiliaires au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et notamment si les mêmes décisions pouvaient être invoquées à l'une et l'autre fin.

12. Après ces importantes mises en garde, le Secrétariat expose dans la présente étude des exemples sous la forme d'observations assorties d'explications.

## II. Décisions de juridictions internationales

### A. Cour permanente de Justice internationale

13. Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit étaient mentionnés au paragraphe 4 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale dans des termes identiques à ceux de la disposition qui lui a succédé, à savoir l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme l'a indiqué le Secrétariat dans son étude sur la détermination du droit international coutumier, la Cour permanente de Justice internationale s'intéressait principalement aux traités – elle a rarement eu à déterminer des règles

<sup>7</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

<sup>8</sup> Paragraphe 8) du commentaire de la conclusion 3 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Yearbook of the International Law Commission, 2018*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 52 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 136.

<sup>9</sup> Commentaire de la conclusion 3 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 41.

de droit international coutumier (ou des principes généraux du droit). En outre, compte tenu de la période pendant laquelle la Cour permanente de Justice internationale a fonctionné (de 1922 à 1940), il existe peu d'exemples, voire aucun, de références aux décisions d'autres juridictions internationales. Les exemples que l'on trouve se réfèrent aux décisions antérieures de la Cour, aux décisions des tribunaux arbitraux et aux décisions de juridictions nationales. Il convient de garder ces éléments à l'esprit lors de l'examen des exemples présentés dans la présente section.

## 1. Absence de référence expresse aux moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale

### Observation 1

**La Cour permanente de Justice internationale n'a fait expressément référence aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit ou au paragraphe 4 de l'Article 38 de son statut dans aucune de ses décisions ni dans aucun de ses avis consultatifs.**

### Observation 2

**La Cour n'a pas expliqué pourquoi les « moyens auxiliaires » ou le « paragraphe 4 de l'Article 38 » n'ont pas été mentionnés dans ses affaires.**

14. La Cour permanente de Justice internationale n'a fait aucune référence expresse aux moyens auxiliaires ou au paragraphe 4 de l'Article 38 de son statut dans ses décisions ou avis consultatifs, et n'a pas expliqué pourquoi elle ne l'a pas fait. Il ne faut pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples présentés dans la présente section peuvent constituer une utilisation des décisions de juridictions et d'autres éléments comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

## 2. Cas où la Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée sur ses propres décisions antérieures pour examiner sa compétence

### Observation 3

**La Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée sur sa propre décision antérieure pour rejeter (partiellement) une exception d'incompétence.**

15. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*<sup>10</sup>, le Gouvernement britannique a contesté le fondement de la compétence de la Cour pour connaître de l'instance introduite par la Grèce (au nom de son ressortissant) au motif que, bien que les conditions énoncées aux Articles 34 et 36 du Statut de la Cour aient été remplies (à savoir que les deux parties étaient des États Membres de la Société des Nations et que l'affaire était née d'un traité en vigueur – le Mandat pour la Palestine<sup>11</sup>), les conditions de la disposition relative au règlement des différends figurant dans le Mandat n'étaient pas remplies. Cette disposition exige l'existence d'un « différend » qui « ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations ». La Cour permanente de Justice internationale, s'appuyant sur son propre avis consultatif n° 4, a considéré que les négociations préalablement menées entre M. Mavrommatis (un particulier) et le Gouvernement britannique faisaient partie des négociations requises<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, 30 août 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 5.

<sup>11</sup> Approuvé lors d'une séance du Conseil de la Société des Nations (Londres, 22 juillet 1922), *Mandate for Palestine, together with a Note by the Secretary-General relating to its application to the Territory known as Trans-Jordan, under the provisions of Article 25* (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1922).

<sup>12</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 10), p. 13 à 15.

#### Observation 4

**La Cour permanente de Justice internationale s'est référée à sa propre décision antérieure pour remanier une question de droit qui lui avait été présentée.**

16. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'avis consultatif sur l'*Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926 (protocole final, article IV)*<sup>13</sup>, il était question de traités entre la Grèce et la Turquie d'où était née une commission mixte chargée de traiter les questions liées à l'échange de populations entre les deux pays à la suite de la Première Guerre mondiale. La disposition particulière qu'il était demandé à la Cour d'interpréter concernait le renvoi de questions par la Commission mixte au Tribunal arbitral gréco-turc, dont les décisions seraient obligatoires. La question présentée à la Cour concernait les conditions de renvoi d'une question au Tribunal arbitral. La Cour a estimé qu'il ne s'agissait pas là de la bonne question, qui aurait plutôt dû être de savoir par qui une question pouvait être soumise au Tribunal. La Cour, « en s'inspirant du précédent fourni par son avis n° 3 », a remanié la question qui lui avait été présentée afin de pouvoir livrer un avis consultatif sur les compétences de la Commission mixte<sup>14</sup>.

### 3. Interprétation de traités

#### Observation 5

**La Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée sur ses propres décisions antérieures pour indiquer qu'il n'y avait lieu de recourir aux travaux préparatoires d'un traité que lorsque le texte du traité n'était pas clair.**

17. Dans l'*Affaire du « Lotus »*<sup>15</sup>, la Cour a rappelé « ce qu'elle a dit dans certains de ses arrêts et avis précédents, savoir qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair<sup>16</sup> ».

18. Dans l'*Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*<sup>17</sup>, la Cour s'est référée aux opinions exprimées par certains délégués, experts en la matière, lors des discussions tenues à Genève en 1930 et 1931 quant au champ d'application de la Convention. Elle a déclaré que « ce faisant, la Cour n'entend en rien déroger à la règle précédemment posée par elle à diverses reprises, à savoir qu'il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires lorsque le texte d'une convention est suffisamment clair en lui-même<sup>18</sup> ».

#### Observation 6

**La Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée sur ses décisions antérieures pour dire qu'une restriction des droits de souveraineté acceptée par traité ne constituait pas une violation de la souveraineté.**

19. Dans l'avis consultatif concernant la *Compétence de la Commission européenne du Danube*<sup>19</sup>, la Cour a fait observer que, comme elle « a[vait] eu l'occasion de le dire dans ses arrêts et avis précédents, une restriction à l'exercice de ses droits de

<sup>13</sup> *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 28 août 1928, C.P.J.I. série B n° 16, p. 3.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 15 et 16.

<sup>15</sup> *Affaire du « Lotus », arrêt, 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>17</sup> *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes, avis consultatif, 15 novembre 1932, C.P.J.I. série A/B n° 50, p. 364.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>19</sup> *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, avis consultatif, 8 décembre 1927, C.P.J.I. série B n° 14, p. 5.*

souveraineté, qu'un État a accepté par traité, ne saurait être considérée comme une violation de sa souveraineté<sup>20</sup> ».

#### 4. Formation et détermination des règles du droit international coutumier

20. L'étude menée par le Secrétariat en 2016 sur le recours aux décisions des juridictions nationales pour la détermination des règles du droit international coutumier a mis en évidence que c'est principalement dans l'affaire du « *Lotus* »<sup>21</sup> que la Cour permanente de Justice internationale s'est penchée sur les questions relatives à la détermination des règles du droit international coutumier.

##### Observation 7

**La Cour permanente de Justice internationale a examiné les décisions des juridictions nationales pour déterminer la formation éventuelle d'une règle de droit international coutumier.**

21. Dans l'affaire du « *Lotus* », la Cour s'est référée aux décisions des juridictions nationales pour évaluer l'allégation de la France selon laquelle une règle coutumière s'était formée d'après laquelle les poursuites pénales en cas d'abordage en mer étaient du ressort exclusif de l'État du pavillon. Elle a examiné plusieurs décisions de tribunaux nationaux mentionnées par les parties, mais rejeté leur pertinence en raison de leur incohérence. Elle a utilisé la théorie des deux éléments applicable à la formation du droit international coutumier, examinant la « conduite » des États concernés et cherchant à déterminer si leur « conception de ce droit » était « généralement admise »<sup>22</sup>. Elle a estimé 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<sup>23</sup> ». Elle l'a fait « [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<sup>24</sup> ». La Cour a conclu qu'« aucun principe de droit international [...] ne s'oppos[ait] à l'exercice des poursuites pénales dont il s'agi[ssai]t<sup>25</sup> ».

##### Observation 8

**La Cour permanente de Justice internationale s'est référée à des écrits de doctrine et à des sentences arbitrales pour examiner la formation éventuelle, comme indiqué ci-dessus, d'une règle de droit international coutumier.**

22. Dans l'affaire du « *Lotus* », lorsqu'elle a examiné s'il existait une règle de droit international coutumier consacrant la compétence exclusive de l'État du pavillon, la Cour a également pris en considération la doctrine et déclaré que « quelle que puisse être par ailleurs sa valeur lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une règle de droit coutumier », il était vrai que tous ou presque tous les auteurs enseignaient que les navires en pleine mer étaient soumis exclusivement à la juridiction de l'État du pavillon<sup>26</sup>.

23. La Cour a également pris en compte les sentences arbitrales pour conclure que les preuves manquaient pour établir l'existence de la règle de droit international coutumier invoquée<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Ibid., p. 36.

<sup>21</sup> *Affaire du « Lotus »* (voir *supra* note 15).

<sup>22</sup> Ibid., p. 29.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid., p. 28.

<sup>25</sup> Ibid., p. 31.

<sup>26</sup> Ibid., p. 26.

<sup>27</sup> Ibid., p. 27.

## 5. Détermination d'un principe essentiel du droit international

### Observation 9

**La Cour permanente de Justice internationale a renvoyé à une décision qu'elle avait prise précédemment et aux décisions de tribunaux arbitraux au sujet de l'existence et du contenu de l'obligation de réparation en droit international.**

24. Dans l'arrêt au fond rendu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*<sup>28</sup>, la Cour a rappelé que déjà dans son arrêt n° 8, elle avait « dit : la réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même<sup>29</sup> ».

25. La Cour a ensuite souligné que le « principe essentiel », qui découle de la notion d'acte illicite et :

qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis<sup>30</sup>.

## 6. Détermination de « principes »

### Observation 10

**La Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée à maintes reprises sur ses propres décisions et sur les décisions de tribunaux arbitraux et de juridictions nationales pour déterminer des « principes », sans attribuer à ceux-ci une valeur juridique particulière.**

26. Dans l'affaire *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*<sup>31</sup>, la Cour a fait référence au :

principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions [...] d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend<sup>32</sup>.

27. Dans la décision sur la compétence rendue dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*<sup>33</sup>, la Cour a considéré qu'il était :

un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte<sup>34</sup>.

28. Dans l'affaire relative aux *Emprunts brésiliens*<sup>35</sup>, la Cour a relevé que, comme elle l'avait « expliqué dans son arrêt relatif à certains emprunts serbes, c'est un

<sup>28</sup> Affaire relative à l'usine de Chorzów (fond), arrêt, 13 septembre 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 3.

<sup>29</sup> Ibid., p. 29.

<sup>30</sup> Ibid., p. 47.

<sup>31</sup> *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance (demande en indication de mesures conservatoires)*, 5 décembre 1939, C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 193.

<sup>32</sup> Ibid., p. 199.

<sup>33</sup> *Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt, 26 juillet 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 3.

<sup>34</sup> Ibid., p. 31.

<sup>35</sup> *Emprunts brésiliens*, arrêt, 12 juillet 1929, C.P.J.I. série A n° 21, p. 92.

principe généralement reconnu que tout État a le droit de déterminer lui-même ses monnaies<sup>36</sup> ».

## 7. Approche de la Cour permanente de Justice internationale en matière de précédents et de cohérence

### Observation 11

**La Cour permanente de Justice internationale a rappelé à plusieurs reprises l'importance de la cohérence avec ses décisions antérieures en l'absence de raisons suffisantes pour s'en écarter.**

29. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*<sup>37</sup>, la Cour a déclaré que la prétention, de la part de la Pologne, d'avoir acquis certains biens avait déjà été traitée dans son avis consultatif n° 6. Le principe selon lequel, en cas de changement de souveraineté, les droits privés doivent être respectés « est clairement admis par le Traité [de Versailles]. Rien n'a été allégué dans la présente procédure qui puisse ébranler l'opinion de la Cour à ce sujet<sup>38</sup> ».

30. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation)*<sup>39</sup>, la Cour a estimé que l'interprétation des articles 11 et 26 du Mandat pour la Palestine avait été consacrée par ses arrêts n°s 2 et 5, dans lesquels elle avait tranché sur sa compétence pour connaître de questions touchant des concessions pour la fourniture d'eau et d'électricité à Jérusalem<sup>40</sup>. Elle a indiqué qu'elle ne voyait « aucune raison pour se départir d'une interprétation découlant nettement de deux arrêts précédents dont l'argumentation lui parai[ssai]t toujours bien fondée<sup>41</sup> ».

### Observation 12

**Parfois, la Cour permanente de Justice internationale a mentionné le raisonnement qu'elle avait suivi dans des affaires antérieures et adopté la même approche.**

31. Dans l'*Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*<sup>42</sup>, la Cour a rappelé avoir indiqué dans son arrêt n° 7 qu'« une mesure défendue par un accord international ne saurait devenir légitime au regard de cet accord du fait que l'État intéressé l'applique à ses propres ressortissants<sup>43</sup> ».

32. Dans son avis consultatif sur l'*Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926 (protocole final, article IV)*, la Cour a considéré que :

toute interprétation ou toute mesure susceptible d'entraver les travaux de la Commission [mixte] dans ce domaine doivent être considérées comme contraires à l'esprit des dispositions prévoyant la création de cet organe. La Cour s'est déjà placée à ce point de vue dans son Avis n° 10<sup>44</sup> ».

<sup>36</sup> Ibid., p. 122.

<sup>37</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt, 25 mai 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 3.

<sup>38</sup> Ibid., p. 31.

<sup>39</sup> *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation) (compétence)*, arrêt, 10 octobre 1927, C.P.J.I. série A n° 11, p. 3.

<sup>40</sup> Ibid., p. 14.

<sup>41</sup> Ibid., p. 18.

<sup>42</sup> *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, arrêt, 15 décembre 1933, C.P.J.I. Série A/B n° 61, p. 207.

<sup>43</sup> Ibid., p. 243.

<sup>44</sup> *Interprétation de l'accord gréco-turc* (voir *supra* note 13), p. 18.

## B. Cour internationale de Justice

33. L'étude du présent sujet par la Commission est fondée sur l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le paragraphe 1 de l'Article 38 constitue la clause relative au droit applicable aux différends portés devant la Cour internationale de Justice<sup>45</sup>.

### 1. Références expresses aux moyens auxiliaires visés à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

#### Observation 13

**La Cour internationale de Justice n'a fait expressément référence à des « moyens auxiliaires » ou à l'« alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 » qu'à trois reprises, et dans l'un de ces cas il s'agissait en fait d'une référence à des moyens complémentaires d'interprétation des traités.**

#### Observation 14

**La Cour internationale de Justice n'explique pas pourquoi les « moyens auxiliaires » ou l'« alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 » n'ont pas été mentionnés dans la grande majorité de ses affaires, ni pourquoi ces termes ont été mentionnés dans le nombre limité d'exemples ci-dessous.**

34. Bien que la Cour internationale de Justice ait renvoyé à maintes reprises aux décisions de juridictions, y compris principalement à ses propres décisions et avis consultatifs antérieurs, elle n'a fait expressément référence à des « moyens auxiliaires » ou à l'« alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 » qu'à trois reprises.

35. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)]*, la Cour internationale de Justice a renvoyé à un arrêt de 1917 de la Cour centraméricaine de justice. Elle a estimé :

*la Chambre doit prendre l'arrêt de 1917 en considération comme décision antérieure pertinente d'une juridiction compétente et, pour reprendre les termes de l'Article 38 du Statut de la Cour, « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». En résumé, la Chambre doit prendre elle-même une décision quant au statut des eaux du golfe de Fonseca en accordant à la décision de 1917 la considération que celle-ci lui paraît mériter<sup>46</sup>.*

36. Dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, la Cour a indiqué qu'elle interpréterait la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques<sup>47</sup> conformément aux règles coutumières d'interprétation reflétées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités :

<sup>45</sup> Dans un nombre limité d'exemples d'affaires soumises à la Cour internationale de Justice par compromis, les parties au différend ont convenu de l'application de règles ou de principes spécifiques. Voir, par exemple, l'article 6 du Compromis de saisine de la Cour internationale de Justice au sujet du différend frontalier entre le Burkina Faso et la République du Niger (Niamey, 24 février 2009, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2707, n° 47966, p. 49), notifié conjointement à la Cour le 20 juillet 2010, qui stipulait que « [l]es règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux énumérés au paragraphe premier de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, y compris le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation et l'Accord du 28 mars 1987 ».

<sup>46</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua [intervenant])*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1992, p. 351, au paragraphe 403 [non souligné dans l'original].

<sup>47</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, n° 7310, p. 95.

[s]elon ces règles de droit international coutumier, les dispositions de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques doivent être interprétées de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à leurs termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de ladite convention. Pour confirmer le sens ainsi établi, éliminer une ambiguïté, un point obscur ou éviter un résultat manifestement absurde ou déraisonnable, *il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, comme les travaux préparatoires de la Convention et les circonstances dans lesquelles celle-ci a été conclue*<sup>48</sup>.

Il est clair que, dans cet exemple, la Cour renvoie en fait aux éléments qui peuvent être utilisés comme moyens complémentaires d'interprétation, conformément aux règles énoncées à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>49</sup>.

37. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Cour a indiqué :

Aux fins que la Chambre envisage au stade actuel de son raisonnement, à savoir la détermination des principes et règles de droit international régissant en général la matière des délimitations maritimes, il sera fait référence aux conventions (lettre *a*) de l'Article 38) et à la coutume internationale [lettre *b*)] à la définition de laquelle les décisions judiciaires [lettre *d*)] émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, ont jusqu'ici sensiblement contribué<sup>50</sup>.

Dans cet exemple, la Cour a donc expressément invoqué ses propres décisions judiciaires et sentences arbitrales dans le contexte de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut.

38. Les références expresses aux moyens auxiliaires ou à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut sont plus fréquentes dans les opinions individuelles et dissidentes des juges de la Cour. Elles ne sont pas traitées systématiquement dans la présente étude puisque ces opinions ne sont pas des « décisions ».

39. Dans les autres exemples de la présente section, la Cour n'a pas fait expressément référence aux moyens auxiliaires ni à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38, sans expliquer pourquoi. Il ne faut pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples présentés ci-dessous peuvent constituer une utilisation des décisions judiciaires et d'autres éléments comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

## 2. Cas où la Cour internationale de Justice s'appuie sur ses décisions antérieures et sur celles de la Cour permanente de Justice internationale lorsqu'elle examine sa juridiction ou sa compétence

### Observation 15

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur l'une de ses propres décisions antérieures pour déterminer qu'elle disposait d'un pouvoir judiciaire inherent.**

<sup>48</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300, au paragraphe 61 [non souligné dans l'original].

<sup>49</sup> L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est rédigé ainsi [non souligné dans l'original] : « Il peut être fait appel à des *moyens complémentaires d'interprétation*, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »

<sup>50</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, au paragraphe 83.

40. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*<sup>51</sup>, la Cour s'est appuyée sur l'arrêt qu'elle avait auparavant rendu dans l'affaire du *Cameroun septentrional*<sup>52</sup> pour conclure qu'elle disposait d'un « pouvoir judiciaire inhérent ». Ce pouvoir « découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des États, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée<sup>53</sup> ». La finalité de ces pouvoirs est vaste – sauvegarder la fonction judiciaire fondamentale de la Cour et l'autoriser à prendre « toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que [...] l'exercice de [sa] compétence [au fond] ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige [...]. [L]a Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire [à ces] fins<sup>54</sup> ». La Cour s'est appuyée, au moins dans une certaine mesure, sur le pouvoir judiciaire inhérent pour ce qui est de l'appréciation indépendante des faits<sup>55</sup> et du caractère juridiquement obligatoire des mesures conservatoires<sup>56</sup>.

41. Comme nous le verrons dans les sections suivantes de la présente étude, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et d'autres tribunaux pénaux des Nations Unies se sont également appuyés sur leur pouvoir judiciaire inhérent pour conclure qu'ils étaient habilités à déterminer la légalité de leur propre création (*compétence de la compétence*).

#### Observation 16

#### **La Cour internationale de Justice a renvoyé à ses propres décisions et à celles de la Cour permanente de Justice internationale pour interpréter son statut au sujet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de donner un avis consultative.**

42. La Cour internationale de Justice a déclaré qu'elle « a[vait] toujours suivi le principe énoncé le 23 juillet 1923 par la Cour permanente en l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* : “La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs”<sup>57</sup> ».

43. La Cour a souligné, en renvoyant à l'avis qu'elle avait rendu en l'affaire relative aux *Jugements du tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.*, « qu'il faudrait “des raisons décisives” pour l'amener à opposer un refus à une demande d'avis consultatif<sup>58</sup> ». En outre, elle s'est appuyée sur ses propres décisions pour interpréter l'Article 65 de son statut comme indiquant que le pouvoir de donner des avis consultatifs « est permissif et [que] le pouvoir qu'il lui attribue ainsi a un caractère discrétionnaire<sup>59</sup> ».

<sup>51</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253.

<sup>52</sup> *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963*, C.I.J. Recueil 1963, p. 15, à la page 29.

<sup>53</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)* (voir *supra* note 51), par. 23.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, au paragraphe 60.

<sup>56</sup> *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, aux paragraphes 102 et 103.

<sup>57</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 151, à la page 155, citant l'affaire relative au *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif, 23 juillet 1923, C.P.J.I. série B n° 5, p. 29.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 155, citant *Jugements du tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.*, C.I.J. Recueil 1956, p. 77, à la page 86.

<sup>59</sup> *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1987, p. 18, au paragraphe 25, citant *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, au paragraphe 23.

44. Dans l'affaire relative aux *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos*<sup>60</sup>, la Cour s'est appuyée sur ses décisions antérieures et sur celles de la Cour permanente de Justice internationale pour indiquer qu'elle « p[ouvait] s'écarter du libellé de la question qui lui [était] posée lorsque celle-ci n'[était] pas correctement formulée<sup>61</sup> » ou « ne met[tait] pas en évidence les “points de droit [...] véritablement [...] en jeu”<sup>62</sup> ». Elle a également fait observer que « lorsque la question posée est ambiguë ou vague, [elle] peut la clarifier avant de donner son avis<sup>63</sup> » et que « [s]'il est loisible à la Cour, à titre exceptionnel, de reformuler les questions qui lui sont adressées pour avis consultatif, elle ne le fait que pour s'assurer de donner une réponse “fondée en droit”<sup>64</sup> ».

#### Observation 17

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions et à celles de la Cour permanente de Justice internationale pour définir les limites de sa compétence.**

45. Dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*<sup>65</sup>, la Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses décisions antérieures et sur celles de la Cour permanente de Justice internationale pour déterminer que « [la] déclaration de l'Iran étant de portée plus limitée que celle du Royaume-Uni, c'est sur la déclaration de l'Iran que la Cour doit se fonder<sup>66</sup> ».

#### Observation 18

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions pour déterminer qu'elle était compétente pour se prononcer sur des conclusions tendant à la constatation du non-respect de mesures conservatoires.**

46. La Cour internationale de Justice a renvoyé à plusieurs reprises à sa propre décision dans l'affaire *LaGrand*, dans laquelle elle a établi que, lorsqu'elle a compétence pour trancher un différend, « elle a également compétence pour se prononcer sur des conclusions la priant de constater qu'une ordonnance en indication de mesures rendue aux fins de préserver les droits des Parties à ce différend n'a pas été exécutée<sup>67</sup> ».

#### Observation 19

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses décisions antérieures pour interpréter les déclarations et les réserves.**

47. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, la Cour a relevé que<sup>68</sup> :

<sup>60</sup> *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019*, p. 95.

<sup>61</sup> Ibid., par. 135, citant *Interprétation de l'Accord gréco-turc* (voir *supra* note 13).

<sup>62</sup> Ibid., citant *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 73, au paragraphe 35.

<sup>63</sup> Ibid., citant *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982*, p. 325, au paragraphe 46.

<sup>64</sup> Ibid., citant *Sahara occidental* (voir *supra* note 59), par. 15.

<sup>65</sup> *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, arrêt, 6 juillet 1957 : C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

<sup>66</sup> Ibid., p. 23 et 24, renvoyant à *Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), arrêt du 22 juillet 1952 : C.I.J. Recueil 1952*, p. 93, à la page 103 ; *Phosphates du Maroc, arrêt, 14 juin 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 9, à la page 22 ; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 4 avril 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 63, à la page 81.

<sup>67</sup> *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt* (voir *supra* note 56), par. 45.

<sup>68</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 432, au paragraphe 47.

Toute déclaration « doit être interprétée telle qu'elle se présente, en tenant compte des mots effectivement employés » (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105). Toute réserve doit être appliquée « telle qu'elle est » (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 27). Ainsi, les déclarations et les réserves doivent être considérées comme un tout. En outre, « la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte. Elle doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte. » (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 104.)

### 3. Interprétation de traités

#### Observation 20

**La Cour internationale de Justice ne s'est pas exprimée sur la relation entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, d'une part, et les règles et principes applicables à l'interprétation des traités, d'autre part.**

48. Dans aucune de ses décisions ni aucun de ses avis consultatifs la Cour internationale de Justice ne s'est exprimée sur la relation entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut et les règles et principes applicables à l'interprétation des traités aux termes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui reflètent le droit international coutumier.

#### Observation 21

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions antérieures pour définir des principes d'interprétation des traités.**

49. Par exemple, la Cour a estimé qu'« il convenait [...] d'interpréter un traité en cherchant à donner effet à chacun de ses termes et en veillant à ce qu'aucune de ses dispositions ne soit privée de portée ou d'effet<sup>69</sup> ».

50. Dans son avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, renvoyant à l'affaire relative au *Service postal polonais à Dantzig*, la Cour internationale de Justice a indiqué que c'était un « principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes<sup>70</sup> ».

51. La Cour s'est parfois référée à ses propres décisions et à celles de la Cour permanente de Justice internationale pour invoquer un principe d'interprétation des traités « constamment admis dans la jurisprudence internationale, celui de l'effet utile<sup>71</sup> ». Elle a également cité le raisonnement de la Cour permanente de Justice

<sup>69</sup> *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 100, par. 41, renvoyant également à *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011*, p. 70, au paragraphe 133 ; *Affaire du Déroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 24.

<sup>70</sup> *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif : C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 8, renvoyant à *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 16 mai 1925, C.P.J.I. série B n° 11*, p. 5, à la page 39.

<sup>71</sup> *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, au paragraphe 51, citant l'*Affaire franco-hellénique des phares, arrêt, 17 mars 1934, C.P.J.I. série A/B n° 62*, p. 3, à la page 27 ; *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, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, au paragraphe 66 ; *Plateau continental de la mer Égée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 3, au paragraphe 52.

internationale dans l'affaire relative à l'*Acquisition de la nationalité polonaise*, indiquant qu'elle était tenue d'appliquer directement un texte « dont la clarté ne laisse rien à désirer<sup>72</sup> ».

#### Observation 22

**La Cour internationale de Justice s'est reportée à sa propre décision antérieure pour déterminer qu'elle n'avait pas besoin de faire appel à des moyens supplémentaires pour interpréter un traité.**

52. Dans l'affaire *Gambie c. Myanmar*<sup>73</sup>, la Cour s'est référée à l'affaire du *Génocide en Bosnie*<sup>74</sup> pour déterminer que les termes de l'article VIII de la Convention sur le génocide<sup>75</sup>, considérés dans leur contexte, ne se rapportaient pas à la saisine de la Cour. À la lumière de cette conclusion, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire appel à des moyens supplémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires de la Convention<sup>76</sup>.

#### 4. Formation et détermination des règles du droit international coutumier

##### Observation 23

**La Cour internationale de Justice ne s'est pas exprimée sur la relation entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et la formation et la détermination des règles du droit international coutumier.**

53. Dans aucune de ses décisions ni aucun de ses avis consultatifs la Cour internationale de Justice ne s'est exprimée sur la relation entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut et la formation et la détermination des règles du droit international coutumier au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'Article 38.

##### Observation 24

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée à de nombreuses reprises sur ses propres décisions antérieures et sur celles d'autres juridictions internationales pour déterminer l'existence et le contenu de règles du droit international coutumier.**

54. Par exemple, la Cour a renvoyé à ses propres décisions pour indiquer que certaines dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>77</sup> contenaient des règles de droit international coutumier. Par exemple, dans l'affaire *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne*, la Cour a renvoyé à ses propres décisions qui indiquent que « les droits et obligations des États côtiers et des autres États dans la zone économique exclusive, énoncés aux articles 56, 58, 61, 62 et 73 de la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer], reflètent le droit

<sup>72</sup> *Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif, 15 septembre 1923, C.P.J.I. série B n° 7, p. 5, à la page 20, cité dans Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (voir *supra* note 71), par. 51.

<sup>73</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2022, p. 477.*

<sup>74</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, au paragraphe 159.*

<sup>75</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

<sup>76</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)* (voir *supra* note 73), par. 88 à 90.

<sup>77</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 3.

international<sup>78</sup> », et à la définition du plateau continental figurant au paragraphe 1 de l'article 76<sup>79</sup>.

55. On trouve un autre exemple dans l'affaire *Certaines activités et Construction d'une route*, où la Cour a fait observer que, comme « réaffirmé en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, au regard du droit international coutumier, "l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État"<sup>80</sup> ».

## Observation 25

### La Cour internationale de Justice a parfois invoqué certaines des règles sur la responsabilité de l'État codifiées par la Commission du droit international comme faisant partie du droit international coutumier.

56. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a cité, entre autres, les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (articles sur la responsabilité de l'État) et relevé que :

[s]elon le droit international coutumier, la restitution est l'une des formes de réparation du préjudice ; elle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. La Cour rappelle également que, dans les cas où la restitution est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction<sup>81</sup>.

57. Dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, la Cour a déclaré que « même si le fait [illicite] a pris fin, l'État responsable est tenu, à titre de réparation, de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis [...]. Cette règle est reflétée à l'article 35 des articles de la Commission du droit international<sup>82</sup> ».

58. Dans l'arrêt relatif aux réparations qu'elle a rendu en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a souligné que l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État « refl[était] le droit international coutumier<sup>83</sup> ». Elle a également renvoyé aux commentaires des articles 31 et 47 et relevé que :

<sup>78</sup> *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 13 juillet 2023, rôle général n° 154, par. 69, citant *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022, p. 266, au paragraphe 57.

<sup>79</sup> Ibid., par. 52, citant *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 624, au paragraphe 118.

<sup>80</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 665, au paragraphe 118, citant l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, au paragraphe 101 ; voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, au paragraphe 29.

<sup>81</sup> *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 273. Les articles adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe.

<sup>82</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, au paragraphe 137.

<sup>83</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 2022, p. 13, au paragraphe 70.

lorsque plusieurs causes attribuables à deux acteurs ou davantage sont à l'origine d'un dommage, il est possible, dans certains cas, qu'un seul de ces acteurs soit tenu de réparer en totalité le préjudice [...]. Dans d'autres situations, en lesquelles le comportement de plusieurs acteurs a causé un préjudice, il convient au contraire d'imputer à chacun des acteurs concernés la responsabilité d'une part du préjudice<sup>84</sup>.

#### Observation 26

**À plusieurs reprises, la Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions pour déterminer que certaines règles conventionnelles faisaient partie du droit international coutumier.**

59. La Cour a par exemple indiqué à plusieurs reprises que les règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités faisaient partie du droit international coutumier<sup>85</sup>.

### 5. La détermination de « principes »

#### Observation 27

**La Cour internationale de Justice s'est parfois référée à ses propres décisions pour déterminer ou confirmer l'existence d'un principe général de droit.**

60. Dans l'affaire *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Cour a déclaré qu'il « [était] un principe général de droit, confirmé par la jurisprudence de la Cour, selon lequel une partie qui avance un élément de fait à l'appui de sa prétention doit établir celui-ci<sup>86</sup> ».

61. Dans plusieurs arrêts, la Cour s'est appuyée sur ses propres décisions pour analyser en détail les éléments et la portée du principe de l'autorité de la chose jugée, qui, « tel que reflété aux Articles 59 et 60 de son Statut, est un principe général de droit qui protège en même temps la fonction judiciaire d'une cour ou d'un tribunal et les parties à une affaire qui a donné lieu à un jugement définitif et sans recours<sup>87</sup> » et qui « consacre le caractère définitif de la décision adoptée dans une affaire déterminée<sup>88</sup> ». Elle s'est appuyée sur ses propres décisions pour expliquer la portée

<sup>84</sup> Ibid., par. 98.

<sup>85</sup> *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*, exception préliminaire, arrêt, 6 avril 2023, rôle général n° 171, par. 87. Voir aussi *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt (voir *supra* note 48), par. 61 ; *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 292, au paragraphe 91 ; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 418, au paragraphe 71 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12, au paragraphe 83.

<sup>86</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12, au paragraphe 45.

<sup>87</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 139, au paragraphe 68, renvoyant également à *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie* (voir *supra* note 69), par. 58, renvoyant à son tour à *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 116.

<sup>88</sup> *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899* (voir *supra* note 85), par. 65, renvoyant à *Question de la délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 69), par. 58. Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 115 et 117 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 31, au paragraphe 12 ; *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 15 décembre 1949 : C.I.J. Recueil 1949, p. 244, à la page 248.

et l'application de ce principe, en indiquant que « [s]i un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci ; et il peut être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier<sup>89</sup> ».

## Observation 28

### **La Cour internationale de Justice s'est souvent appuyée sur ses propres décisions antérieures pour déterminer ou confirmer l'existence de règles ou de principes établis de droit international.**

62. Voici quelques exemples de règles ou de principes élaborés par la Cour et fréquemment invoqués dans ses décisions ultérieures :

- La notion de « différend » dans l'affaire *Mavrommatis*<sup>90</sup>, et le fait que « c'est à [la Cour] qu'il appartient de déterminer, compte tenu des conclusions des Parties, quel est l'objet du différend dont elle est saisie<sup>91</sup> ».
- La notion de *restitutio in integrum* dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*<sup>92</sup>.
- La méthode de délimitation maritime (*Mer Noire*)<sup>93</sup>. La Cour a également noté que d'autres tribunaux internationaux appliquaient les règles qu'elle avait élaborées quant à la méthode de délimitation des espaces maritimes<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> *Question de la délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 69), par. 60, renvoyant à *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 126.

<sup>90</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 10), p. 11. Voir, par exemple, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022, p. 614, au paragraphe 39 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)* (voir *supra* note 73), par. 63 ; *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022, p. 211, au paragraphe 28 ; *Délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 69) ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 96, par. 29.

<sup>91</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 832, au paragraphe 38, citant *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* (voir *supra* note 68), par. 29 à 32.

<sup>92</sup> Voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations (voir *supra* note 83), par. 100 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 15, aux paragraphes 29 et 30 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, au paragraphe 161 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168, au paragraphe 259 ; *Avena* (voir *supra* note 85), par. 119 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, au paragraphe 150 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations (voir *supra* note 83), par. 106.

<sup>93</sup> Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2021, p. 206, au paragraphe 122, où la Cour a indiqué : « Depuis l'adoption de la convention, la Cour a progressivement mis au point une méthode de délimitation maritime pour l'aider à mener à bien sa tâche. Afin de déterminer la ligne de délimitation, elle procède en trois étapes, qui ont été décrites dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 101-103, par. 115-122). » Voir aussi *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* (voir *supra* note 79), par. 190 ; *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 3, au paragraphe 180 ; *Délimitation maritime et Frontière terrestre* (voir *supra* note 87), par. 135.

<sup>94</sup> Dans *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)* (voir *supra* note 93), par. 128, la Cour a noté que « [l]a méthode de délimitation maritime en trois étapes a également été utilisée par des tribunaux internationaux (voir *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 67, par. 239 ; *Arbitrage*

- Le principe établi dans l’arrêt *Or monétaire*, c’est-à-dire le « principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l’égard d’un État si ce n’est avec le consentement de ce dernier<sup>95</sup> ».
- L’interprétation par la Cour de la portée de l’exigence de négociation en vue du règlement des différends<sup>96</sup>.
- La Cour a également indiqué que le « principe *non ultra petita* [était] bien établi dans [s]a jurisprudence<sup>97</sup> ».

63. Dans l’avis consultatif au sujet de 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 Nations Unies*, la Cour a rappelé le « principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne<sup>98</sup> ». Ce principe a été entériné par des décisions judiciaires dès la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872 dans l’affaire de l’*Alabama* opposant la Grande-Bretagne aux États-Unis, et a été

---

concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (*Bangladesh c. Inde*), sentence du 7 juillet 2014, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXII, p. 106, par. 346 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l’océan Atlantique (Ghana/Côte d’Ivoire)*, arrêt, *TIDM Recueil 2017*, p. 96, par. 324 ».

<sup>95</sup> *Affaire de l’or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire)*, arrêt du 15 juin 1954 : *C.I.J. Recueil 1954*, p. 19, à la page 32. Dans l’affaire relative à la *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)* (voir *supra* note 85), la Cour a indiqué : « La Cour a ainsi conclu, en l’affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, qu’“[elle] ne p[ouvai]t refuser d’exercer sa juridiction” sur le fondement du principe dit de “l’Or monétaire” [...] (exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 262, par. 55). » *Or monétaire*, p. 32, également cité dans *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 90, au paragraphe 34, et *Immunités juridictionnelles* (voir *supra* note 82), par. 127. Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, au paragraphe 116 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, au paragraphe 88.

<sup>96</sup> *Conseil de l’OACI (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* (voir *supra* note 91), par. 94 : la Cour a considéré que cette exigence que le différend ne puisse pas être réglé par voie de négociation : « “ne saurait être entendue comme une impossibilité théorique de parvenir à un règlement ; elle signifie [...] qu’“ il n’est pas raisonnablement permis d’espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement »” (*Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 446, par. 57, citant *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 345). Dans des affaires précédentes, elle a jugé qu’une condition préalable de négociation était remplie lorsque “les positions [des parties] n’[avaie]nt, pour l’essentiel, pas évolué” à la suite de plusieurs échanges de correspondance diplomatique ou de réunions (*Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 446, par. 59 ; voir aussi *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 317, par. 76). Pour la Cour, le point de savoir si les négociations ont été suffisantes est une question de fait, une question d’espèce (*Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 133, par. 160). » Voir aussi *Application de l’accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 664, au paragraphe 132.

<sup>97</sup> *Demande en interprétation de l’arrêt du 15 juin 1962 en l’affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 281, au paragraphe 71, renvoyant à la *Demande d’interprétation de l’arrêt du 20 novembre 1950 en l’affaire du Droit d’asile*, arrêt du 27 novembre 1950 : *C.I.J. Recueil 1950*, p. 395, à la page 402 ; *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, au paragraphe 43.

<sup>98</sup> *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, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 12, au paragraphe 57.

fréquemment rappelé depuis, par exemple dans l'affaire relative à la *Question des « Communautés » gréco-bulgares*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a déclaré ce qui suit<sup>99</sup> :

c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.

#### Observation 29

**La Cour s'est référée à ses propres décisions pour mettre en évidence l'existence de « principes », sans nécessairement attribuer à ceux-ci une valeur juridique particulière.**

64. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour a rappelé « que c'est un principe de droit international qu'un régime territorial établi par traité "acquiert une permanence que le traité lui-même ne connaît pas nécessairement" et que la persistance de ce régime ne dépend pas de la survie du traité par lequel ledit régime a été convenu », citant la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*<sup>100</sup>.

65. La Cour a renvoyé à ses décisions antérieures pour indiquer que le principe suivant lequel la terre domine la mer s'appliquait au plateau continental<sup>101</sup>. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, elle s'est référée à la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* pour indiquer que :

le plateau continental est un concept juridique à propos duquel « on applique le principe que la terre domine la mer » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 51, par. 96) ; ce n'est qu'en raison de la souveraineté de l'État riverain sur la terre que des droits d'exploration et d'exploitation sur le plateau continental peuvent s'attacher à celui-ci *ipso jure* en vertu du droit international<sup>102</sup>.

## 6. Interprétation des actes unilatéraux des États.

#### Observation 30

**La Cour a invoqué ses propres décisions antérieures lors de l'examen de l'interprétation d'actes unilatéraux d'États.**

66. Depuis l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour estime que<sup>103</sup> :

<sup>99</sup> *Question des « Communautés » gréco-bulgares*, avis consultatif, 31 juillet 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32.

<sup>100</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires (voir *supra* note 91) par. 89, citant *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (voir *supra* note 71), p. 37, par. 72 et 73.

<sup>101</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 659, par. 113 ; voir aussi *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 40, au paragraphe 185.

<sup>102</sup> *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71), par. 86, citant *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, au paragraphe 96.

<sup>103</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)* (voir *supra* note 51), par. 43, cité, entre autres, dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité (voir *supra* note 95), par. 59 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, au paragraphe 49 ; *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 507, au paragraphe 146.

Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration.

67. La Cour internationale de Justice a parfois renvoyé à cette décision pour appuyer la position selon laquelle lorsque « des États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose<sup>104</sup> ». Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, elle a souligné, en invoquant les affaires des *Essais nucléaires*, que « [t]out dépend [...] de l'intention de l'État considéré<sup>105</sup> ».

68. La Cour a également renvoyé à la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, dans laquelle elle avait indiqué que pour déterminer la portée juridique d'une déclaration faite par une personne représentant l'État, il fallait « examiner le contenu réel de celle-ci ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a[vait] été faite<sup>106</sup> ».

## 7. Approche de la Cour permanente de Justice en matière de précédents et de cohérence

### Observation 31

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée à plusieurs reprises sur ses propres décisions antérieures et sur celles de la Cour permanente de Justice internationale pour confirmer qu'il n'existait pas devant elle de système de précédent obligatoire.**

69. Dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, par exemple, la Cour internationale de Justice a fait référence à la règle de l'Article 59 du Statut, selon laquelle une décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Elle a déclaré que le but de l'Article 59 était seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres États ou d'autres litiges<sup>107</sup>.

### Observation 32

**La Cour internationale de Justice a également souligné que, bien qu'un État ne soit pas lié par les décisions qu'elle a rendues dans des affaires auxquelles il n'était pas partie, elle suivra ses propres décisions antérieures à moins qu'elle n'ait des raisons de s'écarter de leurs motifs et de leurs conclusions.**

70. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, par exemple, la Cour a jugé ce qui suit :

Il est vrai que, conformément à l'Article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria les décisions prises par la Cour dans

<sup>104</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)* (voir *supra* note 51), par. 44 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 473, au paragraphe 47, cité dans *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* (voir *supra* note 86), par. 229.

<sup>105</sup> *Différend frontalier*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554, au paragraphe 39.

<sup>106</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité (voir *supra* note 103), par. 49, cité dans *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)* (voir *supra* note 103), par. 146.

<sup>107</sup> *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 3, au paragraphe 42.

des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, *il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents*<sup>108</sup>.

### Observation 33

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions antérieures plus fréquemment que sur les décisions des autres juridictions et sur les sentences arbitrales.**

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée à plusieurs reprises sur ses propres décisions antérieures en utilisant des termes anglais tels que « *settled jurisprudence* », « *consistent jurisprudence* », « *established jurisprudence* », « *established case law* » et « *constant jurisprudence* »<sup>109</sup>.**

71. Bien que le Secrétariat n'ait pas été en mesure de réaliser une étude exhaustive ou statistique de toutes les décisions de la Cour internationale de Justice pour les raisons exposées dans l'introduction de la présente étude, il ressort clairement du grand nombre de ces décisions qui ont été examinées que la Cour renvoie le plus souvent à ses propres décisions antérieures, plus qu'aux décisions d'autres cours ou tribunaux internationaux ou de juridictions nationales. Renvoyant à ses propres décisions, la Cour a employé à plusieurs reprises l'expression « jurisprudence constante » (« *settled jurisprudence* » dans le texte anglais) au sujet de diverses questions, notamment :

- le fait que la compétence s'apprécie à la date du dépôt de la requête<sup>110</sup> ;
- la délimitation maritime, où « la première étape consiste à établir la ligne d'équidistance provisoire<sup>111</sup> » ;
- le fait que « la recevabilité d'une demande en interprétation est subordonnée à l'existence d'une contestation<sup>112</sup> » ;

<sup>108</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, au paragraphe 28 [non souligné dans l'original]. On trouve un exemple similaire dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962 : C.I.J. Recueil 1962*, p. 319, à la page 334, où la Cour a renvoyé à l'avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif : C.I.J. Recueil 1950*, p. 128, à la page 138, et noté : « La Cour s'en tient encore aujourd'hui à la conclusion à laquelle elle est unanimement parvenue en 1950 quant à la survivance et au maintien en vigueur de l'article 7 du Mandat. Depuis lors, rien ne s'est produit qui justifierait la Cour de revenir sur cette conclusion. Tous les faits importants ont été exposés ou cités dans la procédure devant la Cour en 1950. »

<sup>109</sup> La Cour a également employé les termes français « jurisprudence constante » et « jurisprudence bien établie » dans de nombreuses affaires.

<sup>110</sup> *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (voir *supra* note 78), par. 41 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, (voir *supra* note 97), par. 26.

<sup>111</sup> *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 118. Voir aussi *Délimitation maritime et Frontière terrestre* (voir *supra* note 87), par. 98 (« Conformément à sa jurisprudence établie, la Cour procédera en deux étapes : premièrement, elle tracera une ligne médiane provisoire et, deuxièmement, elle examinera s'il existe quelque circonstance spéciale justifiant d'ajuster cette ligne »), citant *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)* (voir *supra* note 101), par. 176 ; *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 268.

<sup>112</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 3, au paragraphe 21, citant *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du Droit d'asile* (voir *supra* note 97), p. 402, et *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental* (Tunisie/Jamahiriya

- le fait que « [la Cour] doit [...] examiner d’office la question de sa propre compétence<sup>113</sup> » pour connaître de la requête de l’État.

72. Dans l’affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour s’est référée à sa « jurisprudence constante » (« *settled jurisprudence* » dans le texte anglais) pour rejeter la conception selon laquelle elle devrait se refuser à résoudre des questions juridiques dans le cadre d’un différend politique plus large opposant les parties, conception dont il « résulterait une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux<sup>114</sup> ».

73. La Cour a également fait référence à sa « jurisprudence constante » (« *settled jurisprudence* » dans le texte anglais) dans l’avis consultatif sur l’*Interprétation de l’accord du 25 mars 1951 entre l’OMS et l’Égypte*, indiquant que, selon cette jurisprudence, « s’il advient qu[’] [...] une question formulée dans une requête [d’avis consultatif] relève à d’autres égards de l’exercice normal de sa juridiction, la Cour n’a pas à traiter des mobiles qui ont pu inspirer la requête<sup>115</sup> ».

74. Dans l’affaire relative à l’*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a examiné la question de savoir si elle appliquerait le critère du contrôle effectif dégagé dans l’affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* pour attribuer à un État la responsabilité de faits internationalement illicites. Un argument lui a été présenté selon lequel c’était le « critère du contrôle global » dégagé par la Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie dans l’affaire *Tadić* qui devait s’appliquer. La Cour a jugé que c’était « à la lumière de sa jurisprudence établie qu[’elle] recherchera[it] si le défendeur a[vait] engagé sa responsabilité au titre de la règle de droit international coutumier énoncée à l’article 8 des articles de la [Commission du droit international] sur la responsabilité de l’État<sup>116</sup> ».

75. La Cour a employé l’expression « jurisprudence constante » (« *consistent jurisprudence* ») à diverses reprises en se référant à ses propres décisions et à celles de la Cour permanente de Justice internationale :

- pour indiquer que « conformément à sa jurisprudence constante, seules des “raisons décisives” peuvent conduire la Cour à opposer un refus à une demande d’avis consultatif<sup>117</sup> ».

---

arabe libyenne) (*Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne*), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 192, au paragraphe 44 ; *Demande en interprétation de l’arrêt du 11 juin 1998 en l’affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*) (voir *supra* note 88), par. 12.

<sup>113</sup> *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d’Allemagne c. Islande)*, arrêt, 2 février 1973, rôle général n° 56, p. 49, au paragraphe 13 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, au paragraphe 12 ; *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71), par. 15.

<sup>114</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3, au paragraphe 37.

<sup>115</sup> *Interprétation de l’accord du 25 mars 1951 entre l’OMS et l’Égypte* (voir *supra* note 62), par. 33, renvoyant à *Conditions de l’admission d’un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1948, p. 57, aux pages 61 et 62 ; *Compétence de l’Assemblée générale pour l’admission d’un État aux Nations Unies* (voir *supra* note 70) p. 6 et 7 ; *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* note 57), p. 155.

<sup>116</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 407.

<sup>117</sup> *Effets juridiques de la séparation de l’archipel des Chagos de Maurice en 1965* (voir *supra* note 59), par. 65, citant *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le Territoire*

- pour renvoyer à la « jurisprudence constante<sup>118</sup> » et à la « jurisprudence bien établie<sup>119</sup> » en ce qui concerne la définition du terme « différend » dans l'affaire *Mavrommatis* ;
- pour indiquer que « conformément à une jurisprudence constante [...], c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international<sup>120</sup> ».

#### Observation 34

##### **À plusieurs reprises, la Cour internationale de Justice a fait référence à la valeur de la cohérence des décisions judiciaires et du droit international.**

76. Il est arrivé que la Cour évoque la valeur de la cohérence et de la prévisibilité de la fonction judiciaire. Par exemple, au sujet de l'application de principes équitables pour effectuer la délimitation du plateau continental, rappelant la décision qu'elle avait rendue en 1969 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a indiqué que l'application de la règle de droit<sup>121</sup> « d[evait] être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité ; bien qu'elle s'attache plus particulièrement aux circonstances d'une affaire donnée, elle envisage aussi, au-delà de cette affaire, des principes d'une application plus générale ».

77. Dans l'affaire *Jan Mayen*, la Cour a renvoyé à ses décisions antérieures relatives à la délimitation maritime. Elle a indiqué qu'en procédant à un tel exercice, une cour avait à déterminer quel devait être l'équilibre entre diverses considérations dans chaque cas, notamment les circonstances de l'espèce, « mais encore la jurisprudence et la pratique des États. À cet égard, la Cour rappelle la nécessité, mentionnée dans l'affaire *Libye/Malte*, de la “cohérence et [d']une certaine prévisibilité” (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 39, par. 45)<sup>122</sup> ».

#### Observation 35

##### **La Cour internationale de Justice a indiqué qu'il lui fallait des raisons particulières pour s'écarter de sa propre « jurisprudence établie » (« *settled jurisprudence* »).**

78. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour a indiqué ce qui suit :

---

*palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, au paragraphe 44 ; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, au paragraphe 30 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 14.

<sup>118</sup> *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 6, au paragraphe 24.

<sup>119</sup> Voir *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 833, par. 37 ; *Application de la Convention internationale... (Géorgie c. Fédération de Russie)* (voir *supra* note 69), par. 30.

<sup>120</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité (voir *supra* note 103), par. 46.

<sup>121</sup> *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, au paragraphe 45.

<sup>122</sup> *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, au paragraphe 58.

Pour autant que les décisions en question contiennent des conclusions de droit, la Cour en tiendra compte, comme elle le fait habituellement de sa jurisprudence ; autrement dit, quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières<sup>123</sup>.

### Observation 36

#### **La Cour internationale de Justice a précisé les circonstances dans lesquelles ses décisions peuvent demeurer « applicables dans l'avenir ».**

79. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a mentionné l'effet possible de ses décisions et observé que « si, dans un jugement déclaratoire, elle définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur, l'arrêt qu'elle rend demeure applicable dans l'avenir<sup>124</sup> ».

## **8. Cas où la Cour internationale de Justice fait la distinction avec ses propres décisions antérieures**

### Observation 37

#### **Parfois, la Cour internationale de justice a fait la distinction avec ses propres décisions antérieures et avec celles de la Cour permanente de justice internationale.**

80. Dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour internationale de Justice a observé qu'elle avait « eu l'occasion de prendre note du changement intervenu dans le droit coutumier relatif au plateau continental, que consacrent les articles 76 et 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>125</sup> ». Elle a souligné que si, par le passé, elle avait « reconnu la pertinence de particularités géophysiques présentes dans la zone de délimitation quand ces particularités aid[ai]ent à identifier une ligne de séparation entre les plateaux continentaux des Parties », elle estimait que s'appuyer sur sa jurisprudence issue de l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* et de l'affaire *Tunisie/Libye* :

serait oublier que celle-ci, pour autant qu'elle apparaîtrait comme attribuant aux facteurs géologiques ou géophysiques un rôle éventuel dans la délimitation, se légitimait par référence à une réglementation du titre lui-même qui faisait à ces facteurs une place appartenant désormais au passé, en ce qui concerne les fonds marins situés à moins de 200 milles des côtes<sup>126</sup>.

81. Dans l'affaire *Avena*, la Cour a fait la distinction avec l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*. Dans cette dernière, elle avait prescrit l'annulation d'un mandat d'arrêt délivré par une autorité judiciaire belge dont elle avait conclu qu'il violait l'immunité du Ministre congolais des affaires étrangères. En l'espèce, la question faisant l'objet du différend était celle de la licéité en droit international de l'émission du mandat d'arrêt. Dans l'affaire *Avena*, en revanche, le Gouvernement mexicain avait demandé l'annulation des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre plusieurs ressortissants mexicains aux États-Unis, mais ce n'étaient pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées contre ces

<sup>123</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 412, au paragraphe 53 ; voir également le paragraphe 76.

<sup>124</sup> *Cameroun septentrional* (voir *supra* note 52), p. 37.

<sup>125</sup> *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra* note 121), p. 13, au paragraphe 77.

<sup>126</sup> *Ibid.*, par. 40.

personnes qui étaient présentés comme une violation du droit international, mais certains manquements à des obligations conventionnelles qui les avaient précédés<sup>127</sup>.

82. Dans l'affaire relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, la Cour a observé que l'espèce

se distingu[ait] en effet de l'affaire de l'*Or monétaire* en ce que le comportement du défendeur p[ouvai]t être apprécié indépendamment de la décision de l'[Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN)], que les droits et obligations de cette organisation et de ses États membres autres que la Grèce ne form[ai]nt pas l'objet de la décision de la Cour sur le fond de l'affaire [...] et que la détermination de leur responsabilité n'[étai]t pas « une condition préalable à la détermination de la responsabilité » du défendeur<sup>128</sup>.

## 9. Cas où la Cour internationale de Justice s'appuie sur ses propres décisions pour régler des questions de procédure

### Observation 38

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions antérieures pour élaborer les critères justifiant l'imposition de mesures conservatoires.**

83. La Cour a indiqué dans ses propres décisions qu'il lui fallait établir si elle était compétente à la date du dépôt de la requête<sup>129</sup>. Depuis l'affaire des *Essais nucléaires*, elle s'appuie sur ses propres décisions pour indiquer qu'elle n'ordonne pas de mesures conservatoires en l'absence de « préjudice irréparable [...] aux droits en litige<sup>130</sup> ».

84. La Cour a introduit pour la première fois le critère de « plausibilité » dans la décision sur les mesures conservatoires qu'elle a rendue dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*<sup>131</sup>, et l'a largement appliqué dans ses décisions ultérieures<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> *Avena* (voir *supra* note 85), par. 123, faisant la distinction avec l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* (voir *supra* note 97).

<sup>128</sup> *Accord intérimaire (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (voir *supra* note 96), par. 43, citant *Or monétaire* (voir *supra* note 95) ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (voir *supra* note 95), par. 34 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240, au paragraphe 55. Voir aussi *Accord intérimaire (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, par. 53.

<sup>129</sup> *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt (voir *supra* note 108), p. 344 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, au paragraphe 66 ; *Question de l'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 9, au paragraphe 43.

<sup>130</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 99, au paragraphe 20 ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979*, C.I.J. Recueil 1979, p. 7, au paragraphe 36 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993*, C.I.J. Recueil 1993, p. 3, au paragraphe 34 ; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 248, au paragraphe 36 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 9, au paragraphe 23.

<sup>131</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139, au paragraphe 60.

<sup>132</sup> Voir, par exemple, *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*, mesures conservatoires, ordonnance, 1<sup>er</sup> décembre 2023, par. 19. Voir aussi *Allégations de génocide* (voir *supra* note 90), par. 50 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6, au paragraphe 53.

85. Pour la première fois dans l'affaire du Passage par le Grand-Belt a été introduit le critère de l'urgence, « c'est-à-dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un tel arrêt définitif ne soit rendu<sup>133</sup> ».

86. La Cour a également fait mention de mesures conservatoires pour sauvegarder « les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur<sup>134</sup> ».

### Observation 39

#### **La Cour internationale de Justice a renvoyé à ses propres décisions pour mettre en évidence l'effet obligatoire des ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'Article 41 de son statut.**

87. Depuis la décision rendue dans l'affaire *LaGrand*, la Cour considère invariablement que « les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'Article 41 ont un caractère obligatoire<sup>135</sup> ». Dans cette décision, elle a mentionné, comme motif connexe allant dans le sens du caractère obligatoire des mesures conservatoires, « l'existence d'un principe que la Cour permanente de Justice internationale a déjà reconnu<sup>136</sup> », citant alors l'affaire *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*<sup>137</sup> au sujet de la non-aggravation et de la non-extension du différend.

### Observation 40

#### **La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions concernant la recevabilité des demandes reconventionnelles.**

88. Aux termes de l'article 80 du Règlement de la Cour internationale de Justice, « [l]a Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse<sup>138</sup> ». La Cour a jugé que ces conditions « se rapportent à "la recevabilité d'une demande reconventionnelle comme telle" et a précisé que le terme "recevabilité" devait être compris "comme couvrant à la fois la condition de compétence et celle de connexité directe"<sup>139</sup> ».

<sup>133</sup> *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 12, au paragraphe 23, cité dans Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 102, au paragraphe 22 ; Usines de pâte à papier (voir supra note 80), par. 32 ; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 353, au paragraphe 129 ; Obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires (voir supra note 131), par. 62.*

<sup>134</sup> *Obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires (voir supra note 131), par. 56, citant Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 3, au paragraphe 34, à laquelle il est également fait référence dans Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 13, au paragraphe 35 ; Application de la convention internationale... (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008 (voir note précédente), par. 118.*

<sup>135</sup> *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt (voir supra note 56), par. 109.*

<sup>136</sup> *Ibid.*, par. 103.

<sup>137</sup> *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance (demande en indication de mesures conservatoires) (voir supra note 31), p. 199.*

<sup>138</sup> Règlement de la Cour internationale de Justice, art. 80, par. 1.

<sup>139</sup> *Silala (Chili c. Bolivie) (voir supra note 90), par. 131, citant 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), demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 200, au paragraphe 20. Voir aussi Immunités*

**Observation 41****La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur ses propres décisions et les a développées lorsqu'elle a élaboré des règles concernant la charge de la preuve et le degré de preuve exigé.**

89. La Cour a par exemple indiqué qu'elle a « admis de longue date que les allégations formulées contre un État qui comprennent des accusations d'une exceptionnelle gravité doivent être prouvées par des éléments ayant pleine force probante », et qu'elle « doit être pleinement convaincue qu'ont été clairement avérées les allégations formulées au cours de l'instance selon lesquelles le crime de génocide ou les autres actes énumérés à l'article III ont été commis. Le même critère s'applique à la preuve de l'attribution de tels actes<sup>140</sup> ».

90. La Cour s'est appuyée sur le raisonnement qu'elle avait suivi pour rendre ses propres décisions en soulignant qu'elle devait rechercher s'il existait « un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait illicite [...] et le préjudice subi par le demandeur » pour donner lieu à une obligation de réparation<sup>141</sup>.

91. La Cour s'est parfois appuyée sur ses propres décisions pour indiquer que « l'absence d'éléments de preuve suffisants quant à l'étendue des dommages matériels n'exclut pas dans tous les cas l'octroi d'une indemnisation pour ces derniers<sup>142</sup> ».

**10. Interprétation par la Cour internationale de Justice de ses propres décisions antérieures ou de celles de la Cour permanente de Justice internationale****Observation 42****La Cour internationale de Justice renvoie à ses propres décisions pour donner des orientations quant à l'interprétation de ses arrêts.**

92. La Cour a parfois renvoyé à ses propres décisions et à celles de la Cour permanente de Justice internationale en ce qui concerne l'interprétation du dispositif. Elle a cité l'avis consultatif rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig* pour indiquer que « toutes les parties d'un jugement visant les points en litige s'expliquent et se complètent l'une l'autre et doivent être prises en considération, afin d'établir la portée et le sens précis du dispositif<sup>143</sup> ». Elle a en outre souligné que « la Cour, conformément à sa pratique,

---

*juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 310, au paragraphe 14, citant Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 190, au paragraphe 33, et Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 660, au paragraphe 35.*

<sup>140</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 209, citant *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 17.

<sup>141</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 180 et 382, renvoyant à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 92), par. 32 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, au paragraphe 14 ; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 462.

<sup>142</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 360, citant *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 92), par. 35.

<sup>143</sup> *Délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 69), par. 75, citant *Service postal polonais à Dantzig* (voir *supra* note 70), p. 30.

tiendra[it] compte des motifs de ce dernier dans la mesure où ils éclairent l'interprétation à donner au dispositif<sup>144</sup> ».

## 11. Cas où la Cour internationale de Justice s'appuie sur les décisions d'autres juridictions internationales

### Observation 43<sup>145</sup>

**Au fil du temps, la Cour internationale de Justice a multiplié les renvois aux décisions d'autres juridictions internationales (décisions autres que les siennes).**

**La Cour internationale de Justice cite généralement les décisions et sentences de cours, tribunaux et organes internationaux (autres que les siennes) à l'appui de ses motifs ou conclusions.**

### Observation 44

**La Cour internationale de Justice n'exige pas de « raisons particulières » pour s'écarter des décisions et sentences des juridictions internationales (autres que les siennes).**

93. Dans ses premières décisions, la Cour a eu tendance à faire appel à des références moins nombreuses et plus génériques, sans indiquer à quelles décisions (non rendues par elle-même) elle se référait en particulier. Par exemple, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, elle a évoqué la « jurisprudence internationale » relative à la recevabilité des moyens de preuve indirecte, sans toutefois citer aucune affaire précise<sup>146</sup>. Dans l'affaire *Nottebohm*, elle a évoqué la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Alabama* pour confirmer l'application du principe de la compétence de la compétence au stade des exceptions préliminaires<sup>147</sup> et des principes relatifs à la nationalité auxquels se réfère l'« arbitre international<sup>148</sup> ». Dans l'avis consultatif en l'affaire relative à la *Composition du Comité de la sécurité maritime*, elle a mentionné la « jurisprudence et la doctrine internationales<sup>149</sup> ».

94. Au cours des dernières décennies, peut-être en raison de l'augmentation du nombre de juridictions internationales et d'un meilleur accès aux recueils de décisions et sentences internationales, la Cour a invoqué plus souvent et de manière plus précise des décisions autres que les siennes à l'appui de ses motifs ou de ses conclusions.

95. Dans l'affaire relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, par exemple, au sujet de la « mauvaise foi<sup>150</sup> », la Cour a fait référence à la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Tacna-Arica* et, dans l'affaire *Diallo*, au sujet de l'indemnisation au titre du préjudice moral, elle a fait référence aux sentences arbitrales rendues dans les affaires *Lusitania* et aux décisions de la Cour

<sup>144</sup> Ibid., citant *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear* (voir *supra* note 97), par. 68.

<sup>145</sup> Pour une analyse complète, voir Eric de Brabandere, « The use of precedent and external case law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), p. 24 à 55.

<sup>146</sup> Affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 18.

<sup>147</sup> *Affaire Nottebohm (exception préliminaire)*, arrêt du 18 novembre 1953 : C.I.J. Recueil 1953, p. 111, à la page 119.

<sup>148</sup> *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955 : C.I.J. Recueil 1955, p. 4, aux pages 21 et 22.

<sup>149</sup> *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, avis consultatif du 8 juin 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 150, à la page 169.

<sup>150</sup> *Accord intérimaire (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (voir *supra* note 96), par. 132.

interaméricaine des droits de l'homme, du Comité des droits de l'homme, de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>151</sup>.

96. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour internationale de Justice a cité des décisions de tribunaux arbitraux et du Tribunal international du droit de la mer concernant le droit d'un État de fixer à 12 milles marins la largeur de la mer territoriale entourant une île<sup>152</sup>.

97. La Cour a renvoyé à plusieurs reprises aux décisions des tribunaux pénaux internationaux. Par exemple, dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, pour interpréter les éléments constitutifs du crime de génocide, elle a renvoyé à la « jurisprudence constante » du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi qu'au commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission<sup>153</sup>.

98. Dans l'affaire relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, la Cour a renvoyé au raisonnement de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'interprétation du Traité instituant la Communauté économique européenne « qui prévoyait que les “droits et obligations” découlant d'accords antérieurs “ne ser[ai]ent pas affectés par” les dispositions de ce même instrument<sup>154</sup> ».

99. Pour l'examen des réparations, la Cour a renvoyé aux décisions de juridictions et organes spécialisés. Par exemple, dans l'affaire *Diallo*, elle a indiqué qu'elle<sup>155</sup> :

[tenait] compte de la pratique d'autres juridictions et commissions internationales (telles que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), le Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie et la Commission d'indemnisation des Nations Unies), qui ont appliqué les principes généraux régissant l'indemnisation lorsqu'elles ont été appelées à fixer le montant d'une

<sup>151</sup> *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 18, 24, 33, 40 et 49.

<sup>152</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* (voir *supra* note 79), par. 178.

<sup>153</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 198, renvoyant à Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33, Arrêt, 19 avril 2004, Chambre d'appel, par. 8 à 11, et aux affaires *Kayishema* (Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999, Chambre de première instance, *Recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1999*, p. 824), *Bagilishema* (Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A, Jugement, 7 juin 2001, Chambre de première instance), et *Semanza* (Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-20, Jugement, 15 mai 2003, Chambre de première instance) qui y sont citées, ainsi qu'au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 51, à la page 45, par. 8) du commentaire du projet d'article 17. Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 199 et 200.

<sup>154</sup> *Accord intérimaire (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (voir *supra* note 96), par. 109, renvoyant à Cour de Justice des Communautés européennes, *Commission de la Communauté économique européenne c. République italienne*, affaire 10/61, arrêt du 27 février 1962, *Recueil de jurisprudence 1962*, p. 22 ; voir aussi Cour de justice des Communautés européennes, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Suède*, affaire C-249/06, *Recueil de jurisprudence 2009*, p. 1338, au paragraphe 34.

<sup>155</sup> *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 13.

indemnité, notamment à raison du préjudice découlant d'une détention ou d'une expulsion illicites.

100. Dans l'arrêt sur l'indemnisation dans l'affaire des *Activités armées*, la Cour a renvoyé aux décisions de la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie concernant la réparation des dommages causés dans le cadre d'un conflit armé<sup>156</sup>, ainsi qu'à l'approche de la Cour pénale internationale à raison de violations de masse commises dans le cadre d'un conflit armé<sup>157</sup>.

101. Dans l'affaire *Pedra Branca/Pulau Batu*, la Cour, citant la Commission de délimitation des frontières entre l'Érythrée et l'Éthiopie, a relevé qu'une carte « rest[ait] une indication de fait géographique, en particulier lorsque l'État désavantagé l'a lui-même établie et distribuée, même contre ses propres intérêts<sup>158</sup> ».

102. La Cour n'a pas déclaré, comme elle l'a fait au sujet de ses propres décisions et avis antérieurs, qu'elle suivrait les décisions et sentences non rendues par elle à moins qu'il n'existe des raisons particulières de s'en écarter ou de s'écarter de leurs motifs ou leurs conclusions. Comme nous le verrons ci-après, elle ne suit les décisions des tribunaux pénaux internationaux qu'à certains égards et considère que l'interprétation d'un instrument international relatif aux droits humains adoptée par un organe créé en vertu dudit instrument appelle une « grande considération ».

#### Observation 45

**Parfois, la Cour internationale de Justice mentionne la pratique d'autres juridictions internationales quant à l'octroi d'intérêts compensatoires et moratoires sur les montants dus à titre de réparation pour des faits internationalement illicites.**

103. Dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour a invoqué l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État pour rappeler que « selon la pratique des juridictions internationales, des intérêts compensatoires p[ouvaient] être alloués s'ils [étaient] nécessaires pour assurer la réparation intégrale du préjudice causé par un fait internationalement illicite [mais que l]es intérêts ne constitu[ai]ent cependant pas une forme autonome de réparation, et [n'étaient] pas non plus nécessairement présents dans le contexte de l'indemnisation<sup>159</sup> ».

104. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a indiqué que « l'octroi d'intérêts moratoires [était] conforme à la pratique d'autres juridictions internationales<sup>160</sup> ».

<sup>156</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 107, 110, 164, 189, 214, 382 et 384, renvoyant à Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *sentence finale, Réclamations de dommages de l'Érythrée*, décision, 17 août 2009, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente B.06.V.7), p. 505 à 630, à la page 516.

<sup>157</sup> *Ibid.*, par. 123, renvoyant à Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, 24 mars 2017, Chambre de première instance, par. 84.

<sup>158</sup> *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* (voir *supra* note 86), par. 271. Voir aussi *Certaines activités et Construction d'une route, arrêt* (voir *supra* note 80), par. 85.

<sup>159</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 92), par. 151, renvoyant au commentaire de l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, par. 77, à la page 115. Voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 401.

<sup>160</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 402, citant *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 56.

**Observation 46****Parfois, la Cour internationale de Justice s'appuie sur ses propres décisions pour déterminer les formes de réparation appropriées pour des actes internationalement illicites.**

105. Dans plusieurs décisions, la Cour a noté qu'« en général une déclaration de violation constitue, en elle-même, une satisfaction appropriée dans la plupart des cas<sup>161</sup> ».

**Observation 47****Parfois, la Cour internationale de Justice fait la distinction avec les sentences d'autres juridictions internationales.***a) Tribunaux arbitraux*

106. Dans l'affaire relative à la *Barcelona Traction*, la Cour a rejeté les références des Parties aux décisions d'autres tribunaux concernant les indemnités dues à la suite de la nationalisation de biens étrangers : « Vouloir en tirer des analogies ou des conclusions applicables à d'autres domaines, c'est méconnaître leur nature particulière de *lex specialis* et s'exposer, par conséquent, à des erreurs. » En outre :

[I]es Parties ont également invoqué la jurisprudence arbitrale générale qui s'est accumulée au cours des cinquante dernières années. Mais dans la majorité des cas les décisions citées se fondent sur les instruments qui établissent la juridiction du tribunal ou de la commission des réclamations et déterminent les droits pouvant bénéficier d'une protection, de sorte qu'elles ne sauraient faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce. D'autres décisions en vertu desquelles des réclamations ont été accueillies ou rejetées à titre d'exceptions, vu les faits de la cause, ne sont pas directement pertinentes en la présente affaire<sup>162</sup>.

*b) Tribunaux pénaux internationaux*

107. Dans l'affaire du *Génocide en Croatie*, la Cour a indiqué :

La responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle obéissent à des régimes juridiques et poursuivent des objectifs différents. Dans le premier cas, il s'agit des conséquences de la violation par un État des obligations que lui impose le droit international, alors que, dans le second, il s'agit de la responsabilité d'un individu, établie en vertu des règles de droit pénal, international et interne, et des sanctions qui en découlent pour lui. Il appartient à la Cour, lorsqu'elle applique la Convention, de décider si des actes de génocide ont été commis, mais il ne lui revient pas de statuer sur la responsabilité pénale individuelle pour de tels actes. [...] Cela étant, la Cour prendra en considération, le cas échéant, les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], comme elle l'a fait en 2007, lorsqu'elle examinera en l'espèce les éléments constitutifs du génocide. S'il est établi qu'un génocide a été commis, la Cour s'attachera à

<sup>161</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 387, citant *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 282, point 1) ; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 177, au paragraphe 204 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 463 et 471, point 9) ; *Affaire du Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 35.

<sup>162</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, aux paragraphes 62 et 63.

apprécier la responsabilité de l'État, sur la base des règles de droit international général relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>163</sup>.

108. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a considéré que le critère du « contrôle global » appliqué par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić* était inadapté pour déterminer la responsabilité de l'État, car « il distend[ait] trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier<sup>164</sup> ». Elle a en revanche estimé que c'était « à la lumière de sa jurisprudence établie qu'elle recherchera[it] si le défendeur a[vait] engagé sa responsabilité au titre de la règle de droit international coutumier énoncée à l'article 8 des articles de la [Commission] sur la responsabilité de l'État<sup>165</sup> ».

109. La Cour s'est donc appuyée sur la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, principalement en ce qui concerne ses conclusions de fait et leur appréciation<sup>166</sup>, mais aussi lorsqu'elle a examiné les éléments constitutifs du crime de génocide, par exemple en ce qui concerne la manière de définir un groupe<sup>167</sup>, ainsi que pour clarifier la notion d'« atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe<sup>168</sup> », et elle s'est appuyée sur le jugement de la Chambre de première instance rendu dans l'affaire *Kupreškić* pour définir la spécificité de l'intention requise pour le génocide<sup>169</sup>.

## 12. Exemples de renvoi aux décisions de juridictions nationales.

### Observation 48

**Comme souligné dans l'étude du Secrétariat de 2016 sur le droit international coutumier, la Cour internationale de Justice invoque parfois des décisions de juridictions nationales comme preuves de la pratique des États ou, moins fréquemment, de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), souvent en les associant à d'autres preuves telles que les dispositions législatives ou conventionnelles<sup>170</sup>.**

<sup>163</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* note 95), par. 129.

<sup>164</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 406.

<sup>165</sup> *Ibid.*, par. 407.

<sup>166</sup> *Ibid.*, par. 223 et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* note 95), par. 182, 248, 254, 261 à 264, 277 et 354.

<sup>167</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 195 à 200, et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* note 95), par. 142.

<sup>168</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* note 95), par. 157 et 158.

<sup>169</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 188.

<sup>170</sup> Étude du Secrétariat 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, *Annuaire ... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document [A/CN.4/691](#), observations 5 et 6 et par. 19 à 23, renvoyant par exemple à l'affaire des *Pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 134 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* (voir *supra* note 97), par. 56 à 58, et l'affaire *Nottebohm (deuxième phase)* (voir *supra* note 148), p. 22.

**Observation 49**

**Comme cela est souligné également dans l'étude du Secrétariat de 2016, les décisions des juridictions nationales constituent des éléments particulièrement pertinents de preuve de formation du droit international coutumier dans des domaines qui sont étroitement liés au droit interne ou dans lesquels les tribunaux internes sont appelés à statuer<sup>171</sup>.**

110. Dans l'étude de 2016, le Secrétariat a indiqué que :

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<sup>172</sup>.

**13. Exemples de renvoi aux décisions d'organes créés en vertu d'un instrument relatif aux droits humains**

**Observation 50**

**Dans plusieurs de ses décisions, lorsqu'elle examinait des questions liées au droit international des droits humains, la Cour internationale de Justice a renvoyé aux textes issus des travaux d'organes créés en vertu d'un instrument relatif aux droits humains.**

**Observation 51**

**La Cour internationale de Justice indique qu'elle accorde une « grande considération » à l'interprétation d'un instrument international relatif aux droits humains adoptée par des organes créés en vertu de celui-ci pour en superviser l'application.**

111. La Cour a invoqué les textes issus des travaux d'organes créés en vertu d'un instrument international relatif aux droits humains dans sept de ses décisions, dont cinq arrêts et deux avis consultatifs<sup>173</sup>. Les organes conventionnels auxquels il est fait référence sont le Comité contre la torture, le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, et les textes en question sont des observations générales, des recommandations générales, des décisions (appelées « communications » par la Cour internationale de Justice) et des observations finales.

112. La Cour internationale de Justice accorde une « grande considération » aux interprétations et aux vues adoptées par les organes créés en vertu d'un instrument

<sup>171</sup> Étude du Secrétariat 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, *Annuaire ... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/691, observation 7 et par. 23, renvoyant par exemple à *Immunités juridictionnelles* (voir *supra* note 82), opinion individuelle du juge Keith, par. 4.

<sup>172</sup> *Ibid.*, par. 27.

<sup>173</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117) ; *Diallo, fond* (voir *supra* note 92) ; *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141) ; *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2012, p. 10 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt*, C.I.J. Recueil 2012, p. 422 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2021, p. 71 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 188.

international relatif aux droits humains. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, elle a indiqué :

Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles<sup>174</sup>.

113. En outre, dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la Cour a rappelé que « dans sa jurisprudence, elle a pris en compte la pratique des comités établis en vertu de conventions relatives aux droits de l'homme, ainsi que la pratique des cours régionales des droits de l'homme, dans la mesure où celle-ci était pertinente aux fins de l'interprétation<sup>175</sup> », tout en répétant qu'elle n'était aucunement tenue d'adhérer aux interprétations des organes créés en vertu d'un instrument international relatif aux droits humains<sup>176</sup>.

114. La Cour a également souligné qu'il importait d'être cohérent dans l'interprétation d'instruments régionaux de protection des droits humains, en tenant « dûment compte de l'interprétation dudit instrument adoptée par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause<sup>177</sup> ».

## Observation 52

**La Cour internationale de Justice a invoqué une observation générale du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale pour déterminer sa compétence *ratione materiae* en vertu de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>178</sup>.**

115. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la Cour, examinant sa compétence *ratione materiae* en vertu de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, s'est appuyée sur une observation générale du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale pour montrer que l'approche de la Cour consistant à interpréter une disposition à la lumière des objectifs et des buts de la Convention était conforme à celle du Comité<sup>179</sup>. Elle

<sup>174</sup> *Diallo, fond* (voir *supra* note 92), par. 66.

<sup>175</sup> *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)* (voir *supra* note 173), par. 77, citant *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 13 et 24 ; *Obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt* (voir *supra* note 173), par. 101 ; *Diallo, fond* (voir *supra* note 92), par. 66 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117), par. 109 et 136.

<sup>176</sup> *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)* (voir *supra* note 173), par. 101.

<sup>177</sup> *Diallo, fond* (voir *supra* note 92), par. 67, citant Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Kenneth Good c. République du Botswana*, n° 313/05, Decision of the Commission, 26 mai 2010, par. 204 ; *Organisation mondiale contre la torture et Association internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'homme c. Rwanda*, n°s 27/89-46/91-49/91-99/93), 31 octobre 1996.

<sup>178</sup> Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 9464, p. 195.

<sup>179</sup> *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, par. 100.

est néanmoins parvenue à une conclusion différente de celle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, estimant que l'expression « origine nationale » n'englobait pas la nationalité actuelle et n'entraînait pas dans le champ *ratione materiae* de la Convention<sup>180</sup>.

### Observation 53

**Dans certaines de ses décisions, la Cour internationale de Justice invoque, quant au fond des affaires, les textes issus des travaux d'organes créés en vertu d'un instrument international relatif aux droits humains.**

116. Dans l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a invoqué une communication et des observations finales du Comité des droits de l'homme, ainsi que des observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>181</sup>, afin de mettre en avant la compatibilité entre l'interprétation qu'elle avait de l'applicabilité des obligations découlant des deux Pactes hors du territoire national d'un État et la pratique des Comités.

117. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour a renvoyé à deux observations générales et à une communication du Comité des droits de l'homme. Ces renvois, associés aux décisions des cours régionales des droits de l'homme, ont servi à démontrer que l'interprétation de la Cour internationale de Justice concernant les conditions de légalité de l'expulsion d'un étranger, telles que stipulées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Charte africaine, était conforme aux vues du Comité des droits de l'homme<sup>182</sup>. Ils ont également servi à expliquer la signification d'une arrestation arbitraire aux fins de l'interprétation des garanties requises<sup>183</sup>.

118. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice s'est fondée sur une communication du Comité contre la torture pour déterminer la portée temporelle de l'obligation de poursuivre les auteurs d'actes de torture contenue dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>184</sup>. Tout en notant que le Comité contre la torture considère que les cas de « torture » aux fins de la Convention s'entendent des cas de torture survenus après l'entrée en vigueur de la Convention, elle a conclu que l'obligation de poursuivre ne s'appliquait pas aux actes antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné<sup>185</sup>.

<sup>180</sup> Ibid., par. 77 à 101.

<sup>181</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117), par. 109 à 112, renvoyant à l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 14531, p. 3) et de la Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3).

<sup>182</sup> *Diallo, fond* (voir *supra* note 92), par. 66.

<sup>183</sup> Ibid., par. 77, renvoyant à l'observation générale n° 8 (1982) du Comité des droits de l'homme, relative au droit à la liberté et à la sécurité de la personne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40 (A/37/40)*, annexe V.

<sup>184</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24841, p. 85.

<sup>185</sup> *Obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt* (voir *supra* note 173), par. 101.

**Observation 54****La Cour internationale de Justice se réfère aux textes issus des travaux du Comité contre la torture pour examiner son approche en matière de réparations.**

119. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, pour examiner son approche en matière de réparation, la Cour s'est référée à une communication du Comité contre la torture, à une décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et à la pratique générale de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>186</sup>. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, elle s'est référée à une communication du Comité des droits de l'homme, ainsi qu'à des décisions de juridictions régionales (la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour interaméricaine des droits de l'homme), pour souligner l'importance des considérations d'équité dans la détermination du montant de l'indemnité due à raison d'un préjudice immatériel<sup>187</sup>.

**Observation 55****La Cour internationale de Justice s'est référée aux textes issus des travaux du Comité des droits de l'homme pour étayer son interprétation du principe de l'égalité d'accès aux tribunaux.**

120. Dans l'avis consultatif sur des questions concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, la Cour a appuyé son raisonnement sur deux observations générales du Comité des droits de l'homme. La disposition soumise à la Cour ne permettait qu'à une seule partie au litige d'avoir recours à la Cour. En se penchant sur l'« inégalité d'accès à la Cour » inhérente à cette disposition, la Cour a souligné le principe de l'égalité des parties dans des procédures judiciaires qui avait été confirmé par le Comité des droits de l'homme. Se fondant sur les observations générales du Comité, la Cour a interprété ce principe comme exigeant que « lorsque des droits procéduraux sont accordés, ils doivent l'être également à toutes les parties, sauf si des motifs objectifs et raisonnables justifient une distinction<sup>188</sup> ».

**14. Exemples de références à des écrits de doctrine****Observation 56****Les références à des écrits de doctrine dans les décisions de la Cour internationale de Justice sont rares.**

121. Dans l'avis consultatif au sujet des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, la Cour s'est référée à un écrit de doctrine lorsqu'elle a examiné si la révocabilité d'un mandat de la Société des Nations pour faute du mandataire était envisagée dans le cadre de la Société, et donc de l'Organisation des Nations Unies. La Cour a relevé ce qui suit<sup>189</sup> :

« En cas d'abus flagrant et prolongé de cette mission, la population dont il s'agit devrait avoir le droit de s'adresser à la Société pour qu'il y soit remédié et celle-ci devrait, si le cas se présente, exercer pleinement son autorité, allant éventuellement jusqu'à enlever le mandat pour le confier à un autre État si c'est

<sup>186</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations (voir *supra* note 83), par. 188.

<sup>187</sup> *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 24.

<sup>188</sup> *Jugement n° 2867* (voir *supra* note 173), par. 39.

<sup>189</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)* (voir *supra* note 71), par. 100.

nécessaire. [...] [Traduction du Greffe.] » (J. C. Smuts, *La Société des Nations : une proposition pratique*, 1918, p. 21 et 22).

122. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenants)]*, la Cour a jugé que le golfe de Fonseca était une baie historique et s'est référée à des travaux et à une étude du Secrétariat menés à la suite de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958 :

les directeurs de publication successifs de l'*International Law* d'Oppenheim, de la première édition d'Oppenheim lui-même (1905) à la huitième édition de Hersch Lauterpacht (1955), ont toujours été d'avis que « tous les golfes et baies entourés par les côtes de plus d'un État riverain, pour étroite que puisse être leur entrée, constituent des eaux non territoriales », une note a été ajoutée dans la troisième édition (1920, p. 344, note 4) pour formuler une restriction de caractère général, à savoir « sauf dans le cas où lesdites baies présentent les caractéristiques d'une mer fermée ». [...] Gidel appuie lui aussi de son autorité la proposition selon laquelle le golfe de Fonseca est une baie historique (G. Gidel, *Le droit international public de la mer* (1934), vol. 3, p. 626 et 627)<sup>190</sup>.

123. Dans le même arrêt, la Cour a fait référence à un autre écrit de doctrine pour replacer dans son contexte l'emploi de l'expression « eaux territoriales », qui « ne visait pas nécessairement, ni même habituellement, ce que l'on appellerait maintenant la “mer territoriale” »<sup>191</sup>.

124. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a renvoyé à l'étymologie du terme « génocide », notant que : « Raphael Lemkin a[va]it d'ailleurs expliqué qu'il avait forgé le terme à partir du grec *genos*, qui signifie race ou tribu, et du suffixe -cide, du latin *caedere*, tuer (*Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, p. 79)<sup>192</sup> ».

## 15. Exemples de références aux travaux de la Commission du droit international

### Observation 57

#### La Cour internationale de Justice s'est référée à plusieurs reprises aux travaux de la Commission du droit international, à plusieurs fins.

125. Ces références aux textes issus des travaux de la Commission consistent en : a) des références aux règles ou principes que la Commission a repérés comme étant des règles ou principes de droit international coutumier ; b) des références aux travaux de la Commission comme étant la base sur laquelle la Cour a déterminé l'existence ou le contenu du droit international ; c) des références aux travaux de la Commission comme étant la base sur laquelle la Cour a élaboré son raisonnement ; d) l'utilisation des travaux de la Commission ayant contribué aux travaux préparatoires de traités qui ont été négociés sur la base d'un texte issu des travaux de la Commission ; e) l'utilisation des travaux de la Commission pour interpréter d'autres traités portant sur la même matière.

<sup>190</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (voir *supra* note 46), par. 394, renvoyant également à l'étude menée par le Secrétariat à la suite de la Conférence de 1958 sur le droit de la mer, *Annuaire ... 1962*, vol. II, document A/CN.4/143, par. 147.

<sup>191</sup> *Ibid.*, par. 392, note 1 : « Voir par exemple un article de sir Cecil Hurst, président ensuite de la Cour permanente de Justice internationale (“The Territoriality of Bays”, *British Year Book of International Law*, vol. 3 (1922-1923), p. 43). »

<sup>192</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 193.

## Observation 58

### La Cour se réfère aux textes issus des travaux de la Commission dans son analyse de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier.

126. À plusieurs reprises, la Cour s'est référée aux travaux de la Commission pour déterminer si une règle faisait partie du droit international coutumier.

127. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour s'est référée à l'attitude de la Commission par rapport à l'article 6 de la Convention de Genève sur le plateau continental<sup>193</sup> concernant la délimitation et a noté ce qui suit<sup>194</sup> :

Il semble donc normal de conclure que les articles à propos desquels la faculté de formuler des réserves n'est pas exclue par l'article 12 [de la Convention de Genève sur le plateau continental] n'ont pas été considérés comme déclaratoires de règles de droit préexistantes ou en voie de formation. Telle est bien, en ce qui concerne l'article 6 sur la délimitation, la déduction tirée par la Cour, qui tient également compte de l'attitude, déjà exposée en termes généraux, de la Commission du droit international à l'égard de cette disposition. Cela ne suffirait évidemment pas à empêcher cette disposition de s'intégrer au droit international coutumier par l'un des moyens considérés aux paragraphes 70 à 81 ci-après.

128. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a évoqué le caractère coutumier de la prohibition de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et s'est référée, entre autres, au commentaire de la Commission sur le projet d'articles sur le droit des traités et a noté que la Commission, « [d]ans ses travaux de codification du droit des traités[,] [...] a[vait] exprimé l'opinion que “le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*”<sup>195</sup> ».

129. Dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles*, la Cour analysait « si le droit international coutumier a[vait] évolué au point d'interdire à un État de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés<sup>196</sup> ». Elle a relevé qu'aucune limitation à l'immunité de l'État fondée sur la gravité de la violation ou sur le caractère impératif de la règle violée ne figurait dans la convention des Nations Unies et souligné que :

[I]a question de savoir si une disposition à cet effet était nécessaire ayant été soulevée lors de l'élaboration du texte de ce qui est devenu la convention des Nations Unies, il [était] particulièrement significatif que cet instrument ne contienne pas de clause de cette nature. En 1999, la Commission du droit international a constitué un groupe de travail qui a examiné diverses évolutions dans la pratique relative à certaines questions se rapportant à l'immunité de l'État, telles que mises en évidence par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Dans un appendice de son rapport, ce groupe de travail a évoqué, à titre complémentaire, certaines évolutions ayant trait aux réclamations « en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un État en

<sup>193</sup> Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, 29 avril 1958) : Convention sur le plateau continental, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, n° 7302, p. 311.

<sup>194</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 102), par. 64.

<sup>195</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond (voir *supra* note 55), par. 190, citant le paragraphe 1) du commentaire de la Commission sur l'article 50 de ses projets d'articles sur le droit des traités, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 270.

<sup>196</sup> *Immunités juridictionnelles* (voir *supra* note 82), par. 83.

violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens* », et précisé que cette question ne devait pas être négligée, bien qu'il n'ait pas recommandé d'amender le texte des articles de la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, deuxième partie, p. 180-181). [...] Lors des débats ultérieurs au sein de la Sixième Commission, aucun État n'a suggéré de faire figurer une limitation découlant du *jus cogens* dans la convention. La Cour estime que ces éléments tirés de la genèse de cet instrument indiquent que, au moment de l'adoption de la convention des Nations Unies en 2004, les États ne considéraient pas que le droit international coutumier limitait l'immunité de la manière que prétend aujourd'hui l'Italie<sup>197</sup>.

130. Dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, analysant une exception d'incompétence fondée sur la doctrine des « mains propres », la Cour a indiqué qu'elle ne reconnaissait pas cette doctrine comme une règle de droit international coutumier ni comme un principe général de droit et relevé :

que la [Commission] a[vait] refusé d'inclure la doctrine des « mains propres » parmi les circonstances excluant l'illicéité, dans ses Articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites [...], au motif que cette « théorie [...] a été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée »<sup>198</sup>.

131. Dans l'affaire *Silala*, les parties se sont accordées à considérer que l'article 14 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation<sup>199</sup> reflétait le droit international coutumier, mais l'ont interprété chacune différemment. La Cour a pris en compte le commentaire de la Commission sur le projet d'articles relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation<sup>200</sup>, qui a servi de base à la négociation de la Convention. La Cour a en particulier examiné les sources utilisées par la Commission dans le commentaire :

Contrairement au commentaire relatif à certaines autres dispositions du projet d'articles de la [Commission], celui de l'article 11 (qui deviendra par la suite l'article 11 de la convention de 1997) ne se réfère à aucune pratique étatique ni à des précédents jurisprudentiels permettant d'indiquer le caractère coutumier de cette disposition. La Commission indique simplement que des exemples d'instruments et de décisions « énonçant une obligation analogue à celle que définit l'article 11 » seront trouvés dans le commentaire de l'article 12 [...] En l'absence de pratique générale et d'*opinio juris* appuyant cette thèse, la Cour ne peut conclure que l'article 11 serait le reflet du droit international coutumier<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> Ibid., par. 89.

<sup>198</sup> *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 30 mars 2023, rôle général n° 164, par. 81, citant le paragraphe 9) du commentaire relatif au chapitre V de la première partie des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, par. 77, à la page 76.

<sup>199</sup> Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2999, n° 52106, p. 77.

<sup>200</sup> Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire ... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 222 et 223.

<sup>201</sup> *Silala (Chili c. Bolivie)* (voir *supra* note 90), par. 111.

**Observation 59****La Cour internationale de Justice se réfère à ses propres décisions antérieures qui ont établi que certains textes issus des travaux de la Commission reflétaient des règles de droit international coutumier.**

132. On peut citer les exemples suivants :

- À plusieurs reprises, la Cour a indiqué qu'« il est constant que [les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités] reflètent des règles de droit international coutumier<sup>202</sup> ». Dans plusieurs affaires, la Cour a également estimé que les articles 60 à 62 relatifs à l'extinction et à la suspension de l'application des traités contenaient des règles de droit international coutumier<sup>203</sup>.
- Certaines parties des articles sur la responsabilité de l'État<sup>204</sup>, telles que les articles 3<sup>205</sup>, 4, 8, 16<sup>206</sup>, 31<sup>207</sup> et 34 à 37<sup>208</sup>.

133. Dans l'affaire *Diallo* et dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, la Cour a déterminé que l'article premier des articles sur la protection diplomatique<sup>209</sup> reflétait le droit international coutumier<sup>210</sup> et, dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, elle a considéré, traitant des exceptions à la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>211</sup>, que c'était également le cas de l'article 15.

**Observation 60****La Cour s'est appuyée sur les travaux de la Commission ayant servi de travaux préparatoires pour interpréter certains traités qui ont été négociés sur la base de projets d'articles de la Commission.**

<sup>202</sup> *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 455, au paragraphe 70. Voir aussi *Délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 69), par. 33, citant *Avena* (voir *supra* note 85), par. 83 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt* (voir *supra* note 56), par. 101 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 803, au paragraphe 23 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (voir *supra* note 71), par. 41 ; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991*, p. 53, au paragraphe 48.

<sup>203</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* note 92), par. 46, renvoyant à *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (voir *supra* note 71), p. 47, et à *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt* (voir *supra* note 113), p. 18, ainsi qu'à *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951* (voir *supra* note 62), par. 48 et 49.

<sup>204</sup> Pour une compilation complète de toutes les décisions de la Cour faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État, voir *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2<sup>e</sup> éd. (ST/LEG/SER.B/25/Rev.1 ; publication des Nations Unies, numéro de vente E.23.V.6).

<sup>205</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (voir *supra* note 95), par. 128.

<sup>206</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 388, 398 et 420.

<sup>207</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 70.

<sup>208</sup> *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 273.

<sup>209</sup> Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire ... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 49 et 50. Voir aussi la résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe.

<sup>210</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, par. 39 ; *Certains actifs iraniens* (voir *supra* note 198), par. 61.

<sup>211</sup> *Certains actifs iraniens* (voir *supra* note 198), par. 68.

134. Dans certains cas, la Cour s'est référée aux travaux de la Commission ayant contribué aux travaux préparatoires de traités qui ont été négociés sur la base de projets d'articles élaborés par la Commission. Par exemple, lors de l'interprétation des traités suivants :

- Convention sur le plateau continental<sup>212</sup> ;
- Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>213</sup> ;
- Convention de Vienne sur les relations consulaires<sup>214</sup> ;
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens<sup>215</sup> ;
- Certaines dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, similaires à celles figurant dans les Conventions de 1958 sur le droit de la mer<sup>216</sup>.

### Observation 61

#### **La Cour internationale de Justice s'est parfois servie des travaux de la Commission sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour interpréter la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.**

135. Dans l'affaire du *Génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour s'est référée au commentaire de la Commission sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, parmi d'autres documents, notamment les travaux préparatoires de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour déterminer si l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres d'un groupe devait contribuer à la destruction de ce groupe. La Cour a noté que la Commission avait adopté une interprétation similaire selon laquelle « [l']atteinte à l'intégrité physique ou à l'intégrité mentale de membres d'un groupe doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire en tout ou en partie ce groupe<sup>217</sup> ».

136. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour s'est également référée au commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour interpréter les éléments

<sup>212</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, au paragraphe 41.

<sup>213</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires*, arrêt (voir *supra* note 108), par. 31 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303, au paragraphe 265 ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, aux paragraphes 48 et 49 ; *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 141.

<sup>214</sup> *Avena* (voir *supra* note 85), par. 86, et *Jadhav* (voir *supra* note 85), par. 77 à 83 et 108. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 24 avril 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

<sup>215</sup> *Immunités juridictionnelles* (voir *supra* note 82), par. 69. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38, annexe.

<sup>216</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 280 ; *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 134. Voir aussi *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (voir *supra* note 78), par. 151, 152 et 184.

<sup>217</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (voir *supra* note 95), par. 157.

constitutifs du crime de génocide dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>218</sup>.

### Observation 62

**La Cour internationale de Justice s'est appuyée sur le commentaire de la Commission sur les articles sur la responsabilité de l'État pour préciser l'ampleur de l'indemnité qui pourrait être accordée dans un contexte donné.**

137. Dans l'arrêt sur l'indemnisation rendu dans l'affaire *Diallo*, la Cour a cité, entre autres, l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour indiquer que : « si l'allocation d'indemnités pour perte de revenus futurs implique nécessairement un certain degré d'incertitude, une telle demande ne saurait se faire sur la base de pures spéculations<sup>219</sup>. »

138. Dans l'arrêt relatif aux réparations rendu dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a estimé que les formes de satisfaction énumérées au paragraphe 2 de l'article 37 des articles sur la responsabilité de l'État n'étaient « pas exhaustives ». « En principe, la satisfaction peut inclure des mesures telles qu'« une action disciplinaire ou pénale contre les personnes dont le comportement est à l'origine du fait internationalement illicite »<sup>220</sup>. »

### Observation 63

**Parfois, la Cour s'est référée aux travaux en cours de la Commission.**

139. Par exemple, dans l'avis consultatif au sujet de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, la Cour était chargée de déterminer les règles applicables aux conditions d'un transfert du Bureau régional de l'Organisation mondiale de la Santé hors d'Égypte. Elle a considéré, parmi d'autres règles, qu'il appartenait aux parties de déterminer de bonne foi dans chaque cas la durée des délais de consultation et de négociation et noté que certaines indications sur le préavis de dénonciation d'un traité étaient données, entre autres, à l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et « dans l'article correspondant du projet de la Commission du droit international sur les traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales<sup>221</sup> ».

140. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour a pris en considération le fait que les Parties s'étaient accordées pour estimer que l'existence d'un état de nécessité « d[evait] être appréciée à la lumière des critères énoncés par la Commission du droit international à l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États qu'elle a[vait] adopté en première lecture<sup>222</sup> ». La Cour a de plus considéré [...] « que l'état de nécessité constitu[ait] une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle [a] observ[é] en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel<sup>223</sup> ». La Cour s'est également appuyée, entre autres, sur les articles 47 à 50 du projet

<sup>218</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 186 et 198, citant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 50, aux pages 44 et 45, respectivement par. 5) et 8) du commentaire du projet d'article 17.

<sup>219</sup> *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141), par. 49.

<sup>220</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations* (voir *supra* note 83), par. 389.

<sup>221</sup> *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951* (voir *supra* note 62), par. 49.

<sup>222</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* note 92), par. 50.

<sup>223</sup> *Ibid.*, par. 51.

d'articles adopté par la Commission en première lecture pour établir les conditions de recours à des contre-mesures<sup>224</sup>.

141. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu au sujet du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour s'est référée à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté par la Commission en première lecture, pour déterminer que la règle selon laquelle le comportement de tout organe d'un État est regardé comme un fait de cet État reflétait le droit international coutumier<sup>225</sup>.

## 16. Exemples de références à d'autres organes d'experts, tels que le Comité international de la Croix-Rouge et l'Institut de droit international

### Observation 64

**Parfois, la Cour s'est référée aux travaux du Comité international de la Croix-Rouge dans le cadre de l'interprétation de la quatrième Convention de Genève<sup>226</sup>.**

142. Dans l'avis consultatif sur la *Légalité de l'édification d'un mur*, la Cour s'est référée aux travaux du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) après avoir examiné d'autres moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires, pour confirmer sa lecture de la quatrième Convention de Genève :

De plus, la Cour observera que le CICR, dont la situation particulière en ce qui concerne l'exécution de la quatrième convention de Genève doit être « en tout temps reconnue et respectée » par les parties conformément à l'article 142 de la convention, a, lui aussi, pris parti sur l'interprétation à donner à la convention. Par déclaration du 5 décembre 2001, il a en effet rappelé que « le CICR a toujours affirmé l'applicabilité *de jure* de la IV<sup>e</sup> convention de Genève aux territoires occupés depuis 1967 par l'État d'Israël, y compris Jérusalem-Est<sup>227</sup> ».

### Observation 65

**La Cour internationale de Justice s'est parfois référée aux textes issus des travaux de l'Institut de droit international.**

143. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, la Cour s'est référée au « Projet de règlement international de navigation fluviale » de l'Institut de droit international, adopté à Heidelberg le 9 septembre 1887, où il était indiqué : « La frontière des États séparés par un fleuve est marquée par le thalweg, c'est-à-dire la ligne médiane du chenal » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182)<sup>228</sup>. »

### Observation 66

**Parfois, la Cour s'est référée à la pratique des États telle qu'elle ressort des traités multilatéraux et des projets de traités élaborés par des organes d'experts.**

144. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a relevé que de nombreux États opéraient une distinction entre les actes *jure gestionis* et les actes *jure imperii*, une approche qui « est également celle de la convention des Nations Unies

<sup>224</sup> Ibid., par. 83.

<sup>225</sup> *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999, p. 62, au paragraphe 62.

<sup>226</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 973, p. 287.

<sup>227</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117), par. 97.

<sup>228</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), par. 25.

et de la convention européenne (voir également le projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des États établi par le Comité juridique interaméricain de l'Organisation des États américains en 1983 [ILM, vol. 22, p. 292])<sup>229</sup> ».

### Observation 67

#### Parfois, la Cour s'est référée aux travaux d'organismes techniques spécialisés.

145. Par exemple, dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour s'est référée au « Guide pour l'évaluation et la comptabilité des services écosystémiques dans les petits États insulaires en développement » (*Guidance Manual on Valuation and Accounting of Ecosystem Services for Small Island Developing States*) du Programme des Nations Unies pour l'environnement, notant qu'il existait diverses méthodes pour évaluer les dommages environnementaux, au-delà de celles proposées par les parties et utilisées par les tribunaux internationaux<sup>230</sup>.

## 17. Exemples de renvois à des résolutions d'organisations internationales et de conférences internationales

### Observation 68

#### Parfois, la Cour s'est appuyée sur les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, ainsi que sur les documents d'experts qui y sont joints, pour déterminer le sens de certains termes.

146. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a examiné la portée juridique du texte de la résolution 47/121 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1992, qui faisait état de « l'ignoble politique de "nettoyage ethnique", qui est une forme de génocide », en Bosnie-Herzégovine. Elle s'est appuyée sur une définition figurant dans un rapport intérimaire d'une commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité du 6 octobre 1992 : « rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés<sup>231</sup>. » Bien que cette notion ne figure pas dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Cour a estimé comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie que certains comportements, notamment le nettoyage ethnique, pouvaient constituer un crime de génocide si les éléments constitutifs de ce crime étaient réunis<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> *Immunités juridictionnelles* (voir *supra* note 82), par. 59.

<sup>230</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, *indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 92), par. 52. Voir le détail des services du secrétariat du Programme des Nations Unies pour l'environnement, de la Banque mondiale et de diverses universités qui ont rédigé le Guide, disponible [en anglais] à l'adresse [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9341/Guidance\\_Manual\\_SIDS\\_Full\\_Report.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9341/Guidance_Manual_SIDS_Full_Report.pdf?sequence=4&isAllowed=y) [le résumé à l'intention des décideurs en français est disponible à l'adresse [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9341/Guidance\\_manual\\_on\\_valuation\\_a\\_1.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9341/Guidance_manual_on_valuation_a_1.pdf?sequence=5&isAllowed=y)].

<sup>231</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 190, renvoyant à l'annexe IV du rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) (S/1994/674/Add.2) et au rapport intérimaire de la Commission d'experts [S/25274 (1993)], par. 55.

<sup>232</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* note 74), par. 190 ; *Krstić*, affaire n° IT-98-33, Jugement, 2 août 2001, Chambre de première instance, par. 562 ; *Le Procureur c/ Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24, Jugement, 31 juillet 2003, Chambre de première instance, par. 519.

**Observation 69****Parfois, la Cour a renvoyé aux résolutions de la Conférence internationale de la Croix-Rouge.**

147. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour s'est appuyée sur une résolution de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et a indiqué que « la fourniture d'une aide strictement humanitaire [...] ne saurait être considérée comme une intervention illicite ou à tout autre point de vue contraire au droit international. Les caractéristiques d'une telle aide sont indiquées dans le premier et le second des principes fondamentaux proclamés par la vingtième conférence internationale de la Croix-Rouge<sup>233</sup> ».

**Observation 70****Parfois, la Cour internationale de Justice se réfère à la valeur des résolutions de l'Assemblée générale pour déterminer la portée de certaines règles, notamment des règles de droit international coutumier.**

148. Depuis l'avis consultatif rendu sur la question de la *Licéité de la menace d'armes nucléaires*, la Cour fait référence à la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale et s'appuie parfois sur elles pour déterminer la portée et le contenu de certaines règles. Elle a rappelé que ces résolutions, « même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*<sup>234</sup> ». Dans certains cas, la Cour s'est appuyée sur les résolutions de l'Assemblée générale pour interpréter la Charte des Nations Unies<sup>235</sup> et le principe de non-intervention<sup>236</sup>.

149. Dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour a considéré que « l'interdiction de la torture relev[ait] du droit international coutumier et [...] a[vait] acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) ». Elle a aussi considéré que cette interdiction reposait sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États et figurait dans :

de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États ; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales<sup>237</sup>.

150. Dans l'avis consultatif sur les *Chagos*, la Cour a analysé la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960 et considéré que :

[d]ans la consolidation de la pratique des États en matière de décolonisation, [...] [elle] constitu[ait] un moment décisif [...]. [Elle] *précise le contenu et la portée du droit à l'autodétermination*. [...] De l'avis de la Cour, il existe un lien

<sup>233</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond* (voir *supra* note 55), par. 242.

<sup>234</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 70, cité dans *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos* (voir *supra* note 59), par. 151.

<sup>235</sup> Voir *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (*supra* note 103), par. 166.

<sup>236</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond* (*supra* note 55).

<sup>237</sup> *Obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra* note 173), par. 99.

manifeste entre la résolution 1514 (XV) et le processus de décolonisation qui a suivi son adoption<sup>238</sup>.

151. Selon la Cour, « bien qu'elle soit formellement une recommandation, la résolution 1514 (XV) a un caractère déclaratoire s'agissant du droit à l'autodétermination en tant que norme coutumière, du fait de son contenu et des conditions de son adoption<sup>239</sup> », et « un caractère normatif en ce qu'elle affirme que "[t]ous les peuples ont le droit de libre détermination"<sup>240</sup> ».

152. La Cour a de plus observé que la nature et la portée du droit des peuples à l'autodétermination avaient été réaffirmées dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, annexée à la résolution 2625 (XXV) et adoptée par consensus. Elle a conclu qu'« [e]n incluant le droit à l'autodétermination parmi les "principes fondamentaux du droit international", la déclaration a[vait] confirmé son caractère normatif en droit international coutumier<sup>241</sup> ».

### C. Tribunal international du droit de la mer

153. Au Tribunal international du droit de la mer, le droit applicable est défini par l'article 293 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui dispose que le Tribunal « applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». Aucune disposition ne correspond à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

154. À ce jour, le Tribunal n'a fait allusion qu'une seule fois aux moyens auxiliaires, sans utiliser le terme ni citer l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Jusqu'à présent, les décisions du Tribunal ne renvoient pas à la doctrine.

#### 1. Référence expresse aux moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

##### Observation 71

**À ce jour, le Tribunal international du droit de la mer a fait une fois référence aux « décisions des cours et tribunaux internationaux visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ».**

155. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, le Tribunal a statué que « [l]es 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 »<sup>242</sup>.

156. Aucune autre référence ne figurant dans les décisions ou les avis consultatifs du Tribunal, il convient de ne pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples exposés dans la présente section peuvent constituer une utilisation des décisions judiciaires et d'autres

<sup>238</sup> *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos* (voir *supra* note 59), par. 150 [non souligné dans l'original].

<sup>239</sup> *Ibid.*, par. 152.

<sup>240</sup> *Ibid.*, par. 153.

<sup>241</sup> *Ibid.*, par. 155.

<sup>242</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 184.

documents comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

## 2. Exemples concernant l'interprétation du Statut du Tribunal international du droit de la mer (annexe VI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer)

### Observation 72

**Le Tribunal international du droit de la mer s'est parfois référé aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour interpréter son propre statut<sup>243</sup>.**

**Le Tribunal international du droit de la mer a déclaré qu'il faudrait des « circonstances particulières » pour justifier que l'on s'écarte de cette jurisprudence.**

157. Dans l'affaire du *Navire « Louisa »*, le Tribunal a examiné les demandes possibles des parties, présentées au cours de la procédure et qui ne figuraient pas dans la requête initiale. En analysant le paragraphe 1 de l'article 24 de son statut concernant les obligations de l'État côtier en matière de passage inoffensif dans sa mer territoriale, le Tribunal s'est référé à diverses décisions de la Cour permanente de Justice internationale<sup>244</sup> et de la Cour internationale de Justice<sup>245</sup> dans lesquelles ces dernières avaient considéré que les parties ne pouvaient pas, au cours de la procédure, transformer le différend dont la Cour devait connaître en un autre dont le caractère n'était pas le même<sup>246</sup>. Le Tribunal a conclu qu'il n'existait « pas de circonstances particulières en l'espèce qui justifieraient que l'on s'écarte de cette jurisprudence »<sup>247</sup>.

158. Dans l'affaire du « *Hoshinmaru* », le Tribunal a indiqué que, bien que, en principe, la date décisive pour statuer sur la question de la recevabilité soit la date du dépôt de la demande, il admettait, à l'instar de la Cour internationale de Justice dans diverses décisions auxquelles il renvoyait, que « des événements postérieurs au dépôt d'une demande peuvent rendre une enquête sans objet »<sup>248</sup>.

159. Dans l'affaire du *Navire « Louisa »*, le Tribunal a indiqué que pour déterminer s'il est compétent, il lui faut établir un lien entre les faits avancés par le requérant et les dispositions invoquées de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et « démontrer que la ou les demandes présentées peuvent se fonder sur ces dispositions », renvoyant à cet égard à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Plates-formes pétrolières*<sup>249</sup>. Le Tribunal s'est appuyé sur des

<sup>243</sup> *Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, *TIDM Recueil 2013*, p. 4, par. 144.

<sup>244</sup> *Ibid.*, par. 145, citant les affaires suivantes : *Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 11, à la page 14, et *Société commerciale de Belgique, arrêt du 15 juin 1939, C.P.J.I., série A/B, n° 78*, p. 160, à la page 173.

<sup>245</sup> *Ibid.*, par. 146, citant *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, arrêt (voir *supra* note 128), par. 67, et aussi *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires* (voir *supra* note 128), par. 63, et *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161, par. 117.

<sup>246</sup> *Ibid.*, par. 149.

<sup>247</sup> *Ibid.*, par. 147.

<sup>248</sup> « *Hoshinmaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), *prompte mainlevée*, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 18, par. 64, renvoyant aux affaires suivantes : *Essais nucléaires (Australie c. France)*, (voir *supra* note 51), par. 62 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)* (voir *supra* note 129), par. 66 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 8 décembre 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 182, par. 55.

<sup>249</sup> *Navire « Louisa »* (voir *supra* note 243), par. 99, citant l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt* (voir *supra* note 202), par. 16.

décisions de la Cour internationale de Justice pour déterminer qu'en cas de différend portant sur l'existence de la compétence, « il n'est compétent que dans la mesure où le contenu des déclarations des parties à un différend [en vertu de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] coïncide »<sup>250</sup>.

160. Dans les avis consultatifs rendus concernant la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches et les Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, le Tribunal a renvoyé à des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice et suivi le raisonnement de la Cour selon lequel « des questions "libellées en termes juridiques et soul[evant] des problèmes de droit international [...] sont, par leur nature même, susceptibles de recevoir une réponse fondée en droit" »<sup>251</sup>.

161. Dans la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, le Tribunal s'est appuyé sur diverses décisions de la Cour internationale de Justice tout en interprétant l'article 138 de son propre règlement de la façon suivante : « [le] Tribunal [a] le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif, même lorsque les conditions [visées par ledit article] sont remplies ». Il a également renvoyé à des décisions de la Cour internationale de Justice selon lesquelles « [i]l est bien établi qu'une demande d'avis consultatif ne devrait pas en principe être rejetée, sauf pour des « raisons décisives »<sup>252</sup> et a précisé qu'il convenait qu'il existe un « rapport de connexité suffisant »<sup>253</sup>. Le Tribunal a également observé qu'« [i]l est également bien établi qu'un avis consultatif peut être donné "sur toute question juridique, abstraite ou non" »<sup>254</sup>.

### Observation 73

#### **Le Tribunal international du droit de la mer s'est appuyé sur ses propres décisions et sur celles de la Cour internationale de Justice pour traiter les aspects procéduraux de ses affaires.**

162. Par exemple, dans l'*Affaire du Grand Prince*, le Tribunal a rappelé que, même en l'absence de désaccord entre les parties au sujet de sa compétence, il devait s'assurer qu'il était compétent pour connaître de l'affaire telle qu'elle lui avait été soumise, citant à cet égard la Cour internationale de Justice, et précisant qu'il « d[eva]it, s'il y a[va]it lieu, l'examiner d'office »<sup>255</sup>.

163. Dans l'*Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, le Tribunal a rappelé

<sup>250</sup> Navire « *Louisa* » (voir *supra* note 243), par. 81, citant *Certains emprunts norvégiens* (voir *supra* note 65), p. 23 ; voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité* (voir *supra* note 103), par. 88.

<sup>251</sup> *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, avis consultatif, 2 avril 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 4, par. 65, et *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 10, par. 39, citant l'affaire *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (voir *supra* note 117), par. 25 ; *Sahara occidental* (voir *supra* note 59), par. 15.

<sup>252</sup> *Ibid.*, par. 68, où le Tribunal cite l'affaire : *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, par. 22.

<sup>253</sup> *Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 71, renvoyant à : *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 14.

<sup>254</sup> *Ibid.*, par. 72, renvoyant à : *Admission d'un État aux Nations Unies (article 4 de la Charte)*, (voir *supra* note 115), p. 61.

<sup>255</sup> « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001*, p. 17, au paragraphe 78, citant les affaires : *Navire « SAIGA » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), Arrêt, TIDM Recueil 1999*, p. 10, au paragraphe 40, et *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 46, au paragraphe 13.

l'argument de la Cour internationale de Justice selon lequel « [i]l n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour »<sup>256</sup>.

164. Le Tribunal a invoqué les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux en déterminant que la non-comparution d'une partie à l'affaire ne constituait pas un obstacle à la procédure et n'excluait pas que le Tribunal puisse prescrire des mesures conservatoires<sup>257</sup>. Le Tribunal a également renvoyé à un arrêt de la Cour internationale de Justice en indiquant que les parties non représentées sont parties à la procédure<sup>258</sup> et qu'elles seront liées par les décisions rendues en l'espèce<sup>259</sup>.

165. Le Tribunal s'est appuyé sur ses propres décisions pour déterminer que la partie requérante ne devait pas subir les conséquences de la non-comparution de l'autre partie et qu'il « d[eva]it par conséquent déterminer et apprécier les droits respectifs des Parties en se fondant sur les preuves disponibles les plus fiables »<sup>260</sup>.

166. Le Tribunal s'est appuyé sur ses propres décisions pour affirmer que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'exige pas que les mesures conservatoires qu'il prescrit « se limite[nt] à la période précédant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »<sup>261</sup>.

167. Le Tribunal a cité la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* pour indiquer que l'objet d'une exception préliminaire est d'« éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond »<sup>262</sup>.

168. Dans l'Affaire du *golfe du Bengale*, le Tribunal a évoqué l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)* concernant le poids à accorder aux dépositions de témoins produites sous la forme de déclarations sous serment, rappelant que la Cour internationale de Justice avait indiqué que plusieurs facteurs devaient être pris en compte, notamment « si les déclarations émanent d'agents de l'État ou de particuliers qui n'ont pas d'intérêts dans l'issue de la procédure, et si telle ou telle déclaration

<sup>256</sup> *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, p. 10, au paragraphe 52, citant : Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt (voir supra note 108), p. 303.*

<sup>257</sup> *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 25 mai 2019, TIDM Recueil 2018-2019, p. 283, affaire n° 26 du rôle des affaires, par. 27, s'appuyant sur l'affaire suivante : « Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, p. 230, en l'occurrence le paragraphe 48, qui cite à son tour les affaires : *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 12, au paragraphe 11 ; Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 30, au paragraphe 11 ; Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires (voir supra note 130), par. 11 ; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 135, par. 12 ; Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976, p. 3, au paragraphe 13 ; Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979 (voir supra note 130), par. 9 et 13.**

<sup>258</sup> *Trois navires militaires ukrainiens (voir supra note 257), par. 123, citant : Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires (voir supra note 130), par. 24.*

<sup>259</sup> « Arctic Sunrise » (voir supra note 257), par. 52, citant *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond (voir supra note 55), par. 28.

<sup>260</sup> *Ibid.*, par. 29, citant : « Arctic Sunrise » (voir supra note 257), par. 56 et 57.

<sup>261</sup> « Arctic Sunrise » (voir supra note 257), par. 84, citant : *Détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (voir supra note 256), par. 67.

<sup>262</sup> *Navire « Norstar » (Panama c. Italie), arrêt, TIDM Recueil 2018-2019, p. 10, au paragraphe 152, citant *Barcelona Traction* (voir supra note 162), p. 43 et 44.*

atteste l'existence de faits ou expose seulement une opinion sur certains événements »<sup>263</sup>.

### 3. Exemples concernant l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

#### Observation 74

#### **Le Tribunal international du droit de la mer s'est appuyé sur ses propres interprétations antérieures de diverses dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.**

169. Par exemple, dans la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, le Tribunal a rappelé que, dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, il avait interprété comme suit l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : « la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin »<sup>264</sup>.

170. Dans le même avis consultatif, le Tribunal s'est référé aux conclusions qu'il avait tirées dans l'Affaire du *navire « Virginia G »* concernant les activités qui, conformément à la Convention, peuvent être réglementées par les États côtiers dans l'exercice de leurs droits souverains aux fins de la conservation et de la gestion des ressources biologiques dans la zone économique exclusive<sup>265</sup> ; il y a indiqué qu'« il ressort clairement de l'énumération figurant à l'article 62, paragraphe 4, de la Convention que toutes les activités qui peuvent être réglementées par l'État côtier doivent avoir un lien direct avec la pêche »<sup>266</sup>.

171. Le Tribunal s'est également appuyé sur ses propres décisions pour juger du comportement de l'État du pavillon d'un navire<sup>267</sup>.

172. Dans certaines de ses décisions, le Tribunal a renvoyé à ses propres décisions antérieures pour déterminer qu'il convient, dans le contexte du droit de la mer, de tenir compte de considérations d'humanité<sup>268</sup> et il a « constat[é] que les États sont tenus de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, et que les principes d'une procédure régulière doivent trouver application en toute circonstance »<sup>269</sup>.

<sup>263</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 244.

<sup>264</sup> *Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 120 et 216, citant l'affaire suivante : *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999*, p. 280, au paragraphe 70.

<sup>265</sup> *Ibid.*, par. 98, citant : *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau), arrêt, TIDM Recueil 2014*, p. 4, aux paragraphes 212 et 213.

<sup>266</sup> *Ibid.*, par. 100, citant l'affaire du *Navire « Virginia G »* (voir note précédente), par. 215.

<sup>267</sup> « *Grand Prince* » (voir *supra* note 255), par. 89, renvoyant à : *Navire « SAIGA » (n° 2)* (voir *supra* note 255), par. 68.

<sup>268</sup> « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), *mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 182, au paragraphe 133, citant : *Navire « SAIGA » (n° 2)* (voir *supra* note 225), par. 155.

<sup>269</sup> *Navire « Louisa »* (voir *supra* note 243), par. 155, citant « *Juno Trader* » (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2004*, p. 17, au paragraphe 77 et « *Tomimaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74, au paragraphe 76.

**Observation 75****Le Tribunal international du droit de la mer s'est appuyé sur une décision de la Cour internationale de Justice évoquant l'approche de précaution comme principe pertinent dans l'interprétation d'un traité.**

173. Dans l'avis consultatif rendu sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, par exemple, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a évoqué le recours au principe de précaution dans l'interprétation des obligations internationales des États, en renvoyant à l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, dans laquelle la Cour internationale de Justice avait opiné qu'« une approche de précaution [...] peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du [traité bilatéral en question] »<sup>270</sup>. La Chambre a ajouté que cette déclaration devait être interprétée conformément aux règles d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, afin de tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties<sup>271</sup>.

**4. Exemples concernant la détermination des règles de droit international coutumier****Observation 76****Le Tribunal international du droit de la mer s'est référé à des décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et d'autres cours et tribunaux internationaux ayant déterminé l'appartenance de certaines règles au droit international coutumier.**

174. Dans l'avis consultatif rendu au sujet des *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, le Tribunal a fait observer que les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités « doivent être considérées comme reflétant le droit international coutumier », ajoutant que :

[b]ien que le Tribunal n'ait jamais exprimé cette opinion explicitement, il l'a faite implicitement sienne en empruntant la terminologie et la méthodologie des articles de la Convention de Vienne relatifs à l'interprétation (voir l'arrêt concernant l'*Affaire du « Volga » (TIDM Recueil 2002, p. 10, au paragraphe 77)*. La [Cour internationale de Justice], ainsi que d'autres cours et tribunaux internationaux, ont énoncé cette position à plusieurs reprises<sup>272</sup> ».

175. Le Tribunal a indiqué que l'obligation « de fournir une réparation intégrale ou *restitutio in integrum* fait actuellement partie du droit international coutumier. Cette conclusion a été atteinte pour la première fois par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów* »<sup>273</sup>.

176. Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire des *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre a estimé que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* à laquelle elle renvoyait relevait du droit international coutumier, la Cour ayant indiqué à cet égard que « l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans

<sup>270</sup> *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 164.

<sup>271</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* note 251), par. 135.

<sup>272</sup> *Ibid.*, par. 57.

<sup>273</sup> *Ibid.*, par. 194, citant : *Usine de Chorzów (fond)* (voir *supra* note 28), p. 47.

un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée. »<sup>274</sup> Le Tribunal a ajouté que « le droit international général ne “précise[...] pas la portée et le contenu des évaluations de l’impact sur l’environnement” »<sup>275</sup> et il a conclu que, bien que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer donne quelques indications sur cette portée et ce contenu, ainsi que d’autres règlements applicables, les « obligations relatives aux évaluations de l’impact sur l’environnement, qui incombent aux contractants et aux États qui les patronnent, dépassent le cadre d’application des dispositions spécifiques des [règlements de l’Autorité internationale des fonds marins] »<sup>276</sup>.

## 5. Exemples concernant l’approche suivie par le Tribunal international du droit de la mer en matière de précédents et de cohérence

177. Le Statut du Tribunal international du droit de la mer contient une disposition équivalente à l’Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice au paragraphe 2 de son article 33 : « La décision du Tribunal n’est obligatoire que pour les parties et dans le cas qui a été décidé ». Il est clair que le Tribunal n’a pas de système formel de jurisprudence contraignante. La compétence du Tribunal recoupe dans une certaine mesure celle de la Cour internationale de Justice, dont il a souvent invoqué les décisions, dès le début (son premier arrêt a été rendu en 1997). C’est particulièrement vrai pour les questions de procédure, dont beaucoup avaient déjà été traitées par la Cour internationale de Justice, et pour les affaires de délimitation maritime, sur lesquelles la Cour a accumulé un corpus considérable de décisions.

### Observation 77

**Le Tribunal international du droit de la mer s’est référé à la « jurisprudence constante » de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et d’autres tribunaux internationaux s’agissant de la méthodologie à appliquer dans le contexte de la délimitation maritime.**

178. Dans l’*Affaire du golfe du Bengale*, sa première affaire de délimitation maritime, le Tribunal a noté que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose que la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental doit être effectuée « conformément au droit international afin d’aboutir à une solution équitable, sans préciser la méthode à suivre »<sup>277</sup>. Le Tribunal a déclaré que « [l]es cours et tribunaux internationaux ont contribué à l’élaboration progressive d’un corps de jurisprudence en matière de délimitation maritime qui a réduit la part de subjectivité et d’incertitude dans la détermination des frontières maritimes et dans le choix des méthodes à suivre à cette fin »<sup>278</sup>. Évoquant ensuite une liste d’affaires dont avaient été saisis les cours et tribunaux internationaux, qui avaient précisé la méthode de délimitation, notamment certaines décisions de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux<sup>279</sup>, il a décidé que cette méthode devait être appliquée<sup>280</sup>.

179. Dans le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l’océan Indien (Maurice/Maldives)*, la Chambre spéciale du Tribunal a renvoyé à ses propres décisions, aux arrêts de la Cour internationale de Justice et aux sentences arbitrales, jugeant qu’« [i]l est désormais bien établi que la méthode à appliquer pour délimiter la zone économique exclusive et le plateau

<sup>274</sup> Ibid., par. 147, citant : *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 204.

<sup>275</sup> *Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 205.

<sup>276</sup> Ibid., par. 149 et 150.

<sup>277</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 225.

<sup>278</sup> Ibid., par. 226.

<sup>279</sup> Ibid., par. 227 à 234.

<sup>280</sup> Ibid., par. 238.

continental en deçà de 200 milles marins est la méthode « équidistance/circonstances pertinentes », à moins qu'il ne soit ni possible ni approprié d'y recourir »<sup>281</sup>. Le Tribunal a ensuite évoqué une approche en trois étapes mise au point par les cours et tribunaux internationaux lorsqu'ils appliquent la méthode équidistance/circonstances pertinentes à la délimitation<sup>282</sup>.

180. La Chambre spéciale a également invoqué les affaires relatives à la *Mer Noire* et au *Golfe du Bengale* pour indiquer ce qui suit : « [i] est bien établi qu'aux fins de la délimitation maritime, les côtes pertinentes désignent les côtes qui génèrent des projections qui chevauchent celles de la côte de la partie adverse »<sup>283</sup>.

181. Dans la même décision, la Chambre spéciale a estimé que sa compétence portait nécessairement sur le plateau continental dans sa totalité, que ce soit en deçà ou au-delà de 200 milles marins, ajoutant que cette conclusion était également étayée par « la jurisprudence bien établie » selon laquelle « il n'existe en droit qu'un seul "plateau continental" et non un plateau continental intérieur et un plateau continental étendu ou extérieur qui en serait séparé », en faisant référence à l'arbitrage relatif à *La Barbade c. la Trinité-et-Tobago*<sup>284</sup>.

### Observation 78

**Le Tribunal international du droit de la mer a souvent suivi les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale sur les questions de procédure**<sup>285</sup>.

182. C'est le cas, par exemple, dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*, où le Tribunal a invoqué les décisions rendues par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice au sujet de la définition d'un différend<sup>286</sup>, et dans l'affaire du *Grand Prince*, où le Tribunal a invoqué la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'*Appel concernant la compétence du conseil de l'OACI* au sujet de l'examen qu'elle fait d'office de sa propre compétence<sup>287</sup>. Les autres décisions de procédure de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice que suit le Tribunal portent notamment sur : l'absence, en droit international, de règle générale imposant l'épuisement des négociations avant la saisine d'une juridiction internationale<sup>288</sup>, les règles régissant la date considérée comme décisive pour statuer sur la question de la

<sup>281</sup> *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, arrêt, *TIDM Recueil 2022-2023*, arrêt du 28 avril 2023, affaire n° 28, par. 96, citant les affaires suivantes : *Arbitrage entre la République populaire du Bangladesh et la République de l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale* (voir *supra* note 94), par. 339 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, *TIDM Recueil 2017*, p. 4, par. 281 ; *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)* (voir *supra* note 93), par. 128.

<sup>282</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)* (voir *supra* note précédente), par. 97, citant : *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 115 à 122 ; *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 240.

<sup>283</sup> *Ibid.*, par. 144, citant : *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 77 ; *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 198.

<sup>284</sup> *Ibid.*, par. 338, citant : *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, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (Numéro de vente : E/F.06.V.8), p. 147 à 251, au paragraphe 213.

<sup>285</sup> Pour une analyse complète, voir De Brabandere, « The use of precedent and external case law ... » (*supra* note 145).

<sup>286</sup> *Thon à nageoire bleue* (voir *supra* note 264), par. 44.

<sup>287</sup> « *Grand Prince* » (voir *supra* note 255), par. 78, renvoyant à l'*Appel concernant la compétence du conseil de l'OACI* (voir *supra* note 255), par. 13.

<sup>288</sup> *Détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (voir *supra* note 256), par. 52.

recevabilité<sup>289</sup>, la nécessité d'une concordance sur le fond entre les deux déclarations par lesquelles est acceptée la compétence d'une cour ou d'un tribunal<sup>290</sup> et le principe général selon lequel une cour ou un tribunal n'est pas compétent hors des limites de l'objet de l'affaire défini dans la requête<sup>291</sup>.

#### Observation 79

**Le Tribunal international du droit de la mer n'a pas, dans ses décisions ou au sujet des décisions d'autres cours et tribunaux internationaux, fait expressément référence à l'intérêt de la cohérence.**

183. Les décisions du Tribunal ne font pas expressément mention, comme le font les décisions de la Cour internationale de Justice citées ci-dessus, de l'intérêt de la cohérence ou de la prévisibilité. L'ancien Président du Tribunal a toutefois déclaré que la pratique du Tribunal consistant à se référer aux décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et d'autres tribunaux internationaux, « a ainsi contribué à promouvoir le développement d'un corpus de jurisprudence. Cela dénote à mon sens une approche constructive du maintien de la cohérence du droit international et un renforcement de l'indispensable cohérence entre le droit international général et le droit de la mer »<sup>292</sup>.

#### 6. Exemples de références à des décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale ou du Tribunal international du droit de la mer déterminant l'existence ou le contenu de règles ou de principes de droit international

##### Observation 80

**Le Tribunal international du droit de la mer s'est référé à un certain nombre de règles et de principes juridiques dégagés dans des décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et dans ses propres décisions.**

184. Dans les affaires du *Navire « SAIGA » (n° 2)*, du *Navire « Virginia G »* et du *Navire « Norstar »*, le Tribunal a évoqué le droit qu'a un État d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi du fait de l'État qui a commis l'acte illicite, en citant l'affaire de l'*Usine de Chorzów*<sup>293</sup>.

185. Le Tribunal s'est référé à la définition du terme « différend »<sup>294</sup> formulée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* - « désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts »<sup>295</sup> -, définition complétée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, où la Cour indique qu'« [i]l faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »<sup>296</sup>.

<sup>289</sup> « *Hoshinmaru* » (voir *supra* note 248), par. 64.

<sup>290</sup> *Navire « Louisa »* (voir *supra* note 243), par. 81.

<sup>291</sup> *Ibid.*, par. 145.

<sup>292</sup> Communication présentée par l'ancien Président du Tribunal international du droit de la mer, S.E. le juge Rüdiger Wolfrum, à la Réunion officielle des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères, New York, 29 octobre 2007, p. 7 et 8, consultable à l'adresse suivante : [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements\\_of\\_president/wolfrum/legal\\_advisors\\_291007\\_fr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_291007_fr.pdf).

<sup>293</sup> *Navire « SAIGA » (n° 2)* (voir *supra* note 255), par. 170, citant : *Usine de Chorzów (fond)* (voir *supra* note 28), p. 47 ; *Navire « Norstar »*, arrêt (voir *supra* note 262), par. 316 ; *Navire « Virginia G »* (voir *supra* note 265), par. 428.

<sup>294</sup> *Thon à nageoire bleue* (voir *supra* note 264), par. 44.

<sup>295</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 10), p. 11.

<sup>296</sup> *Affaires du Sud-Ouest africain, Exceptions préliminaires, arrêt* (voir *supra* note 108), p. 328.

186. Lors de l'examen de la demande en prescription de mesures conservatoires présentée dans l'*Affaire du navire « San Padre Pio »*, le Tribunal, évoquant l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* dont avait connu la Cour internationale de Justice, ainsi que ses propres décisions, a relevé que la Cour internationale de Justice avait précisé que, « [p]our déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie »<sup>297</sup>.

187. Dans l'*Affaire du navire « Norstar »*, le Tribunal a invoqué l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans laquelle la Cour internationale de Justice avait indiqué qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités ; elle avait également estimé que si ledit principe « pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite »<sup>298</sup>.

188. Dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre spéciale du Tribunal a évoqué le lien entre obligation de diligence raisonnable, ou diligence requise, et obligation de comportement, qui ressort clairement de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*<sup>299</sup>. Le Tribunal a relevé comment la Cour caractérisait l'obligation de diligence : « [c]ette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs »<sup>300</sup>. Le Tribunal a également évoqué l'obligation de diligence requise et l'affaire des *Usines de pâte à papier* dans la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*<sup>301</sup>.

189. La Chambre spéciale du Tribunal s'est appuyée sur la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* pour établir un lien entre l'obligation de diligence raisonnable et l'approche de précaution<sup>302</sup>.

190. Parmi les autres règles et principes tirés des décisions de la Cour internationale de Justice sur lesquels le Tribunal s'est appuyé, on peut citer :

- la liberté de navigation (dans l'*Affaire du navire « Norstar »*, le Tribunal a ajouté que « le caractère ouvert et libre de la haute mer s'accompagne d'un autre corollaire, qui est que, sauf cas exceptionnel, aucun État ne peut exercer sa juridiction sur un navire étranger en haute mer » ; à cet égard, le Tribunal a invoqué l'*Affaire du « Lotus »*)<sup>303</sup> ;

<sup>297</sup> *Navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria), mesures conservatoires, ordonnance du 6 juillet 2019, TIDM Recueil 2018-2019, p. 375, au paragraphe 57, citant : Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt (voir supra note 108), par. 89 ; voir aussi Navire « Norstar » (Panama c. Italie), exceptions préliminaires, arrêt, TIDM Recueil 2016, p. 44, au paragraphe 100 ; Trois navires militaires ukrainiens (voir supra note 257), par. 43.*

<sup>298</sup> *Navire « Norstar »*, arrêt (voir supra note 262), par. 382, citant l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* (voir supra note 92), par. 80.

<sup>299</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir supra note 251), par. 111, citant : *Usines de pâte à papier* (voir supra note 80), par. 187.

<sup>300</sup> *Ibid.*, par. 115, citant : *Usines de pâte à papier* (voir supra note 80), par. 197.

<sup>301</sup> *Commission sous-régionale des pêches* (voir supra note 251), par. 131, citant : *Usines de pâte à papier* (voir supra note 80), par. 197.

<sup>302</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir supra note 251), par. 132, citant l'affaire : *Thon à nageoire bleue* (voir supra note 264), par. 80.

<sup>303</sup> *Navire « Norstar »*, arrêt (voir supra note 262), par. 216, citant l'*Affaire du « Lotus »* (voir supra note 15), p. 25.

- le principe selon lequel « la terre domine la mer » en ce qui concerne les zones maritimes<sup>304</sup> ;
- l'existence d'un seul plateau continental, et non un plateau continental intérieur et un plateau continental étendu<sup>305</sup> ;
- les critères d'application de l'*estoppel*<sup>306</sup>.

191. Dans l'affaire du « *Hoshinmaru* », le Tribunal a considéré que l'on ne pouvait pas présumer un consentement tacite ou un acquiescement du Japon puisqu'« [i]l ne s'agi[ssai]t pas d'une situation dans laquelle le Japon se serait trouvé dans l'obligation de réagir par application d[']une règle », et a renvoyé à la décision rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Temple de Préah Vihear*<sup>307</sup>.

## 7. Exemples de renvoi par le Tribunal international du droit de la mer à ses propres décisions antérieures en matière de procédure

### Observation 81

**Le Tribunal international du droit de la mer s'est souvent appuyé sur ses propres décisions antérieures pour interpréter l'application des conditions d'octroi des mesures conservatoire.**

192. Le Tribunal s'est appuyé sur ses décisions antérieures pour traiter de divers aspects des mesures conservatoires, et notamment : la nécessité d'une compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire<sup>308</sup>, le fait que les droits revendiqués par la partie qui demande les mesures conservatoires doivent être au moins « plausibles »<sup>309</sup>, et la nécessité qu'existe un « risque réel et imminent [...] qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties au différend, en attendant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII [...] soit en mesure de [fonctionner] »<sup>310</sup>.

193. En indiquant que le dépôt d'une caution ou d'une garantie peut être nécessaire dans certains cas « eu égard à la nature de la procédure de prompt mainlevée », le Tribunal a rappelé la position qu'il avait énoncée dans l'*Affaire du « Monte Confurco »*, à savoir que<sup>311</sup> :

<sup>304</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 185, citant *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 77, et *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 102), par. 96. Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)* (voir *supra* note 281), par. 108, citant *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 77.

<sup>305</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 361 et 362, citant *La Barbade c. République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra* note 284), par. 213, également citée par le Tribunal international du droit de la mer dans *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 362.

<sup>306</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 124, citant : *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 102), par. 30, et *Golfe du Maine* (voir *supra* note 50), par. 145.

<sup>307</sup> « *Hoshinmaru* » (voir *supra* note 248), par. 87, citant l'*Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Fond, Arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, à la page 23.

<sup>308</sup> *Navire « San Padre Pio »* (voir *supra* note 297), par. 45. Voir aussi *Trois navires militaires ukrainiens* (voir *supra* note 257), par. 36, citant : « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), *mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012*, p. 332, au paragraphe 60.

<sup>309</sup> *Navire « San Padre Pio »* (voir *supra* note 297), par. 77, citant *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 146, par. 58 ; « *Enrica Lexie* » (voir *supra* note 268), par. 84 ; *Trois navires militaires ukrainiens* (voir *supra* note 257), par. 91.

<sup>310</sup> *Navire « San Padre Pio »* (voir *supra* note 297), par. 111, citant l'affaire de l'« *Enrica Lexie* » (voir *supra* note 268), par. 87.

<sup>311</sup> « *Juno Trader* » (voir *supra* note 269), par. 97, citant : *Navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), prompt mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 1997*, p. 16, au paragraphe 81.

l'article 73 de la Convention établit un équilibre entre l'intérêt que représente, pour l'État côtier, la prise de toutes les mesures qui lui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés, d'une part, et l'intérêt que représente, pour l'État du pavillon, l'obtention sans délai d'une mainlevée de l'immobilisation de ses navires et d'une libération de leurs équipages dès le dépôt d'une caution ou autre garantie<sup>312</sup>.

194. Dans le cadre des mesures conservatoires, le Tribunal a dressé, au fil de ses affaires, une liste de facteurs pertinents à prendre en compte pour juger si une obligation ou autre garantie financière demandée est ou non raisonnable<sup>313</sup>. Ces facteurs comprennent notamment : « la gravité des infractions imputées, les sanctions imposées ou pouvant l'être en vertu des lois de l'État qui a immobilisé le navire, la valeur du navire immobilisé et celle de la cargaison saisie, le montant de la caution imposée par l'État qui a immobilisé le navire, ainsi que la forme sous laquelle la caution est exigée »<sup>314</sup>.

### Observation 82

#### **Le Tribunal international du droit de la mer a parfois renvoyé à ses propres décisions et à celles d'autres juridictions internationales lorsqu'il examinait la charge de la preuve et le critère d'établissement de la preuve dans le cadre de certaines demandes.**

195. Le Tribunal s'est appuyé sur la décision qu'il avait lui-même rendue antérieurement et sur une décision de la Cour internationale de Justice pour déterminer que les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite sur la frontière maritime qui délimite les différentes zones « doivent être convaincants »<sup>315</sup>, que la seule existence de concessions pétrolières ne prouve pas l'existence d'un tel accord<sup>316</sup>, et que la présence d'activités halieutiques dans la zone ne saurait être décisive en ce qui concerne l'étendue de cette frontière<sup>317</sup>.

<sup>312</sup> « *Tomimaru* » (voir *supra* note 269), par. 74, citant : « *Monte Confurco* », (*Seychelles c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2000*, p. 86, par. 70.

<sup>313</sup> « *Hoshinmaru* » (voir *supra* note 248), par. 82 ; « *Juno Trader* » (voir *supra* note 269), par. 82 à 85 ; « *Volga* » (*Fédération de Russie c. Australie*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2002*, p. 10, par. 64, citant : « *Monte Confurco* » (voir *supra* note 312), par. 76. Voir aussi *Navire « Virginia G »* (voir *supra* note 265), par. 292.

<sup>314</sup> « *Volga* » (voir *supra* note 213), par. 63, citant l'affaire du « *Camouco* » (*Panama c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2000*, p. 10, par. 67.

<sup>315</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, *arrêt* (voir *supra* note 281), par. 212. Voir aussi *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 117, renvoyant à : *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 253.

<sup>316</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, *arrêt, TIDM Recueil 2017*, par. 215, citant les affaires suivantes : *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 253, et *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 625, au paragraphe 79.

<sup>317</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)* (voir *supra* note 281), par. 226, citant l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)* (voir *supra* note 93), par. 111.

## 8. Exemples de renvoi aux décisions de juridictions nationales

### Observation 83

#### **Le Tribunal international du droit de la mer a évoqué la possibilité d'utiliser les décisions des juridictions nationales pour élucider les faits d'une affaire**

196. Dans l'*Affaire du navire « Norstar »*, le Tribunal a reconnu que « les décisions des tribunaux italiens p[ouvai]ent servir à élucider les faits de l'[...] affaire »<sup>318</sup> et cité à ce propos l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, dans laquelle la Cour avait indiqué que « 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 »<sup>319</sup>. On trouve la même référence dans l'affaire du *Navire « Virginia G »*<sup>320</sup>.

## 9. Exemples de références aux travaux de la Commission du droit international

### Observation 84

#### **Le Tribunal international du droit de la mer a parfois renvoyé aux travaux de la Commission du droit international.**

197. Dans l'affaire du *Navire « SAIGA » (n° 2)*, le Tribunal a fait référence à plusieurs des projets d'article sur la responsabilité de l'État adoptés en première lecture. Dans sa décision, il cite, par exemple, le projet d'article 22 (correspondant à l'article 44 du texte adopté en deuxième lecture) à l'appui de la règle nécessitant l'épuisement des recours internes<sup>321</sup>. Le projet d'article 42 (correspondant à l'article 34 du texte adopté en deuxième lecture) y est cité également au sujet des formes de réparation auxquelles il pourrait être recouru en droit international<sup>322</sup>, et le projet d'article 33 (correspondant à l'article 25 du texte adopté en deuxième lecture), au sujet de l'invocation de l'état de nécessité comme motif pour exclure l'illicéité d'un acte<sup>323</sup>.

198. Dans l'avis consultatif rendu concernant les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre du Tribunal pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a invoqué l'article 34 des articles sur la responsabilité des États concernant les formes de réparation<sup>324</sup>, ainsi que l'article 2, notant que le dommage n'est pas une condition de la responsabilité internationale des États<sup>325</sup>. Dans la même affaire, le Tribunal a invoqué les articles 5 et 11 en affirmant que « les actes d'une entité privée ne sont pas directement imputables à un État, sauf si l'entité en question est habilitée à agir en tant qu'organe de cet État (article 5 des articles [...] sur la responsabilité de l'État) ou si son comportement est reconnu et adopté par l'État comme étant le sien (article 11 des articles [...] sur la responsabilité de l'État). »<sup>326</sup>

199. Dans le même avis consultatif, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a déclaré qu'elle était « consciente des efforts déployés par la Commission du droit international pour traiter des dommages résultant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Toutefois, de tels efforts n'ont pas, jusqu'à présent, abouti à l'élaboration des règles régissant la responsabilité de l'État

<sup>318</sup> *Navire « Norstar »*, arrêt (voir *supra* note 262), par. 229.

<sup>319</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond* (voir *supra* note 37), p. 19.

<sup>320</sup> *Navire « Virginia G »* (voir *supra* note 265), par. 226.

<sup>321</sup> *Navire « SAIGA » (n° 2)* (voir *supra* note 255), par. 98.

<sup>322</sup> *Ibid.*, par. 171. Voir aussi *Navire « Norstar »*, arrêt (voir *supra* note 262), par. 319.

<sup>323</sup> *Ibid.*, par. 133.

<sup>324</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* note 251), par. 196.

<sup>325</sup> *Ibid.*, par. 210.

<sup>326</sup> *Ibid.*, par. 182.

pour actes licites. »<sup>327</sup>. L'avis consultatif renvoie également à l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État tout en notant que « [t]out État Partie [à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] pourrait également prétendre à réparation au vu du caractère *erga omnes* des obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone. »<sup>328</sup>

200. Dans l'affaire du *Navire « Norstar »*, le Tribunal, faisant référence à d'autres articles sur la responsabilité des États, a évoqué les articles 1, 31, 36 (l'indemnisation des dommages susceptibles d'évaluation financière devrait comprendre le manque à gagner)<sup>329</sup> et 38 (Intérêts)<sup>330</sup>. En outre, le Tribunal a renvoyé au commentaire de l'article 38 concernant les intérêts payables sur les montants définis à titre d'indemnisation, pour indiquer qu'il n'existe pas de façon uniforme de procéder en matière de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués<sup>331</sup>.

### Observation 85

#### **Le Tribunal international du droit de la mer a parfois renvoyé à certains articles sur la responsabilité de l'État comme exemples de droit international coutumier.**

201. Le Tribunal a estimé, par exemple, que les éléments suivants font partie du droit international coutumier : la règle selon laquelle tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale (art. 1)<sup>332</sup>, les éléments de la responsabilité de l'État (art. 2)<sup>333</sup>, l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31)<sup>334</sup>.

202. L'avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* précise que, dans le cadre de l'interprétation de l'article 304 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Responsabilité en cas de dommages), il devrait être tenu compte des articles sur la responsabilité de l'État, ces articles faisant partie des règles concernant la responsabilité en vertu du droit international<sup>335</sup>.

### Observation 86

#### **Le Tribunal international du droit de la mer s'est parfois référé aux travaux de la Commission pour interpréter le texte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.**

203. Dans l'affaire du *Navire « SAIGA » (n° 2)*, par exemple, le Tribunal, analysant l'article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, a rappelé que dans l'article 29 du projet d'articles sur le droit de la mer qu'elle avait adopté en 1956, la Commission avait proposé le concept de « lien substantiel » comme critère, non seulement pour l'attribution de la nationalité à un navire, mais aussi pour la reconnaissance par d'autres États de cette nationalité. Le Tribunal a observé que le

<sup>327</sup> Ibid., par. 209.

<sup>328</sup> Ibid., par. 180.

<sup>329</sup> *Navire « Norstar »*, arrêt (voir *supra* note 262), par. 314, 317, 318, 333 et 431.

<sup>330</sup> Ibid., par. 457 et 458.

<sup>331</sup> Ibid., par. 458.

<sup>332</sup> Ibid., par. 317, et *Navire « Virginia G »* (voir *supra* note 265), par. 429.

<sup>333</sup> *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 144.

<sup>334</sup> *Navire « Norstar »* (voir *supra* note 262), par. 318, citant : *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* note 251), par. 194. Voir aussi *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 144.

<sup>335</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* note 251), par. 169.

libellé de l'article 5 de la Convention sur la haute mer de 1958<sup>336</sup> énonçait bien l'obligation relative à ce lien substantiel, mais ne prévoyait pas que « l'existence d'un lien substantiel soit la base de la reconnaissance de la nationalité »<sup>337</sup>. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer procédant de la même manière que la Convention sur la haute mer de 1958, le Tribunal en a conclu que l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'État dont il bat le pavillon ne visait pas à « établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres États pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un État du pavillon »<sup>338</sup>.

204. Dans l'avis consultatif concernant les *Activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins s'est référée aux termes « liability » et « responsibility » utilisés dans les différentes versions linguistiques des articles sur la responsabilité de l'État pour interpréter les articles 139 et 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (concernant la responsabilité). Elle a ainsi indiqué que « le terme "responsibility" se réfère à l'obligation primaire alors que le terme "liability" se réfère à l'obligation secondaire, à savoir aux conséquences de la violation d'une obligation primaire »<sup>339</sup>.

205. Dans le même avis consultatif, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, interprétant l'obligation qui incombe aux États, aux termes des articles 139 et 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, de « veiller à », a invoqué l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État en déclarant ce qui suit :

L'expression « veiller à » est souvent utilisée dans les instruments juridiques internationaux pour faire référence aux obligations à l'égard desquelles, s'il n'est pas considéré raisonnable de rendre un État responsable de toute violation commise par des personnes relevant de sa juridiction, de même, il n'est pas non plus jugé satisfaisant de s'en remettre à la simple application du principe aux termes duquel le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'État en droit international (voir les articles [...] sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, commentaire sur l'article 8, paragraphe 1)<sup>340</sup>.

#### D. Tribunaux arbitraux

206. Comme indiqué dans l'introduction, la présente partie porte principalement sur les sentences arbitrales contenues dans le *Recueil des sentences arbitrales*, et plus particulièrement sur les sentences arbitrales interétatiques. Le droit applicable dans chaque cas dépend de la portée de la convention d'arbitrage conclue entre les parties, par voie de traité ou d'un autre instrument.

<sup>336</sup> Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, 29 avril 1958) : Convention sur la haute mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, n° 6465, p. 11.

<sup>337</sup> Navire « SAIGA » (n° 2) (voir *supra* note 255), par. 80.

<sup>338</sup> Ibid., par. 83.

<sup>339</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* note 251), par. 66.

<sup>340</sup> Ibid., par. 112, également cité dans *Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 128.

## 1. Référence expresse aux moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

### Observation 87

**Il est arrivé dans quelques cas que les tribunaux arbitraux interétatiques fassent expressément référence aux moyens auxiliaires ou à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.**

207. Dans la sentence rendue dans le cadre de l'*Arbitrage entre la République populaire du Bangladesh et la République de l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale*, le tribunal a rappelé les principes de transparence et de prévisibilité, s'agissant de produire un résultat équitable en matière de délimitation maritime, principes mentionnés par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar*<sup>341</sup>, et a ajouté ce qui suit :

assurer la transparence et la prévisibilité de l'ensemble du processus de délimitation est un autre objectif à atteindre dans le cadre du processus. La jurisprudence internationale qui en découle – et qui continue de se développer – constitue, de l'avis du Tribunal, un acquis judiciaire, une source de droit international au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui doit être considérée comme faisant partie des articles 74 et 83 de la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer]<sup>342</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 88

**Certaines références au terme « moyens auxiliaires », dans les sentences arbitrales, semblent renvoyer en fait à des sources correspondant à des « moyens supplémentaires » dans le contexte de l'interprétation des traités.**

208. À titre d'exemple, la sentence relative à l'*Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France*, antérieure au projet d'articles sur le droit des traités, présenté par la Commission en 1966<sup>343</sup>, évoque une demande formulée par les États-Unis, jugée pertinente « du point de vue de la détermination des “objectifs du traité”, à laquelle les parties ont renvoyé dans leurs mémoires et qui est reconnue à son tour comme moyen auxiliaire légitime d'interpréter les traités »<sup>344</sup>. Dans une note de bas de page, il y est précisé que la Cour internationale de Justice, dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, « a eu recours à la notion de “but” d'une convention comme critère d'interprétation »<sup>345</sup>.

209. Dans la même sentence, le tribunal indique que dans l'*Affaire du temple de Préah Vihear*, la Cour internationale de Justice

semble avoir pris en considération le comportement des parties non seulement comme moyen auxiliaire, en cas de doute sur l'interprétation à donner à

<sup>341</sup> *Bangladesh/Myanmar* (voir *supra* note 94), par. 184.

<sup>342</sup> *Arbitrage entre la République populaire du Bangladesh et la République de l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale* (voir *supra* note 94), par. 339.

<sup>343</sup> Projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 122 à 134.

<sup>344</sup> *Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 5 à 74, à la page 56.

<sup>345</sup> *Arbitrage entre la République populaire du Bangladesh et la République de l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale* (voir *supra* note 94), note 1, renvoyant à l'*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, *Arrêt du 28 novembre 1958*, C.I.J. *Recueil 1958*, p. 55, aux pages 68 et 69.

l'instrument examiné, mais aussi comme source éventuelle de modification de la situation juridique, pour le cas où l'on aurait cherché à tirer une conclusion différente de la simple interprétation de l'instrument en question<sup>346</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 89

#### **Les références expresses aux « moyens auxiliaires » dans les décisions des tribunaux arbitraux sont rares.**

210. L'*Affaire Goldenberg* fournit un rare exemple de référence expresse au terme « moyens auxiliaires » dans le texte, où l'arbitre unique, s'employant à cerner ce qui pouvait être considéré comme constituant le droit des gens, aux fins de la détermination des réparations en vertu du paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles<sup>347</sup>, a précisé ce qui suit<sup>348</sup>:

il est évident qu[e le Traité] a tacitement admis que l'arbitre unique suivrait, dans l'application du droit des gens, la pratique de ces Cours [internationales d'arbitrage]. Or, cette pratique a toujours été basée, non seulement sur les normes écrites du droit international, mais sur la coutume internationale, les principes généraux reconnus par les nations civilisées et les décisions judiciaires, envisagées comme moyens auxiliaires de déterminer les règles de droit.

### Observation 90

#### **À ce jour, un tribunal arbitral a fait une fois mention de la corrélation entre les moyens complémentaires d'interprétation des traités visés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités et les moyens auxiliaires évoqués à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.**

211. Dans une sentence arbitrale rendue au sujet d'un différend entre les États-Unis et le Canada lié à l'accord sur le bois d'œuvre résineux, il a été considéré qu'il fallait entendre au sens large les moyens complémentaires d'interprétation des traités prévus par la Convention de Vienne sur le droit des traités, de manière à ce que les éléments énumérés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice soient pris en compte comme moyens complémentaires d'interprétation, le tribunal indiquant ce qui suit :

En revanche, l'article 32 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] permet non seulement de recourir, à titre de moyens complémentaires d'interprétation, aux « travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu », mais indique aussi, par l'emploi du mot « notamment » que, au-delà des deux moyens expressément mentionnés, il peut être fait appel à d'autres moyens complémentaires d'interprétation pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités]. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les décisions judiciaires et les sentences sont applicables, comme « moyen auxiliaire », à l'interprétation du droit international public. Par conséquent, ces documents juridiques peuvent également être considérés comme « moyens

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> Traité de Versailles (Versailles, 28 juin 1919), disponible à l'adresse suivante : <https://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>.

<sup>348</sup> *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, sentence du 27 septembre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 901 à 910, aux pages 908 et 909.

complémentaires d'interprétation » au sens de l'article 32 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités]<sup>349</sup>. [Traduction non officielle]

212. Le tribunal arbitral a ensuite souligné que :

il n'est pas évident de savoir dans quelle mesure les sentences arbitrales sont déterminantes pour la tâche du Tribunal. Mais il est clair, en tout état de cause, que les décisions d'autres tribunaux ne lient pas ce Tribunal. [...]

[...] Toutefois, cela n'exclut pas que le Tribunal examine les décisions arbitrales et les arguments des parties fondés sur celles-ci, dans la mesure où il peut constater qu'elles permettent d'éclairer utilement les questions qui doivent être tranchées en l'espèce<sup>350</sup>. [Traduction non officielle]

213. Aucune autre référence expresse aux moyens auxiliaires ou à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne figurant dans les sentences arbitrales évoquées par la suite au titre du présent point, il convient de ne pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples présentés ci-après peuvent constituer une utilisation des décisions judiciaires et d'autres documents comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

## 2. Exemples portant sur la juridiction ou la compétence

### Observation 91

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions d'autres tribunaux internationaux s'agissant du principe de *compétence de la compétence*.**

214. Dans l'*arbitrage entre la République de Croatie et la République de Slovénie*, le tribunal arbitral a fait référence à des décisions de la Cour internationale de Justice<sup>351</sup> et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>352</sup> ainsi qu'à plusieurs décisions rendues par des tribunaux arbitraux à l'appui du principe de compétence de la compétence des tribunaux internationaux<sup>353</sup>.

### Observation 92

**Les tribunaux arbitraux se sont parfois référés aux décisions d'autres tribunaux internationaux pour interpréter dans quelle mesure ils ont le pouvoir d'accéder à des demandes d'interprétation de leurs décisions.**

<sup>349</sup> London Court of International Arbitration, *United States v. Canada*, affaire n° 7941, Award on remedies, 23 février 2009, par. 83.

<sup>350</sup> Ibid., par. 84 et 85.

<sup>351</sup> *Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, affaire n° 2012-04, sentence partielle, 30 juin 2016, par. 148, citant l'affaire *Nottebohm (exception préliminaire) (Liechtenstein c. Guatemala)* (voir *supra* note 147), p. 119. Voir aussi *Interprétation de l'accord gréco-turc* (voir *supra* note 13), p. 20 ; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (voir *supra* note 202), par. 46.

<sup>352</sup> Ibid., renvoyant à : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »* (IT-94-1-AR-72), Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, 2 Octobre 1995, par. 18.

<sup>353</sup> Ibid., par. 149 à 154, citant les affaires suivantes : Cour permanente d'arbitrage, *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan*, sentence finale, 22 juillet 2009, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX (numéro de vente : B.13.V.4), p. 300, au paragraphe 499 ; *Affaire du Guano (Chili, France)*, Arrêts des 20 janvier et 10 novembre 1896 ; jugement du 20 octobre 1900 ; sentences des 8 janvier et 5 juillet 1901, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente : B.13.V.4), p. 77 à 387, à la page 100 ; *Affaire Walfish Bay Boundary (Germany, Great Britain)*, sentence du 23 mai 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 263 à 308, à la page 307, par. LXVII ; *Rio*

215. Dans l'*Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, le tribunal arbitral a dit

partage[r] le point de vue adopté par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, point de vue selon lequel il serait déplacé, pour établir l'existence d'un différend dans le cadre d'une demande en interprétation d'un jugement, d'exiger des formalités qui ne seraient pas raisonnables, comme l'épuisement des négociations diplomatiques<sup>354</sup>.

216. Dans la *Demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili (Argentine, Chili)*, le tribunal arbitral a analysé l'étendue de son pouvoir d'interprétation s'agissant de la sentence arbitrale rendue le 21 octobre 1994. Il a indiqué que, outre les dispositions du Traité de paix et d'amitié entre les parties et les règles de procédure applicables en l'espèce<sup>355</sup>, « [l]a jurisprudence internationale exige également, pour que la demande d'interprétation d'une décision soit recevable, qu'il y ait désaccord entre les parties », et a renvoyé à cet égard aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Interprétation des arrêts n<sup>os</sup> 7 et 8 (Usine de Chorzów)*<sup>356</sup>, et de la Cour internationale de Justice dans le cadre de la *Demande d'interprétation en l'affaire du droit d'asile*<sup>357</sup>.

217. Le tribunal a conclu que ces « précédents ont également établi qu'il suffit que les deux parties diffèrent quant au sens et à la portée de l'arrêt, mais qu'il n'est pas nécessaire, en revanche, que cette divergence soit manifestée d'une manière particulière »<sup>358</sup>. Le tribunal a ajouté que « la demande d'interprétation devait porter sur un terme ou un paragraphe précis et non sur la décision en général »<sup>359</sup>, et a donné

---

*Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Great Britain) v. United States*, sentence du 28 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 131 à 138, aux pages 135 et 136 ; *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and various underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, sentence du 15 décembre 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII (numéro de vente : 58.V.2), p. 160 à 190, à la page 186 ; *Affaire de la Société Radio-Orient (États du Levant sous mandat français contre Égypte)*, sentence du 2 avril 1940, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1871 à 1881, à la page 1878.

<sup>354</sup> *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 14 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 288 à 413, par. 12, renvoyant à l'affaire *Interprétation des arrêts n<sup>os</sup> 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt n<sup>o</sup> 11, 16 décembre 1927, C.P.J.I. série A n<sup>o</sup> 13, p. 3, aux pages 10 et 11.

<sup>355</sup> *Décision du tribunal concernant la demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili (Argentine, Chili)*, 13 octobre 1995, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 151 à 207, par. 132.

<sup>356</sup> *Interprétation des arrêts n<sup>os</sup> 7 et 8 (Usine de Chorzów)* (voir *supra* note 354), p. 11.

<sup>357</sup> *Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile* (voir *supra* note 97), p. 403.

<sup>358</sup> *Demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994* (voir *supra* note 355), par. 132, renvoyant à l'*Interprétation des arrêts n<sup>os</sup> 7 et 8 (Usine de Chorzów)* (voir *supra* note 354), p. 10 et 11, et à la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982* (voir *supra* note 112), p. 218.

<sup>359</sup> *Ibid.*, où il est indiqué que : « La Cour pourrait citer, à titre d'exemple, la décision du 26 février 1870 de la Commission mixte Pérou-États-Unis (Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, 1898, vol. II, p. 1630 et suiv. et 1649), et les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en date du 17 août 1990, interprétant un terme précis des sentences prononcées dans les affaires *Velasquez Rodriguez* et *Godínez Cruz* (Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n<sup>o</sup> 9, par. 31 et série C, n<sup>o</sup> 10, par. 31). » [Traduction non officielle].

l'exemple d'une décision de la Commission mixte Pérou-États-Unis et d'une décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>360</sup>.

218. Dans certains cas, les tribunaux arbitraux opèrent une distinction entre leurs pouvoirs, fondés sur la convention d'arbitrage, et ceux d'autres juridictions internationales telles que la Cour internationale de Justice. Dans l'arbitrage en l'affaire « *Eaux de l'Indus* », par exemple, le tribunal arbitral a indiqué ce qui suit dans une décision sur la demande d'éclaircissement ou d'interprétation d'une sentence partielle, formulée par l'Inde :

bien que les parties aient fait référence à la jurisprudence de la [Cour internationale de Justice] sur la recevabilité d'une demande d'interprétation, la présente Cour note que la pratique [de la Cour] en la matière se fonde spécifiquement sur [son] statut et [son] règlement, qui prévoient des conditions préalables de fond à l'exercice d[e son] pouvoir d'interprétation<sup>361</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 93

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions de la Cour internationale de Justice lorsqu'ils analysaient l'étendue de leur compétence pour interpréter ou déterminer des règles de droit international.**

219. Dans l'*Arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique*, par exemple, le tribunal a renvoyé à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du Cameroun septentrional* et relevé que la Cour :

jugeait « incontestable » qu'« elle peut, dans des cas appropriés, prononcer un jugement déclaratoire [...] [dans lequel] elle définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur, [et qui] demeure applicable dans l'avenir. » Il s'agit de savoir si le contexte d'une telle décision lui permet de produire les conséquences concrètes nécessaires, au-delà de la simple élucidation du sens du traité lui-même, pour les parties à l'affaire dont est saisi le tribunal<sup>362</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 94

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions d'autres tribunaux arbitraux pour mettre en évidence le pouvoir effectif qui est le leur d'examiner les demandes reconventionnelles.**

220. Dans l'affaire de l'« *Enrica Lexie* », le tribunal arbitral a déclaré que, si les règles de procédure qu'il avait adoptées au début de l'instance

ne prévo[yaien]t et ne régiss[aient pas] expressément le droit de présenter des demandes reconventionnelles, [il] ne dout[ait] nullement que les tribunaux arbitraux établis en application de l'annexe VII de la Convention [avaient] en propre le pouvoir de connaître des demandes reconventionnelles. Cela est conforme à l'avis adopté précédemment par les tribunaux arbitraux dans le cadre

<sup>360</sup> Ibid., par. 137, renvoyant à la *Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile* (voir *supra* note 97), p. 403.

<sup>361</sup> *Affaire « Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga »*, Décision sur la demande en précision ou en interprétation présentée par l'Inde, 20 mai 2013, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI (numéro de vente : B.18.V.1), p. 296 à 314, au paragraphe 22.

<sup>362</sup> *Arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique*, sentence du 29 septembre 2012, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXIV, p. 1 à 123, au paragraphe 196, citant : *Cameroun septentrional* (voir *supra* note 52).

des arbitrages *La Barbade c. République de Trinité-et-Tobago et Guyana c. Suriname* (annexe VII)<sup>363</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 95

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions de la Cour internationale de Justice compte tenu du rôle qu'elles jouent dans la détermination et la qualification d'un différend international.**

221. Dans l'arbitrage relatif à la *Mer de Chine méridionale*, par exemple, le tribunal s'est référé à diverses décisions de la Cour internationale de Justice pour indiquer que « [l]orsqu'un différend existe entre les parties à la procédure, il est en outre nécessaire de l'identifier et de le qualifier »<sup>364</sup> et que « le tribunal est tenu de "circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande" »<sup>365</sup>. Il a également ajouté que « [c]omme indiqué dans l'*Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, il incombe à la Cour "de définir elle-même, sur une base objective, le différend qui oppose les parties, en examinant la position de l'une et de l'autre" »<sup>366</sup>.

222. Dans l'affaire de l'« *Enrica Lexie* », le tribunal s'est également référé aux décisions de la Cour internationale de Justice concernant la méthode de détermination de la question en cause. Il a relevé que, dans « l'*Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, la [Cour internationale de Justice] a fait observer que, aux fins de déterminer sa tâche dans toute instance, la cour "commence par examiner la requête", et ce, "dans son ensemble" »<sup>367</sup>.

### Observation 96

**Les sentences arbitrales ont parfois fait référence à des décisions de juridictions internationales s'agissant de l'étendue de leurs pouvoirs de contrôle des organismes d'enquête.**

223. Dans la sentence arbitrale relative à la *Délimitation de l'Abyei*, le tribunal s'est référé à nombre de décisions de juridictions internationales pour déterminer si les experts de la Commission de délimitation des frontières de l'Abyei, établie en application de l'Accord de paix global signé par les parties le 9 janvier 2005, avaient outrepassé leur mandat. Le tribunal a noté en particulier que :

<sup>363</sup> Arbitrage relatif à l'incident de l'« *Enrica Lexie* » (*République italienne c. République de l'Inde*), CPA, affaire n° 2015-28, sentence du 21 mai 2020, par. 254, citant *La Barbade c. République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra* note 284), par. 213 à 217, et *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, sentence du 17 septembre 2007, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 1 à 144.

<sup>364</sup> Arbitrage entre la République des Philippines et la République populaire de Chine concernant la mer de Chine méridionale, sentence du 29 octobre 2015 sur la compétence et la recevabilité, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXIII, p. 1 à 152, par. 150. Voir aussi *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, sentence (voir *supra* note 363), par. 231.

<sup>365</sup> *Ibid.*, citant *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (voir *supra* note 104), par. 30, et aussi : *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. *Recueil 1995*, p. 288, par. 55.

<sup>366</sup> *Ibid.*, citant : *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* (voir *supra* note 68), par. 30.

<sup>367</sup> *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, sentence (voir *supra* note 363), par. 233, citant : *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* (voir *supra* note 68), par. 29 et 30, et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (voir *supra* note 161), par. 70.

En droit international public, un principe établi du contrôle arbitral et, plus généralement, institutionnel, veut que les conclusions de l'instance de décision initiale ne fassent l'objet que d'un contrôle limité. [...] Un organe de révision saisi de la question de l'excès de pouvoir présumé ne « se prononcera pas sur la question de savoir si la décision [initiale] était bonne ou mauvaise », car cette question est sans pertinence juridique dans le cadre d'une enquête sur l'excès de pouvoir<sup>368</sup>. [Traduction non officielle]

224. Le tribunal, renvoyant à nombre de décisions rendues par différentes juridictions internationales, a observé qu'« il est depuis longtemps reconnu, dans la jurisprudence internationale, qu'il relève de l'autorité d'une cour ou d'un tribunal arbitral saisi d'une fonction de révision d'annuler partiellement une décision ou une sentence le cas échéant »<sup>369</sup>. Il a conclu, de plus, que « l'analyse [de la Cour internationale de Justice] dans l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, qui repose sur des principes juridiques explicitement motivés applicables par analogie à la présente procédure, constitue la meilleure méthode pour établir le critère d'examen approprié »<sup>370</sup>.

### 3. Exemples relatifs au droit international coutumier

#### Observation 97

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions de la Cour internationale de Justice pour ce qui est de déterminer le caractère contraignant ou non d'un accord.**

225. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire concernant l'*Aire marine protégée des Chagos*, par exemple, s'est référé à l'*Affaire du plateau continental de la mer Égée* jugée par la Cour internationale de Justice<sup>371</sup> :

Comme l'a rappelé la [Cour internationale de justice] dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, « pour déterminer quelle était en fait la nature de l'acte ou de la transaction consacrée par l[accord], l[e tribunal] doit tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles l[accord] a été élaboré » (*Grèce c. Turquie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 3, à la page 39, par. 96).

226. Dans l'arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, le tribunal s'est référé à diverses décisions de la Cour internationale de Justice pour indiquer que<sup>372</sup> :

<sup>368</sup> *Sentence arbitrale relative à la délimitation de l'Abyei* (voir *supra* note 353), par. 403, citant l'*Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Arrêt du 18 novembre 1960, C. I. J. Recueil 1960, p. 192, à la page 214, cité avec approbation dans l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (voir *supra* note 202), par. 25.

<sup>369</sup> *Sentence arbitrale relative à l'Abyei* (voir *supra* note 353), par. 416, citant *The Orinoco Steamship Company Case (United States, Venezuela)*, sentence du 25 octobre 1910, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 227 à 241, à la page 234 ; Voir également *ibid.*, par. 418, où est citée l'affaire suivante : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie générale des eaux) v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/97/3, décision concernant la requête en annulation, 3 juillet 2002, par. 68 et 69.

<sup>370</sup> *Sentence arbitrale relative à l'Abyei* (voir *supra* note 353), par. 507, citant : *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (voir *supra* note 202).

<sup>371</sup> *Sentence arbitrale relative au différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 359 à 606, au paragraphe 426.

<sup>372</sup> *Arbitrage concernant la mer de Chine méridionale*, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 213, renvoyant à : *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71), par. 96 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 6, aux paragraphes 23 à 29 ; *Frontière*

Pour constituer un accord contraignant, un instrument doit manifester clairement l'intention d'établir des droits et des obligations entre les parties. Cette intention est déterminée à la lumière des termes mêmes de l'instrument et des circonstances particulières de son adoption. Le comportement ultérieur des parties à un instrument peut également aider à en déterminer la nature. [Traduction non officielle]

En outre, « [l]a forme ou la dénomination d'un instrument n'est donc pas déterminante s'agissant de son caractère d'accord établissant des obligations juridiques entre les parties »<sup>373</sup>.

### Observation 98

#### **Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions d'autres tribunaux internationaux ayant conclu que les règles d'interprétation des traités énoncées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités appartenaient au droit international coutumier.**

227. Dans l'*Affaire concernant l'apurement des comptes* opposant le Pays-Bas à la France dans le cadre de la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures, le tribunal a fait référence, par exemple, à nombre de décisions de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux indiquant que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités constituaient une codification du droit international coutumier<sup>374</sup>. Le tribunal s'est également référé à diverses décisions de la Cour internationale de Justice<sup>375</sup> et de tribunaux arbitraux<sup>376</sup> pour indiquer que le recours aux moyens visés à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'est pas limité aux seuls cas « où le résultat obtenu en application des dispositions de l'article 31 serait ambigu, obscur ou manifestement absurde ou déraisonnable. En effet, il peut être recouru à de tels moyens pour "confirmer le sens

---

*terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)] (voir *supra* note 213), par. 258, 262 et 263.

<sup>373</sup> *Arbitrage concernant la mer de Chine méridionale*, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 214, renvoyant à : *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71), par. 96 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité* (voir *supra* note 372), par. 23 à 29 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)] (voir *supra* note 213), par. 258, 262 et 263 ; voir également la Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 2, par. 1 a).

<sup>374</sup> *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, sentence arbitrale du 12 mars 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 267 à 344, par. 59 à 61, citant, entre autres : *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt (voir *supra* note 202), par. 23 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (voir *supra* note 71), par. 41 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité* (voir *supra* note 372), par. 33 ; *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), par. 18 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (voir *supra* note 56), par. 99 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* note 316), par. 37.

<sup>375</sup> *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (voir *supra* note 71), par. 55 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (voir *supra* note 372), par. 40 ; *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), par. 46 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* note 316), par. 53 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (voir *supra* note 56), par. 41.

<sup>376</sup> *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 417 à 493, au paragraphe 44 ; *Accord sur les dettes extérieures allemandes*, *Revue générale de droit international public*, vol. 84, 1980, par. 37.

résultant de l'application de l'article 31" ». Le tribunal a précisé à cet égard que, bien qu'il ne soit pas nécessaire d'y avoir recours, la prise en compte de moyens complémentaires d'interprétation confirme bien souvent l'interprétation du texte du traité en cause<sup>377</sup>.

228. On peut trouver une déclaration du même ordre dans l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*<sup>378</sup> et dans la sentence sur la compétence dans l'affaire des *Eaux de l'Indus*, renvoyant au commentaire des conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités<sup>379</sup>.

### Observation 99

#### **Les tribunaux arbitraux se sont parfois référés à des décisions de juridictions internationales pour examiner la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités.**

229. Dans l'*Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France*, antérieur à la Convention de Vienne sur le droit des traités, le tribunal s'est référé aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour indiquer que la conduite des parties après la conclusion de l'accord pouvait être d'une grande importance<sup>380</sup>. Le tribunal a estimé que<sup>381</sup> :

Cette méthode est susceptible soit de confirmer, soit d'infirmer, voire éventuellement de corriger les conclusions fournies par les interprétations fondées sur l'examen du texte et des travaux préparatoires, aux fins de déterminer quelle était la commune intention des parties lors de la conclusion de l'accord.

230. Dans l'arbitrage concernant le *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France/UNESCO)*, le tribunal s'est référé aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice et à la doctrine et a noté que la question de l'analyse de la pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation était solidement établie avant la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>382</sup>, ajoutant que la

<sup>377</sup> *Affaire concernant l'apurement des comptes* entre les Pays-Bas et la France (voir *supra* note 374), par. 70. Voir aussi *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France/UNESCO)*, décision du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E.05.V.5), p. 231-266, par. 41, citant l'affaire : *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), par. 18 ; *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, sentence du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente : 06.V.8), p. 35 à 125, par. 45.

<sup>378</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p. 149 à 196, au par. 41.

<sup>379</sup> *Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India)*, CPA, affaire n° 2023-01, Award on the Competence of the Court, sentence du 6 juillet 2023, par. 122, citant le paragraphe 4) du commentaire relatif à la conclusion 2 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 52, p. 16.

<sup>380</sup> *Interprétation de l'accord relatif aux services aériens* (voir *supra* note 344), p. 60.

<sup>381</sup> *Ibid.*, citant : *Compétence de l'Organisation internationale du Travail, avis consultatif, 12 août 1922, C.P.J.I., série B, n°s 2 et 3*, p. 39 ; *Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 3 mars 1928, C.P.J.I., série B, n° 15*, p. 18 ; *Temple de Préah Vihear* (voir *supra* note 307), p. 32 et 33.

<sup>382</sup> *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO* (voir *supra* note 377), par. 71.

Commission avait pris en compte cette pratique comme moyen authentique d'interprétation, au même titre que les accords interprétatifs<sup>383</sup>. Le Tribunal a fait observer que le commentaire de la Commission n'avait pas déterminé spécifiquement quelle pratique pouvait être considérée comme pratique ultérieure susceptible d'être utilisée comme moyen d'interprétation et a précisé que la question avait été abordée par la Cour internationale de Justice dans diverses décisions, notamment dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar* et de l'*Île de Kasikili/Sedudu*<sup>384</sup>.

231. Dans l'arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, le tribunal a évoqué la prise en compte des accords et de la pratique ultérieurs des parties à un traité, comme le prévoit le paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et a renvoyé à plusieurs décisions développant la question des critères d'évaluation de ces éléments dans le processus d'interprétation ; il a précisé ce qui suit :

le seuil fixé par la [Cour internationale de Justice] pour l'acceptation d'un accord sur l'interprétation d'après la pratique des États est assez élevé. Le seuil est tout aussi élevé dans la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce, qui exige « une séquence “concordante, commune et cohérente” d'actes ou de déclarations » pour établir un modèle impliquant un accord des parties concernant l'interprétation d'un traité<sup>385</sup>. [Traduction non officielle]

#### Observation 100

##### **Les tribunaux arbitraux se sont parfois référés à la pratique des juridictions internationales et à la doctrine pour expliquer les changements intervenus au fil du temps dans les règles d'interprétation des traités.**

232. Dans la sentence arbitrale relative au *Chemin de fer dit Iron Rhine*, on peut lire que dans « l'*Affaire des zones franches* et dans l'*Affaire du vapeur Wimbledon* (C.P.J.I. série A, n° 1 (1923), à la page 24), la Cour permanente [de Justice internationale] a déclaré qu'en cas de doute sur une limitation de l'exercice de la souveraineté, cette limitation doit être interprétée restrictivement »<sup>386</sup> « l'objet et le but d'un traité, pris ensemble avec les intentions des parties, [étant] les éléments prépondérants pour ce qui est de l'interprétation »<sup>387</sup>. Il a été indiqué que :

[l']interprétation restrictive n'a donc vraiment guère de rôle à jouer dans certaines catégories de traités – comme, par exemple, les traités relatifs aux droits de l'homme [...] [C]ertains auteurs notent que le principe n'a pas été invoqué dans la jurisprudence récente des juridictions internationales et qu'il y a lieu de douter de sa pertinence de nos jours<sup>388</sup>. [Traduction non officielle]

Le tribunal a conclu que les droits des parties devaient être interprétés non pas en invoquant le principe de l'interprétation restrictive, mais en appliquant les règles définies par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>389</sup>.

<sup>383</sup> Ibid., renvoyant au projet d'articles sur le droit des traités (et commentaires), *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241 et 242.

<sup>384</sup> *Temple de Préah Vihéar* (voir *supra* note 307), p. 32 et 33 ; *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), p. 1075 à 1092.

<sup>385</sup> *Arbitrage entre la République des Philippines et la République populaire de Chine concernant la mer de Chine méridionale*, CPA, affaire n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXIII, par. 552.

<sup>386</sup> *Chemin de fer dit Iron Rhine* (« *Ijzeren Rijn* ») (voir *supra* note 377), par. 52.

<sup>387</sup> Ibid., par. 53.

<sup>388</sup> Ibid., citant Rudolf Bernhardt, « Evolutive treaty interpretation, especially of the European Convention on Human Rights », *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), p. 11, à la page 14.

<sup>389</sup> Ibid., par. 55.

### Observation 101

**Les tribunaux arbitraux ont parfois fait référence aux principes d'interprétation énoncés dans les décisions d'autres tribunaux internationaux et dans la doctrine, et souligné la pertinence des règles définies par la Convention de Vienne sur le droit des traités.**

233. Dans l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, par exemple, le tribunal s'est appuyé sur des travaux de compilation de la jurisprudence pour indiquer que le traité conclu entre la France et le Portugal en 1960 concernant la frontière maritime entre le Sénégal et la Guinée-Bissau devait être interprété à la lumière du droit en vigueur au moment de sa conclusion<sup>390</sup>.

234. Le tribunal a déclaré que, bien que la Cour permanente de Justice internationale ait indiqué dans l'*Affaire des zones franches* et dans l'*Affaire du vapeur Wimbledon* qu'en cas de doute, une mesure tendant à limiter l'exercice de la souveraineté devait être interprétée restrictivement, il était à noter que, dans l'*Affaire du vapeur Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale avait estimé qu'elle « ne saurait aller, sous couleur d'interprétation restrictive, jusqu'à refuser à l'article [...] le sens qui est commandé par ses termes formels. Ce serait une singulière interprétation que de faire dire à un traité exactement le contraire de ce qu'il dit »<sup>391</sup>.

235. Le tribunal arbitral a souligné la pertinence des principes relatifs à l'interprétation énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités :

[I]a doctrine de l'interprétation restrictive n'a jamais eu de suprématie hiérarchique, mais correspondait à une technique permettant d'assurer un juste équilibre dans la répartition des droits au sein d'un système conventionnel. Le principe de l'interprétation restrictive, selon lequel les traités doivent, en cas de doute, être interprétés en faveur de la souveraineté des États, n'est en fait pas mentionné dans les dispositions de la Convention de Vienne. L'objet et le but d'un traité, auxquels s'ajoutent les intentions des parties, sont les éléments primordiaux pour ce qui est de l'interprétation<sup>392</sup>.

236. Le tribunal s'est référé à des travaux qui relèvent qu'« une application trop rigoureuse du principe de l'interprétation restrictive pourrait être incompatible avec le but premier du traité »<sup>393</sup> et que l'approche de l'interprétation restrictive a été limitée dans certains domaines du droit international tels que les droits de l'homme, ajoutant que certains auteurs constatent que le principe n'a pas été invoqué par les juridictions internationales dans la jurisprudence récente et qu'il y a lieu de douter de sa pertinence à l'heure actuelle<sup>394</sup>.

237. Dans l'arbitrage relatif aux *Eaux de l'Indus*, le tribunal a renvoyé à diverses décisions concernant le droit international de l'environnement et estimé ce qui suit : « Il est établi que les principes du droit international de l'environnement doivent être pris en compte même lorsqu'il s'agit (à la différence de la présente affaire) d'interpréter des traités antérieurs à l'adoption de ce corpus juridique » [traduction

<sup>390</sup> *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 119 à 213, au paragraphe 85, renvoyant à *International Law Reports*, 1951, p. 161 et suiv. ; *The International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 247.

<sup>391</sup> *Chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn »)* (voir *supra* note 377), par. 52, citant l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, arrêt, 17 août 1923, C.P.J.I. série A, n° 1, p. 24 et 25.

<sup>392</sup> *Ibid.*, par. 53.

<sup>393</sup> *Ibid.*, citant Robert Jennings et Arthur Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd., (Londres, Longman, 1992), p. 1279.

<sup>394</sup> *Ibid.*, citant Bernhardt, « Evolutive treaty interpretation ... », p. 14.

non officielle]. Le tribunal s'est notamment référé à l'arbitrage relatif au *Chemin de fer dit Iron Rhine*, dans lequel le tribunal a

appliqué des notions du droit international coutumier de l'environnement à des traités remontant au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle les principes de protection de l'environnement n'étaient que rarement, sinon jamais, pris en compte dans les accords internationaux et ne faisaient pas partie du droit international coutumier. De même, la Cour internationale de Justice a statué, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* que, lorsque cela est nécessaire pour l'application d'un traité, les « normes nouvelles doivent être prises en considération et [les] exigences nouvelles convenablement appréciées »<sup>395</sup>. [Traduction non officielle]

Pour les besoins de l'espèce, le tribunal arbitral a conclu qu'il « lui incombait d'interpréter et d'appliquer le Traité de 1960 à la lumière des principes du droit international coutumier relatifs à la protection de l'environnement aujourd'hui en vigueur »<sup>396</sup>.

### Observation 102

**Les tribunaux arbitraux se sont parfois référés à d'autres sentences arbitrales dans le cadre de l'examen des règles d'interprétation définies par la Convention de Vienne sur le droit des traités.**

238. Dans l'arbitrage relatif aux « *Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga* » entre le Pakistan et l'Inde, le tribunal arbitral a examiné les arguments des parties concernant le détournement autorisé des eaux et s'est référé à une « lettre datée du 16 mai 1960 adressée au Ministère indien de l'irrigation et de l'électricité par le Président de la Commission centrale des eaux et de l'électricité de l'Inde, qui montre que l'Inde envisageait, au moment de la conclusion du traité, un plan de détournement sur la rivière Kishenganga/Neelum similaire au Projet hydroélectrique de Kishenganga présenté aujourd'hui ». Le tribunal a précisé que « l'article 32 de la [Convention de Vienne sur le droit des traités] n'avait pas pour but de limiter la catégorie des moyens complémentaires pouvant être utilisés dans l'interprétation des traités à ceux qui y sont énumérés »<sup>397</sup>, en se référant à la sentence rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire *HICEE B.V. c. la République slovaque*<sup>398</sup>.

### Observation 103

**Les tribunaux arbitraux se sont parfois référés aux principes d'interprétation indiqués dans les décisions d'autres tribunaux pour ce qui est de l'interprétation des sentences arbitrales et d'autres décisions.**

239. Dans la *Demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili (Argentine, Chili)*, le tribunal arbitral s'est référé aux « précédents [...] concernant l'interprétation des traités dans lesquels le tribunal a déclaré qu'il est appelé à interpréter le traité et non à le réviser » et a considéré que « [s]ur la base de ces précédents, le présent tribunal peut déclarer

<sup>395</sup> Affaire « *Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga* », sentence partielle du 18 février 2013, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI (numéro de vente : B.18.V.1), par. 452, citant *Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* note 92), p. 78. Voir aussi la sentence finale du 20 décembre 2013, *ibid.* par. 111.

<sup>396</sup> *Ibid.*, par. 452.

<sup>397</sup> *Ibid.*, par. 380.

<sup>398</sup> *HICEE B.V. v. République slovaque*, CPA, affaire n° 2009-11, sentence partielle, 23 mai 2011, par. 117 et 135.

que, en ce qui concerne la demande d'« interprétation subsidiaire » présentée par le Chili, il peut interpréter sa sentence mais ne peut pas la modifier »<sup>399</sup>.

240. Dans le *Litige frontalier entre l'Argentine et le Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, le tribunal a indiqué que le droit international disposait de principes pour l'interprétation de tout instrument juridique<sup>400</sup>. En ce qui concerne les sentences arbitrales, le tribunal s'est référé à la sentence rendue dans l'affaire de la *Frontière entre l'Argentine et le Chili*, dans laquelle il était indiqué qu'« il convient d'appliquer des règles plus strictes à l'interprétation d'une sentence rendue par un arbitre qu'à un traité résultant de négociations entre deux ou plusieurs parties, lorsque le processus d'interprétation peut nécessiter de chercher à cerner la volonté commune de ces parties »<sup>401</sup>.

241. En outre, le tribunal s'est également référé, entre autres, aux décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>402</sup> et à la sentence rendue dans l'*Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*<sup>403</sup> et a conclu que « dans le cas particulier des sentences internationales, dont la validité juridique n'est pas contestée et qui ont l'autorité de la chose jugée, il est nécessaire que l'interprétation en soit faite de façon à ne pas aboutir à une situation où le juge ou l'arbitre s'avèrerait avoir statué en violation des règles du droit des gens. »<sup>404</sup>

#### Observation 104

##### **Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions des juridictions internationales lorsqu'ils interprétaient le texte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.**

242. Dans l'affaire de la *Frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, par exemple, le tribunal arbitral s'est référé aux critères utilisés dans la pratique des juridictions internationales pour ordonner des mesures conservatoires, lorsqu'il a interprété l'obligation de ne pas compromettre la conclusion d'un accord final, énoncée au paragraphe 3 des articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Le tribunal s'est référé aux mesures conservatoires prescrites par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Mer Egée*, où cette dernière avait précisé que le pouvoir d'indiquer de telles mesures était exceptionnel et limité aux activités faisant apparaître le risque d'un préjudice irréparable<sup>405</sup>. Le tribunal a conclu

<sup>399</sup> *Demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994* (voir *supra* note 355), par. 134, citant *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, à la page 229 ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 196 ; Tribunal arbitral, sentence arbitrale du 31 juillet 1989, *Revue générale de droit international publique*, 1990, p. 270.

<sup>400</sup> *Affaire concernant un litige frontalier entre la République Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, sentence du 21 octobre 1994, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente : 63.V.3), p. 3 à 149, à la page 25, par. 72.

<sup>401</sup> *Argentine-Chile Frontier Case*, sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 109 à 182, à la page 174.

<sup>402</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 17 août 1990 (Interprétation de l'arrêt sur les réparations et dépens), par. 26.

<sup>403</sup> *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (voir *supra* note 354), p. 3 à 413, à la page 295.

<sup>404</sup> *Litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy* (voir *supra* note 400), par. 76.

<sup>405</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (voir *supra* note 363), par. 468 ; *Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires* (voir *supra* note 257), par. 32.

que « les critères auxquels ont recours les juridictions internationales pour évaluer une demande de mesures conservatoires, notamment le risque que des dommages physiques soient causés aux fonds marins ou au sous-sol, guident donc comme il convient l'analyse par ce tribunal d'une violation alléguée des obligations découlant pour une partie du paragraphe 3 des articles 74 et 83 de la Convention »<sup>406</sup>.

243. Dans la sentence arbitrale relative à l'affaire de l'*Arctic Sunrise*, le tribunal s'est référé aux décisions d'autres cours et tribunaux pour interpréter l'obligation d'échange de vues visée à l'article 283 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il a considéré qu'en vertu de cette disposition, les parties étaient tenues d'avoir un échange de vues sur les moyens de régler un différend qui avait surgi entre elles, mais que la disposition « n'exigeait pas que les parties engagent des négociations sur l'objet du différend »<sup>407</sup>. Il a ajouté qu'une partie « n'était pas tenue [...] de poursuivre un échange de vues lorsqu'elle a[vait] conclu que cet échange ne pouvait pas aboutir à un résultat positif »<sup>408</sup>.

244. Dans l'arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, le tribunal arbitral s'est référé à diverses décisions dans lesquelles des juridictions internationales avaient interprété la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans l'analyse de l'obligation de coopérer pour protéger le milieu marin, par exemple, le tribunal a évoqué l'obligation de « coopérer au plan régional à la formulation de normes et de pratiques pour protéger et préserver le milieu marin », telle qu'énoncée dans l'article 197 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et à l'obligation de coopérer pour protéger le milieu marin dans les zones semi-fermées<sup>409</sup>.

Le tribunal s'est également référé à l'article 206 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui fait obligation aux États, lorsqu'ils ont de sérieuses raisons de penser que des activités envisagées relevant de leur juridiction risquent de nuire gravement au milieu marin, d'« évalue[r], dans la mesure du possible, les effets potentiels de ces activités sur ce milieu » et de « rend[re] compte des résultats de ces évaluations »<sup>410</sup>.

<sup>406</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (voir *supra* note 363), par. 469.

<sup>407</sup> *Sentence arbitrale relative à l'affaire de l'Arctic Sunrise*, sentence sur le fond, 14 août 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXII, p. 183 à 353, au paragraphe 151, renvoyant à l'affaire de l'*Aire marine protégée des Chagos* (voir *supra* note 371), par. 378.

<sup>408</sup> *Ibid.*, par. 154, citant : *Détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (voir *supra* note 256), par. 48, et pointant également l'*Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001*, p. 95, au paragraphe 60 ; « *ARA Libertad* » (voir *supra* note 308), par. 71.

<sup>409</sup> Arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, sentence (voir *supra* note 385), par. 984, où il est indiqué que « [l']importance que revêt la coopération pour la protection et la préservation du milieu marin a été reconnue à maintes reprises par le Tribunal international du droit de la mer », avec citation de l'affaire de l'*Usine MOX* (voir note précédente), par. 82 ; *Détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (voir *supra* note 256), par. 92 ; *Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* note 251), par. 140 ; voir aussi l'arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, Audience sur le fond et les questions restantes de compétence et de recevabilité, transcription, p. 40 et 41. La Cour internationale de Justice a également reconnu, dans l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier*, que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement qui pourraient être générés par les projets initiés par l'un ou l'autre d'entre eux, de manière à prévenir les dommages en question » [*Usines de pâte à papier* (voir *supra* note 80), par. 77] ; voir aussi *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, chap. V, Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).

<sup>410</sup> Arbitrage concernant la *Mer de Chine méridionale*, sentence (voir *supra* note 385), par. 987.

### Observation 105

**Les tribunaux arbitraux ont parfois renvoyé aux décisions des juridictions internationales concernant les critères d'octroi de mesures conservatoires dans le cadre de l'application de l'article 290 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.**

245. Dans l'affaire de l'« *Enrica Lexie* », par exemple, le tribunal a estimé que :

[b]ien que le critère d'urgence ne soit pas expressément cité au paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention, comme il l'est au paragraphe 5, le tribunal arbitral prend en considération la jurisprudence internationale développée par les cours et tribunaux sur cette question, qui étaye le point de vue selon lequel l'urgence est un facteur important dans l'examen d'une demande de mesures conservatoires<sup>411</sup>. (Traduction non officielle]

246. Le tribunal arbitral a cité des décisions du Tribunal international du droit de la mer<sup>412</sup> et relevé que, si le critère d'urgence est également absent de l'Article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, relatif aux mesures conservatoires, la Cour « a toujours déclaré qu'elle n'exercerait son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires qu'en cas d'urgence »<sup>413</sup>. Il a donc conclu que « la démonstration du caractère d'urgence, sous une forme ou une autre, est inhérente à la procédure d'indication de mesures provisoires »<sup>414</sup>.

### Observation 106

**Dans certains cas antérieurs à la Convention de Vienne sur le droit des traités, les sentences arbitrales se sont appuyées sur les principes d'interprétation énoncés dans les décisions des tribunaux internationaux et dans la doctrine.**

247. À titre d'exemple, dans l'affaire des *Cargaisons déroutées*, le tribunal arbitral s'est référé aux principes du droit international régissant l'interprétation des traités, tels que définis par les décisions et la doctrine juridique dans les termes suivants :

CONSIDÉRANT que les principes du droit international qui gouvernent l'interprétation des traités ou accords internationaux ainsi que l'administration des preuves, ont été dégagés par la doctrine et surtout par la jurisprudence internationale en correspondance étroite avec les règles d'interprétation des contrats adoptées à l'intérieur des nations civilisées (voir E. Hambro, *The Case of the International Court*, 1952, p. 26 à 56, et, pour la France, art. 1134, 1156 et s[ui]v., 1315 [du Code civil])<sup>415</sup>.

248. On trouve un autre exemple dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France*, dans laquelle le

<sup>411</sup> *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, CPA, affaire n° 2015-28, ordonnance relative à la demande en prescription de mesures conservatoires, 29 avril 2016, par. 85.

<sup>412</sup> *Ibid.*, par. 86, citant : *Frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, mesures conservatoires (voir *supra* note 309), par. 41 à 43.

<sup>413</sup> *Ibid.*, par. 87, renvoyant à *Certaines activités et Construction d'une route, mesures conservatoires* (voir *supra* note 131), par. 63 et 64 ; et aussi *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires (voir *supra* note 131), par. 62 ; *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* (voir *supra* note 133), par. 22. Voir aussi *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, par. 88, citant : *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 147, aux paragraphes 31 et 32.

<sup>414</sup> *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)* (voir *supra* note 411), par. 89.

<sup>415</sup> *Affaire des Cargaisons déroutées (Grèce, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence arbitrale rendue le 10 juin 1955, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, (numéro de vente : 63.V.3), p. 53 à 81, à la page 70.

tribunal a estimé que « [l]’historique documentaire des négociations, ou, comme on l’appelle généralement, l’“historique législatif”, est en fait considéré à juste titre par la jurisprudence et la doctrine comme un guide subsidiaire approprié dans le contexte de l’interprétation des traités »<sup>416</sup> ; le tribunal a renvoyé à cet égard à la décision rendue par la Cour permanente de Justice internationale dans l’affaire relative au *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*<sup>417</sup>, ajoutant que « [l]e même principe a ensuite été formulé de la manière la plus explicite par la Cour » dans l’*Affaire franco-hellénique des phares* »<sup>418</sup>.

### Observation 107

#### **Les tribunaux arbitraux se sont parfois appuyés sur l’interprétation du même traité par d’autres tribunaux internationaux.**

249. Dans l’*Affaire Goldenberg*, l’arbitre s’est référé à l’interprétation par d’autres tribunaux du paragraphe 4 de l’annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles<sup>419</sup>. L’arbitre devait trancher la question de savoir si l’obligation de réparation contenue dans la clause visée du Traité de Versailles s’étendait à tout acte dommageable ou seulement aux actes contraires au droit des gens et, en tout cas, illicites. Il s’est appuyé sur le raisonnement de l’arbitre unique entre l’Allemagne et l’Angleterre dans l’affaire *Chatterton c. Allemagne* pour indiquer que le Traité ne limitait pas les comportements illicites à ceux qui sont contraires aux normes écrites du droit des gens<sup>420</sup>.

### Observation 108

#### **Les sentences arbitrales se sont parfois appuyées sur des décisions de tribunaux nationaux pour interpréter les dispositions d’un traité.**

250. Dans l’affaire de l’*Arctic Sunrise*, par exemple, le tribunal devait déterminer si les signaux donnés à un navire dans le cadre d’une course-poursuite avaient été conformes aux dispositions de l’article 111 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Le tribunal a noté que « les tribunaux internes ont reconnu que les messages radio peuvent constituer des signaux valables en vertu de la Convention de 1958 »<sup>421</sup>. Le tribunal a ensuite conclu que le navire *Arctic Sunrise* avait reçu un

<sup>416</sup> *Interprétation de l’accord relatif aux services aériens* (voir *supra* note 344), p. 52.

<sup>417</sup> *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif du 4 février 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44, p. 3, à la page 33.*

<sup>418</sup> *Affaire des phares* (voir *supra* note 71), p. 13.

<sup>419</sup> *Affaire Goldenberg* (voir *supra* note 348), p. 906 à 909, citant l’*Arrêt rendu le 12 septembre 1924 entre le Gouvernement bulgare et le Gouvernement hellénique relativement à l’interprétation du Traité de Neuilly, article 179, annexe, paragraphe 4, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IV, p. 577 et suiv. ; *H. Chatterton v. German Government*, sentence du 8 novembre 1923 (non publiée) ; *J. Mellentin v. German Government*, 28 décembre 1925, etc ; *Karmatzucas contre État allemand*, sentence du 23 août 1926, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. VII, p. 17 et suiv. ; *Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique, sentence sur le principe de la responsabilité (Portugal c. Allemagne)*, 31 juillet 1928, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. VIII, p. 277 à 441 et Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1011 à 1033.

<sup>420</sup> *Affaire Goldenberg* (voir *supra* note 348), p. 908 et 909 ; *Chatterton v. German Government* (voir note précédente) ; *Mellentin v. German Government* (voir note précédente).

<sup>421</sup> Sentence arbitrale relative à l’affaire de l’*Arctic Sunrise*, sentence sur le fond (voir *supra* note 407), par. 260, renvoyant à l’affaire *United-Kingdom, R. v. Mills (UK)*, 1995 (non publiée), Croydon Crown Court, juge Devonshire, résumée dans *International Comparative and Legal Quarterly*, vol. 44 (1995), p. 949, aux pages 956 et 957 ; *Canada, R. v. Sunila and Soleyman*, 1986, 28 *Dominion Law Reports* (4<sup>e</sup>) 450 133, 216.

« signal sonore » qui a permis de déclencher la poursuite, lorsqu'il a transmis son premier message radio en vue de stopper »<sup>422</sup>.

#### 4. Exemples concernant la formation ou la détermination des règles de droit international coutumier

##### Observation 109

**Les tribunaux arbitraux ont souligné que, pour déterminer les règles de droit international coutumier, il faut des preuves suffisantes de la présence des deux éléments constitutifs de telles règles.**

251. Ainsi, dans l'affaire *La Barbade c. la République de Trinité-et-Tobago*, le tribunal arbitral a récusé la requête introduite par la Barbade, qui avait demandé au tribunal d'ajuster la ligne d'équidistance en fonction de diverses circonstances, notamment les droits de pêche traditionnels. Le tribunal arbitral a indiqué que la détermination d'une frontière maritime en fonction des droits de pêche traditionnels des ressortissants d'un État en haute mer revêtait un caractère exceptionnel. Il a ajouté ce qui suit :

Le droit international coutumier ou conventionnel est loin d'étayer un tel principe. Pour ce faire, il faut se référer, notamment, aux spéculations de l'éminent juriste Sir Gerald Fitzmaurice, aujourd'hui décédé, et aux circonstances singulières entourant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Jan Mayen* (C.I.J. Recueil 1993, p. 38). Cela ne suffit pas pour élaborer une règle de droit international<sup>423</sup>. [Traduction non officielle]

##### Observation 110

**Parfois, les tribunaux arbitraux se sont référés à des règles de droit international coutumier déterminées dans des décisions d'autres juridictions internationales.**

252. Dans l'affaire du Rhin de fer, le tribunal a cité la décision de la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et a noté ce qui suit :

Une grande partie de ce droit international de l'environnement a été élaboré en fonction de l'impact que les activités d'un territoire sont susceptibles d'avoir sur le territoire d'un autre. La Cour internationale de Justice a exprimé l'avis que « [l']obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement »<sup>424</sup>.

253. Dans la sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus », le tribunal a rappelé que le tribunal dans le cadre de l'arbitrage relatif au Rhin de fer avait qualifié de principe du droit international général l'obligation de prévenir ou du moins d'atténuer les dommages environnementaux significatifs dans le contexte des activités de construction<sup>425</sup>.

<sup>422</sup> Ibid.

<sup>423</sup> *La Barbade c. la République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra* note 284), par. 269.

<sup>424</sup> *Ligne du Rhin de fer* (« Ijzeren Rijn ») (voir *supra* note 377), par. 222, citant *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 29.

<sup>425</sup> Sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga » opposant le Pakistan et l'Inde, sentence partielle (voir *supra* note 395), par. 451, citant *Ligne du Rhin de fer* (« Ijzeren Rijn ») (voir *supra* note 377), par. 59.

254. Dans le cadre de l'arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow, le tribunal arbitral a mentionné le statut coutumier de la règle de l'épuisement des recours internes, notant que celle-ci « a été codifiée dans des conventions telles que la Convention européenne des droits de l'homme (article 26) et a été reconnue par des juridictions internationales » telles que la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Interhandel*<sup>426</sup>.

255. Le tribunal s'est référé aux opinions individuelles des juges et à d'autres points de doctrine pour déterminer le champ d'application de cette règle et a conclu que, si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique dans les cas de protection diplomatique, elle ne s'applique pas aux « cas de préjudice direct où l'État protège ses intérêts propres »<sup>427</sup>. Le tribunal s'est également référé à la doctrine<sup>428</sup> et à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* pour faire la distinction entre les cas de protection diplomatique et les cas de préjudice direct et a conclu que « la considération la plus pertinente pour la [Cour internationale de Justice] est de savoir si la demande de l'État portée devant l'organe juridictionnel international est distincte et indépendante de celle de ses ressortissants »<sup>429</sup>. [Traduction non officielle]

256. Le tribunal arbitral dans l'affaire relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname a examiné si les actions menées par le Suriname pouvaient constituer une menace d'emploi de la force<sup>430</sup>. Le tribunal a renvoyé aux :

[c]onclusions de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Nicaragua*, où elle a eu l'occasion de se référer à l'application « en droit [international] coutumier du principe de la prohibition de l'emploi de la force exprimé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies » à ce que la Cour a appelé « des modalités moins graves d'emploi de la force »<sup>431</sup>.

257. Le tribunal, dans la sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus », a noté qu'avant la négociation du Traité sur les eaux de l'Indus entre l'Inde et le Pakistan, « un principe fondamental du droit international coutumier de l'environnement avait déjà été énoncé dans la sentence arbitrale relative à l'affaire de la Fonderie de Trail »<sup>432</sup>, où le tribunal avait fait référence au devoir d'éviter de causer

<sup>426</sup> Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow (États-Unis/Royaume-Uni), sentence arbitrale rendue relativement à la première question, décision du 30 novembre 1992 (révisée le 18 juin 1993), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente : E.04.V.18), par. 6.5, renvoyant à l'affaire *Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959 : C.I.J. Recueil 1959, p. 6, à la page 27.

<sup>427</sup> Ibid., par. 6.6, renvoyant à l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (voir *supra* note 65), opinion dissidente de M. Read, p. 9 ; *Interhandel* (voir note précédente), opinion du juge Armand Ugon, p. 87 à 89 ; Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, *International Law Reports*, vol. 54, p. 324 ; C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990), p. 112 et 113 (citant de nombreuses autorités à l'appui).

<sup>428</sup> Par exemple, Theodor Meron, « The incidence of the rule of exhaustion of local remedies », *British Year Book of International Law*, vol. 35 (1959), p. 83 à 101, aux p. 86 à 90 ; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (voir note précédente), p. 128 et 129 ; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1983), p. 128 à 130.

<sup>429</sup> Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow (voir *supra* note 423), par. 6.9, citant *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 15, par. 51.

<sup>430</sup> Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname (voir *supra* note 363), par. 432.

<sup>431</sup> Ibid., par. 440, citant *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond (voir *supra* note 55), par. 190 et 191.

<sup>432</sup> Sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga » opposant le Pakistan et l'Inde, sentence finale (voir *supra* note 395), par. 448, citant l'affaire de la Fonderie de

des dommages transfrontières. Dans l'affaire « Eaux de l'Indus », le tribunal a renvoyé à cette règle réaffirmée dans le Principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm), ajoutant qu'« [i]l n'est pas douteux que le droit international coutumier contemporain fait à l'État obligation de tenir compte de la protection de l'environnement en planifiant et en élaborant des projets susceptibles de causer quelque dommage à un État limitrophe »<sup>433</sup>.

## 5. Exemples de références à des décisions d'autres juridictions internationales qui établissent ou confirment des règles ou des principes du droit international

### Observation 112

#### Les sentences arbitrales renvoient souvent à des décisions de juridictions internationales pour déterminer des règles ou des principes du droit international.

258. Parmi les exemples de règles ou de principes invoqués par les tribunaux arbitraux, il y a lieu de citer la définition donnée du différend dans l'affaire *Mavrommatis*<sup>434</sup>. Ainsi, dans l'Arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique, le tribunal a noté que les parties reconnaissaient que « le terme « différend » avait une signification spécifique dans le droit et la pratique internationaux et s'est largement entendu sur le cadre juridique à appliquer, résumé de manière pertinente et succincte par la [Cour internationale de Justice] dans son arrêt rendu en l'affaire *Géorgie c. Russie* »<sup>435</sup>.

259. Dans l'arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, le tribunal a renvoyé à la définition du différend figurant dans l'arrêt rendu en l'affaire *Mavrommatis*<sup>436</sup> et à la transposition ultérieure de la notion dans les décisions de la Cour internationale de Justice, où il est dit que l'existence d'un désaccord est une question qui « demande à être établie objectivement » et ne dépend pas des simples affirmations de l'une des parties<sup>437</sup> ; encore faut-il « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte

Trail (États-Unis, Canada), sentence, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, vol. III, p. 1905 à 1982, à la page 1965.

<sup>433</sup> Ibid., par. 449.

<sup>434</sup> Voir, par exemple, Différend concernant les droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. la Fédération de Russie), affaire CPA n° 2017-06, sentence concernant les objections préliminaires de la Fédération de Russie, 21 février 2020, par. 163 ; L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde), sentence (voir *supra* note 363), par. 220 ; L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde), ordonnance relative à la demande en prescription de mesures conservatoires (voir *supra* note 411), par. 53, citant l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 10), p. 11 ; Aire marine protégée des Chagos (voir *supra* note 371), par. 379 ; La Barbade c. la République de Trinité-et-Tobago (voir *supra* note 284), par. 199 ; Mesures discriminatoires et restrictives à l'encontre du commerce de tabac et de produits dérivés du tabac (Uruguay c. Brésil), sentence arbitrale, 5 août 2005, par. 58.

<sup>435</sup> Arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique (voir *supra* note 362), par. 212, citant *Application de la convention internationale ... (Géorgie c. Fédération de Russie)* (voir *supra* note 69), par. 30.

<sup>436</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 149, citant l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 10), p. 11.

<sup>437</sup> *Interprétation des traités de paix* [première phase], *avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 65, à la page 74 ;

à l'opposition manifeste de l'autre »<sup>438</sup>, et le litige doit avoir existé au moment de l'introduction de la procédure<sup>439</sup>.

260. Un autre exemple est le principe de l'or monétaire, qui fait référence à la décision d'un tribunal de ne pas tenir d'audience en l'absence d'une tierce partie nécessaire qui serait touchée par l'issue de l'affaire. Par exemple, en l'affaire de la mer de Chine méridionale, le tribunal a rappelé la notion et sa transposition dans des décisions ultérieures, comme dans l'affaire du *Timor oriental* et dans l'affaire Larsen contre Royaume d'Hawaï<sup>440</sup>. Le tribunal a fait une distinction d'avec les conclusions tirées dans les autres affaires et noté qu'« en l'espèce, aucune des demandes des Philippines ne comporte d'allégations de comportement illicite de la part du Viet Nam ou d'autres États tiers » alors que, dans les autres décisions citées, « les droits des États tiers (respectivement l'Albanie, l'Indonésie et les États-Unis d'Amérique) [auraient] non seulement [été] touchés par une décision rendue dans l'affaire, mais [auraient constitué] l'objet même de ladite décision »<sup>441</sup>.

261. Le tribunal arbitral, en l'affaire concernant un litige frontalier entre la République Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy, a indiqué qu'une décision ayant force de chose jugée est juridiquement contraignante pour les parties au différend, et qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit des gens, maintes fois invoqué dans la jurisprudence, qui considère l'autorité de la chose jugée comme un principe universel et absolu du droit international, citant diverses décisions de tribunaux arbitraux<sup>442</sup>.

262. Dans l'arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale, le tribunal arbitral a renvoyé à la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*<sup>443</sup> ainsi qu'à la décision rendue par la Cour dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Honduras)*, notant que la méthode de l'équidistance et des circonstances pertinentes devrait être appliquée, à moins qu'il n'y ait des « facteurs » qui rendent « son application inappropriée »<sup>444</sup>.

263. Dans la même affaire, le tribunal arbitral s'est appuyé sur les décisions d'autres tribunaux internationaux concernant la délimitation des frontières maritimes, notant que « les principes qui sous-tendent la détermination de la côte pertinente sont bien

<sup>438</sup> *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt* (voir *supra* note 108), p. 328 ;

<sup>439</sup> *Application de la convention internationale ... (Géorgie c. Fédération de Russie)* (voir *supra* note 69), par. 30.

<sup>440</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 181, renvoyant à l'*Or monétaire* (voir *supra* note 95), p. 32 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (voir *supra* note 95) ; *Larsen c. Royaume d'Hawaï*, sentence, 5 février 2001, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 566.

<sup>441</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 181, citant l'*Or monétaire* (voir *supra* note 95), p. 32 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (voir *supra* note 95), par. 34 ; *Larsen c. Royaume d'Hawaï* (voir note précédente), par. 11.8 et 12.17.

<sup>442</sup> Litige frontalier entre la République Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy (voir *supra* note 400), par. 68, renvoyant au Tribunal arbitral mixte franco-bulgare, sentence du 20 février 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. II, p. 936 ; affaire de la Fonderie de Trail (voir *supra* note 429), p. 1950.

<sup>443</sup> *Ibid.*, par. 345, renvoyant à *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (voir *supra* note 101), par. 272.

<sup>444</sup> Arbitrage entre la République populaire du Bangladesh et la République de l'Inde concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (voir *supra* note 94), par. 341, renvoyant à *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 116, ainsi qu'à *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra* note 121), par. 60 et suiv.

établis », et a renvoyé au libellé de la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, indiquant qu'« il est axiomatique », aux fins de la délimitation d'une frontière maritime, que la « terre domine la mer »<sup>445</sup>. Le tribunal a ajouté que les projections côtières en direction de la mer génèrent des revendications maritimes, se référant à l'argumentaire de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Mer Noire*<sup>446</sup>.

264. Le tribunal arbitral, dans le cadre de l'arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, a souligné l'importance de l'évolution en droit de la délimitation maritime, évoquant les articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer concernant, respectivement, la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental. Le tribunal a estimé que le texte de ces dispositions :

[p]ermet en réalité de prendre en considération un vaste ensemble de règles juridiques contenues dans les traités et le droit coutumier applicables à la délimitation entre les parties, ainsi que les principes généraux du droit international et les contributions que les décisions des juridictions internationales et la doctrine ont apportées à la compréhension et à l'interprétation de cet ensemble de règles juridiques<sup>447</sup>. [Traduction non officielle]

265. Dans la sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname, le tribunal a indiqué qu'« il est généralement reconnu que le concept de frontière maritime unique ne trouve pas son origine dans la Convention mais qu'il est directement fondé sur la pratique des États et sur le droit élaboré par les juridictions internationales »<sup>448</sup>. Le tribunal a également noté que « [c]'est la raison pour laquelle le tribunal doit se laisser guider par la jurisprudence développée par les jurisprudences internationales en la matière »<sup>449</sup>, et a tenu compte de « l'opinion figurant dans la sentence arbitrale en l'affaire Barbade/Trinité-et-Tobago concernant le tracé d'une frontière maritime unique »<sup>450</sup>.

266. Dans l'affaire de la ligne frontière entre l'Argentine et le Chili, le tribunal a considéré ce qui suit :

Il appert clairement de la décision de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* [...] et en particulier de l'opinion individuelle du Vice-Président Alfaro en l'espèce, qu'il existe en droit international un principe, qui est de surcroît un principe de droit substantiel et non une simple règle technique de preuve, selon lequel « un État partie à un litige international est tenu par ses actes ou son attitude antérieure lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans ce litige »<sup>451</sup>. [Traduction non officielle]

267. Le tribunal a ajouté que « [c]e principe est désigné par différents termes, dont les plus usuels sont ceux d'« estoppel » ou de « forclusion ». Mais il est clair que ces

<sup>445</sup> Ibid., par. 279, citant *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 102), par. 96.

<sup>446</sup> Ibid., citant *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* (voir *supra* note 93), par. 99.

<sup>447</sup> La Barbade c. la République de Trinité-et-Tobago (voir *supra* note 284), par. 222.

<sup>448</sup> Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname (voir *supra* note 363), par. 334, se référant à *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (voir *supra* note 10101), par. 173, et *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)]* (voir *supra* note 213), par. 286.

<sup>449</sup> Ibid.

<sup>450</sup> Ibid., par. 334, citant *La Barbade c. la République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra* note 284), par. 244.

<sup>451</sup> Affaire de la ligne frontière entre l'Argentine et le Chili (voir *supra* note 401), p. 164.

termes ne doivent pas être entendus dans le sens exact qu'ils possèdent en droit interne. En gardant cette réserve à l'esprit, la Cour emploiera le terme « estoppel »<sup>452</sup>.

268. En l'arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos, le tribunal arbitral s'est référé à de nombreux documents concernant la définition de l'estoppel en tant que principe général du droit, y compris la doctrine, notant que :

L'estoppel est un principe général du droit qui sert à garantir, selon les termes de Lord McNair, « que la jurisprudence internationale admette à certains égards le principe selon lequel l'État ne peut pas souffler le chaud et le froid – *allegans contraria non audiendus est* ». Ce principe découle de la condition générale selon laquelle les États agissent de bonne foi dans leurs relations mutuelles et est pensé pour protéger les attentes légitimes d'un État qui agit en se fiant aux déclarations d'un autre État<sup>453</sup>. [Traduction non officielle]

269. Le tribunal a en outre noté que la portée du principe en droit international différerait de celle du droit national, renvoyant à l'opinion individuelle du Vice-Président Alfaro dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*<sup>454</sup>, et a noté que « l'invocation fréquente [du principe d'estoppel] dans les procédures internationales a[vait] permis d'en préciser la portée », renvoyant aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale<sup>455</sup> et de la Cour internationale de Justice<sup>456</sup>.

270. Dans l'arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale et l'arbitrage *Duzgit*, le tribunal a estimé qu'il est un principe fondamental du droit international selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas, citant la sentence rendue dans l'affaire de l'aire maritime protégée des Chagos et dans l'affaire du lac Lanoux, et renvoyant également à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans l'arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, le tribunal a conclu que les deux parties étaient tenues de régler leurs différends de manière pacifique et de se conformer de bonne foi aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et à la sentence arbitrale<sup>457</sup>.

### Observation 113

#### **Les tribunaux arbitraux se sont référés aux décisions des juridictions internationales pour étayer l'existence de l'obligation de non-aggravation incombant aux parties à un différend.**

271. Le tribunal, dans l'arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, a renvoyé à plusieurs décisions de la Cour permanente de Justice internationale<sup>458</sup>, de la Cour

<sup>452</sup> Ibid.

<sup>453</sup> Aire marine protégée des Chagos (voir *supra* note 371), par. 435, citant Arnold D. McNair, « The Legality of the Occupation of the Ruhr », *British Year Book of International Law*, vol. 5 (1924), p. 17 à 37, à la page 35.

<sup>454</sup> *Temple de Préah Vihéar* (voir *supra* note 307), opinion individuelle du Vice-Président Alfaro, p. 39 ; voir aussi *ibid.*, opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, p. 52, à la page 62.

<sup>455</sup> *Paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt du 12 juillet 1929, C.P.J.I. série A, nos 20/21*, p. 5, à la page 39.

<sup>456</sup> *Barcelona Traction* (voir *supra* note 162), p. 25 ; *Golfe du Maine* (voir *supra* note 50), p. 307 et 308 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 102), par. 30.

<sup>457</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence (voir *supra* note 385), par. 1200, citant *Aire marine protégée des Chagos* (voir *supra* note 371), par. 447, citant à son tour l'Affaire du lac Lanoux (*Espagne, France*), sentence, 16 novembre 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 à 317, à la page 305. Voir aussi l'arbitrage *Duzgit Integrity (Malte c. Sao Tomé-et-Principe)*, affaire CPA n° 2014-07, Award on Reparation (sentence relative à la réparation), 18 décembre 2019, par. 211.

<sup>458</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence (voir *supra* note 385), par. 1167, renvoyant à *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance (demande en indication de mesures conservatoires)* (voir *supra* note 31), p. 199.

internationale de Justice<sup>459</sup> et du Tribunal international du droit de la mer, dans lesquelles les juridictions avaient ordonné aux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend, dans le cadre d'ordonnances prescrivant des mesures conservatoires<sup>460</sup>.

#### Observation 114

##### **Les tribunaux arbitraux se sont référés à une décision de la Cour internationale de Justice au sujet de l'obligation de négocier.**

272. Dans l'affaire concernant des Réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles, un tribunal arbitral a estimé que « le principe sous-jacent dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* est pertinent pour le litige en l'espèce », se référant à l'interprétation donnée par la Cour internationale de Justice de l'obligation de négocier. Le tribunal a indiqué que « [p]our être valables, les négociations doivent être engagées en vue de réaliser un accord. Bien que, comme nous l'avons souligné, un accord de négociation n'implique pas nécessairement l'obligation de parvenir à un accord, il présuppose que des efforts sérieux seront déployés à cette fin »<sup>461</sup>.

273. Le tribunal arbitral, dans l'arbitrage concernant l'*aire marine des Chagos*, a considéré :

[c]omme étant un principe établi du droit international qu'il n'est pas nécessaire qu'un État renvoie expressément à un traité spécifique dans ses échanges avec l'autre État pour lui permettre d'invoquer ultérieurement ledit instrument mais qu'il faut, dans les échanges, mentionner l'objet du traité avec suffisamment de clarté pour permettre à l'État à l'encontre duquel une réclamation est formulée de déterminer qu'il y a, ou qu'il peut y avoir, un différend concernant ledit objet<sup>462</sup>. [Traduction non officielle]

<sup>459</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires* (voir *supra* note 130), p. 106 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires* (voir *supra* note 257), p. 142 ; *Différend frontalier, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 3, par. 18 et 32, section 1 A ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979* (voir *supra* note 130), par. 47 B ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993* (voir *note supra*), par. 52 B ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996* (voir *supra* note 134), par. 49.1) ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), mesures conservatoires, ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 111, au paragraphe 47.1).

<sup>460</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires* (voir *supra* note 309), par. 108.1 e).

<sup>461</sup> Réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles (entre la Grèce et la République fédérale d'Allemagne), sentence, 26 janvier 1972, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente : E.90.V.7), par. 65.

<sup>462</sup> *Aire marine protégée des Chagos* (voir *supra* note 371), par. 379, renvoyant, notamment, à *Application de la convention internationale ... (Géorgie c. Fédération de Russie)* (voir *supra* note 69), par. 30 ; voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité* (voir *supra* note 95), au par. 83.

## 6. Exemples de réparations

### Observation 115

**Parfois, des tribunaux arbitraux se sont appuyés sur les décisions des juridictions internationales pour déterminer les formes appropriées de réparation d'un préjudice causé par un fait internationalement illite.**

274. Dans l'affaire des Réclamations des armateurs norvégiens, le tribunal arbitral a noté que les requérants avaient réclamé des intérêts composés au titre de réparations. Le tribunal a estimé qu'il était compétent pour octroyer des intérêts dans le cadre de la réparation *ex aequo et bono*, si les circonstances étaient réputées comme le justifiant. Le tribunal a noté que les parties avaient présenté des arguments fondés sur la doctrine relative au droit domanial mais a conclu que « les intérêts composés n'ont pas été accordés dans des affaires d'arbitrage antérieures, et le tribunal est d'avis que les requérants n'ont pas avancé de raisons suffisantes pour justifier l'octroi d'intérêts composés en l'espèce »<sup>463</sup>.

275. Dans l'affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, le tribunal arbitral a noté que « [l]a jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice confirme qu'une ordonnance en cessation ou interruption d'actes ou d'omissions illicites n'est justifiée qu'en cas de violations continues d'obligations internationales qui sont toujours en vigueur au moment où l'ordonnance judiciaire est rendue »<sup>464</sup>.

### Observation 116

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé à des décisions d'autres tribunaux dans le contexte de la protection des droits procéduraux.**

276. Ainsi, dans l'affaire de la mer de Chine méridionale, le tribunal a renvoyé aux décisions du Tribunal international du droit de la mer concernant la nécessité de mettre en place des mesures pour protéger les droits procéduraux d'un État face à la non-comparution de l'autre partie au litige. Le tribunal a indiqué que, comme l'a noté le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire de l'« Arctic Sunrise », « une partie participante "ne devrait pas être désavantagée du fait de la non-comparution de la [partie non participante] à la procédure" »<sup>465</sup>. Le Tribunal a également fait référence à la pratique d'autres tribunaux internationaux consistant à « prendre note des déclarations publiques ou des communications informelles faites par les parties non comparantes »<sup>466</sup>.

<sup>463</sup> Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. États-Unis), sentence du 13 octobre 1922, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 307 à 346, à la page 341.

<sup>464</sup> Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior, sentence du 30 avril 1990, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E.93.V.3), p. 215 à 284, au par. 114, citant l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979* (voir *supra* note 130), par. 38 à 41, et *arrêt* (voir *supra* note 114), par. 95 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité* (voir *supra* note 95), p. 187, et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond* (voir *supra* note 55), par. 292, à la page 149.

<sup>465</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364), par. 118, et Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence (voir *supra* note 385), par. 122, citant « Arctic Sunrise » (voir *supra* note 257), par. 56.

<sup>466</sup> *Ibid.*, par. 122, renvoyant à l'ordonnance de procédure n° 4, p. 5 (21 avril 2015), citant en exemple « Arctic Sunrise » (voir *supra* note 257), par. 54 ; arbitrage concernant l'« Arctic Sunrise »,

277. Le tribunal dans la sentence arbitrale « Eaux de l'Indus » a également renvoyé aux décisions des juridictions internationales en ce qui concerne les effets de la non-comparution de l'une des parties au litige et a noté ce qui suit :

En droit international, peu de propositions peuvent être avancées avec plus d'assurance que le fait que la non-représentation de l'une des parties ne prive pas une juridiction régulièrement constituée de sa compétence. La question de savoir si un tribunal a été dûment constitué dans un cas spécifique n'est pas une question qui peut être subjectivement déterminée par une partie à un litige puis réglée simplement par la non-comparution de ladite partie<sup>467</sup>. [Traduction non officielle]

Le tribunal a en outre souligné que « la relation entre une partie non comparante et une juridiction internationale a été décrite de manière convaincante » par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans laquelle la Cour a indiqué que la non-participation d'une partie ne saurait affecter la validité de son arrêt et que l'État qui décide de ne pas comparaître est lié par le futur arrêt<sup>468</sup>.

278. Dans la même sentence, le tribunal a noté qu'il avait le devoir de vérifier qu'il était compétent pour connaître du litige dont il était saisi, y compris en cas de non-comparution, et a ajouté que « l'abondance des décisions judiciaires et arbitrales en la matière confirme que ce devoir participe indubitablement de la jurisprudence constante »<sup>469</sup>.

## 7. Exemples concernant l'approche suivie par les tribunaux arbitraux en matière de précédents et de cohérence

### Observation 117

**Parfois, il a été relevé dans des sentences arbitrales que, sans être liés par les décisions d'autres juridictions internationales, les tribunaux jugent la cohérence utile.**

279. Dans l'arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique, le tribunal a noté ce qui suit :

Un tribunal arbitral, même s'il n'est pas lié par une doctrine stricte du *stare decisis*, devrait s'efforcer autant que possible de statuer d'une manière cohérente avec les autres décisions judiciaires applicables. Cependant, en évaluant les autorités citées par les Parties dans la présente procédure – en passant au crible les *obiter dictae* et en se limitant aux conclusions effectivement utilisées pour parvenir à un règlement de l'affaire – le Tribunal a conclu que

---

sentence sur la compétence, 26 novembre 2014, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXII, p. 187 à 209, par. 44 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3 ; *Essais nucléaires (Australie c. France)* (voir *supra* note 51) ; *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71).

<sup>467</sup> Sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus » opposant le Pakistan et l'Inde, sentence sur la compétence de la Cour (voir *supra* note 379), par. 126, citant *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond (voir *supra* note 55) ; Arbitrage sur la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364) ; Arbitrage concernant l'« Arctic Sunrise », sentence sur la compétence (voir *supra* note 463).

<sup>468</sup> *Ibid.*, par. 127 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* note 55), par. 27 et 28.

<sup>469</sup> *Ibid.*, par. 135, citant *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* note 55) ; Arbitrage sur la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 364) ; Arbitrage concernant l'« Arctic Sunrise », sentence sur la compétence (voir *supra* note 463) ; *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* note 71), par. 15.

l'affaire en l'espèce est véritablement nouvelle. Bien que la jurisprudence guide et informe la décision du Tribunal, ce dernier n'a trouvé aucune décision qui puisse véritablement être qualifiée de précédent sur les questions fondamentales suscitées par les arguments des Parties<sup>470</sup>. [Traduction non officielle]

## 8. Exemples de références à des écrits de doctrine

### Observation 118

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé à des travaux comportant des instruments, y compris des traités, des compilations de jurisprudence nationale et des décisions internationales.**

280. Dans l'affaire *Ambatielos*, le tribunal arbitral a considéré ce qui suit :

Il est généralement admis que le principe de la prescription extinctive s'applique au droit d'intenter une action devant un tribunal international, et que les tribunaux internationaux en ont ainsi décidé dans de nombreuses affaires [Oppenheim – Lauterpacht – *International Law*, 7<sup>e</sup> édition, I, par. 155c ; Ralston – *The Law and Procedure of International Tribunals*, par. 683 à 698, et supplément, par. 683 a) et 687 a)]. L'Institut de droit international a exprimé une opinion dans ce sens lors de sa session à La Haye, en 1925<sup>471</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 119

**Parfois, les arbitres ont renvoyé à la doctrine pour interpréter les termes employés dans un traité.**

281. Dans l'affaire des Réclamations des armateurs norvégiens, le tribunal a renvoyé à la doctrine pour interpréter les termes « droit et équité » employés dans un accord spécial de 1921 conclu entre les États-Unis et la Norvège. Le tribunal est parvenu aux conclusions suivantes :

Les mots « droit et équité » utilisés dans l'accord spécial de 1921 ne peuvent être compris ici au sens traditionnel auquel ces mots sont employés dans la jurisprudence anglo-saxonne.

La majorité des juristes internationaux semblent convenir que, par ces mots, l'on entend les principes généraux de justice, par opposition à la jurisprudence ou au droit interne des États<sup>472</sup>. [Traduction non officielle]

282. Dans l'affaire *Guyana c. Suriname*, le tribunal a renvoyé au « *Virginia Commentary* » relatif à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer pour indiquer que l'obligation prévue au paragraphe 3 de l'article 74 et au paragraphe 3 de l'article 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, soit le devoir de tout faire pour ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif « n'avait pas pour but d'exclure toutes les activités dans une zone maritime contestée »<sup>473</sup>.

283. Dans l'arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, le tribunal s'est également référé au « *Virginia Commentary* » pour indiquer que les distinctions entre

<sup>470</sup> Arbitrage entre la République de l'Équateur et les États-Unis d'Amérique (voir *supra* note 362), par. 188.

<sup>471</sup> Affaire *Ambatielos* (Grèce, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), sentence du 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, (numéro de vente : 63.V.3), p. 83 à 153, à la page 103.

<sup>472</sup> Réclamations des armateurs norvégiens (voir *supra* note 460), p. 331.

<sup>473</sup> Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname (voir *supra* note 363), par. 465.

les articles 281 et 282 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer concernant les moyens de régler les différends sont « compatibles avec la conception générale de la Convention en tant que système dans lequel le règlement obligatoire des différends est la règle par défaut et toutes les limitations et exceptions sont définies avec soin et précision dans la section 3 de la partie XV »<sup>474</sup>.

### Observation 120

#### **Parfois, les tribunaux arbitraux se sont référés à des travaux contenant les textes de traités.**

284. Ainsi, le tribunal arbitral dans l'affaire du Kronprins Gustaf Adolf, qui est antérieure au Statut de la Cour internationale de Justice, s'est référé à des traités conclus par les États-Unis à peu près à la même époque que le traité qui était interprété en l'espèce, relevant que « la même disposition apparaît dans des termes plus ou moins similaires dans deux autres traités des États-Unis conclus presque à la même époque, à savoir le traité avec la France du 6 février 1778, article XXX (28) »<sup>475</sup>.

### Observation 121

#### **Parfois, les tribunaux arbitraux se sont référés à des dictionnaires de droit pour interpréter certains termes.**

285. Dans l'affaire relative à la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France – UNESCO), le tribunal a consulté divers dictionnaires de droit pour tenter de définir le terme « fonctionnaires » figurant à l'article 22 de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture relatif au Siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français<sup>476</sup>. Le tribunal a conclu que le terme « fonctionnaires » employé à l'alinéa b) de l'article 22 dudit accord concernant les traitements et émoluments exonérés de tout impôt en France ne s'appliquait pas aux anciens fonctionnaires.

### Observation 122

#### **Parfois, des sentences arbitrales ont renvoyé à des écrits et à des textes proposés par des rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international lors de l'examen d'aspects liés à la responsabilité des États.**

286. Ainsi, dans l'affaire du Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de paix, le tribunal s'est appuyé sur la doctrine pour indiquer que la sentence rendue par une autorité judiciaire nationale est une émanation d'un organe de l'État, tout comme la loi promulguée par l'autorité législative ou la décision prise par l'autorité exécutive et que, par conséquent, la non-observance d'une règle

<sup>474</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence sur la compétence et la recevabilité (voir *supra* note 365), par. 224, citant Myron H. Nordquist (dir. publ.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. V (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989), par. XV.4 (« [U]niformity in the interpretation of the Convention should be sought ... [and] a few carefully defined exceptions should be allowed »).

<sup>475</sup> *The « Kronprins Gustaf Adolf » (Suède, États-Unis)*, sentence, 18 juillet 1932, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1239 à 1305, à la page 1261, renvoyant à Hunter Miller (dir. publ.), *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 2, p. 26, et au Traité d'amitié et de commerce entre la Prusse et les États-Unis d'Amérique (La Haye, 10 septembre 1785), *ibid.* p. 166, art. VI.

<sup>476</sup> Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (voir *supra* note 377), par. 47.

internationale, de la part d'un tribunal, crée la responsabilité internationale de l'État dans son ensemble, même si le tribunal a appliqué un droit interne<sup>477</sup>.

287. Dans l'affaire concernant les accords relatifs à l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral s'est référé aux travaux effectués par la Commission à l'époque (1990) et a noté que « les études récentes sur la responsabilité des États entreprises par les rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international ont conduit à une analyse approfondie de la distinction entre l'ordre de cessation de l'acte illicite et la *restitutio in integrum* »<sup>478</sup>. Le tribunal a mentionné les travaux des rapporteurs spéciaux, notamment les professeurs Riphagen et Arangio-Ruiz, ainsi que les travaux d'auteurs<sup>479</sup>. Il a également mentionné les décisions de la Cour internationale de Justice, notant que « [l]a jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice confirme qu'une ordonnance de cessation ou d'interruption d'actes ou d'omissions illicites n'est justifiée qu'en cas de violations continues d'obligations internationales qui sont toujours en vigueur au moment où l'ordonnance judiciaire est rendue »<sup>480</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 123

#### **Parfois, les tribunaux arbitraux se sont référés à des opinions individuelles ou dissidentes de juges pour analyser la portée et l'application du principe d'estoppel.**

288. Ainsi, dans l'arbitrage relatif à l'aire marine des Chagos, le tribunal a renvoyé à l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et a adhéré à « l'observation du juge Fitzmaurice [...] selon laquelle le domaine d'application idoine de l'estoppel est le cas où il y ait possibilité de douter de l'existence d'un engagement formel mais où la conduite ultérieure des Parties a été telle qu'on peut présumer l'existence d'un tel engagement »<sup>481</sup>. Le tribunal arbitral a ensuite souligné ce qui suit :

Le domaine d'application de l'estoppel n'est cependant pas celui des engagements qui sont incontestablement contraignants (pour lesquels une constatation d'estoppel serait en tout état de cause inutile [voir *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt du 15 juin 1962, opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, C.I.J. Recueil 1962, p. 52 à p. 63]) mais recouvre plutôt

<sup>477</sup> Commission de conciliation franco-italienne, Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de paix (Biens italiens en Tunisie – Échange de lettres du 2 février 1951) – Décisions n<sup>os</sup> 136, 171 et 196, 25 juin 1952, 6 juillet 1954 et 7 décembre 1955, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 438, citant Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. II (Genève, Librairie de l'Université, Georg & C<sup>ie</sup>, 1954), p. 11 ; Louis Cavoré, *Le droit International public positif*, vol. II (Paris, Pédone, 1951), p. 381 ; Charles Rousseau, *Droit international public* (Paris, Recueil Sirey, 1953), p. 370 et 374 ; Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 2<sup>e</sup> éd. (Vienne, Springer, 1950), p. 2.

<sup>478</sup> Problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 (voir note 461), par. 113.

<sup>479</sup> Christian Dominicé, « Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », in Christian Dominicé et Milan Sahović, *Droit international 2* (Paris, Pedone, 1982), p. 1 à 70, à la page 27.

<sup>480</sup> Problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 (voir *supra* note 461), par. 114, citant *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979* (voir *supra* note 130), par. 38 à 41, et *arrêt* (voir *supra* note 114), par. 95, sect. A ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité* (voir *supra* note 95), p. 187, et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond* (voir *supra* note 55), par. 292, à la page 149.

<sup>481</sup> Aire marine protégée des Chagos (voir *supra* note 371), par. 444, citant *Temple de Préah Vihéar* (voir *supra* note 307), opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, p. 63.

la zone grise des représentations et des engagements dont l'intention juridique initiale peut être ambiguë ou obscure mais qui, à la lumière de la confiance qui leur est accordée, méritent d'être reconnus en droit international<sup>482</sup>. [Traduction non officielle]

289. Par ailleurs, dans l'affaire de l'aire marine des Chagos, le tribunal a indiqué que le principe d'estoppel tel qu'il existe en droit international a été résumé par le juge Spender dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, notant qu'il<sup>483</sup> :

[a] pour effet d'empêcher un État de contester devant la Cour une situation contraire à une représentation claire et sans équivoque qu'il aurait faite précédemment à un autre État, soit expressément soit implicitement, représentation sur laquelle l'autre État avait le droit de compter étant donné les circonstances, et avait en fait compté, si bien que cet autre État en a souffert préjudice, ou que l'État qui a formulé la représentation en a retiré quelque profit ou avantage pour lui-même.

#### Observation 124

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont mentionné des études établies par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies dans le contexte du droit de la mer.**

290. Le tribunal dans l'affaire de la mer de Chine méridionale a rappelé ce qui suit :

Le processus de formation des droits historiques en droit international est bien résumé dans l'étude sur le régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, publiée en 1962 par le Secrétariat [de l'Organisation des Nations Unies] et exige l'exercice continu du droit invoqué par l'État qui le revendique et l'acquiescement des autres États concernés<sup>484</sup>. [Traduction non officielle]

Le document avait été établi préalablement à la première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, et le tribunal a considéré que, bien qu'il « traite de la formation des droits à la souveraineté sur les eaux historiques, comme le Tribunal l'a noté [...], les eaux historiques ne sont qu'une forme de droit historique et le processus est le même pour les revendications de droits n'ayant pas trait à la souveraineté » [Traduction non officielle]<sup>485</sup>.

### 9. Exemples de références aux travaux de la Commission

#### Observation 125

**Parfois, des sentences arbitrales se sont fondées sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite lors de l'examen qu'en a fait la Commission.**

291. Ainsi, dans l'affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, le tribunal a renvoyé à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, « tel qu'il a été adopté provisoirement en première lecture par la Commission du droit international en 1977,

<sup>482</sup> Aire marine protégée des Chagos (voir *supra* note 371), par. 446.

<sup>483</sup> Ibid., par. 435, citant *Temple de Préah Vihéar* (voir *supra* note 307), opinion dissidente de Sir Percy Spender, p. 101, aux pages 143 et 144.

<sup>484</sup> Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence (voir *supra* note 385), par. 265, citant Les baies historiques, Mémoire préparé par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies (A/CONF.13/1), publié dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. I : Documents préparatoires.

<sup>485</sup> Ibid.

[qui] soulève l'exigence de l'épuisement des recours uniquement s'il s'agit d'une obligation "de résultat" »<sup>486</sup>.

292. Dans l'affaire des accords relatifs à l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral s'est largement référé aux articles 31 et 32 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, dans leur version de 1990, mentionnant les notions de détresse et de force majeure, ainsi qu'aux commentaires y relatifs<sup>487</sup>. Sur la base de ces projets et des explications trouvées dans la doctrine<sup>488</sup>, le tribunal a déterminé les éléments qui seraient nécessaires pour prouver la défense avancée par la France en l'espèce<sup>489</sup>.

293. Dans la même décision, le tribunal s'est référé à la distinction faite par la Commission entre une violation instantanée et une violation à caractère continu, et a noté ce qui suit<sup>490</sup> :

La Commission distingue la violation qui ne s'étend pas dans le temps, ou violation instantanée, définie à l'article 24 du projet, de la violation ayant un caractère continu ou s'étendant dans le temps. Dans ce dernier cas, selon le paragraphe 1 de l'article 25, « le temps de perpétration de la violation s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ». [Traduction non officielle]

#### **Observation 126**

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont mentionné certaines dispositions des articles sur la responsabilité de l'État, y voyant une codification du droit international coutumier.**

294. Ainsi, dans un arbitrage ad hoc prononcé dans le cadre du Protocole de Brasilia relatif au règlement des différends<sup>491</sup>, un tribunal arbitral a fait référence à l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, indiquant qu'il codifiait une règle existante du droit international selon laquelle « [l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres »<sup>492</sup>.

#### **Observation 127**

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux travaux de la Commission du droit international pour déterminer l'attribution de responsabilité internationale aux États.**

295. Dans la sentence arbitrale rendue dans le Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin

<sup>486</sup> Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France (voir *supra* note 376), par. 31.

<sup>487</sup> Problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 (voir *supra* note 461), par. 76 à 78.

<sup>488</sup> Voir *ibid.*, par. 78, citant, entre autres, Max Sørensen (dir. pub.), *Manual of Public International Law* (Londres, MacMillan, 1968), p. 543.

<sup>489</sup> *Ibid.*, par. 79.

<sup>490</sup> *Ibid.*, par. 101.

<sup>491</sup> MERCOSUR (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay) : Protocole de Brasilia relatif au règlement des différends (Brasilia, 17 décembre 1991), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), p. 691 à 699.

<sup>492</sup> Import ban on remolded tires from Uruguay (Uruguay v. Brazil) [Interdiction d'importer des pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay (Uruguay c. Brésil)], sentence arbitrale, 9 janvier 2002, par. 113.

de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)<sup>493</sup>, le tribunal a considéré que l'interprétation proposée de l'article 9 de la Convention OSPAR concernant l'accès à l'information « est conforme aux principes contemporains de la responsabilité des États »<sup>494</sup>. À l'appui de cette interprétation, le tribunal a noté ce qui suit :

Cette thèse est notamment corroborée par les articles 4 et 5 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, où sont prévues des règles d'attribution de certains faits aux États. Sur le plan international, les faits des « autorités compétentes » sont considérés comme attribuables à l'État pour autant que ces autorités correspondent à la notion d'organes de l'État ou d'entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Comme l'a noté [la Cour internationale de Justice] dans l'affaire *LaGrand*, « la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient »<sup>495</sup>.

296. Se référant à l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, le tribunal arbitral dans l'affaire de l'Incident de l'« *Enrica Lexie* » a déclaré qu'« il existe en droit international la présomption que l'État est fondé à qualifier le comportement de son agent de comportement à caractère officiel »<sup>496</sup>.

#### Observation 128

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux articles sur la responsabilité des États lorsqu'ils examinaient des cas possibles d'actes *ultra vires* de la part d'agents de l'État.**

297. Dans l'affaire de l'*Incident de l'« Enrica Lexie »*, le tribunal a relevé qu'à supposer même que les agents de l'État aient agi « *ultra vires* ou en violation des instructions ou des ordres qu'ils avaient reçus [...], cela ne les aurait pas empêchés de bénéficier de l'immunité *ratione materiae* tant qu'ils continuaient à agir au nom de l'État et en leur « qualité officielle » », renvoyant au deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>497</sup>. Il a indiqué que ce qui précède était confirmé par les dispositions de l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des États, selon lequel « le comportement d'un organe de l'État agissant en sa qualité officielle est attribuable à l'État « même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions » »<sup>498</sup>.

#### Observation 129

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux articles sur la responsabilité des États lorsqu'ils examinaient des contre-mesures.**

<sup>493</sup> Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) (Paris, 22 septembre 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2354, n° 42279), p. 67.

<sup>494</sup> Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), décision finale, 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 59 à 151, par. 144.

<sup>495</sup> Ibid., par. 145, citant *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*), mesures conservatoires (voir *supra* note 130), par. 28.

<sup>496</sup> Incident de l'« *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), sentence (voir *supra* note 363), par. 858.

<sup>497</sup> Ibid., par. 860. Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, art. 7, et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, par. 77, à la page 45.

<sup>498</sup> Ibid., citant Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, art. 7, et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, par. 77, à la page 45, et *Diallo, indemnisation, arrêt* (voir *supra* note 141).

298. Ainsi, dans l'affaire *Guyana c. Suriname*, le tribunal a déclaré que c'est un « principe bien établi du droit international » que les contre-mesures ne doivent faire aucune place au recours à la force et a souligné ce qui suit :

C'est ce qu'expriment les articles [...] sur la responsabilité de l'État, en particulier l'article 50.1 a) [...]. Comme indiqué dans le commentaire des articles [...], ce principe est conforme à la jurisprudence des organes judiciaires internationaux. Il est énoncé également dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dont l'adoption, selon la [Cour internationale de Justice], reflète bien l'*opinio juris* des États quant au droit international coutumier en la matière<sup>499</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 130

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux articles sur la responsabilité des États lorsqu'ils ont examiné la responsabilité pour faits composites et leurs effets dans le temps.**

299. Dans l'arbitrage relatif au *Duzgit Integrity*, le tribunal a rappelé que la violation d'une obligation internationale par voie de fait composite « s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale », citant le paragraphe 2 de l'article 15 des articles sur la responsabilité de l'État<sup>500</sup>.

### Observation 131

**Parfois, les tribunaux arbitraux se sont inspirés des articles sur la responsabilité des organisations internationales<sup>501</sup>.**

300. Le Groupe d'arbitrage dans l'affaire *Southern African Customs Union (SACU) – Safeguard Measures on Frozen Chicken from the European Union* a estimé que, comme le prévoit le projet d'article 32, « l'organisation internationale [...] ne peut se prévaloir de ses règles pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent »<sup>502</sup>. Le tribunal a conclu que les règles internes de l'organisation ne pouvaient excuser le retard pris par la SACU dans l'adoption d'une mesure définitive en l'espèce. Le Groupe a également indiqué que « bien que ces articles n'aient pas été adoptés par la SACU ou l'Union européenne, l'article 32 reflète la disposition correspondante des articles sur la responsabilité de l'État, ainsi que l'article 27 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités], qui ont tous un caractère coutumier »<sup>503</sup>.

<sup>499</sup> Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname (voir *supra* note 363), par. 446, citant James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002) ; *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 35 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond (voir *supra* note 55), par. 191 et 249 ; Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, premier principe, par. 6.

<sup>500</sup> Arbitrage relatif au *Duzgit Integrity* (voir *supra* note 454), par. 86.

<sup>501</sup> Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 87 et 88. Voir aussi résolution 66/100 de l'Assemblée générale du 9 décembre 2011, annexe.

<sup>502</sup> *Southern African Customs Union – Safeguard Measure Imposed on Frozen Bone-In Chicken Cuts from the European Union*, rapport final du Groupe d'arbitrage, 3 août 2022, par. 344.

<sup>503</sup> *Ibid.*, note 684.

**Observation 132****Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux commentaires de la Commission du droit international pour déterminer les intérêts dans le cadre de la réparation d'un fait internationalement illicite.**

301. Ainsi, le tribunal arbitral dans l'affaire de l'« Arctic Sunrise » a noté que ni la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ni les articles sur la responsabilité de l'État :

[n]e prévoient de règles spécifiques concernant la manière dont les intérêts doivent être déterminés. En outre, comme il est relevé dans le commentaire [de la Commission] sur les articles relatifs à la responsabilité de l'État, il n'y a pas de critères uniformes en ce qui concerne la pratique des juridictions internationales. Ainsi, comme il est bien établi, le Tribunal dispose d'une large marge d'appréciation pour déterminer les questions liées aux intérêts<sup>504</sup>. [Traduction non officielle]

En cette affaire, le tribunal a ajouté qu'il était « guidé par le principe selon lequel l'État lésé peut prétendre à des intérêts qui lui assurent la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi à raison des mesures internationalement illicites de l'État responsable du préjudice », se référant également à l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État<sup>505</sup>.

**Observation 133****Parfois, les sentences arbitrales ont fait référence aux travaux de la Commission du droit international s'agissant de l'interprétation des actes unilatéraux des États.**

302. Le tribunal arbitral dans l'affaire de l'aire marine des Chagos a considéré « que Maurice était en droit de s'appuyer sur les représentations faites par le Royaume-Uni qui ont été systématiquement réitérées après l'indépendance dans des termes pouvant indiquer l'existence d'un engagement juridiquement contraignant et ayant été clairement compris comme tels ». Le Tribunal a estimé ce qui suit :

Il n'y a aucune preuve que Maurice ait dû considérer les engagements du Royaume-Uni comme « pouvant être rétractés » et a noté que « [l]a [Commission du droit international] a examiné la question de la rétractabilité de manière générale dans le cadre de l'examen qu'elle a fait des actes unilatéraux ». En l'absence d'indication expresse, la [Commission du droit international] a conclu qu'une promesse unilatérale ne saurait être arbitrairement rétractée et que, pour apprécier si une rétractation serait considérée comme arbitraire, il convient avant tout de prendre en considération « [l]a mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations »<sup>506</sup>. [Traduction non officielle]

<sup>504</sup> Sentence arbitrale relative à l'affaire de l'*Arctic Sunrise*, sentence sur la compensation, 10 juillet 2017, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXII, p. 317 à 353, au paragraphe 118, renvoyant à Tribunal des différends irano-américains, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, décision n° Dec 65-A19-FT, 30 septembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1988), p. 285, à la page 290.

<sup>505</sup> *Ibid.*, par. 119.

<sup>506</sup> Aire marine des Chagos (voir *supra* note 371), par. 447, renvoyant aux principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, principe 10 b), *Annuaire ... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 176.

**Observation 134**

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé aux articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour étayer l'obligation de ne pas reconnaître une situation résultant d'une violation grave d'une norme de *jus cogens*.**

303. Dans le Différend concernant les droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. la Fédération de Russie), le tribunal a déclaré que l'article 41 « impose à tous les États l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par un manquement flagrant ou systématique de l'État responsable à l'exécution d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général »<sup>507</sup>.

**10. Exemples de références à des ouvrages collectifs d'organes d'experts****Observation 135**

**Parfois, les tribunaux arbitraux ont mentionné des ouvrages collectifs d'organes d'experts dans le contexte des règles relatives à l'interprétation des traités.**

304. Dans le Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de paix, antérieur à la Convention de Vienne sur le droit des traités, le tribunal arbitral a renvoyé à l'Annuaire de 1950 de l'Institut de droit international, qui contenait un rapport sur les règles d'interprétation des traités, et a noté que le rapport établi par M. Lauterpacht en qualité de rapporteur, qui avait rencontré l'adhésion presque unanime des membres de la commission respective dudit institut, résumait l'opinion dominante dans la doctrine du droit international public puisqu'il indiquait qu'il n'y a, en ce qui concerne l'interprétation, aucune de différence entre les traités-lois ou traités normatifs et les autres traités<sup>508</sup>.

305. La Commission d'arbitrage dans l'Affaire concernant le Gouvernement du Royaume de Grèce (au nom d'Apostolidis) c. la République fédérale d'Allemagne, mentionnant le recours aux travaux préparatoires pour l'interprétation des traités, a indiqué qu'elle partageait :

[l]'avis de l'Institut de droit international qui, dans la résolution qu'il a adoptée à la session de Grenade du 19 avril 1956, a fait avancer le droit international de manière décisive en décidant que la réponse à la question du recours aux travaux préparatoires d'un traité multilatéral, même s'ils n'ont pas été publiés ou rendus accessibles à l'une des Parties, doit être laissée à la discrétion du juge et dépendra des circonstances particulières à chaque cas d'espèce (*Annuaire*, 1956, p. 347)<sup>509</sup>. [Traduction non officielle]

306. Dans l'affaire relative à l'Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France, le tribunal a mentionné la prise en compte du but du traité comme critère d'interprétation et, renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (*Pays-Bas c. Suède*), a déclaré ce qui suit :

<sup>507</sup> Droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (voir *supra* note 431), par. 170.

<sup>508</sup> Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de paix (voir *supra* note 474), p. 396.

<sup>509</sup> Affaire concernant le Gouvernement du Royaume de Grèce (au nom d'Apostolidis) c. la République fédérale d'Allemagne, décision de la Deuxième Chambre du 11 mai 1960, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 445 à 484, à la page 468.

L'article 19 du « projet de Convention » de la Harvard Law School commence en effet par affirmer qu'« un traité doit être interprété à la lumière du but général qu'il est censé servir ». La « prise en considération des buts du traité » est également citée au point c) de l'article 2 de la résolution de Grenade adoptée par l'Institut de droit international<sup>510</sup>.

## 11. Exemples de renvois à des résolutions d'organisations internationales

### Observation 136

#### Parfois, les tribunaux arbitraux ont renvoyé à des résolutions d'organisations internationales pour déterminer des règles de droit international.

307. Ainsi, dans l'affaire du Différend concernant les droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de Russie), le tribunal a renvoyé à l'affaire concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et estimé que « si les résolutions [de l'Assemblée générale] n'ont pas force obligatoire en soi, elles peuvent être pertinentes pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier »<sup>511</sup>.

## E. Tribunaux pénaux internationaux

### 1. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

308. Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dispose, à l'article premier, que le Tribunal est habilité à « juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire » et énonce, aux articles 2 à 5, les infractions passibles de poursuites<sup>512</sup>. Dans son rapport sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui a ultérieurement été approuvé dans son ensemble par le Conseil de sécurité, le Secrétaire général a signalé que ce sont uniquement les règles du droit international humanitaire existant, qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier, que le Tribunal appliquerait, de manière à assurer le respect du principe *nullum crimen sine lege*<sup>513</sup>. Dans l'affaire *Vasiljević*, la Chambre de première instance a confirmé que le Statut du Tribunal n'avait pas vocation à créer de nouvelles infractions pénales et que le « Tribunal n'a 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 est supposé avoir été commis »<sup>514</sup>. La détermination des règles du droit international

<sup>510</sup> Interprétation de l'Accord de services de transport aérien (voir *supra* note 344), p. 56.

<sup>511</sup> *Droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch* (voir *supra* note 431), par. 173, renvoyant à *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 70.

<sup>512</sup> Le 3 mai 1993, le Secrétaire général a présenté au Conseil de sécurité un rapport, établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil, sur la création d'un tribunal international chargé de « 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 conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704), 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 pénal international pour l'ex-Yougoslavie, sur la base de ce rapport.

<sup>513</sup> S/25704, par. 29 et 33.

<sup>514</sup> Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Mitar Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, Jugement, Chambre de première instance II, 29 novembre 2002, par. 198. Voir aussi Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-I-T, Opinion et Jugement, 7 mai 1997, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1997*, p. 3, par. 654 ; *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-A, Arrêt, Chambre d'appel, 29 juillet 2004, par. 141.

coutumier applicables a donc considérablement participé du processus décisionnel du Tribunal.

a) **Références expresses aux moyens auxiliaires**

**Observation 137**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'a fait expressément référence aux « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit ou à « l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 » que dans trois cas, principalement dans le contexte du droit applicable devant le Tribunal.**

309. Dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance a mentionné le droit international applicable devant le Tribunal, outre celui énoncé dans son Statut, jugeant que le Tribunal « ne peut que se fonder sur les sources bien établies de droit international et, dans ce cadre, sur les décisions judiciaires ». Ces 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) »<sup>515</sup>. La Chambre de première instance a affirmé en outre que « 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 »<sup>516</sup>.

310. Le Tribunal a progressivement réduit son recours aux décisions des juridictions nationales à mesure qu'il disposait de ses propres décisions et de celles d'autres juridictions pénales internationales. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance a déclaré ce qui suit :

[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 principes 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 d'un système juridique particulier<sup>517</sup>.

311. Dans l'affaire *Vasiljević*, la Chambre de première instance a renvoyé aux travaux de la Commission du droit international dans le domaine du droit pénal international en établissant une distinction entre les moyens subsidiaires de déterminer les règles de droit et la pratique des États dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine les règles de droit international coutumier. La Chambre a souligné ce qui suit :

[P]our ce qui est des sources du droit international, les projets de codes élaborés par la Commission du droit international ne constituent qu'un moyen subsidiaire de déterminer les règles de droit. Ils peuvent rendre compte de considérations

<sup>515</sup> *Le Procureur c/ Zoran Kupreškić et al.*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1399, par. 540.

<sup>516</sup> *Ibid.*, par. 540.

<sup>517</sup> *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, p. 951, au paragraphe 414. Voir aussi *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, p. 467, au paragraphe 196, où la Chambre a estimé que dans le cas des juridictions militaires britanniques saisies des procès des criminels de guerre, il était fait application du droit interne, ce qui rendait leurs décisions « moins pertinentes pour établir des règles de droit international ».

juridiques largement partagées par la communauté internationale et peuvent parfaitement dégager les règles de droit international, mais il ne s'agit pas pour autant de la pratique des États dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine les règles de droit international coutumier<sup>518</sup>.

**b) Exemples relatifs à l'interprétation du Statut et du Règlement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie**

**Observation 138**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à ses propres décisions antérieures et à une décision de la Cour internationale de Justice pour déterminer que son statut (bien que découlant d'une résolution du Conseil de sécurité) et son règlement devaient être interprétés conformément aux règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.**

312. La Chambre d'appel dans l'affaire *Aleksovski* a renvoyé à ses propres décisions antérieures pour déterminer que le Statut et le Règlement du Tribunal devaient être interprétés « conformément aux règles de l'art (interprétation de bonne foi, prise en compte du texte et du contexte, interprétation téléologique), telles que consacrées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »<sup>519</sup>. L'une des décisions antérieures auxquelles il est fait référence à cet égard est l'arrêt relatif à l'appel dans l'affaire *Tadić*, qui renvoyait lui-même à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission aux Nations Unies*<sup>520</sup>.

313. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, la Chambre d'appel du Tribunal a estimé ce qui suit :

[L]e principe [...] d'interprétation des dispositions relatives à la preuve est que « la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause ». Pour interpréter un article du Règlement, la Chambre de première instance doit s'assurer qu'elle en suit « le sens ordinaire », « à la lumière de [l']objet et [du] but » du Statut et du Règlement<sup>521</sup>.

**Observation 139**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a décidé que son règlement devait être interprété à la lumière du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>522</sup> et de la « jurisprudence pertinente ».**

314. Dans l'affaire *Limaj*, la Chambre d'appel a affirmé que le Tribunal :

[a] pour mission de rétablir la justice en ex-Yougoslavie, et surtout de rendre justice aux victimes, à leurs familles et aux autres personnes innocentes. Néanmoins, la justice implique également le respect des droits fondamentaux des auteurs présumés des crimes. On ne saurait dès lors établir de distinction

<sup>518</sup> *Vasiljević* (voir *supra* note 511), par. 200.

<sup>519</sup> *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, Arrêt, 24 mars 2000, Chambre d'appel, par. 98.

<sup>520</sup> Voir *supra* note 70.

<sup>521</sup> *Le Procureur c/ Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-AR73.6, Arrêt relatif au versement au dossier de sept déclarations sous serment et d'une déclaration certifiée, 18 septembre 2000, Chambre d'appel, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1335, par. 22.

<sup>522</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, n°2889, p. 221.

selon que les personnes sont poursuivies dans leur pays d'origine ou par des instances internationales<sup>523</sup>.

Sur cette base, la Chambre d'appel a décidé que le Règlement du Tribunal « doit donc se lire à la lumière du Pacte international [relatif aux droits civils et politiques], de la Convention européenne [des droits de l'homme] et de la jurisprudence en la matière »<sup>524</sup>.

#### Observation 140

##### **Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à une décision qu'il avait lui-même rendue pour déterminer le lien entre le Statut du Tribunal et le droit international coutumier.**

315. Dans l'affaire *Hadžihasanović*, la Chambre d'appel s'est référée à la décision qu'elle avait elle-même rendue en l'affaire *Milutinović, Šainović & Ojdanić*, dans laquelle elle avait affirmé ce qui suit :

[l]'étendue de la compétence *ratione materiae* du Tribunal est déterminée à la fois par le Statut, dans la mesure où il définit les limites de la compétence du Tribunal international, et par le droit international coutumier, dans la mesure où la compétence du Tribunal pour déclarer un accusé coupable d'un crime énuméré dans le Statut dépend de l'existence de ce crime en droit coutumier à l'époque où il est supposé avoir été commis<sup>525</sup>.

#### Observation 141

##### **Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à la décision rendue par une juridiction nationale et sur une décision qu'il avait lui-même prise pour déterminer que le Statut du Tribunal s'écarterait à certains égards du droit international coutumier.**

316. La Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić* a considéré que l'emploi du terme « civile » dans la définition de ce qui constitue une victime de crimes contre l'humanité figurant à l'article 5 du Statut du Tribunal n'était pas conforme au droit international coutumier<sup>526</sup>. La Chambre de première instance a estimé qu'il convenait en l'espèce d'interpréter le terme « civils » au sens large et a estimé que la jurisprudence confirmait cette thèse, indiquant que dans l'affaire *Barbie*, la Cour de cassation française « (se fondant sur le droit international général) » avait abouti à la conclusion suivante : peuvent être considérés comme crimes contre l'humanité « les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition »<sup>527</sup>. La Chambre de première instance a également rappelé que dans la décision *Vukovar* (article 61), une Chambre

<sup>523</sup> *Le Procureur c/ Fatmir Limaj, Haradin Bala et Isak Musliu*, affaire n° IT-03-66-AR65, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire de Limaj, 31 octobre 2003, par. 11.

<sup>524</sup> *Ibid.*, par. 12.

<sup>525</sup> *Le Procureur c/ Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR72, Décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), 16 juillet 2003, par. 44, citant *Le Procureur c/ Milan Milutinović, Nikola Šainović et Dragoljub Ojdanić*, affaire n° IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entrepris criminelle commune, 21 mai 2003, Chambre d'appel, par. 9.

<sup>526</sup> *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511), par. 547 et 548.

<sup>527</sup> *Ibid.*, par. 548, citant France, *Barbie*, Cour de cassation (Chambre criminelle), 20 décembre 1985, *International Law Reports*, vol. 78, p. 124.

de première instance avait estimé que l'on pouvait commettre des crimes contre l'humanité même contre des victimes qui avaient à un moment donné porté les armes<sup>528</sup>.

### c) Juridiction, compétence de la compétence et indépendance

#### Observation 142

**S'agissant de déterminer qu'il était compétent pour évaluer la légalité de sa propre création par le Conseil de sécurité (compétence de la compétence), le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions de la Cour internationale de Justice et à d'autres décisions de juridictions internationales ou nationales ainsi qu'aux résultats des travaux du Comité des droits de l'homme.**

317. Dans l'affaire *Tadić*<sup>529</sup>, la défense avait contesté la légalité de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité. Rejetant la contestation, la Chambre d'appel a renvoyé à plusieurs reprises à des décisions de la Cour internationale de Justice, à une décision du Comité des droits de l'homme, à des décisions de juridictions régionales des droits de l'homme, à des décisions de tribunaux nationaux et à une observation générale du Comité des droits de l'homme. La Chambre d'appel s'est fondée en particulier sur les arrêts de la Cour internationale de Justice dans *Nottebohm* et *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* afin de déterminer que le Tribunal avait compétence pour déterminer sa propre compétence (*compétence de la compétence*), ce qui était un élément implicite de toute instance judiciaire internationale<sup>530</sup>. La décision dans l'affaire *Effets de jugements* a également été invoquée pour étayer la conclusion selon laquelle le Conseil était habilité à créer un organe judiciaire même s'il ne disposait pas lui-même de pouvoirs ou de fonctions judiciaires, et que la nature du Tribunal en tant qu'organe subsidiaire du Conseil n'était pas déterminante pour savoir si le Tribunal pouvait rendre des arrêts contraignants pour l'organe dont il relevait<sup>531</sup>.

318. Pour déterminer que la création du Tribunal répondait à l'exigence des instruments internationaux relatifs aux droits humains selon laquelle les tribunaux doivent être « établis par la loi », la Chambre d'appel du Tribunal s'est référée<sup>532</sup> à l'observation de la Chambre de première instance concernant les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, laquelle les a considérés comme ayant donné aux accusés un procès équitable au sens procédural du terme<sup>533</sup>, à des décisions du Comité des droits de l'homme<sup>534</sup>, à une observation générale du Comité des droits

<sup>528</sup> Ibid., citant *Le Procureur c/ Mile Mrkšić, Miroslav Radić et Veselin Šljivančanin*, affaire n° IT-95-13-R61, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 3 avril 1996, par. 29, citant le rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité (S/1994/674), par. 78.

<sup>529</sup> *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352).

<sup>530</sup> Ibid., par. 18 à 22, citant l'*Affaire Nottebohm (exception préliminaire) (Liechtenstein c/ Guatemala)* (voir *supra* note 147), p. 119, et *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif du 13 juillet 1954 : C.I.J. Recueil 1954*, p. 47, à la page 56.

<sup>531</sup> Ibid., par. 16, citant *Effets de jugements* (voir *supra* note 527), p. 60 et 61.

<sup>532</sup> Ibid., par. 43 à 45.

<sup>533</sup> *Tadić*, Opinion et Jugement, 7 mai 1997, Chambre de première instance (voir *supra* note 511), par. 34.

<sup>534</sup> *Cariboni c/ Uruguay* (A/43/40, annexe VII, sect. A).

de l'homme<sup>535</sup>, à des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme<sup>536</sup> et à l'approche adoptée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme<sup>537</sup>. Le point important pour déterminer si un tribunal avait été « établi par la loi » était de savoir s'il avait été établi par un organe compétent dans le respect des procédures juridiques pertinentes et s'il observait les exigences de l'équité procédurale<sup>538</sup>.

### Observation 143

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à sa propre « jurisprudence » afin de souligner l'importance que revêt la séparation des pouvoirs pour le fonctionnement judiciaire indépendant du Tribunal.**

319. Dans l'affaire *Čelebići*, le Tribunal a affirmé ce qui suit :

Dans sa jurisprudence, la Chambre d'appel a insisté sur l'importance fondamentale de l'indépendance de la justice. Elle a également reconnu que le principe d'indépendance judiciaire dans les systèmes internes et internationaux interdisait généralement aux personnes ou organes judiciaires d'exercer des pouvoirs exécutifs ou législatifs<sup>539</sup>.

#### d) Exemples relatifs aux dispositions conventionnelles et à leur rapport avec le droit international coutumier

### Observation 144

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à ses propres décisions pour déterminer son approche concernant le lien entre les dispositions conventionnelles pertinentes et le droit international coutumier.**

320. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, la Chambre d'appel s'est référée à des décisions antérieures du Tribunal en déclarant que « [l]e principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) est [...] respecté lorsqu'un État est déjà lié par une convention donnée et que le Tribunal international applique une disposition de cette convention, que celle-ci fasse ou non partie du droit international coutumier »<sup>540</sup>. Dans l'affaire *Galić*, la Chambre d'appel du Tribunal a précisé que « si des dispositions contraignantes du droit conventionnel peuvent donner compétence au Tribunal pour juger les comportements qu'elles prohibent, ce dernier s'assure, dans la pratique, que le traité en question consacre une règle du droit coutumier »<sup>541</sup>.

<sup>535</sup> Observation générale n° 16 (1988) sur le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et à la protection de l'honneur et de la réputation, *ibid.*, annexe VI, par. 4.

<sup>536</sup> *Leo Zand c/ l'Autriche*, Requête n° 7360/76, Rapport, 12 octobre 1978, *Décisions et rapports – Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 15 (1979), p. 70, à la page 80 ; *Piersack c. Belgique*, Requête n° 8692/79, Rapport, 13 mai 1981, p. 12 ; *Camillo Crociani, Bruno Palmiotti, Mario Tanassi et Antonio Lefebvre D'Ovidio c. Italie*, Requêtes n°s 8603/79, 8722/79, 8723/79 et 8729/79 (jointes), Décision sur la recevabilité des requêtes, 18 décembre 1980, *Décisions et rapports – Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 22 (1981), p. 147, à la page 219.

<sup>537</sup> Commission interaméricaine des droits de l'homme : *Rapport annuel*, OEA/Ser.P, AG/doc. 305/73 rev.1, 14 mars 1973, p. 1, et *Rapport annuel*, OEA/Ser.P, AG/doc. 409/174, 5 mars 1974, p. 2 à 4.

<sup>538</sup> *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, Chambre d'appel, par. 45.

<sup>539</sup> *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et al. (« affaire Čelebići »)*, affaire n° IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, Chambre d'appel, par. 689.

<sup>540</sup> *Le Procureur c/ Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Arrêt, 17 décembre 2004, Chambre d'appel, par. 44.

<sup>541</sup> *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Arrêt, 30 novembre 2006, Chambre d'appel, par. 85.

e) **Exemples concernant la formation ou la détermination des règles de droit international coutumier et des principes généraux du droit**

**Observation 145**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions des juridictions nationales comme constituant une preuve de la pratique des États et de l'*opinio juris*.**

321. En concluant que le droit international coutumier permettait une condamnation pour crime contre l'humanité s'il y avait participation à l'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel du Tribunal en l'affaire *Tadić* a déterminé que la reconnaissance dans les décisions rendues par des juridictions nationales après la Deuxième Guerre mondiale de ce mode de responsabilité pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre constituait une preuve de la pratique des États et de l'*opinio juris*<sup>542</sup>.

**Observation 146**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions du Tribunal militaire international et des juridictions nationales (en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié) pour déterminer que « la jurisprudence » indiquait qu'une règle de droit international coutumier était fermement établie.**

322. La Chambre d'appel s'est également référée aux procès menés devant le Tribunal militaire international et aux décisions des juridictions opérant en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour estimer que « la jurisprudence » indiquait que « la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier et qu'elle est de plus consacrée, implicitement il est vrai, dans le Statut du Tribunal international »<sup>543</sup>.

**Observation 147**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a établi une distinction entre l'utilisation faite des décisions judiciaires comme preuve de la formation d'une règle de droit international coutumier ou d'un principe général de droit et l'utilisation qui en est faite comme précédent convaincant dans la détermination d'une telle règle ou d'un tel principe, une fois formés.**

323. La Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić* a affirmé que « les précédents peuvent signaler l'existence d'une règle coutumière en ce qu'ils indiquent l'existence d'une *opinio iuris sive necessitatis* ou d'une pratique internationale dans une matière donnée, ou qu'ils peuvent laisser entrevoir l'émergence d'un principe général du droit international ». Elle a ajouté que, par exemple, le Tribunal « pourrait être amené à examiner des législations ou des jurisprudences internes et se fonder sur celles-ci en vue de dégager un principe général du droit pénal commun à tous les grands systèmes du monde »<sup>544</sup>. « Les précédents peuvent également établir de façon convaincante l'existence d'une règle ou d'un principe, c'est-à-dire qu'ils peuvent convaincre le Tribunal qu'une décision antérieure donnait la bonne interprétation du droit en vigueur »<sup>545</sup>.

<sup>542</sup> *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 535), par. 195 à 220.

<sup>543</sup> *Ibid.*, par. 220. Voir aussi *Furundžija*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 195, 211 et 217.

<sup>544</sup> *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511), par. 540.

<sup>545</sup> *Ibid.*

**Observation 148**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à ses décisions antérieures pour déterminer qu'un principe de droit international coutumier pouvait s'appliquer à de nouvelles situations entrant raisonnablement dans son champ d'application.**

324. Dans l'affaire *Hadžihasanović*, la Chambre d'appel a réaffirmé que, pour conclure qu'un principe faisait partie du droit international coutumier, elle devait être « convaincue que la pratique des États reconnaissait ce principe parce qu'il fondait l'*opinio juris* ». Elle a ajouté ce qui suit :

[L]orsqu'on peut démontrer qu'un principe a été ainsi établi, rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique à une situation donnée même s'il s'agit d'une situation nouvelle, à condition qu'elle relève raisonnablement du champ d'application de ce principe. En outre, pour déterminer si un principe fait partie du droit international coutumier et, le cas échéant, ses conditions d'application, la Chambre d'appel peut suivre, comme elle le fait d'ordinaire, les décisions rendues précédemment par le Tribunal<sup>546</sup>.

**Observation 149**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a renvoyé à des décisions de juridictions nationales entre autres formes de preuve de la formation du droit international coutumier et des principes généraux de droit.**

**Observation 150**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a renvoyé à des décisions de juridictions nationales pour indiquer qu'il y a eu une évolution dans la teneur d'une règle de droit international coutumier.**

**Observation 151**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a souligné que la législation nationale et les décisions des juridictions nationales ne peuvent être l'expression d'un principe général de droit que lorsque la plupart des États, sinon tous, reconnaissent le même principe.**

325. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a estimé que « [l]orsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires »<sup>547</sup>. Elle a par la suite affirmé ce qui suit :

[P]our le domaine qui nous intéresse ici, on ne peut se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales en tant que sources de normes et principes internationaux, dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun. Plus spécifiquement, il serait nécessaire de démontrer qu'en tout état de cause, les principaux systèmes juridiques du monde adoptent la même conception de cette notion<sup>548</sup>.

<sup>546</sup> *Hadžihasanović* (voir *supra* note 522), par. 12.

<sup>547</sup> *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 99.

<sup>548</sup> *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 535), par. 225.

326. Dans l'affaire *Šainović*, la Chambre d'appel a également rappelé ce qui suit :

[S]elon la doctrine relative aux principes généraux du droit reconnus par les nations, on peut, dans certains cas, se fonder sur les législations et jurisprudences nationales comme sources de normes et principes internationaux. Cela n'est toutefois possible que lorsqu'il est démontré que la plupart, si ce n'est la totalité des pays acceptent et adoptent la même conception de la notion en question. Plus particulièrement, il faudrait démontrer que les grands systèmes juridiques du monde ont la même conception de cette notion<sup>549</sup>.

La Chambre d'appel a estimé que les conditions de la responsabilité pénale pour complicité variaient d'une juridiction à l'autre, de sorte qu'on ne pouvait considérer qu'un principe général de droit eût été établi<sup>550</sup>.

#### Observation 152

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à ses propres décisions antérieures comme étant conformes au droit international coutumier et aux principes généraux du droit pénal international.**

327. Dans l'affaire *Blaškić*, par exemple, la Chambre de première instance a souscrit aux « vues sur lesquelles s'appuie la jurisprudence du Tribunal », selon laquelle les individus peuvent être tenus pénalement responsables pour avoir pris part à la commission de crimes à raison de l'une ou l'autre des formes de responsabilité pénale individuelle visées à l'article 7 1) du Statut. Cette approche est « conforme aux principes généraux du droit pénal et au droit international coutumier »<sup>551</sup>.

#### Observation 153

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a mentionné le « concept d'outrage » dans le cadre des principes généraux communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés dans la jurisprudence internationale.**

328. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel, ayant déterminé que l'outrage ne relevait pas de son Statut et qu'il ne relevait pas du droit international coutumier, a mentionné le « concept d'outrage » dans le cadre des principes généraux communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés dans la jurisprudence internationale :

Il est, par ailleurs, utile de se référer aux principes généraux du droit communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés et affirmés (le cas échéant) dans la jurisprudence internationale. D'un point de vue historique, la procédure applicable en cas d'outrage était et demeure une création de la *common law*. Bien que le concept général d'outrage soit en principe inconnu en droit de tradition civiliste, de nombreux pays attachés à ce système ont adopté des dispositions législatives pour sanctionner les délits de cet ordre<sup>552</sup>.

<sup>549</sup> *Le Procureur c/ Nikola Šainović et al.*, affaire n° IT-05-87-A, Arrêt du 23 janvier 2014, Chambre d'appel, par. 1643.

<sup>550</sup> *Ibid.*, par. 1644.

<sup>551</sup> Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 2000*, p. 557, au paragraphe 264.

<sup>552</sup> *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A-R77, Arrêt relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, 31 janvier 2000, Chambre d'appel, par. 15. Voir aussi par. 13 à 17.

## 5. Exemples concernant l'approche suivie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en matière de précédents et de cohérence

### Observation 154

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a confirmé à plusieurs reprises que, bien que les décisions de la Chambre d'appel soient contraignantes pour les Chambres de première instance, il n'existe pas de système de précédent contraignant (*stare decisis*) applicable au Tribunal.**

329. Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre d'appel s'est référée à la pratique des tribunaux nationaux dans les juridictions relevant à la fois du droit romano-germanique et de la *common law* en ce qui concerne les effets des décisions des cours d'appel sur les juridictions inférieures, notant que si, « dans les systèmes de *common law*, les décisions des juridictions supérieures s'imposent aux juridictions inférieures [...], [d]ans les systèmes de tradition romano-germanique, la règle de la force obligatoire du précédent n'existe pas. Cependant, dans la pratique, les juridictions inférieures tendent à suivre les décisions des juridictions supérieures ». La Chambre d'appel a estimé que la *ratio decidendi* de ses décisions devait s'imposer aux Chambres de première instance, car le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « établit une hiérarchie au sein de laquelle la Chambre d'appel est investie de la fonction de trancher en dernier ressort certaines questions de droit et de fait soulevées par les décisions des Chambres de première instance »<sup>553</sup>.

330. La Chambre d'appel a ajouté que le mandat du Tribunal ne serait pas mené à bien si l'accusé et l'accusation n'avaient pas la garantie que l'application du droit répondait au besoin de sécurité et de prévisibilité juridiques. Le droit à un procès équitable ne serait pas garanti « si chaque Chambre de première instance a la latitude de ne pas se conformer aux arrêts de fond rendus par la Chambre d'appel et de se prononcer à sa guise sur l'état du droit ». En cas de réponses différentes des Chambres de première instance, il y aurait contradiction avec l'intention du Conseil de sécurité, qui avait envisagé la création « de trois Chambres de première instance et d'une Chambre d'appel, appliquant un corpus juridique unique, unifié, cohérent et rationnel »<sup>554</sup>. La Chambre d'appel a souligné le besoin de cohérence dans le contexte dans lequel fonctionne le Tribunal, « caractérisé par des normes de droit international humanitaire et de droit international pénal en développement et, partant, par un besoin encore plus élevé de la part des justiciables, accusés et Accusation, d'avoir des certitudes par rapport au régime sous lequel les affaires seront jugées »<sup>555</sup>.

331. Dans la même affaire, la Chambre d'appel a estimé que les Chambres de première instance ne sont pas liées par les décisions les unes des autres. « Cependant, une Chambre de première instance est libre de suivre toute décision d'une de ses homologues, dès lors qu'elle l'estime fondée »<sup>556</sup>. Elle a également conclu que, « dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, la Chambre d'appel doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice », citant « l'exemple d'une décision prise sur la base d'un principe juridique erroné ou d'une décision rendue *per incuriam*, c'est-à-dire "tranchée à tort, généralement parce que le ou les juges n'étaient pas bien au fait du droit applicable" »<sup>557</sup>.

332. Dans l'affaire *Hartmann*, la Chambre d'appel a rejeté l'argument de l'appelante, selon lequel la Chambre de première instance n'avait pas tenu compte d'un précédent

<sup>553</sup> *Aleksovski*, Arrêt (voir *supra* note 516), par. 113.

<sup>554</sup> *Ibid.*

<sup>555</sup> *Ibid.*

<sup>556</sup> *Ibid.*, par. 114.

<sup>557</sup> *Ibid.*, par. 107 et 108.

obligatoire, qui traduisait un principe général de droit. Elle a noté qu'elle « n'est pas liée par les décisions des juridictions régionales ou internationales, y compris la [Cour européenne des droits de l'homme] »<sup>558</sup>.

### Observation 155

#### **Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a examiné le poids persuasif relatif à accorder aux décisions des juridictions internationales, d'une part, et des juridictions nationales, d'autre part.**

333. Dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance a déclaré que « [l]a valeur qu'il convient d'attribuer aux précédents judiciaires dépend dans une large mesure de la nature juridique du Tribunal. Elle est étroitement liée au fait de savoir si le Tribunal est à proprement parler une cour internationale »<sup>559</sup>. Elle a ajouté ce qui suit :

[I]ncontestablement, il convient d'attacher une grande importance aux décisions de juridictions pénales internationales telles les tribunaux internationaux de Nuremberg ou de Tokyo [...]. Ces tribunaux appliquaient des instruments internationaux dont les dispositions étaient déclaratoires du droit en vigueur ou avaient été progressivement intégrées au droit international coutumier. Dans de nombreux cas, on peut accorder une valeur égale aux décisions relatives à des crimes internationaux rendues par des juridictions nationales agissant en application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, des Conventions de Genève de 1949, des Protocoles de 1977 ou de traités internationaux similaires. Dans ces cas, les instruments internationaux sur lesquels s'appuie la juridiction interne et le fait qu'elle applique, par essence, les règles de fond du droit international, peuvent conférer un poids considérable à ses décisions. À l'inverse, selon les circonstances de chaque affaire, les décisions de juridictions internes portant sur des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité qui sont prises en se fondant sur la législation interne ont en général une valeur relative moindre<sup>560</sup>.

334. La Chambre de première instance a ensuite souligné l'importance primordiale des décisions des juridictions internationales, en déclarant ce qui suit :

[L]es juridictions [...] comme le Tribunal [...] 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<sup>561</sup>.

### Observation 156

#### **Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions de la Cour internationale de Justice dans un certain nombre d'affaires, les considérant comme non contraignantes mais leur accordant un poids considérable.**

<sup>558</sup> *Le Procureur c/ Florence Hartmann*, affaire n° IT-02-54-R77.5-A, Arrêt, 19 juillet 2011, Chambre d'appel, par. 120 et 159. Voir aussi l'étude du Secrétariat sur les principes généraux du droit (A/CN.4/742), par. 139.

<sup>559</sup> *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511), par. 538.

<sup>560</sup> *Ibid.*, par. 541.

<sup>561</sup> *Ibid.*, par. 540 à 542.

335. Les décisions et avis de la Cour internationale de Justice ont un objectif et un champ d'action différents de ceux des décisions du Tribunal puisqu'ils portent principalement sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite plutôt que sur la responsabilité pénale des individus. Néanmoins, le Tribunal s'est fondé sur des décisions de la Cour internationale de Justice dans plusieurs de ses affaires et leur a accordé un poids considérable, en particulier en ce qui concerne le caractère de droit coutumier que présentent les dispositions du droit international humanitaire et l'interprétation autorisée des traités pertinents.

336. Dans l'affaire *Tolimir – « Srebrenica »*, la Chambre d'appel du Tribunal a noté que, bien qu'elle ne soit pas liée par les conclusions juridiques de la Cour internationale de Justice, « la [Cour] est l'organe principal des Nations Unies et l'organe compétent pour régler les différends relatifs à l'interprétation de la Convention sur le génocide ». La Chambre d'appel a estimé que l'interprétation par la Cour de l'article II c) de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide exprimait le droit applicable<sup>562</sup>.

337. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel, lorsqu'elle a examiné si l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 s'appliquait à la fois aux conflits armés internationaux et internes, a renvoyé à sa propre décision en l'affaire *Tadić*, pour laquelle elle s'était fondée sur la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua*, où l'on peut lire que « les règles énoncées dans l'article 3 commun correspondent à des « considérations élémentaires d'humanité » applicables à tout conflit en droit international coutumier. [...]. Par conséquent, au moins en ce qui concerne les règles minima de l'article 3 commun, le caractère du conflit importe peu »<sup>563</sup>.

338. Dans l'affaire *Furundžija*, il a été fait référence à la Cour internationale de Justice qui, dans l'affaire *Nicaragua*, avait déterminé que l'interdiction de la torture à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités est désormais une règle bien établie du droit international coutumier<sup>564</sup>. Dans l'affaire *Galić*, le Tribunal s'est référé à l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de la Cour internationale de Justice, qui avait conclu que les principes de distinction et de protection de la population civile sont « les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » et que « les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils », et que « [c]es règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »<sup>565</sup>.

339. Dans l'affaire *Aleksovski*, le Tribunal a fait référence au poids à accorder aux décisions de la Cour internationale de Justice et à leur caractère de précédents dans les termes suivants :

Bien que la règle *stare decisis* ne s'applique pas à la Cour internationale de Justice, les décisions antérieures de cette dernière se voient accorder un poids considérable, peut-être parce qu'elles sont perçues comme des expressions du droit faisant autorité. Comme l'affirmait le Juge Zoričić dans son Opinion dissidente concernant l'affaire des *Traités de paix*, bien qu'il soit « parfaitement

<sup>562</sup> *Le Procureur c/ Zdravko Tolimir*, affaire n° IT-05-88/2-A, Arrêt, 8 avril 2015, par. 226.

<sup>563</sup> *Delalić* (« affaire *Čelebići* »), Arrêt (voir *supra* note 536), par. 140, citant *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 102 (qui avait renvoyé à *Nicaragua*, par. 218), et mentionnant des « considérations élémentaires d'humanité » dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 22, et *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 79.

<sup>564</sup> *Furundžija*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 138.

<sup>565</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 78 et 79.

vrai qu'aucune Cour internationale n'est liée par des précédents [...], ce dont la Cour est obligée de tenir compte, ce sont les principes du droit international. Si un précédent est solidement fondé sur un pareil principe, la Cour ne saurait trancher un cas analogue dans un sens contraire aussi longtemps que le principe retient sa valeur ». Le Juge Mohamed Shahabuddeen était du même avis, lorsqu'il affirmait qu'« il est un sens acceptable dans lequel, réserve faite du pouvoir de s'en écarter, les décisions de la Cour peuvent être considérées comme ayant force obligatoire »<sup>566</sup>.

340. Dans l'affaire *Karadžić*, la Chambre d'appel du Tribunal a signalé qu'elle « n'est liée ni par les conclusions juridiques tirées par les Chambres de première instance du Tribunal ou par la [Cour internationale de Justice], ni par les appréciations qu'elles portent »<sup>567</sup>. Sur ce dernier point, elle a souligné que « les conclusions relatives à la responsabilité pénale tirées dans une affaire traitée par le Tribunal ne sont contraignantes qu'à l'égard des individus accusés dans le cadre de cette affaire »<sup>568</sup>.

341. Le Tribunal a fait montre, dans l'affaire *Tadić*, de sa volonté de s'écarter d'une décision de la Cour internationale de Justice, la majorité de la Chambre d'appel étant en désaccord avec la décision de la Cour dans l'affaire *Nicaragua* s'agissant de la notion de « contrôle effectif » des opérations militaires ou paramilitaires comme critère engageant la responsabilité internationale d'un État en la matière. La Cour internationale de Justice avait estimé que la responsabilité internationale d'un État ne pouvait être engagée que si un contrôle était exercé (« ordonné ou imposé ») sur des opérations militaires ou paramilitaires précises<sup>569</sup>. La Chambre d'appel du Tribunal a estimé à une majorité que ce critère ne s'accordait ni avec la « logique du droit de la responsabilité des États » ni avec la « pratique judiciaire et étatique », et a préféré le critère du « contrôle global », qui exigeait qu'une évaluation soit faite de tous les éléments du contrôle pris dans leur ensemble, et qu'une conclusion en soit tirée<sup>570</sup>. Ce critère du contrôle plus large a été confirmé, mais aussi nuancé, par la Chambre d'appel du Tribunal dans l'affaire *Aleksovski*<sup>571</sup>. La Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* a conclu que, bien que le critère retenu dans l'arrêt *Nicaragua* s'accorde avec la pratique étatique et judiciaire s'agissant d'individus ou de groupes non organisés, un autre critère s'appliquait dans le cas de groupes militaires ou paramilitaires. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un individu auquel la législation interne ne confère pas le statut d'agent de l'État peut être considéré comme un organe de fait de cet État, les règles de droit international applicables « n'exigent pas toujours le même degré de contrôle sur cet individu que sur des membres de groupes armés »<sup>572</sup>.

### Observation 157

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions de la Cour pénale internationale à relativement peu d'occasions, principalement à propos des questions de procédure, et a appelé l'attention sur les différentes dispositions relatives au droit applicable dans les Statuts respectifs.**

<sup>566</sup> *Aleksovski*, Arrêt (voir *supra* note 516), par. 96, citant *Interprétation des traités de paix* [première phase] (voir *supra* note 434), Opinion dissidente du Juge Zoričić, p. 104, et Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge : Cambridge University Press, 1996), p. 239.

<sup>567</sup> *Le Procureur c/ Radovan Karadžić et al.*, affaire n° IT-95-5/18-AR98bis.I, 11 juillet 2013, Chambre d'appel, par. 94.

<sup>568</sup> *Ibid.*

<sup>569</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond (voir *supra* note 57), par. 115.

<sup>570</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), chap. IV, sect. B 3 a) ii) a et b, et par. 120.

<sup>571</sup> *Aleksovski*, Arrêt (voir *supra* note 516), par. 125 à 134.

<sup>572</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 358), par. 124 et 137.

342. Bien que les décisions plus récentes du Tribunal contiennent un certain nombre de notes de bas de page renvoyant aux décisions de la Cour pénale internationale, ces notes portent principalement sur des questions de procédure et, pour la plupart, ne sont pas développées dans le texte des décisions. L'une des rares références plus significatives se trouve dans la décision en l'affaire *Milutinović*, dans laquelle la Chambre de première instance a renvoyé à la décision rendue par la Cour pénale internationale dans l'affaire *Dyilo* concernant la pratique procédurale en matière de récolement des témoins<sup>573</sup>.

343. En l'espèce, la Chambre de première instance a également examiné les différentes règles de droit applicables, prévues dans le Statut de Rome, comparativement à celles du Statut du Tribunal :

Conformément au Statut de Rome et contrairement au [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], la [Cour pénale internationale] doit appliquer en premier lieu son statut, les éléments des crimes et son règlement de procédure et de preuve, puis les principes du droit international et enfin les lois nationales, notamment celles des États qui seraient, en temps normal, compétents pour juger les crimes en cause<sup>574</sup>.

Le Statut du [Tribunal] ne donne pas, quant à lui, la liste des sources de droit dont les Chambres devraient s'inspirer. Ainsi, même si la Chambre de première instance peut prendre en compte les lois nationales, elle n'est pas [...] tenue de le faire. En conséquence, non seulement la décision *Dyilo* ne constitue pas un précédent que la Chambre de première instance est tenue de suivre mais la démarche adoptée par la Chambre [de la Cour pénale internationale] pour rendre cette décision ne s'applique pas en l'espèce<sup>575</sup>.

344. Le Tribunal s'est à quelques reprises écarté des décisions de la Cour pénale internationale sur des questions de fond, en tenant compte des différences entre les dispositions du droit applicables par l'une et l'autre juridictions. Ainsi, dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, le Tribunal s'est référé au jugement rendu par sa Chambre de première instance en l'affaire *Kupreškić*, dans laquelle celle-ci a conclu que la disposition du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome)<sup>576</sup> exigeant que les actes de « persécution » soient commis en corrélation avec un autre crime relevant de la compétence de la Cour était « plus restrictive que ne l'exigent les règles du droit international coutumier »<sup>577</sup>. De même, dans l'affaire *Krstić*, la

<sup>573</sup> *Le Procureur c/ Milan Milutinović et al.*, affaire n° IT-05-87-T, Décision relative à la demande faite par Dragoljub Ojdanic d'interdire le récolement des témoins, 12 décembre 2006, Chambre de première instance, par. 7.

<sup>574</sup> *Ibid.*, par. 12.

<sup>575</sup> *Ibid.*, par. 13.

<sup>576</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

<sup>577</sup> *Le Procureur c/ Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2, Jugement, Chambre de première instance, 26 février 2001, par. 197, renvoyant à *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511). par. 578 à 581. Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić* s'est fondée sur les éléments suivants : la loi n° 10 du Conseil de contrôle, la législation nationale, en particulier les lois françaises et canadiennes ; la jurisprudence du Tribunal militaire international, notamment l'affaire des *Einsatzgruppen* (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. IV, p. 49) et l'affaire *Justice* (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. III, p. 974) : divers traités internationaux (la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, de 1968 [(New York, 26 novembre 1968), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, n° 10823, p. 73], et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, de 1973 [(New York, 30 novembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, n° 14861, p. 243]) ;

Chambre d'appel du Tribunal a annulé la décision de la Chambre de première instance, qui s'était fondée sur la définition du génocide figurant dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, selon laquelle il faut, pour conclure au génocide, que le comportement [se soit] inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues. La Chambre d'appel a estimé que la Chambre de première instance avait été « malavisée » de se fonder sur la définition du génocide énoncée dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale car « ni la Convention sur le génocide ni le droit international coutumier n'exigeaient que l'acte prohibé s'inscrive dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique »<sup>578</sup>.

345. Dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance s'est également référée à des décisions de juridictions nationales afin d'interpréter le degré d'organisation requis pour qu'il y ait crime contre l'humanité et a noté que « la jurisprudence, tant interne qu'internationale, souligne également la nécessité pour les crimes contre l'humanité d'avoir été au moins tolérés par un État, un gouvernement ou une entité »<sup>579</sup>. Il a été souligné que « [l]a jurisprudence disponible semble indiquer que, dans ces cas, il convient d'établir l'existence d'une sorte d'approbation ou assentiment explicite ou implicite de l'État ou des pouvoirs publics, ou alors qu'il est nécessaire que le crime ait été clairement encouragé par une politique générale de l'État ou qu'il s'inscrive manifestement dans le cadre d'une telle politique »<sup>580</sup>.

**f) Décisions de juridictions nationales et internationales mentionnant des « principes » sans attribuer de valeur juridique particulière à ces principes**

**Observation 158**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé qu'une série de décisions de juridictions nationales ou internationales peut permettre de fixer des « principes généraux » en les précisant, sans leur attribuer de valeur juridique particulière.**

346. La Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić* a déclaré ce qui suit :

[l]e Tribunal doit inévitablement s'appuyer sur des décisions judiciaires, puisque le droit international pénal, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, n'en est encore qu'aux premiers stades de son développement. Ainsi, il existe relativement peu de dispositions conventionnelles en la matière [...]. Par contre, une série de décisions judiciaires sur des cas d'espèce, prises par des instances nationales ou internationales, peut permettre de fixer progressivement des principes généraux en s'y référant et en les précisant. Il paraît donc logique que les juridictions internationales s'appuient fortement sur cette jurisprudence<sup>581</sup>.

**Observation 159**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux principes de la responsabilité pénale internationale établis lors des procès de Nuremberg**

*Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 140 et 141.

<sup>578</sup> *Krstić*, Chambre d'appel (voir *supra* note 153), par. 224.

<sup>579</sup> *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511), par. 552 et suiv. Référence a été faite à France, *Barbie*, Confirmation de la condamnation, 3 juin 1988, Cour de cassation (Chambre criminelle), *International Law Reports*, vol. 100, p. 330 ; *Touvier*, Cour d'appel de Paris, Première Chambre d'accusation, 13 avril 1992, et Cour de cassation (Chambre criminelle), 27 novembre 1992, *International Law Reports*, vol. 100 (1995), p. 337, à la page 351 ; Canada, *R. c. Finta*, Arrêt, 24 mars 1994, Cour suprême, [1994] 1 RCS 701, à la page 733.

<sup>580</sup> *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 511), par. 555.

<sup>581</sup> *Ibid.*, par. 537.

**et de Tokyo, tels qu'ils ont été repris par la suite dans les décisions de juridictions nationale.**

347. Dans sa décision en l'affaire *Karadžić*, la Chambre de première instance a fait référence à l'établissement, lors des procès de Tokyo et de Nuremberg, des principes de la responsabilité pénale internationale des individus, qui ont été par la suite repris dans les décisions de juridictions nationales, y compris en ce qui concerne les personnes en position d'autorité :

[l]a répression des crimes considérés commis par de tels individus s'appuie également sur les principes généraux du droit international humanitaire, et découle en particulier des précédents établis à Nuremberg et Tokyo ; [...] en outre, le principe de la responsabilité pénale individuelle des personnes en position d'autorité a été réaffirmé dans nombre de décisions émanant de Cours nationales, et a été repris dans différents instruments juridiques tant internationaux que nationaux.

La Chambre de première instance a conclu qu'il résultait de ce principe que la qualité officielle d'un individu se trouvant en situation d'autorité – qu'il soit chef militaire, dirigeant ou gouvernant – ne l'exonérait pas de sa responsabilité pénale<sup>582</sup>.

## 7. Décisions des juridictions internationales en matière de procédure

### Observation 160

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux décisions des juridictions nationales et internationales pour de nombreuses questions de procédure dont il a été saisi.**

348. Ainsi, dans l'affaire *Delić*, la Chambre d'appel a considéré que la jurisprudence du Tribunal ne pouvait s'appliquer s'agissant de l'autorité du jugement à la suite du décès d'un appelant et avant le prononcé de l'arrêt, mais elle a estimé « utile de donner un bref aperçu des dispositions pertinentes et des précédents émanant d'autres tribunaux »<sup>583</sup>. La Chambre d'appel a examiné les décisions de juridictions nationales de l'Allemagne, de l'Azerbaïdjan, du Canada, de la France, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et de la Suède, ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle en a conclu qu'il n'existait pas de « principe général constant suivi par la majorité des pays concernant l'autorité du jugement » et qu'elle ne pouvait dégager « aucune tendance dominante, et, à plus forte raison, aucune règle du droit international coutumier ». En l'absence d'une telle règle, la Chambre d'appel a estimé que la solution où la déclaration prononcée en première instance devenait caduque ne cadrerait pas avec la nature même de la procédure d'appel devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; en conséquence, le jugement rendu en première instance devait être considéré comme passé en force de chose jugée<sup>584</sup>.

349. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, la Chambre d'appel s'est référée à des décisions de juridictions nationales et internationales pour déterminer si les déclarations extrajudiciaires des témoins étaient recevables :

L'Accusation note que la déclaration préalable de ce témoin a été admise dans l'affaire *Blaškić* à la demande de l'accusé. Dans cette affaire, la Chambre de

<sup>582</sup> *Le Procureur c/ Radovan Karadžić et Ratko Mladić*, affaire n° IT-95-5-D, Décision concernant une proposition de demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée à la République de Bosnie-Herzégovine concernant Radovan Karadžić, Ratko Mladić et Mićo Stanišić, Radovan Karadžić et Ratko Mladić, 16 mai 1995, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1994-1995*, p. 851, aux paragraphes 23 et 24.

<sup>583</sup> *Le Procureur c/ Rasim Delić*, affaire n° IT-04-83-A, Décision relative à l'issue de la procédure, 29 juin 2010, Chambre d'appel, par. 10.

<sup>584</sup> *Ibid.*, par. 11 à 15.

première instance a tenu compte de « la nécessité d'une bonne administration de la justice et [de] l'impératif d'un procès équitable » et des exceptions au principe de la déposition orale et du contre-interrogatoire admises « aussi bien dans les systèmes juridiques nationaux que dans des précédents de juridictions internationales, et notamment celles relatives à l'admission des déclarations de témoins décédés »<sup>585</sup>.

350. Dans l'affaire *Milosevic*, la Chambre d'appel s'est référée aux décisions de tribunaux nationaux de diverses juridictions et a noté que des restrictions avaient été apportées au droit d'une personne accusée d'un délit sexuel de se défendre elle-même, afin de protéger les témoins vulnérables contre tout traumatisme. La Chambre d'appel a noté que, si elle ne s'était pas encore prononcée sur cette question, « les tribunaux contemporains spécialisés dans les crimes de guerre sont unanimes pour conclure que le droit à se défendre soi-même "n'est pas absolu, mais relatif" »<sup>586</sup>.

351. La Chambre d'appel dans l'affaire *Blaškić* s'est référée à son propre arrêt dans l'affaire *Kupreškić*, concernant le critère permettant de déterminer si les conclusions d'une Chambre de première instance étaient raisonnables. La Chambre d'appel doit d'abord laisser à la Chambre de première instance le soin d'examiner les éléments de preuve présentés au procès, de les apprécier et de décider du poids à leur accorder. « Ce n'est que lorsque aucun juge du fait [...] n'aurait [raisonnablement] accepté les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance, ou que l'appréciation de ces éléments est totalement entachée d'erreur, que la Chambre d'appel peut substituer sa propre conclusion à celle tirée en première instance »<sup>587</sup>.

352. Dans l'affaire *Gotovina*, notant que les parties se réfèrent « abondamment à la jurisprudence des États », la Chambre d'appel a estimé qu'il serait « instructif de faire un bref survol des principes qui sous-tendent, en droit interne, le devoir de loyauté du conseil envers un ancien client »<sup>588</sup>.

**g) Décisions des juridictions internationales et nationales en matière de prononcé de la peine**

**Observation 161**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux pratiques d'autres tribunaux pénaux internationaux ou nationaux en matière de prononcé de la peine.**

353. Dans l'affaire *Krstić*, la Chambre d'appel a conclu ce qui suit :

[c]oncernant la gravité des crimes allégués, la Chambre d'appel a récemment reconnu dans l'affaire *Vasiljević* que la complicité (*aiding and abetting*) est une forme de responsabilité qui emporte généralement une peine inférieure à celle qui s'impose dans le cas de la coaction. Ce principe a également été reconnu par

<sup>585</sup> *Le Procureur c/ Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-AR73.5, Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé, 21 juillet 2000, Chambre d'appel, par. 14.

<sup>586</sup> *Le Procureur c/ Slobodan Milošević*, affaire n° IT-02-54-AR73.7, Décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la Chambre de première instance relative à la commission d'office des conseils de la défense, 1<sup>er</sup> novembre 2004, Chambre d'appel, par. 12.

<sup>587</sup> *Blaškić*, Arrêt (voir *supra* note 511), par. 17, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Zoran Kupreskić et al.*, affaire n° IT-95-16-A, Arrêt, 23 octobre 2001, Chambre d'appel, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1963, par. 30.

<sup>588</sup> *Le Procureur c/ Ante Gotovina et al.*, affaire n° IT-06-90-AR73.2, Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté par Ivan Čermak contre la décision relative au conflit d'intérêts concernant M<sup>es</sup> Čedo Prodanović et Jadranka Sloković, 29 juin 2007, Chambre d'appel, par. 44 à 47.

le [Tribunal pénal international pour le Rwanda] et par de nombreux systèmes de droit nationaux<sup>589</sup>.

## h) Travaux d'organes conventionnels

### Observation 162

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé à plusieurs reprises à l'interprétation des instruments internationaux relatifs aux droits humains par le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la torture, notamment, pour étayer ses décisions.**

354. Comme nous l'avons vu plus haut, la Chambre d'appel du Tribunal a estimé que la création du Tribunal répondait à l'exigence des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme selon laquelle les tribunaux doivent être « établis par la loi », énoncée à l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>590</sup>, en se référant<sup>591</sup>, entre autres, à une décision et à une observation générale du Comité des droits de l'homme<sup>592</sup>.

<sup>355.</sup> Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance s'est référée à son précédent jugement dans l'affaire *Delalić* pour constater que :

[l]a définition de la torture donnée par la Convention de 1984 est plus large que celle figurant dans la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1975 et dans la Convention interaméricaine de 1985 qu'elle englobe, et elle en a conclu que cette définition « traduit par conséquent un consensus que la Chambre de première instance juge représentatif du droit coutumier international »<sup>593</sup>.

La Chambre de première instance dans l'affaire *Furundžija* a souscrit à cette conclusion et a étayé sa décision en notant que le Comité des droits de l'homme et la Commission européenne des droits de l'homme avaient appliqué cette même définition ou une définition très proche. La Chambre de première instance a également fait référence à une observation générale du Comité des droits de l'homme à cet égard<sup>594</sup>.

356. La Chambre de première instance dans l'affaire *Furundžija* a en outre cité « la jurisprudence internationale, les rapports du Comité des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture des Nations Unies, ceux du Rapporteur spécial ainsi que les déclarations publiques du Comité européen pour la prévention de la torture » comme « témoign[ant] d'une tendance à assimiler à une forme de

<sup>589</sup> *Krstić*, Appel (voir *supra* note 153), par. 268.

<sup>590</sup> *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 46.

<sup>591</sup> *Ibid.*, par. 43 à 45.

<sup>592</sup> *Cariboni c/ Uruguay* (voir *supra* note 531), et observation générale n° 16 (1988) du Comité des droits de l'homme.

<sup>593</sup> *Furundžija*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 160.

<sup>594</sup> *Ibid.* L'affaire de la Commission européenne des droits de l'homme à laquelle il est fait référence est l'*Affaire grecque*, dans laquelle « la Commission a jugé que la torture avait un but, par exemple, obtenir des renseignements ou des aveux ou encore infliger une peine et qu'elle est généralement une forme aggravée de traitements inhumains (*Affaire grecque*, Annuaire XII, 1969, Pt. II, p. 186) ». En outre, le Tribunal a noté que « [l]e Comité des droits de l'homme a indiqué dans son commentaire général sur l'article 7 du Pacte international que la distinction entre les formes interdites de mauvais traitements dépend de la nature, du but et de la gravité des différentes formes de traitement (*Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, document des Nations Unies HRI/GEN/1./Rev.1, à la page 30 (1994) ».

torture, et donc à une violation du droit international, la pratique du viol pendant la détention et l'interrogatoire »<sup>595</sup>.

357. Dans l'affaire *Krstić*, la Chambre de première instance du Tribunal a interprété les dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide conformément aux règles énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en prenant en considération, à titre de moyen complémentaire d'interprétation, les travaux préparatoires et les circonstances qui ont présidé à son élaboration, la jurisprudence internationale relative au crime de génocide (en particulier celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda), le rapport de la Commission du droit international sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et « les travaux d'autres comités internationaux, comme les rapports de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (Commission des droits de l'homme [...]) »<sup>596</sup>.

#### i) **Références à des ouvrages de doctrine**

##### **Observation 163**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé beaucoup moins souvent à la doctrine qu'aux décisions de juridictions.**

##### **Observation 164**

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'a pas accordé de poids particulier à la doctrine et s'y est référé en lien avec d'autres documents pour étayer ses décisions ou son argumentaire.**

358. Dans l'affaire *Delalić*, le Tribunal s'est référé à l'ouvrage *Oppenheim – International Law* pour interpréter l'expression « principes généraux du droit » figurant dans le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal, en l'assimilant aux termes de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

[l]'expression « principes généraux du droit » figurant à l'article 89 B) est semblable à celle utilisée à l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice, sans les derniers mots « reconnus par les nations civilisées » qui, d'ailleurs, ne modifient pas le fond. L'Article 38 1) c) du Statut de la [Cour internationale de Justice] a été interprété comme englobant les lois reconnues dans le droit interne de tous les États civilisés. (Voir *Guggenheim, 94 Hague Recueil [1958, II], 78*). D'après Oppenheim, « l'intention est de permettre à la Cour d'appliquer les principes généraux de la jurisprudence interne, en particulier ceux du droit privé, dans la mesure où ils sont applicables aux relations entre États ». (Voir *Oppenheim – International Law : A treatise, Volume 1, 8th ed. 1955, 29*)<sup>597</sup>

359. Dans l'affaire *Tadić*, s'agissant de la signification de l'expression « occupation par un belligérant », outre le Commentaire de la quatrième Convention de Genève du CICR, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission et les manuels militaires nationaux, la Chambre de première instance a mentionné un ouvrage de Georg Schwarzenberger pour étayer la position selon laquelle l'occupation par un belligérant s'applique au territoire envahi mais ne s'étend pas aux régions dans lesquelles les combats continuent ou à celles dans

<sup>595</sup> *Furundžija*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 163.

<sup>596</sup> *Krstić*, Jugement (voir *supra* note 232), par. 541.

<sup>597</sup> *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et al.*, Décision relative à la requête aux fins de permettre aux témoins K, L et M de témoigner par voie de vidéoconférence, 28 mai 1997, Chambre de première instance, par. 8.

lesquelles l'envahisseur n'a pas encore établi son propre pouvoir, et cesse quand la Puissance occupante perd effectivement le contrôle du territoire occupé<sup>598</sup>. Dans la même affaire, la Chambre de première instance s'est référée à un ouvrage d'Antonio Cassese, ainsi qu'à l'affaire *Nicaragua* de la Cour internationale de Justice, au Statut du Tribunal militaire international et aux conventions de La Haye de 1907, pour étayer sa conclusion concernant le caractère de droit coutumier de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949<sup>599</sup>.

360. Dans l'affaire *Čelebići*, dans le contexte de la nationalité, de la succession d'États et de ses incidences sur la nature des conflits armés en ex-Yougoslavie, la Chambre de première instance s'est référée au Commentaire de la quatrième Convention de Genève du CICR, à la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité<sup>600</sup>, aux articles de la Commission sur la nationalité en relation avec la succession d'États et à l'affaire *Nottebohm* de la Cour internationale de Justice, et a observé que « la littérature consacrée à l'affaire [...] est extrêmement abondante »<sup>601</sup>. Les ouvrages auxquels il a été fait référence en particulier sont *Oppenheim – International Law* et Brownlie – *Principles of Public International Law*<sup>602</sup>.

361. L'un des rares auteurs mentionnés par le Tribunal est Cherif Bassiouni, cité dans l'affaire *Krstić* conjointement avec les décisions du Tribunal pénal international pour le Rwanda, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission et le rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, dans le cadre du prononcé de la peine<sup>603</sup>.

## j) Références aux travaux du CICR

### Observation 165

#### **Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux Commentaires des Conventions de Genève du CICR pour déterminer l'objet et la portée de l'article 3 commun.**

362. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel du Tribunal s'est référée au but de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, tel qu'il est énoncé dans le Commentaire du CICR :

[I]e but de l'article 3 commun est d'« assurer le respect du minimum de règles d'humanité que tous les peuples civilisés considèrent comme valables partout et en toutes circonstances, comme étant au-dessus et en dehors même de la guerre ». Par conséquent, ces règles peuvent être considérées comme la

<sup>598</sup> *Tadić*, Opinion et Jugement, 7 mai 1997, Chambre de première instance (voir *supra* note 511), par. 580 et 581, citant Georg Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals* (Londres, Stevens and Sons, 1968), vol. II, p. 174 et 176.

<sup>599</sup> *Ibid.*, par. 618, citant Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, trad. S.J.K. Greenleaves (Princeton, Princeton University Press, 1988), p. 109.

<sup>600</sup> Le projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 47 et 48. Voir aussi résolution 55/153 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000, annexe.

<sup>601</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 179, n° 4137, p. 89.

<sup>602</sup> *Delalić*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 247 et 248 et par. 258, citant Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd. (Londres, Longman, 1992), vol. I, p. 852, 853 et 857, et Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (4<sup>e</sup> éd., Oxford: Oxford University Press, 1990).

<sup>603</sup> *Krstić*, Jugement (voir *supra* note 232), par. 498, citant M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd. rév. (La Haye, Kluwer Law International, 1999), p. 295.

« quintessence » des principes humanitaires énoncés dans l'ensemble des Conventions de Genève<sup>604</sup>.

La Chambre d'appel a noté que, s'agissant des principes codifiés dans l'article 3 commun, « [l]e Commentaire du CICR [...] confirme clairement que ces normes ont été considérées comme l'expression des principes applicables aux Conventions dans leur totalité et comme constituant des règles fondamentales pour l'essentiel similaires, applicables aux deux types de conflits »<sup>605</sup>. La Chambre d'appel a conclu que « [t]ant juridiquement que moralement, il est inconcevable que les règles énoncées à l'article 3 commun, qui constituent les règles impératives minimales applicables aux conflits internes – pour lesquels les règles sont moins élaborées que pour les conflits internationaux – ne s'appliquent pas également aux conflits internationaux »<sup>606</sup>.

363. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a déclaré que le droit humanitaire tient pour responsables non seulement ceux qui sont formellement investis d'une autorité mais aussi ceux qui exercent de fait un pouvoir ou un contrôle sur les auteurs de violations graves du droit international humanitaire. Se référant au Commentaire du CICR concernant l'article 29 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, la Chambre d'appel a conclu que « c'est donc le contrôle exercé sous quelque forme que ce soit par une Partie au conflit sur les auteurs des infractions qui engage la responsabilité pénale »<sup>607</sup>.

#### k) Références aux travaux de la Commission du droit international

##### Observation 166

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux travaux de la Commission du droit international à plusieurs reprises, principalement dans ses jugements antérieurs, tantôt pour étayer ses décisions concernant l'application des règles de droit international coutumier, tantôt à titre d'orientation.**

364. Dans l'arrêt en appel en l'affaire *Tadić*, le Tribunal semble s'être fondé sur plusieurs articles du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture en tant qu'expression du droit international coutumier.

365. Se référant à l'article 8 du projet d'articles adopté en première lecture, la Chambre d'appel a déclaré que « s'il est établi que des individus, que la législation interne d'un État ne considère pas comme des organes dudit État, agissent néanmoins dans les faits pour son compte, leurs actes peuvent lui être imputés »<sup>608</sup>. En outre, la Chambre d'appel a distingué entre les actes commis par des individus et les actes commis par des groupes organisés et structurés hiérarchiquement, considérant les actes de ces derniers comme pouvant être imputés aux organes de l'État :

<sup>604</sup> *Delalić* (« affaire *Čelebići* »), Arrêt (voir *supra* note 536), par. 143.

<sup>605</sup> *Ibid.*, par. 145, citant le Commentaire de la quatrième Convention de Genève du CICR, Jean Pictet (dir. publ.), Commentaire : IV<sup>e</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1958, première réimpression, 1994), p. 14.

<sup>606</sup> *Delalić* (« affaire *Čelebići* »), Arrêt (voir *supra* note 536), par. 150.

<sup>607</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 5535), par. 96, citant le Commentaire du CICR concernant l'article 29 de la quatrième Convention de Genève, Pictet (dir. publ.), Commentaire : IV<sup>e</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, p. 212.

<sup>608</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 538), par. 117, citant le projet d'articles relatifs à la responsabilité des États, *Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 34, et aussi *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/490/Add.1 à 7 (premier rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial), p. 39 à 43.

[s]elon les règles consacrées par l'article 10 du Projet sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international, un État est responsable au regard du droit international du fait des actes ou transactions accomplis *ultra vires* par ses organes. En d'autres termes, sa responsabilité est engagée même pour des actes commis par ses responsables officiels en dehors de leurs attributions ou contrairement à ses instructions<sup>609</sup>.

La Chambre d'appel a ajouté ce qui suit :

En vertu des règles pertinentes prévues par l'article 7 du Projet de la Commission du droit international, un État est responsable du fait des organes de ses collectivités territoriales (régions, Länder, provinces, États fédérés, etc.), même si la Constitution leur accorde une large indépendance ou une autonomie complète<sup>610</sup>.

366. La Chambre d'appel semble avoir adopté une approche analogue à propos du statut coutumier du projet d'articles de la Commission adopté en première lecture dans l'Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II en l'affaire *Blaškić*, lorsqu'elle a conclu que la Chambre de première instance devrait décider, « en se fondant sur l'article 11 du Projet de codification de la responsabilité des États préparé par la Commission du droit international », s'il convenait d'effectuer une détermination formelle constatant que la Croatie ne s'était pas conformée à l'article 29 du Statut du Tribunal relatif à l'obligation de coopérer et de demander au Président du Tribunal international de la transmettre au Conseil de sécurité<sup>611</sup>.

367. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre de première instance s'est en revanche référée aux travaux de la Commission du droit international pour éclairer ou guider son approche concernant les crimes contre l'humanité : « [l]es formes particulières du fait illicite (assassinat, réduction en esclavage, déportation, viol, emprisonnement, etc.) sont moins déterminantes pour la définition que les considérations d'échelle et de ligne d'action délibérée et le fait qu'elles ont pour cible la population civile, en totalité ou en partie »<sup>612</sup>. Il en est allé de même s'agissant de définir le terme « systématique » qui, selon la Commission, signifie « en application d'un plan ou d'une politique préconçus, dont la mise en œuvre se tra[duit] par la commission répétée ou continue d'actes inhumains »<sup>613</sup>. Dans la même affaire, la Chambre de première instance a déclaré qu'elle « reprendrait » les travaux de la Commission s'agissant de la définition du meurtre en lien avec le crime contre l'humanité, lequel, selon la Commission, « est un crime qui, dans le droit national de tous les États, a une signification claire et bien définie. Cet acte prohibé n'appelle pas de plus amples explications »<sup>614</sup>.

368. Le Tribunal s'est également inspiré des travaux de la Commission du droit international, entre autres, dans le jugement portant condamnation rendu en l'affaire

<sup>609</sup> Ibid., par. 121.

<sup>610</sup> Ibid., note 140.

<sup>611</sup> *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, Chambre d'appel, par. 51.

<sup>612</sup> *Blaškić*, Jugement (voir *supra* note 548), par. 198, citant le paragraphe 14 du commentaire de l'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 40.

<sup>613</sup> *Blaškić*, Jugement (voir *supra* note 548), par. 203, note 380, citant le paragraphe 3 du commentaire de l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 47.

<sup>614</sup> *Blaškić*, Jugement (voir *supra* note 548), par. 217, note 417, citant le paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 48.

*Erdemović*, où le commentaire de la Commission sur le projet de statut d'une cour criminelle internationale a été pris en compte lors de l'examen de la gravité des crimes contre l'humanité dans le cadre de la détermination des peines applicables qui y ont été attachées. Pour déterminer que le crime contre l'humanité « est reconnu comme un crime très grave qui choque la conscience collective », la Chambre de première instance s'est référée à l'acte d'accusation au soutien des charges contre les accusés au procès de Nuremberg, au rapport du Secrétaire général proposant la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et à l'affirmation de la Commission selon laquelle « la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie de la population civile »<sup>615</sup>.

## I) Références à des résolutions d'organisations internationales

### Observation 167

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux résolutions du Conseil de sécurité en tant que cadre juridique de son fonctionnement et pour orienter ses approches en matière d'interprétation.**

### Observation 168

**Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référé aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies comme preuve de la formation de règles de droit international coutumier et comme base pour déterminer l'existence de telles règles.**

369. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel s'est référée à la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pour en confirmer le caractère contraignant et définir l'approche en matière d'interprétation adoptée par la Chambre à propos du rapport servant de base établi par le Secrétaire général :

Il convient de noter que le Rapport du Secrétaire général ne jouit pas de la même qualité juridique que le Statut. Il n'a, en particulier, pas la même force contraignante. Le Rapport a été « approuvé » dans son ensemble par le Conseil de sécurité [cf. paragraphe premier du dispositif de la résolution 827 (1993)], alors que le Statut a été « adopté » (cf. paragraphe 2 du dispositif). Il est clair qu'en « approuvant » le Rapport, le Conseil de sécurité entendait entériner sa vocation de document explicatif du Statut proposé. Bien évidemment, en cas de contradiction manifeste entre le Statut et le Rapport, c'est sans aucun doute le texte du premier qui prime. En l'absence de contradiction, le Rapport du Secrétaire général doit avoir valeur d'interprétation du Statut faisant autorité<sup>616</sup>.

370. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre d'appel a semblé appliquer les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités à l'interprétation du Statut du Tribunal, en déclarant ce qui suit :

S'il existe une règle pertinente de droit international coutumier, il faut dûment la prendre en compte, puisqu'il est fort probable qu'elle régira l'interprétation et l'application de la disposition en question [du Statut]. L'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose comme suit :

<sup>615</sup> *Le Procureur c/ Dražen Erdemović* (« Piliča »), affaire n° IT-96-22, Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1996*, p. 1573, par. 26 et 27, citant le paragraphe 14 du commentaire de l'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 40.

<sup>616</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), par. 295.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

[...]

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

[...]

Il n'est, par conséquent, pas nécessaire que la règle de droit international considérée comme pertinente ait été en vigueur lors de la conclusion du traité qui fait l'objet de l'interprétation ; il suffit qu'elle soit en vigueur lorsque le traité est interprété<sup>617</sup>.

371. La Chambre d'appel a ajouté ce qui suit :

Si le droit international coutumier ne présente aucune règle pertinente, la disposition du Statut ou du Règlement sera interprétée en conformité avec les autres éléments de l'article 31 de la Convention de Vienne, à savoir la bonne foi, le sens ordinaire, le contexte (à noter que la Convention de Vienne traite des règles pertinentes issues du droit international dans le cadre du contexte) et le but et l'objet de la disposition<sup>618</sup>.

En outre :

[P]our interpréter le Statut et le Règlement, il convient de tenir dûment compte de l'influence qu'exercent le contexte et le but sur le sens ordinaire à accorder à une disposition particulière. L'interprétation contextuelle exige que l'on tienne compte du caractère international du Tribunal, qui le distingue des ordres juridiques internes dont sont tirées plusieurs dispositions du Statut et du Règlement. Cependant, on ne saurait pousser trop loin une interprétation contextuelle qui tendrait à mettre en avant cette distinction, et certainement pas jusqu'à annuler les droits fondamentaux que le droit international coutumier confère à l'accusé. L'interprétation téléologique commande que l'on prenne en compte l'objectif fondamental du Statut, qui est de garantir que les personnes accusées de violations du droit international humanitaire soient jugées rapidement et équitablement, afin de contribuer au rétablissement et au maintien de la paix en ex -Yougoslavie<sup>619</sup>.

372. De plus :

[L]orsque le Tribunal vérifie si une règle pertinente s'est dégagée en droit international coutumier, il est, de par sa nature d'instance judiciaire, même internationale, tout à fait susceptible d'être influencé par les décisions d'autres juridictions. Bien entendu, les décisions des juridictions internes ne lient pas le Tribunal. Cependant, il est admis que pour peu qu'elles soient suffisamment uniformes, ces décisions peuvent démontrer l'existence d'une coutume internationale. Par conséquent, il est tout à fait approprié d'examiner les décisions nationales sur un point particulier, afin de vérifier l'existence d'une coutume internationale. Le Tribunal ne devrait pas hésiter à s'engager dans pareil exercice, qui n'implique pas nécessairement l'examen des décisions de chaque pays. Une recherche exhaustive, au sens de l'examen de la pratique de chaque État, n'a jamais été requise pour vérifier l'existence d'une coutume

<sup>617</sup> *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, Arrêt, 21 juillet 2000, Chambre d'appel, XI. Déclaration du juge Patrick Robinson, par. 6 et 7.

<sup>618</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>619</sup> *Ibid.*, par. 11.

internationale, parce qu'il suffit de détecter une pratique suffisamment généralisée parmi les États, accompagnée de l'*opinio juris*<sup>620</sup>.

373. En outre, dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a souligné l'importance du « principe de la responsabilité pénale individuelle » et s'est référée à cet égard au fait que le Conseil de sécurité avait réaffirmé dans plusieurs résolutions que les personnes qui commettaient de graves violations du droit international humanitaire en ex-Yougoslavie étaient individuellement responsables de ces violations<sup>621</sup>.

374. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel, se référant à l'arrêt *Tadić* relatif à la compétence, a noté que « [l]a Chambre d'appel a aussi conclu que des résolutions de l'Assemblée générale corroboraient l'existence de certaines règles de guerre concernant la protection des populations et des biens civils applicables dans les conflits armés tant internes qu'internationaux »<sup>622</sup>.

375. Il importe de souligner que certaines résolutions de l'Assemblée générale établissent le texte de conventions internationales, par elle adoptées, qui seront par la suite ouvertes à la signature des États. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a fait observer que la notion de « projet commun » avait été « retenue » dans la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par consensus par l'Assemblée générale par sa résolution 52/164 du 15 décembre 1997 et ouverte à la signature le 9 janvier 1998<sup>623</sup>. La Chambre d'appel a déclaré que « [b]ien que la Convention ne soit pas encore entrée en vigueur, il ne faut pas négliger le fait qu'elle a été adoptée par consensus par l'ensemble des États Membres de l'Assemblée générale et que l'on peut par conséquent la considérer comme l'expression des vues d'un grand nombre d'États en matière juridique »<sup>624</sup>. La Chambre d'appel semble donc s'être fondée sur cette résolution de consensus pour démontrer l'existence d'une *opinio juris* parmi les États Membres de l'Organisation des Nations Unies.

## 2. Tribunal pénal international pour le Rwanda

### a) Introduction et droit applicable

376. Le droit applicable par le Tribunal pénal international pour le Rwanda est défini dans le Statut du Tribunal tel qu'adopté par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies<sup>625</sup>. Aux termes de l'article premier du Statut, le Tribunal est 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

<sup>620</sup> Ibid., par. 12.

<sup>621</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), par. 186, citant S/25704, par. 53.

<sup>622</sup> *Delalić* (« affaire *Čelebići* »), Arrêt (voir *supra* note 536), par. 141, citant *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 110 à 112, faisant référence aux résolutions 2444 (XXIII) (1968) et 2675 (XXV) (1970) de l'Assemblée générale.

<sup>623</sup> Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, n° 37517, p. 256.

<sup>624</sup> *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), par. 221. Voir aussi le rapport de la Sixième Commission sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international (A/52/653) et le procès-verbal de la 72<sup>e</sup> séance de l'Assemblée générale à sa cinquante-deuxième session (A/52/PV.72).

<sup>625</sup> Adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, puis modifié par les résolutions suivantes du Conseil : résolution 1165 (1998) du 30 avril 1998, résolution 1329 (2000) du 30 novembre 2000, résolution 1411 (2002) du 17 mai 2002 et résolution 1431 (2002) du 14 août 2002.

territoire d'États voisins entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1994. Les infractions applicables sont énoncées aux articles 2 à 4 du Statut<sup>626</sup>.

377. Dans l'affaire *Barayagwiza*, la Chambre d'appel a considéré que le rapport du Secrétaire général (demandé par le Conseil de sécurité au moment de la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda) établissait les sources de droit applicables, notamment les articles du Statut, le Règlement du Tribunal et les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>627</sup>. Elle a indiqué ce qui suit :

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait partie du droit international général et trouve application en tant que tel. Les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme, comme la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de même que la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu, sont des sources qui peuvent éclairer l'application et l'interprétation du droit applicable par le Tribunal. Sans s'imposer au Tribunal en eux-mêmes, ces textes et cette jurisprudence font cependant autorité comme preuve de la coutume internationale<sup>628</sup>.

#### b) Pas de référence expresse aux moyens auxiliaires

##### Observation 169

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda n'a fait aucune référence expresse aux moyens subsidiaires ou à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans ses décisions.**

378. Aucune référence expresse aux moyens auxiliaires ou à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne figurant dans les décisions du Tribunal pénal international pour le Rwanda, il convient de ne pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples exposés dans la présente section peuvent constituer une utilisation des décisions judiciaires et d'autres documents comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

#### c) Interprétation du Statut et infractions applicables

##### Observation 170

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a invoqué les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la Cour internationale de Justice pour établir que son Statut devait être interprété sur la base des règles d'interprétation des traités énoncées au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflétaient le droit international coutumier.**

379. Dans l'affaire *Nyiramasuhuko*, la Chambre d'appel a évoqué des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et à une décision de la Cour internationale de Justice pour rappeler que, bien que le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda

« soit un instrument juridiquement très différent d'un traité international », il doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, au sens de l'article

<sup>626</sup> Ibid.

<sup>627</sup> *Le Procureur c/ Jean-Bosco Barayagwiza*, affaire n° ICTR-97-19-AR, arrêt relatif à l'appel interjeté contre l'arrestation et la détention provisoire de l'appelant, 3 novembre 1999, Chambre d'appel, par. 40, renvoyant au rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité (S/1995/134), par. 11 et 12.

<sup>628</sup> Ibid., par. 40.

31.1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui s'inspire du droit international coutumier<sup>629</sup>.

### Observation 171

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé aux décisions de juridictions internationales, y compris à ses propres décisions antérieures et à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, pour établir le champ des infractions visées dans son Statut.**

380. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance s'est inspirée du « droit et de la jurisprudence internes et internationaux » pour conclure ce qui suit :

[I] est acceptable de convaincre l'Accusé de deux infractions à raison des mêmes faits dans les circonstances ci-après : 1) les infractions comportent des éléments constitutifs différents ; ou 2) les dispositions créant les infractions protègent des intérêts distincts, ou 3) il est nécessaire d'obtenir une condamnation pour les deux infractions pour rendre pleinement compte du comportement de l'Accusé<sup>630</sup>.

381. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a mis en avant l'évolution de la notion de crimes contre l'humanité en citant les décisions de juridictions nationales dans les affaires *Eichmann*, *Barbie*, *Touvier* et *Papon*<sup>631</sup>. Elle a également noté que « [p]lus tard, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [était venu] réaffirmer la définition du crime contre l'humanité retenue à l'occasion de l'affaire *Barbie* dans sa décision *Vukovar* en date du 3 avril 1996<sup>632</sup> ».

382. Dans l'affaire *Bagosora*, la Chambre de première instance, s'appuyant sur plusieurs décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, a observé que « pour que l'élément moral de l'extermination soit établi, il faut que l'accusé ait été animé de l'intention de participer à une tuerie de grande échelle ou qu'il ait contribué à soumettre un grand nombre de personnes à des conditions d'existence qui soient de nature à entraîner des pertes en vies humaines généralisées ou systématiques<sup>633</sup> ».

383. Dans le même arrêt, la Chambre de première instance a également renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsqu'elle a fait observer que les actes inhumains « form[aient] une catégorie supplétive de violations graves qui n[']étaient pas autrement énumérées à l'article 3 du Statut », ajoutant que

<sup>629</sup> *Le Procureur c/ Nyiramasuhuko et al.* (Butare), affaire n° ICTR-98-42-A, Arrêt, 14 décembre 2015, Chambre d'appel, par. 2137, renvoyant à *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 538), par. 282 ; *Aleksovski*, Arrêt (voir *supra* note 519), par. 98 ; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies* (voir *supra* note 70).

<sup>630</sup> *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, Chambre de première instance, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts, 1998*, p. 44, au par. 468, et également par. 465, renvoyant à la Cour de cassation française.

<sup>631</sup> *Ibid.*, par. 567. Voir aussi par. 568 à 574.

<sup>632</sup> *Ibid.*, par. 575, citant *Mrkšić, Miroslav Radić et Veselin Šljivančanin*, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve (voir *supra* note 528), par. 29.

<sup>633</sup> *Le Procureur c/ Théoneste Bagosora et al.*, affaire n° ICTR-98-41-T, Jugement portant condamnation, 18 décembre 2008, Chambre de première instance, par. 2191, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007, Chambre d'appel, par. 476 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Milimir Stakić*, affaire n° IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, Chambre d'appel, par. 259 et 260 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c/ Sylvestre Gacumbitsi*, affaire n° ICTR-2001-64-A, Arrêt, 7 juillet 2006, Chambre d'appel, par. 86 ; *Le Procureur c/ Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n°s ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Arrêt, 13 décembre 2004, Chambre d'appel, par. 522.

de tels actes « d[evaient] être de gravité équivalente à celle des actes envisagés à l'article 3, ou constituer une atteinte grave à la dignité humaine de la victime et [que] celle-ci d[evait] avoir gravement souffert dans son intégrité mentale ou physique »<sup>634</sup>.

384. Dans l'affaire *Gacumbitsi*, la Chambre d'appel a souscrit à la définition du crime de viol adoptée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'arrêt de l'affaire *Kunarac*, et s'est attachée à mieux l'expliciter<sup>635</sup>.

385. En l'affaire *Nyiramasuhuko*, par exemple, dans le cadre de son analyse de l'article 3 h) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui habilite le Tribunal à juger le crime de persécution constitutive de crime contre l'humanité, la Chambre d'appel a renvoyé à la définition de ce crime établie dans ses propres décisions<sup>636</sup>.

### Observation 172

#### **Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a invoqué sa propre « jurisprudence » établie pour interpréter son Statut au regard de la définition de la persécution constitutive de crime contre l'humanité.**

386. La Chambre d'appel a fait observer que la définition de persécution constitutive de crime contre l'humanité était « bien établie » dans la jurisprudence du Tribunal. Comme elle l'a rappelé dans l'affaire *Nyiramasuhuko*,

« le crime de persécution consiste en un acte ou une omission qui introduit une discrimination de fait, et qui dénie ou bafoue un droit fondamental reconnu par le droit international coutumier ou conventionnel (l'*actus reus* ou élément matériel du crime) ; et a été commis délibérément avec l'intention de discriminer pour un motif prohibé [par le Statut], notamment pour des raisons raciales, religieuses ou politiques (la *mens rea* ou élément moral du crime) ». Ainsi, dans l'affaire *Nahimana et consorts*, la Chambre d'appel a précisé l'élément moral requis pour la persécution constitutive de crime contre l'humanité et, contrairement à la Chambre de première instance, elle ne l'a pas étendu à l'« appartenance ethnique » en tant que motif discriminatoire supplémentaire<sup>637</sup>.

### Observation 173

#### **Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a cité une décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour faire savoir qu'il souscrivait au même raisonnement et aux mêmes conclusions.**

387. Dans l'affaire *Gacumbitsi*, la Chambre d'appel a fait référence à la démarche adoptée par le Tribunal pénal international pour le Rwanda dans des affaires

<sup>634</sup> Ibid., par. 2218, citant *Galić*, Arrêt (voir *supra* note 541), par. 155 ; *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 540), par. 117 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c/ Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, Jugement et sentence, 27 janvier 2000, Chambre de première instance, par. 232.

<sup>635</sup> *Gacumbitsi* (voir *supra* note 630), par. 151, citant *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, affaire n° IT-96-23&IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, Chambre d'appel, par. 127.

<sup>636</sup> *Nyiramasuhuko* (voir *supra* note 626), par. 2138, renvoyant à *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, Chambre d'appel, par. 985. Voir aussi par exemple Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-98-30/1-A, *Le Procureur c/ Miroslav Kvočka et al.*, Arrêt, 28 février 2005, Chambre d'appel, par. 320 ; *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 540), par. 101 ; *Blaškić*, Arrêt (voir *supra* note 511), par. 131 ; *Le Procureur c/ Milorad Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, Arrêt, 17 septembre 2003, Chambre d'appel, par. 185.

<sup>637</sup> *Nyiramasuhuko* (voir *supra* note 627), par. 2138.

antérieures concernant la notion d'entreprise criminelle commune, ainsi qu'à une décision ultérieure rendue par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Kvočka*. Elle a décidé de « souscri[re] à la conclusion dégagée par la Chambre d'appel du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] de même qu'au raisonnement suivi par elle dans l'affaire *Kvočka*<sup>638</sup> ».

**d) Exemples relatifs à la compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda**

**Observation 174**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur les décisions de la Cour internationale de justice et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie afin de se prononcer sur la légalité de sa propre création par le Conseil de sécurité.**

388. La légalité de la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda ayant été contestée dans l'affaire *Kanyabashi*<sup>639</sup>, le Tribunal a invoqué des décisions de la Cour internationale de Justice et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>640</sup> afin d'établir qu'il était compétent pour examiner la légalité de sa propre création par le Conseil de sécurité (*compétence de la compétence*), prérogative inhérente à tous les organes judiciaires, que le Conseil avait le pouvoir implicite de créer un organe subsidiaire doté de pouvoirs judiciaires, bien qu'il ne possède pas lui-même de fonction judiciaire ni de pouvoirs en matière de poursuites<sup>641</sup>, et que la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda était conforme à la règle des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme selon laquelle les tribunaux devaient être « établis par la loi »<sup>642</sup>.

**Observation 175**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur sa propre « jurisprudence » et sur celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ainsi que sur des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, pour conclure qu'aucune disposition de son Statut ou son Règlement de procédure ne l'habilitait à indemniser une personne acquittée.**

**Observation 176**

**Le Conseil de sécurité n'a pas adopté de résolution donnant suite à la demande formulée par la Présidente du Tribunal pénal international pour le Rwanda de modifier le Statut du Tribunal afin d'autoriser celui-ci à verser des indemnisations, ce qui a mis en relief le fait que le Tribunal ne disposait pas d'une telle autorité, qu'elle soit expresse ou implicite.**

389. Dans l'affaire *Rwamakuba*, la Chambre d'appel a invoqué la « jurisprudence » du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer qu'elle n'était pas habilitée à accorder une

<sup>638</sup> *Gacumbitsi* (voir *supra* note 630), par. 162 et 163, citant *Kvočka* (voir *supra* note 633), par. 43 à 54.

<sup>639</sup> *Le Procureur c/ Joseph Kanyabashi*, affaire n° ICTR-96-15-T, Décision sur l'exception d'incompétence soulevée par la défense, 18 juin 1997.

<sup>640</sup> *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 18 à 22, citant l'affaire *Nottebohm* (exception préliminaire) (*Liechtenstein c. Guatemala*) (voir *supra* note 147), p. 119 ; *Effet de jugements accordant indemnité* (voir *supra* note 530), p. 56.

<sup>641</sup> *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 16, citant *Effet de jugements accordant indemnité* (voir *supra* note 530), p. 60 et 61.

<sup>642</sup> *Ibid.*, par. 45.

indemnité à l'accusé à la suite des poursuites engagées à son encontre et de son acquittement. Les Présidents de ces deux Tribunaux avaient demandé au Conseil de sécurité de modifier les Statuts des deux Tribunaux afin de leur accorder ce pouvoir, mais ces démarches étaient restées sans suite, mettant en relief « l'incapacité du Tribunal à accorder une telle réparation en vertu de pouvoirs qu'il possède expressément ou implicitement<sup>643</sup> ». La Chambre d'appel a noté que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoyait un droit à indemnisation uniquement lorsqu'une personne déjà condamnée par une décision définitive avait été disculpée en raison d'un fait nouvellement révélé<sup>644</sup>.

390. La Chambre d'appel a fait référence à la décision contestée du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Stanković*, où le pouvoir du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de renvoyer des affaires devant les juridictions nationales en vertu de l'article 11 bis avait été mis en cause. La Chambre d'appel a conclu qu'il ressortait de l'acceptation par le Conseil de sécurité de la stratégie de fin de mandat du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui prévoyait le renvoi des affaires devant les juridictions internes, que le Tribunal était autorisé à le faire dans le cadre de son Statut<sup>645</sup>.

#### e) Formation et détermination des règles du droit international coutumier

##### Observation 177

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est fondé sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et à d'autres décisions judiciaires postérieures à la Seconde Guerre mondiale pour établir des règles du droit pénal international coutumier.**

391. Dans l'affaire *Rwamakuba*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et des décisions judiciaires postérieures à la Seconde Guerre mondiale, notamment de décisions rendues par le Tribunal militaire international et des tribunaux créés en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, pour déterminer qu'avant 1992, le droit international coutumier permettait déjà de condamner pour crime contre l'humanité une personne ayant participé à une entreprise criminelle commune et criminalisait la participation délibérée à un projet commun tendant à la commission d'un génocide. À cet égard, elle a déclaré ce qui suit<sup>646</sup> :

En concluant que le droit international coutumier permettait de condamner pour, entre autres, crime contre l'humanité une personne ayant participé à une

<sup>643</sup> Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c/ André Rwamakuba*, affaire n° ICTR-98-44C-A, Décision sur l'appel interjeté contre la décision relative à la requête de la défense en juste réparation, 13 septembre 2007, par. 10. En ce qui concerne les demandes formulées par les deux Présidents, voir la lettre datée du 28 septembre 2000, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2000/925) (avec en annexe la lettre de M<sup>me</sup> Pillay, Présidente du Tribunal) ; la lettre datée du 26 septembre 2000, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2000/904) (avec en annexe la lettre de M. Jorda, Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) ; la lettre datée du 18 mars 2002, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2002/304) (avec en annexe la lettre de M. Jorda, Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

<sup>644</sup> *Rwamakuba* (voir note précédente).

<sup>645</sup> Ibid., citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Radovan Stanković*, affaire n° IT-96-23/2-AR11bis.1, Décision portant renvoi d'une affaire en application de l'article 11 bis du Règlement, 1<sup>er</sup> septembre 2005, Chambre d'appel, par. 14 à 17.

<sup>646</sup> *Le Procureur c/ André Rwamakuba*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 octobre 2004, Chambre d'appel, par. 14, renvoyant à *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 538), par. 195 à 220 ; *Furundžija*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 195, 211 et 217.

entreprise criminelle commune, l'arrêt *Tadić* a établi que la reconnaissance de cette forme de responsabilité dans les poursuites engagées pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre au lendemain de la Seconde Guerre mondiale constituait une preuve desdits éléments. [Traduction non officielle]

392. La Chambre d'appel s'est également appuyée sur le texte et les travaux préparatoires de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>647</sup>.

#### **Observation 178**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pour déterminer que le droit à un procès équitable faisait partie du droit international coutumier.**

393. Dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, la Chambre d'appel a renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, aux Conventions de Genève de 1949, à la Déclaration universelle des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour établir que le principe du droit à un procès équitable faisait partie du droit international coutumier. Le Statut et le Règlement de procédure du Tribunal pénal international pour le Rwanda contenaient également des dispositions garantissant ce droit<sup>648</sup>.

#### **Observation 179**

**À plusieurs occasions, le Tribunal s'est référé aux décisions des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ainsi qu'aux décisions de juridictions nationales lorsqu'il a examiné le développement du droit international coutumier et sa codification dans les traités.**

394. Dans l'affaire *Musema*, la Chambre de première instance a renvoyé aux décisions du Tribunal de Nuremberg et du Tribunal de Tokyo concernant le fait que le « principe énonçant la responsabilité de commande tir[ait] son origine du principe de la responsabilité pénale individuelle [qui] a été ultérieurement codifié dans l'article 86 du Protocole additionnel I d[u] 8 juin] 1977 aux Conventions de Genève de 1949<sup>649</sup> ».

395. Dans l'affaire *Nahimana*, la Chambre de première instance s'est appuyée sur les décisions du Tribunal de Nuremberg et de la Cour européenne des droits de l'homme, notant que « le discours de haine qui exprime une discrimination ethnique ou autre viole la règle de droit international coutumier qui interdit la discrimination<sup>650</sup> ».

### **f) Exemples concernant des « principes »**

#### **Observation 180**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé à la « jurisprudence internationale » pour considérer qu'un certain nombre de « principes » avaient émergé au sujet de l'incitation à la discrimination et à la violence, sans attribuer à ceux-ci de valeur juridique particulière.**

<sup>647</sup> Ibid., par. 14.

<sup>648</sup> *Le Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindawa*, affaire n° ICTR-95-1-A, Arrêt, 1<sup>er</sup> juin 2001, par. 51, renvoyant à *Delalić* (« affaire *Čelebići* »), Arrêt (voir *supra* note 539), par. 138 et 139, et *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 538), par. 44 et suiv.

<sup>649</sup> *Musema* (voir *supra* note 631), par. 128 et 132.

<sup>650</sup> Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, affaire n° ICTR-99-52-T, Jugement et sentence, 3 décembre 2003, Chambre de première instance, par. 1076.

396. Dans l'affaire *Nahinamara*, la Chambre de première instance a déclaré ce qui suit :

La jurisprudence internationale relative à l'incitation à la discrimination et à la violence a dégagé un certain nombre de principes cardinaux qui renseignent utilement sur les facteurs qu'il convient de retenir pour définir les éléments constitutifs de « l'incitation directe et publique à commettre le génocide » s'agissant des mass media.[...] La Chambre retient le droit international, bien développé dans les domaines relatifs à la liberté vis-à-vis de toute discrimination et à la liberté d'expression, comme référence aux fins de l'examen de ces questions, faisant observer que les droits internes varient largement alors que le droit international codifié des normes universelles en voie d'évolution<sup>651</sup>.

#### **Observation 181**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé à ses propres jugements pour déterminer que le principe de la responsabilité pénale individuelle était établi.**

397. Dans l'affaire *Musema*, la Chambre de première instance a considéré que le principe de la responsabilité pénale individuelle « te[l] qu'[il] se dégage[ait] notamment des jugements *Akayesu* et *Rutaganda* [...] [était] suffisamment établi[i] et [...] va[lait] en l'espèce<sup>652</sup> ».

#### **Observation 182**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a parfois renvoyé aux décisions d'autres juridictions pour mettre en évidence l'existence de certaines règles du droit international.**

398. Dans l'affaire *Zigiranyirazo*, le Tribunal a établi que la présence physique de l'accusé au prétoire était « l'un des principes les plus fondamentaux et les plus courants d'un procès pénal équitable ». Il a dû déterminer si le droit d'être présent au procès pouvait être garanti en cas de participation par vidéoconférence. Pour ce faire, le Tribunal a examiné sa pratique et son propre cadre juridique, ainsi que ceux du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Le Tribunal a confirmé que le droit d'être présent au procès impliquait la présence physique de l'accusé, conclusion formulée après examen « d'autres systèmes internationaux, régionaux et nationaux », notamment de décisions du Comité des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de décisions de juridictions internes du Canada, des États-Unis, de l'Angleterre et du Pays de Galles. Le Tribunal a également fait référence à un écrit de doctrine<sup>653</sup>.

### **g) Exemples de questions de procédure**

#### **Observation 183**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur ses propres décisions antérieures pour se prononcer sur des questions de procédure et de preuve.**

399. Ainsi, dans l'affaire *Ntakirutimana*, la Chambre de première instance a déclaré ce qui suit :

<sup>651</sup> Ibid., par. 1000 et 1010.

<sup>652</sup> *Musema* (voir *supra* note 631), par. 113 à 115.

<sup>653</sup> *Le Procureur c/ Protais Zigiranyirazo*, affaire n° ICTR-01-73-AR73, Décision relative à l'appel interlocoutoire, 30 octobre 2006, Chambre d'appel, par. 11 à 13. Le Tribunal a fait référence à Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford, Oxford University Press, 2005).

En l'espèce, en présence de questions de preuve sur lesquelles le Règlement est muet, la Chambre a appliqué, comme l'y autorise l'article 89 B) du Règlement, les règles d'administration de la preuve qui, selon elle, sont propres à permettre, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, un règlement équitable de la cause. La Chambre a pris en compte la jurisprudence du Tribunal qui a dégagé certains principes généraux en matière d'appréciation de la preuve. Ainsi, le jugement *Akayesu* comporte d'importantes énonciations concernant notamment la valeur probante, le sort réservé aux déclarations de témoins, l'incidence du traumatisme sur les dépositions des témoins, les problèmes liés à l'interprétation du kinyarwanda en français et en anglais et les facteurs d'ordre culturel qui influent sur les témoignages. Des décisions ultérieures, la dernière en date étant le jugement *Bagilishema*, ont développé ces principes sur lesquels la Chambre reviendra selon que de besoin<sup>654</sup>.

#### Observation 184

##### **Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé à ses propres décisions antérieures en vue de dégager certains « principes généraux » en matière d'appréciation de la preuve.**

400. Dans l'affaire *Le Procureur c/ Ignace Bagilishema*, la Chambre de première instance a estimé que ses décisions antérieures avaient

dégagé certains principes généraux en matière d'appréciation de la preuve. Le [j]ugement *Akayesu* comport[ait] en effet d'importantes énonciations concernant notamment la valeur probante, les déclarations de témoins, l'incidence du traumatisme sur les dépositions des témoins, l'interprétation du kinyarwanda en français et en anglais, et les facteurs d'ordre culturel qui influ[aient] sur les témoignages<sup>655</sup>.

La jurisprudence ultérieure du Tribunal, la dernière en date étant celle du jugement *Musema*, est venue développer ces principes en matière de preuve<sup>656, 657</sup>.

401. Dans l'affaire *Bagosora*, la Chambre de première instance a cité ses propres décisions ainsi que celles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans son analyse des éléments relatifs à la persécution constitutive de crime contre l'humanité, notant que « [l]'intention discriminatoire prohibée [pouvait] se déduire de preuves indirectes telles que la nature de l'attaque et les circonstances qui l'[avaient] entourée<sup>658</sup> ».

<sup>654</sup> *Le Procureur c/ Élizaphan et Gérard Ntakirutimana*, affaires n<sup>os</sup> ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-T, Jugement portant condamnation, 21 février 2003, Chambre de première instance, par. 32.

<sup>655</sup> *Bagilishema*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 22, renvoyant à *Akayesu* (voir *supra* note 627) par. 130 à 156.

<sup>656</sup> *Kayishema et Ruzindana*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 65 à 80. *Le Procureur c/ Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, affaire n<sup>o</sup> ICTR-96-3-T, Jugement et sentence, 6 décembre 1999, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts, 1999*, p. 1704, aux paragraphes 15 à 23 ; *Musema* (voir *supra* note 631), par. 31 à 105.

<sup>657</sup> *Bagilishema*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 22.

<sup>658</sup> *Bagosora*, Jugement portant condamnation (voir *supra* note 630), par. 2208, citant *Nahimana*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 986 ; *Blaškić*, Arrêt (voir *supra* note 511), par. 164 ; *Krnjelac*, Arrêt (voir *supra* note 633), Chambre d'appel, par. 184.

## h) Approche du Tribunal pénal international pour le Rwanda en matière de précédents et de cohérence

### Observation 185

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a estimé que la Chambre d'appel devait suivre ses décisions antérieures, mais restait libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le commander dans l'intérêt de la justice.**

402. Dans l'affaire *Semanza*, la Chambre d'appel du Tribunal a déclaré qu'elle

repre[n]ait les conclusions de la Chambre d'appel du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] dans l'affaire *Aleksovski*, et rappel[é] que dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, la Chambre d'appel d[evait] suivre ses décisions antérieures mais rest[ait] libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraiss[aient] le commander dans l'intérêt de la justice<sup>659</sup>.

403. Le Tribunal s'est également référé à la « jurisprudence constante<sup>660</sup> » et à la « jurisprudence établie<sup>661</sup> » en lien avec l'application des règles du droit international.

## i) Exemples de renvois à des décisions de juridictions nationales

### Observation 186

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur les décisions de juridictions nationales lorsqu'il a fait observer que la « notion de crimes contre l'humanité » n'avait cessé d'évoluer depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo.**

404. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a fait référence aux affaires *Eichmann*, *Barbie*, *Touvier* et *Papon* portées devant des juridictions nationales, relevant que « la notion de crimes contre l'humanité n'a[vait] cessé d'évoluer depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo<sup>662</sup> ».

### Observation 187

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a fait référence à des décisions de juridictions nationales lorsqu'il a décidé d'exclure, dans le contexte d'une condamnation pour des crimes internationaux, le principe applicable par les juridictions internes de certains pays selon lequel la possibilité d'être un jour libéré pouvait être ouverte à des personnes condamnées, même en cas de peine d'emprisonnement à vie.**

405. Dans l'affaire *Kamuhanda*, la Chambre d'appel a mentionné des décisions de juridictions internes lorsqu'elle a exclu d'ouvrir à une personne condamnée pour des crimes internationaux la possibilité d'être un jour libérée, estimant que si « cette théorie [était] sans doute digne d'intérêt pour les systèmes de droit interne, où elle pourrait "en principe" être mise en pratique [...] [e]lle [était] toutefois inapplicable à une situation telle qu'en l'espèce où des crimes particulièrement odieux [avaient] été commis<sup>663</sup> ».

<sup>659</sup> *Le Procureur c/ Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-23-A, Décision, 31 mai 2000, Chambre d'appel, par. 92.

<sup>660</sup> Voir *Nyiramasuhuko* (note 626 *supra*), par. 2138, et *Le Procureur c/ Yussuf Munyakazi*, affaire n° ICTR-97-36A-A, Arrêt, 28 septembre 2011, Chambre d'appel, par. 170.

<sup>661</sup> *Jean-Baptiste Gatete c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-00-61-A, Arrêt, 9 octobre 2012, Chambre d'appel, par. 265 ; *Ephrem Setako c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-04-81-A, Arrêt, 28 septembre 2011, Chambre d'appel, par. 200 ; *Ntakirutimana* (voir *supra* note 630), par. 468.

<sup>662</sup> *Akayesu* (voir *supra* note 627), par. 567.

<sup>663</sup> *Jean de Dieu Kamuhanda c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-99-54A-A, Arrêt, 19 septembre 2005, Chambre d'appel, par. 357.

**j) Exemples de références à des écrits de doctrine**

**Observation 188**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est appuyé sur des écrits de doctrine pour interpréter des formes de participation criminelle.**

406. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance s'est référée à des écrits de doctrine lorsqu'elle a constaté que « la complicité [était] une forme de participation criminelle prévue par tous les systèmes juridiques de droit criminel, et notamment par le système anglo-saxon (ou la "Common Law") et par le système de tradition romano-continentale (ou la "Civil Law")<sup>664</sup> ».

**k) Exemples de références aux travaux de la Commission du droit international**

**Observation 189**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est référé aux travaux de la Commission du droit international pour déterminer la portée du crime d'incitation au génocide.**

407. Dans l'affaire *Nzabonimana*, la Chambre d'appel s'est référée à la Chambre de première instance dans l'affaire *Akayesu*, laquelle s'était appuyée sur un rapport établi par la Commission en 1996 caractérisant l'incitation publique par « la communication de l'appel à perpétrer un acte criminel à un certain nombre d'individus dans un lieu public ou au public en général », en passant par exemple par des médias de masse comme la radio ou la télévision<sup>665</sup>.

408. Dans l'affaire *Bikindi*, examinant les éléments nécessaires pour considérer qu'un discours constituait une incitation directe et publique à commettre le génocide, la Chambre de première instance a cité, entre autres, ses décisions antérieures et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>666</sup>.

**Observation 190**

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a invoqué les travaux de la Commission du droit international lorsqu'il a considéré la participation par complicité aux violations les plus graves du droit international humanitaire comme un crime relevant du droit international coutumier.**

409. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a cité le Principe VII des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, élaborés par la Commission, pour indiquer que « la forme de participation par complicité aux violations les plus graves du droit international humanitaire était déjà considérée comme un crime par la juridiction de Nuremberg<sup>667</sup> ».

<sup>664</sup> *Akayesu* (voir *supra* note 627), par. 527.

<sup>665</sup> Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Callixte Nzabonimana c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-98-44D-A, Arrêt, 29 septembre 2014, Chambre d'appel, par. 126, citant le paragraphe 16 du commentaire de l'article 2 par. 3 f) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 50, à la page 22.

<sup>666</sup> *Le Procureur c/ Simon Bikindi*, affaire n° ICTR-01-72-T, Jugement, 2 décembre 2008, Chambre de première instance, par. 387, note 867, citant *Nahimana*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 692, qui confirme *Le Procureur c/ Juvénal Kajelijeli*, affaire n° ICTR-98-44A-T, Jugement et sentence, 1<sup>er</sup> décembre 2003, Chambre de première instance, par. 852, et *Akayesu* (voir *supra* note 627), par. 557, et renvoie également au paragraphe 16 du commentaire de l'article 2 par. 3 f) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 50, à la page 22.

<sup>667</sup> *Akayesu* (voir *supra* note 627), par. 526.

## l) Exemples de renvois à des résolutions d'organisations internationales

410. Dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, la Chambre de première instance a renvoyé à la définition du crime de génocide donnée par le Tribunal militaire international et à la prohibition de ce crime telle que consacrée par l'Assemblée générale :

C'est dans le jugement du Tribunal militaire international (Nuremberg) des 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 1946 que le concept du génocide est mis à contribution pour la première fois aux fins de la répression d'actes perpétrés dans l'intention de détruire certains groupes humains. Par suite, la prohibition de ce crime en tant que principe du droit international est consacrée par l'Assemblée générale des Nations Unies. La résolution 260 A) III) du 9 décembre 1948 portant adoption du Projet de Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide cristallise ce principe dans le droit international<sup>668</sup>.

## m) Exemples de références à des organes conventionnels

### Observation 191

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est parfois référé aux observations générales du Comité des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'examen des conditions procédurales de la détention.**

411. Dans l'affaire *Kajelijeli*, par exemple, la Chambre d'appel a rappelé ce qui suit :

Le Comité des droits de l'homme a interprété l'article 9 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] comme voulant dire que le délai pour traduire quelqu'un devant un juge ne doit pas dépasser quelques jours. Il a décidé qu'au regard de cet article, un délai de quatre jours était trop long, sans parler d'un délai de 11 ou 22 jours ou de 10 semaines. L'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme exige également qu'en cas d'arrestation, le suspect soit aussitôt traduit devant un juge ou un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé qu'un délai de deux jours au regard de cet article est permis, mais que quatre jours et six heures constituent cependant une violation même dans des affaires complexes, sans parler d'une semaine ou plus<sup>669</sup>.

### Observation 192

**Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a renvoyé aux décisions du Comité des droits de l'homme sur les questions relatives aux droits des personnes accusées.**

412. Ainsi, dans l'affaire *Nahimana*, la Chambre d'appel a considéré, à l'instar du Comité des droits de l'homme, que le temps nécessaire à la préparation de la défense

<sup>668</sup> *Kayishema et Ruzindana*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 88.

<sup>669</sup> *Juvénal Kajelijeli c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-98-44A-A, Arrêt, 23 mai 2005, Chambre d'appel, par. 230, renvoyant à l'observation générale n° 8 (1982) du Comité des droits de l'homme relative au droit à la liberté et à la sécurité de la personne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session*, Supplément n° 40 (A/37/40), annexe V, par. 2 ; *Freemantle c. Jamaïque* (CCPR/C/68/D/625/1995), par. 7.4 ; *Lobban c. Jamaïque* (CCPR/C/80/D/797/1998), par. 8.3 ; *Casafranca c. Pérou* (CCPR/C/78/D/981/2001), par. 7.2 ; *Jones c. Jamaïque* (A/53/40, vol. II, annexe XI, sect. G), par. 9.3 ; Cour européenne des droits de l'homme : *Grauzinis c. Lituanie*, n° 37975/97, 10 octobre 2000, par. 25 ; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, par. 6 et 62 ; *Talat Tepe c. Turquie*, n° 31247/96, 21 décembre 2004, par. 64 à 70 ; *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, par. 106.

« ne p[ouvait] être apprécié dans l'abstrait et qu'il dépend[ait] des circonstances de l'espèce<sup>670</sup> ».

413. De la même manière, dans l'affaire *Kambanda*, la Chambre d'appel a partagé la position du Comité des droits de l'homme selon laquelle une partie n'était pas autorisée, sauf à pouvoir montrer l'existence de circonstances particulières, à soulever en appel des questions qui n'avaient pas été soulevées par le conseil en première instance<sup>671</sup>.

414. Le Tribunal a fait référence, entre autres, à des textes du Comité des droits de l'homme et du Comité contre la torture lorsqu'il a estimé que la peine d'isolement cellulaire était susceptible de violer « les normes internationales si elle n'[était] pas appliquée qu'à titre exceptionnel, en cas de nécessité, de manière proportionnée et limitée dans le temps, et assortie de certaines mesures de sauvegarde minimales<sup>672</sup> ».

415. La Chambre d'appel a également cité le Comité des droits de l'homme, entre autres, lorsqu'elle a considéré que le droit d'être présent au procès impliquait la présence physique de l'accusé<sup>673</sup>.

416. Dans l'affaire *Kambanda*, afin de déterminer si l'appelant avait le droit de choisir son avocat, la Chambre d'appel a mentionné le raisonnement suivi par la Chambre de première instance I dans l'affaire *Ntakirutimana* et conclu, à la lumière d'une interprétation des dispositions du Statut et du Règlement du Tribunal pénal international pour le Rwanda « lues en parallèle avec les décisions pertinentes du Comité des droits de l'homme et des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, que le droit à l'assistance gratuite d'un avocat ne conf[érait] pas le droit de choisir son avocat<sup>674</sup> ».

### 3. Cour pénale internationale

417. Le Statut de Rome contient une clause de droit applicable, à savoir l'article 21, qui prévoit notamment que la Cour peut appliquer les principes et les règles tels qu'elle les a interprétés dans ses propres décisions antérieures :

1. La Cour applique :

a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;

b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;

c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

<sup>670</sup> *Nahimana*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 220.

<sup>671</sup> *Jean Kambanda c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-97-23-A, Arrêt, 19 octobre 2000, par. 27.

<sup>672</sup> *Le Procureur c/ Gaspard Kanyarukiga*, affaire n° ICTR-2002-78-R11bis, décision relative à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision portant rejet de la demande de renvoi formée en application de l'article 11 bis du Règlement, 30 octobre 2008, Chambre d'appel, par. 15.

<sup>673</sup> *Zigiranyirazo* (voir *supra* note 649), par. 11 à 13. Voir aussi *Nahimana*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 107 et 108, où la Chambre d'appel a estimé que le droit qu'avait un accusé d'être jugé en sa présence n'empêchait pas que le titulaire de ce droit puisse refuser de l'exercer, citant le Comité des droits de l'homme.

<sup>674</sup> *Kambanda* (voir *supra* note 667), par. 33.

2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité.

**a) Mention expresse des moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice**

**Observation 193**

**La Cour pénale internationale n'a mentionné expressément les moyens auxiliaires ou l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans aucune de ses décisions.**

418. La Cour pénale internationale n'ayant jamais mentionné expressément les moyens auxiliaires ou l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans ses décisions, le Secrétariat ne se prononce pas sur la question de savoir si ou dans quelle mesure, dans les exemples donnés dans la présente section, des décisions judiciaires ou d'autres éléments ont été utilisés comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

**b) Exemples relatifs au droit applicable**

**Observation 194**

**Dans plusieurs décisions, la Cour pénale internationale a indiqué ce qu'il fallait entendre par droit applicable au sens de l'article 21 de son statut.**

419. Dans une décision relative à la situation au Kenya, la Chambre préliminaire II a rappelé que « l'article 21 du Statut qui vient réglementer les sources du droit applicable par la Cour (*sic*) établit une hiérarchie desdites sources<sup>675</sup> ». Ainsi, bien que le Statut soit la « source de droit primaire, une Chambre ne peut avoir recours aux sources secondaires visées aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 que lorsque la Chambre d'appel constate quelque lacune dans le texte du Statut ou du Règlement<sup>676</sup> ». [Traduction non officielle].

420. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a fait savoir que « si la jurisprudence pertinente des tribunaux ad hoc peut aider la Chambre à interpréter le Statut, celle-ci est tenue, en premier lieu, d'appliquer le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve, conformément à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut<sup>677</sup> ». [Traduction non officielle].

421. Dans une décision rendue dans l'affaire *Kony*, sur un point de procédure lié à l'expurgation de certaines parties des mandats d'arrêt, la Chambre préliminaire II a déclaré que « [c]oncernant la pertinence de la jurisprudence des tribunaux ad hoc, la

<sup>675</sup> Cour pénale internationale, situation en République du Kenya, Chambre préliminaire II, affaire n° ICC-01/09, *Decision on the "Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation"*, 5 novembre 2015, par. 17.

<sup>676</sup> Ibid.

<sup>677</sup> Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, *Decision on the defence request for the admission of 422 documents*, 8 mars 2011, par. 54.

question doit être étudiée au regard des dispositions du droit applicable devant la Cour ». Elle a ajouté que

les règles et pratiques des autres juridictions, qu'elles soient nationales ou internationales, ne représentent pas en soi un « droit applicable » devant la Cour en dehors du champ d'application de l'article 21 du Statut. Plus spécifiquement, le droit et la pratique des tribunaux ad hoc que le Procureur invoque, ne peuvent en soi former une base suffisante pour introduire dans le cadre procédural de la Cour des recours autres que ceux prévus par le Statut<sup>678</sup>.

422. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance a tenu à souligner que l'article 21 du Statut « établit une hiérarchie des sources du droit applicable et que, dans toute décision qu'elle est appelée à rendre, elle se doit de faire application, "en premier lieu", des dispositions pertinentes du Statut ». La Chambre a en outre noté ce qui suit :

Compte tenu de la hiérarchie ainsi instaurée, la Chambre n'appliquera dès lors les sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut que lorsqu'elle constatera qu'il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement.

[...]

Enfin, ainsi que le prévoit l'article 21-2 du Statut, la Chambre pourra aussi faire application des principes et des règles de droit tels qu'ils ont été définis dans les décisions antérieures des chambres préliminaires et de première instance de la Cour ainsi que dans les arrêts de la Chambre d'appel<sup>679</sup>.

423. Dans d'autres décisions, la Cour pénale internationale a souligné que le recours à ces « sources subsidiaires » n'avait lieu qu'en cas de vide juridique. Dans la situation en République du Kenya, la Chambre préliminaire précise que l'article 53 du Statut organise dans le détail la compétence attribuée à la Chambre de première instance de contrôler l'exercice par le Procureur des pouvoirs à lui conférés en matière d'enquête et de poursuite et délimite le champ de cette compétence. Par conséquent, la Chambre estime qu'il n'y a à cet égard pas de vide juridique qu'il faudrait combler en se référant aux sources de droit subsidiaires visées aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut<sup>680</sup>. [Traduction non officielle]

424. Dans la décision relative à la requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Al Bashir*, la Chambre préliminaire I a évoqué les situations dans lesquelles la Cour pouvait invoquer des sources de droit subsidiaires en l'absence de dispositions dans le Statut de la Cour pénale internationale, interprétées conformément aux articles de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>681</sup> :

<sup>678</sup> Cour pénale internationale, *situation en Ouganda [Kony et al.]*, Chambre préliminaire, affaire n° ICC-02/04-01/05, Décision relative à la Position du Procureur sur la décision de la Chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, demande de réexamen et demande d'éclaircissements, 28 octobre 2005, par. 19.

<sup>679</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance, affaire n° ICC-01/04-01/07, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, par. 39 et 42.

<sup>680</sup> *Situation en République du Kenya* (voir *supra* note 675), par. 18.

<sup>681</sup> Cour pénale internationale, *situation au Darfour* (Soudan), Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), affaire n° ICC-02/05-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, par. 44, renvoyant à Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, affaire n° ICC-01/04-168, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006, par. 22 à 24, 32, 33 et 39.

Troisièmement, s'agissant du droit applicable devant la Cour, il est de jurisprudence constante que conformément à l'article 21 du Statut, les autres sources du droit, telles qu'énoncées aux paragraphes 1-b et 1-c de l'article 21 du Statut, ne peuvent être invoquées que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : i) il y a un vide juridique dans les dispositions écrites du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement ; ii) ce vide ne peut être comblé par l'application des critères énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'article 21-3 du Statut.

### Observation 195

**La Cour pénale internationale a parfois évoqué l'interaction entre les règles et les principes du droit international reconnus par les juridictions internationales et les dispositions du Statut de Rome relatives au droit applicable.**

425. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Katanga* a souligné que « pour interpréter les termes de l'article 7 du Statut et, si besoin, des Éléments des crimes, il y a lieu de faire référence à la jurisprudence des tribunaux ad hoc dans la mesure où elle dégage une règle de valeur coutumière pertinente, au sens de l'article 31-3-c de la Convention de Vienne ». Elle a en outre souligné qu'« [à] cet égard, on doit relever que la définition du crime contre l'humanité a été négociée en partant du principe qu'il s'agissait de codifier le droit coutumier alors existant »<sup>682</sup>.

426. La Chambre préliminaire I, dans la Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de William Samoei Ruto *et al.*, a souligné le caractère subsidiaire de la jurisprudence d'autres juridictions internationales, à moins « qu'elle n'indique l'existence d'un principe ou d'une règle de droit international<sup>683</sup> ».

427. La Chambre préliminaire a en outre insisté sur la primauté du droit applicable, comme le prévoit le Statut de Rome :

même dans ce cas, appliquer une règle coutumière de droit international uniquement « selon qu'il convient » revient à limiter son application aux cas où il existe une lacune dans le Statut et les autres sources mentionnées à l'article 21-1-a. Autrement dit, la Chambre ne devrait recourir à l'alinéa b) de l'article 21-1 qu'à condition qu'elle n'ait pas trouvé de réponse à l'alinéa a)<sup>684</sup>.

### Observation 196

**La Cour pénale internationale a parfois dit qu'il fallait s'appuyer sur des règles conventionnelles, des règles de droit international coutumier et des principes généraux du droit lorsque les textes fondateurs de la Cour pénale internationale ne permettaient pas de résoudre une question et à cette fin faire référence à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et d'autres tribunaux internationaux.**

428. Dans l'affaire *Katanga*, par exemple, la Cour pénale internationale a déclaré ce qui suit :

Il conviendra, pour la Chambre, lorsque les textes fondateurs ne résolvent pas précisément telle ou telle question, de se référer, notamment, au droit

<sup>682</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 1100.

<sup>683</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya*, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, par. 289.

<sup>684</sup> *Ibid.*

conventionnel et coutumier humanitaire ainsi qu'aux principes généraux du droit. À cette fin, elle pourra, par exemple, être conduite à faire référence à la jurisprudence élaborée en ce domaine par les tribunaux ad hoc comme par d'autres cours<sup>685</sup>.

### Observation 197

**Dans certains cas, la Cour pénale internationale a considéré que le fait de s'appuyer sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et sur le Commentaire du CICR sur la quatrième Convention de Genève pour interpréter les infractions visées dans le Statut de Rome était compatible avec les dispositions relatives au droit applicable.**

429. La Chambre préliminaire saisie de l'affaire *Lubanga* a observé que le Statut de Rome et les éléments des crimes ne fournissaient pas de définition du conflit armé international en vue de l'application de la définition des crimes de guerre visée à l'article 8 du Statut. La Chambre a considéré que « sur la base de l'article 21-1-b du Statut, et dans le respect à l'article 21-3 du Statut, [...] il convient de s'appuyer sur les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés<sup>686</sup> ». Il a donc été fait référence à l'article 2 commun aux Conventions de Genève et au Commentaire préparé par le CICR<sup>687</sup>. La Chambre a également observé que la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait adopté la même définition du crime de guerre dans l'affaire *Tadić*<sup>688</sup>.

430. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* s'est référée aux décisions du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, faisant observer ce qui suit :

Même si les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux ne font pas partie du droit directement applicable aux termes de l'article 21 du Statut, le libellé de la disposition du Statut du [Tribunal spécial pour la Sierra Leone] qui pénalise la conscription, l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans est identique à celui de l'article 8-e-vii du Statut de Rome, et les deux dispositions poursuivent de toute évidence le même objectif. La jurisprudence du [Tribunal spécial pour la Sierra Leone] peut donc aider à l'interprétation des dispositions pertinentes du Statut de Rome<sup>689</sup>.

### Observation 198

**La Cour pénale internationale a précisé les circonstances dans lesquelles, en vertu du Statut de Rome, elle peut s'appuyer sur des principes généraux de droit et des principes et règles de droit reconnus par sa propre « jurisprudence ».**

431. En interprétant l'article 21 du Statut de Rome, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Bemba* a déclaré ce qui suit :

<sup>685</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 47.

<sup>686</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, par. 205.

<sup>687</sup> *Ibid.*, par. 206 et 207, citant le Comité international de la Croix-Rouge, *Commentaire de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, p. 26.

<sup>688</sup> *Ibid.*, par. 208, citant *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), par. 84.

<sup>689</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06-2842, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, par. 603.

À défaut de dispositions pertinentes dans les sources primaires de droit énumérées à l'alinéa a) de l'article 21-1 ou dans les sources subsidiaires énumérées à son alinéa b), l'alinéa c) autorise la Chambre à appliquer « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime<sup>690</sup> ».

432. En outre, la Chambre de première instance a estimé qu'elle pouvait appliquer « les principes et règles de droit tels qu'énoncés dans les décisions antérieures de la Cour » et ainsi « fonder ses décisions sur sa jurisprudence antérieure, ou sur celle d'autres chambres de la Cour »<sup>691</sup>.

### c) Exemples relatifs à la compétence de la Cour pénale internationale

#### Observation 199

**La Cour pénale internationale a parfois renvoyé à des décisions de la Cour internationale de Justice concernant la doctrine des « pouvoirs implicites » ou des « pouvoirs inhérents » et la compétence de la compétence.**

433. Dans l'affaire *Kony et Otti*, la Cour pénale internationale a renvoyé à la doctrine des pouvoirs implicites ou des pouvoirs inhérents qui ressort des décisions de la Cour internationale de Justice<sup>692</sup>. Dans la même affaire, la Chambre préliminaire II a renvoyé à des décisions de la Cour internationale de Justice et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, entre autres, lorsqu'elle a invoqué le principe de la « compétence de la compétence », qui « a également été confirmé par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [...] dans l'« Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence » dans l'affaire “Tadić”, qui a fait date ».

#### Observation 200

**La Cour pénale internationale a renvoyé aux décisions d'autres tribunaux pénaux lorsqu'elle a analysé le champ des exceptions d'incompétence.**

434. Dans l'affaire *Kirimi*, la Chambre d'appel a indiqué qu'elle « avait tenu compte du champ des exceptions d'incompétence tel qu'interprété par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [...], le Tribunal pénal international pour le Rwanda [...] et les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ». Elle a fait observer que la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait fait le départ « entre la question de savoir si un crime ou mode de responsabilité existait en droit international coutumier, qui relève bien de la définition des exceptions d'incompétence, et les contestations touchant aux contours ou aux éléments des crimes ou modes de responsabilité, qui doivent être examinées au procès »<sup>693</sup>. [Traduction non officielle].

435. La Chambre d'appel saisie de l'affaire *Samoei Ruto* a également renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal

<sup>690</sup> Cour pénale internationale, *situation en République centrafricaine*, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire n° ICC-01/05-01/08, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, par. 73.

<sup>691</sup> Ibid., par. 74.

<sup>692</sup> Cour pénale internationale, *situation en Ouganda*, *Le Procureur c. Joseph Kony et Vincent Otti*, Chambre préliminaire, affaire n° ICC-02/04-01/05, *Decision on the Prosecutor's Application that the Pre-Trial Chamber Disregard as Irrelevant the Submission Filed by the Registry on 5 December 2005*, 9 mars 2006, par. 22, 23 et 35.

<sup>693</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya*, Chambre d'appel, *Le Procureur*

international pour le Rwanda et des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, faisant observer ce qui suit :

Ayant à l'esprit que ces juridictions sont régies par des textes fondamentaux différents, [...] leur jurisprudence ne lie pas la Cour et [...] le Statut énonce en détail les crimes à l'égard desquels la Cour est compétente, la Chambre d'appel relève tout de même que selon l'approche générale retenue dans la jurisprudence du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] et du [Tribunal pénal international pour le Rwanda], les questions se rapportant aux faits et aux preuves doivent être examinées lors du procès et non au stade des exceptions d'incompétence soulevées préalablement au procès.

Elle a fait observer que la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait fait le départ « entre la question de savoir si un crime ou mode de responsabilité existait en droit international coutumier, qui relève bien de la définition des exceptions d'incompétence, et les contestations touchant aux contours ou aux éléments des crimes ou modes de responsabilité, qui doivent être examinées au procès<sup>694</sup>. » La Chambre d'appel a rappelé que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens avaient suivi une approche similaire<sup>695</sup>.

#### **Observation 201**

**La Chambre préliminaire s'est appuyée sur plusieurs décisions de juridictions nationales et internationales pour dire qu'il existait une obligation de se conformer aux décisions judiciaires, laquelle s'appliquait à toutes les phases de la procédure devant la Cour pénale internationale.**

436. La Chambre préliminaire s'est appuyée sur divers éléments, dont des décisions de juridictions nationales et internationales, parmi lesquelles la Cour internationale de Justice, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal spécial pour le Liban, pour poser que, dans divers systèmes juridiques, « les parties à un procès devaient respecter les décisions judiciaires » et que ce principe « s'appliquait à toutes les phases de la procédure engagée devant cette Cour »<sup>696</sup>. [Traduction non officielle].

#### **d) Exemples relatifs à l'interprétation du Statut de Rome et des infractions qui y sont visées**

##### **Observation 202**

**La Cour pénale internationale a renvoyé à des décisions de la Cour internationale de Justice et à des écrits de doctrine à l'appui des principes d'interprétation du Statut de Rome.**

c. *Uhuru Muigai Kenyatta*, affaire n° ICC-01/09-02/11-425, *Decision on the appeal of Mr Francis Kirimi Muthaura and Mr Uhuru Muigai Kenyatta against the decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2012 entitled « Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*», 24 mai 2012, par. 37.

<sup>694</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya, Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, Chambre d'appel, affaire n° ICC-01/09-01/11, Décision relative aux appels interjetés par William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang contre la décision de la Chambre préliminaire II en date du 23 janvier 2012 intitulée « Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome », 24 mai 2012, par. 31.

<sup>695</sup> Ibid., par. 33.

<sup>696</sup> Cour pénale internationale, *Situation sur les navires battant pavillon comorien, grec et cambodgien*, Chambre préliminaire I, affaire n° ICC-01/13, *Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros »*, 15 novembre 2018, par. 107.

437. La Chambre de première instance I, dans la Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine, a renvoyé à une affaire de la Cour internationale de Justice pour déterminer que « comme le veut le “principe de l'effet utile”, l'interprétation de l'article 19-3 du Statut doit éviter de priver cette disposition de toute portée pratique<sup>697</sup> ». La Chambre de première instance II saisie de l'affaire *Katanga* a cité des écrits de doctrine à l'appui de son affirmation selon laquelle « [l]e principe de l'effet utile d'une disposition » fait également partie intégrante des règles générales d'interprétation des traités en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui « exige une interprétation qui soit effectuée de bonne foi »<sup>698</sup>.

### Observation 203

#### **La Cour pénale internationale a renvoyé à la « jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc » et au Commentaire du CICR sur la première Convention de Genève pour interpréter le Statut de Rome.**

438. Dans l'affaire *Katanga*, par exemple, la Chambre de première instance a renvoyé à la « jurisprudence des tribunaux ad hoc sur l'entreprise criminelle commune » telle que définie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić*, et a jugé comme suit :

il lui est possible de retenir certains des critères résultant de cette jurisprudence, en particulier pour mieux déterminer le sens d'une phrase ou d'une expression utilisée dans le Statut, telle que la formule « dessein commun », et ce, en recourant à la méthode de l'interprétation systémique. Même si les modes de responsabilité peuvent varier d'un tribunal international à un autre et si le Statut de la Cour constitue, en la matière, un texte novateur dont le sens et la logique doivent être préservés, rien ne s'oppose à ce que la définition de l'expression « dessein commun », telle que l'ont adoptée les tribunaux ad hoc, puisse, pour l'essentiel, être retenue, dans la mesure où, de surcroît, la définition qu'ils en ont donnée est basée sur une analyse de la coutume internationale<sup>699</sup>.

439. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a noté que ni le Statut de Rome ni les Conventions de Genève ne donnaient de définition de la notion de « conflit armé »<sup>700</sup>. Les Chambres de première instance saisies des affaires *Bemba*, *Katanga* et *Ntaganda* ont renvoyé à la définition du conflit armé non international utilisée par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le cadre d'un appel d'une décision interlocutoire dans l'affaire *Tadić*<sup>701</sup>. La

<sup>697</sup> Cour pénale internationale, *situation dans l'État de Palestine*, Chambre de première instance, Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine, 5 février 2021, par. 81, citant Cour internationale de Justice, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (voir *supra* note 71), par. 66.

<sup>698</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 46, renvoyant à Jean-Marc Sorel et à Valérie Boré Eveno, « Article 31 1969 Vienna Convention », dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 804 à 837, aux pages 817 et 818 ; Olivier Dörr, « Article 31 », dans Olivier Dörr et Kirsten Schmalenbach (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I (Berlin, Springer, 2012), p. 521 à 570, à la page 540.

<sup>699</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 1625, citant *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 535), par. 185 à 226.

<sup>700</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 532.

<sup>701</sup> *Ibid.*, par. 533, citant *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352) ; *Bemba Gombo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 684), par. 128 ; *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 1173 ; Cour pénale internationale,

Chambre de première instance, dans le jugement rendu dans l'affaire *Ntaganda*, a fait observer que la définition utilisée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « a depuis été acceptée par les États comme faisant autorité et fait désormais partie de la pratique des États », citant également le Commentaire du CICR sur la Première Convention de Genève I<sup>702</sup>.

440. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga Dyilo* a fait référence aux critères appliqués par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer si un conflit armé non international était en cours<sup>703</sup>.

441. Dans plusieurs décisions, la Chambre préliminaire a renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour interpréter les termes « généralisé ou systématique<sup>704</sup> ».

**e) Exemples concernant la détermination des règles de droit international coutumier et des principes généraux du droit**

**Observation 204**

**La Cour pénale internationale a renvoyé à des décisions de la Cour internationale de Justice pour déterminer des règles de droit international coutumier.**

442. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Bemba* a constaté que « [l]orsque c'était pertinent et utile, la Chambre s'est ainsi appuyée, pour identifier ces principes et règles, sur la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux, en particulier la Cour internationale de Justice [...] »<sup>705</sup>.

443. Toujours dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de première instance s'est appuyée sur les décisions de la Cour internationale de Justice pour signifier que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités faisaient partie du droit international coutumier<sup>706</sup>.

*situation en République démocratique du Congo*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, n° ICC-01/04-02/06, Jugement, 8 juillet 2019, par. 701.

<sup>702</sup> *Ntaganda*, Jugement (voir note précédente), par. 701, citant CICR, Commentaire sur la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Cambridge, Cambridge University Press 2016), par. 424.

<sup>703</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 538, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Vlastimir Đorđević*, affaire n° IT-05-87/1-T, Jugement, document public avec annexes confidentielles, 23 février 2011, par. 1522, et Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Mrkšić, Miroslav Radić et Veselin Šljivančanin*, affaire n° IT-95-13/1-T, Jugement, 27 septembre 2007, par. 407.

<sup>704</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, par. 394, citant *situation au Darfur (Soudan)*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun* (« Ahmad Harun ») et *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (« Ali Kushayb »), affaire n° ICC-02/05-01/07-I-Corr, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, 27 avril 2007, par. 62 (citée dans *situation en République démocratique du Congo*, affaire *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga, 6 juillet 2007, par. 33), et *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 537), par. 94, et Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre préliminaire, *Le Procureur c/ Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, par. 545 et 546.

<sup>705</sup> *Bemba Gombo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 684), par. 71.

<sup>706</sup> *Ibid.*, par. 76, citant *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117), par. 94 ; *Avena* (voir *supra* note 85), par. 83 ; *Différend*

**Observation 205**

**La Cour pénale internationale a parfois renvoyé à des décisions d'autres tribunaux pénaux internationaux pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier.**

444. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Katanga* a examiné la définition des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale et a constaté que la « pratique générale acceptée comme étant le droit », qu'a dégagée la jurisprudence des tribunaux ad hoc, n'exige pas que les organisations auteurs de tels crimes présentent des caractéristiques quasi-étatiques. Elle a noté que la jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc a précisé la définition des crimes contre l'humanité, rappelant la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić* selon laquelle « des acteurs autres que les États sont aussi des auteurs possibles de crimes contre l'humanité ». Elle a conclu que « [l]e Statut de Rome fait donc à cet égard écho aux règles coutumières mises en évidence par les tribunaux ad hoc »<sup>707</sup>.

**Observation 206**

**La Cour pénale internationale a estimé qu'une pratique admise uniquement dans deux systèmes juridiques ne permettait pas de dégager un principe général de droit.**

445. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance de la Cour pénale internationale a examiné la pratique des juridictions pénales nationales et internationales, notant que bien que la pratique du récolement des témoins

soit admise dans une certaine mesure dans deux systèmes juridiques – relevant tous deux de la *common law* –, cela ne suffit pas à conclure qu'il existe un principe général fondé sur une pratique établie dans des systèmes juridiques nationaux. La Chambre de première instance note que les arguments invoqués par l'Accusation s'agissant des jurisprudences nationales ne comprenaient aucune référence tirée de la tradition juridique romano-germanique<sup>708</sup>.

**f) Exemples concernant la façon dont la Cour pénale internationale envisage le précédent et la cohérence**

**Observations 207**

**La Cour pénale internationale a déclaré que, tout en n'étant pas assujettie à la règle du précédent obligatoire, elle ne s'écarterait de ses décisions antérieures que si elle avait des raisons convaincantes de le faire. Elle a indiqué que cette approche visait à garantir la prévisibilité du droit et l'équité des décisions rendues et à renforcer la confiance du public dans ses décisions.**

446. La Chambre d'appel de la Cour a déclaré que, si elle n'est « pas obligée de se conformer à ses interprétations antérieures des principes et des règles de droit au nom du principe contraignant du *stare decisis*, elle est plutôt investie du pouvoir

*frontalier terrestre, insulaire et maritime* (voir *supra* note 46), par. 373 ; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (voir *supra* note 202), par. 48.

<sup>707</sup> *Katanga*, Jugement en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 1121, citant *Tadić*, Jugement, 7 mai 1997, Chambre de première instance (voir *supra* note 511), par. 654 et 655.

<sup>708</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-01/06, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, 30 novembre 2007, par. 41 [non souligné dans l'original].

discrétionnaire de le faire » et qu'« en l'absence de "raisons convaincantes", elle ne s'écartera pas de ses décisions antérieures ». Il s'agit de garantir « la prévisibilité du droit et l'équité des décisions rendues afin de renforcer la confiance du public dans ses décisions »<sup>709</sup>. [Traduction non officielle]

### Observation 208

#### **La Cour pénale internationale a déclaré qu'elle traitait généralement avec prudence les décisions des autres juridictions internationales.**

447. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Bemba* a souligné que les chambres de la Cour pénale internationale « ont en général fait preuve de prudence à l'égard de la jurisprudence des autres cours et tribunaux internationaux et ont insisté sur le fait que la Cour n'est aucunement liée par celle-ci<sup>710</sup> ».

### Observation 209

#### **La Cour pénale internationale a parfois rejeté des arguments fondés sur la jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc en invoquant le fait que ces derniers relevaient de régimes différents.**

448. Dans la Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de William Samoei Ruto *et al.*, la Chambre préliminaire a rejeté un argument de procédure présenté par le Procureur qui s'était appuyé sur les décisions d'autres tribunaux pénaux internationaux, en expliquant, « comme l'a précédemment conclu la Chambre préliminaire I, que pour définir l'objet et le but de la confirmation des charges, elle ne saurait se laisser guider par la jurisprudence des tribunaux ad hoc relative aux demandes d'acquiescement déposées en cours de procès puisqu'il s'agit là de deux régimes procéduraux qui, fondamentalement, ne sont pas comparables<sup>711</sup> ».

449. La Chambre de première instance a ajouté que, bien que la pratique du récolement des témoins soit autorisée dans d'autres tribunaux, tels que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, elle « estim[ait] que les règles de procédure des tribunaux ad hoc et leur jurisprudence en la matière n[étaient] pas automatiquement applicables à la CPI sans avoir été analysées en détail<sup>712</sup> ».

### Observation 210

#### **La Cour pénale internationale a indiqué que, même si elle était pertinente, une décision de la Cour internationale de Justice en matière de réparations ne**

<sup>709</sup> Cour pénale internationale, *situation en République de Côte d'Ivoire*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, affaire n° ICC-02/11-01/15 OA 6, *Reasons for the « Decision on the "Request for the recognition of the right of victims authorized to participate in the case to automatically participate in any interlocutory appeal arising from the case and, in the alternative, application to participate in the interlocutory appeal against the ninth decision on Mr Gbagbo's detention (ICC-02/11-01/15-134-Red3)" »*, 31 juillet 2015, par. 14.

<sup>710</sup> *Bemba Gombo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 684), par. 72.

<sup>711</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya*, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, Décision relative à la confirmation des charges en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, par. 58, renvoyant également à la situation en République démocratique du Congo, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, affaire n° ICC-01/04-01/10, Décision relative à la confirmation des charges, par. 45.

<sup>712</sup> *Dyilo*, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès (voir *supra* note 702), par. 44.

**l'empêchait pas d'adopter sa propre approche en ce qui concernait la responsabilité pénale individuelle**

450. Dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre d'appel a pris note de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* sur la question des réparations, tout en précisant que, bien que cette affaire concerne l'approche de la Cour internationale de Justice en matière de réparations pour des crimes commis dans le même pays que l'affaire *Ntaganda*, « puisqu'il est rendu dans le contexte d'une procédure pénale engagée contre une personne, le présent arrêt est nécessairement fondé sur les textes fondamentaux et la jurisprudence spécifique de la Cour<sup>713</sup> ».

**Observation 211**

**La Cour pénale internationale a parfois rejeté l'approche suivie dans certaines décisions d'autres tribunaux pénaux internationaux et certains écrits de doctrine eu égard à la distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux.**

451. Ainsi, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a indiqué ce qui suit<sup>714</sup> :

l'utilité de faire la distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux a été mise en doute par certains universitaires et praticiens, ainsi que dans une certaine ligne jurisprudentielle des tribunaux *ad hoc*, en particulier en raison de la nature changeante de ces conflits. La Chambre est d'avis que dans le contexte du présent procès, cette distinction est non seulement établie en droit international des conflits armés mais surtout inscrite dans les dispositions pertinentes du cadre juridique instauré par le Statut de Rome, dont l'article 21 impose l'application. La Chambre n'a pas le pouvoir de reformuler le cadre statutaire défini pour la Cour.

**Observation 212**

**Il est arrivé que la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale infirme des décisions qui renvoyaient à la pratique et aux décisions d'autres tribunaux, soulignant la primauté du Statut de Rome comme droit applicable.**

452. Dans l'affaire *Ruto*, la Chambre d'appel a infirmé une conclusion de la Chambre de première instance, qui avait jugé que la Cour pénale internationale avait le pouvoir de faire citer des témoins à comparaître en s'appuyant sur des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>715</sup> et de la Cour internationale de Justice, ainsi que sur des écrits traitant du principe des pouvoirs implicites des tribunaux internationaux<sup>716</sup>. La Chambre d'appel a rejeté cette approche et a renvoyé à la primauté des articles du Statut de Rome, conformément à l'article 21<sup>717</sup>.

<sup>713</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire n° ICC-01/04-02/06 A4-A5, Arrêt relatif aux appels interjetés contre l'Ordonnance de réparation rendue par la Chambre de première instance VI le 8 mars 2021, 12 septembre 2022, note de bas de page 298.

<sup>714</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 539.

<sup>715</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, *Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation*, 17 avril 2014, par. 84, citant Cour européenne des droits de l'homme, *Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas*, n° 33917/12, Recueil des arrêts et décisions 2012, par. 72.

<sup>716</sup> *Ibid.*, par. 78, 79, 81 et 82 citant, entre autres, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (voir *supra* note 104), par. 23.

<sup>717</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Kenya*, Chambre d'appel, *Le Procureur*

453. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre d'appel a infirmé une décision de la Chambre de première instance qui avait conclu que son pouvoir de surseoir à l'exécution d'une peine d'emprisonnement était inhérent à « son pouvoir de la fixer et de la prononcer », et avait renvoyé à la pratique de juridictions nationales et internationales et cité, entre autres, les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>718</sup>.

454. La Chambre d'appel a considéré, entre autres, que la Chambre de première instance « a[va]it commis une erreur de droit en concluant qu'elle avait le pouvoir inhérent d'imposer un sursis, et a[va]it donc agi *ultra vires* en ordonnant un sursis assorti de conditions » pour deux des personnes condamnées<sup>719</sup>. [Traduction non officielle]. La Chambre d'appel a souligné ce qui suit<sup>720</sup> :

les pratiques d'autres tribunaux internationaux ne constituent pas une source de droit au sens de l'article 21 du Statut. Elles ne peuvent donc pas, devant cette Cour, être le fondement juridique d'un sursis à l'exécution d'une peine. En tout état de cause, la Chambre d'appel souligne également que, contrairement à d'autres juridictions internationales, les fonctions de cette Cour sont régies par un cadre juridique complet dans lequel ses pouvoirs ont été délibérément énoncés par les rédacteurs de manière très détaillée, ce qui laisse peu de place à l'invocation de « pouvoirs inhérents » dans les procédures dont elle est saisie. [Traduction non officielle]

### Observation 213

#### **Il est arrivé que la Cour pénale internationale prenne en considération les décisions d'autres tribunaux pénaux internationaux lors de la détermination de la peine.**

455. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Al Mahdi*, la Chambre de première instance a estimé que le fait qu'un aveu de culpabilité constitue une circonstance atténuante « est de jurisprudence constante dans les autres juridictions internationales », renvoyant à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>721</sup>. Toutefois, la Chambre de première instance a rejeté les arguments

c. *William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09.01/11, *Judgment on the appeals of William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 17 April 2014 entitled « Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation »*, 9 octobre 2014, par. 105.

<sup>718</sup> Cour pénale internationale, *situation en République centrafricaine*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, affaire n° ICC-01/05-01/13, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, 22 mars 2017, par. 41, renvoyant aux sursis accordés par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Slobodan Milosevic*, Poursuites engagées contre Kosta Bulatović pour outrage, affaire n°IT-02-54, Décision relative à une affaire d'outrage au Tribunal, 13 mai 2005, par. 18 et 19 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Jelena Rašić*, affaire n° IT-98-32/1-R77.2-A, *Judgment*, 16 novembre 2012, par. 17 ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance, *Independent Counsel c. Hassan Papa Bangura et al.*, affaire n° SCSL-2011-02-T, *Sentencing Judgement in Contempt Proceedings*, 11 octobre 2012, par. 92 et p. 33.

<sup>719</sup> Cour pénale internationale, *situation en République centrafricaine*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled « Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute »*, 8 mars 2018, par. 80.

<sup>720</sup> *Ibid.*, par. 79 (non souligné dans l'original).

<sup>721</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Mali*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, affaire n° ICC-01/12-01/15, Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016, par. 100, note de bas de page 166, citant *idem*, Observations de l'Accusation quant à la fixation de la peine, par. 51 et 52, et Observations de la Défense quant à la

présentés par la Défense relatifs à des peines prononcées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, car « [c]es peines étaient fondées sur des circonstances très différentes, notamment en termes de modes de responsabilité et sources de droit applicables<sup>722</sup> ». En outre, la « jurisprudence du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] n'est que d'un intérêt limité étant donné que, contrairement au Statut de la [Cour pénale internationale], le droit applicable devant ce tribunal ne sanctionne pas les "attaques" contre des biens culturels, mais plutôt la "destruction" de ceux-ci ou leur "endommagement délibéré". Les contextes juridiques sont donc différents<sup>723</sup> ».

456. Dans la décision relative à la peine dans l'affaire *Ongwen*, la Chambre de première instance a indiqué que « dans le droit fil de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux », « le mauvais état de santé n'est une circonstance atténuante que dans des cas exceptionnels ». L'état de santé de la personne condamnée n'est pas automatiquement pris en compte dans la détermination de la peine<sup>724</sup>. [Traduction non officielle].

#### Observation 214

##### **La Cour pénale internationale a parfois renvoyé au raisonnement suivi par d'autres tribunaux pénaux internationaux pour étayer ses propres conclusions.**

457. La Chambre d'appel dans l'affaire *Ntaganda* a renvoyé à des décisions d'autres tribunaux pénaux, y compris la Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, concernant les victimes « directes » et « indirectes » lorsqu'elle a statué sur un appel interjeté de l'ordonnance de réparation concernant la question de savoir si les enfants nés d'un viol pouvaient avoir la qualité de victime<sup>725</sup>.

#### Observation 215

##### **La Cour pénale internationale s'est largement référée aux directives et aux principes adoptés au sein de l'Organisation des Nations Unies et aux décisions des cours régionales des droits de l'homme lorsqu'elle a établi les principes relatifs aux réparations à accorder aux victimes de crimes internationaux.**

458. L'article 75 du Statut de Rome impose à la Cour d'établir des principes applicables aux formes de réparation à accorder aux victimes. Sur cette base, la Cour peut déterminer l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes. En outre, en application de l'article 21, paragraphe 3, l'interprétation du

---

fixation de la peine, par. 180 à 184 et déclarant : « Le fait qu'un aveu de culpabilité constitue une circonstance atténuante est de jurisprudence constante dans les autres juridictions internationales : voir par exemple [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], Chambre de première instance I, *Le Procureur c/ Miodrag Jokić*, Jugement portant condamnation, 18 mars 2004, IT-01/42/1-S, par. 96 [...] ; [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], Chambre de première instance I, *Le Procureur c/ Milan Babić*, Jugement portant condamnation, 29 juin 2004, IT-03-72-S, par. 73 à 75, 88 et 89 ».

<sup>722</sup> Ibid., par. 107.

<sup>723</sup> Ibid., par. 16.

<sup>724</sup> Cour pénale internationale, *situation en Ouganda*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, affaire n° ICC-02/04-01/15, *Sentence*, 6 mai 2021, par. 103, renvoyant à *Šainović* (voir *supra* note 546), par. 1827 ; *Galić*, Arrêt (voir *supra* note 538), par. 436 ; *Blaškić*, Arrêt (voir *supra* note 511), par. 696.

<sup>725</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire n° ICC-01/04-02/06, Arrêt relatif aux arrêts interjetés contre l'Ordonnance de réparation rendue par la Chambre de première instance VI le 8 mars 2021, 12 septembre 2022, par. 651.

droit doit être compatible avec « les droits de l'homme internationalement reconnus et exempt[e] de toute discrimination ».

459. La Chambre de première instance I saisie de l'affaire *Lubanga* a rendu une ordonnance de réparation, observant que, outre les directives et les principes adoptés dans le cadre de l'ONU concernant la question des réparations aux victimes, la Chambre a également tenu compte « de la jurisprudence des cours régionales connaissant des violations des droits de l'homme, ainsi que des mécanismes et des pratiques développés dans ce domaine à l'échelle nationale et internationale<sup>726</sup> ».

460. Dans une ordonnance de réparation rendue ultérieurement dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a renvoyé à plusieurs décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme et donné des exemples de la pratique de ces juridictions en matière d'indemnisation pour diverses formes de préjudices subis<sup>727</sup>.

#### g) Exemples de questions de procédure

##### Observation 216

**La Cour pénale internationale a renvoyé à des décisions des tribunaux ad hoc et des cours régionales des droits de l'homme lorsqu'elle a examiné les normes d'administration de la preuve et les normes de procès équitable consacrées dans le droit international des droits de l'homme.**

461. La Chambre préliminaire I saisie de l'affaire *Al Bashir* a renvoyé, dans le contexte d'allégations de génocide, à des décisions de cours régionales des droits de l'homme, prenant acte du fait qu'il ne serait satisfait à la norme de la preuve par déduction « que si la seule conclusion raisonnable qui puisse être tirée des éléments produits à l'appui de la Requête de l'Accusation est l'existence de motifs raisonnables

<sup>726</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, 7 août 2012, par. 186.

<sup>727</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Ordonnance de réparation (modifiée), 5 mars 2015, par. 40, citant la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (par ex., *Garrido et Baigorria c. Argentine*, arrêt du 27 août 1998 (réparations et dépens), 27 août 1998, série C, n° 39, par. 49 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 2004 (réparations), série C, n° 116, par. 80 à 89 et 117 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, « *Juvenile Reeducation Institute* » c. *Paraguay*, arrêt du 2 septembre 2004 (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), série C, n° 112, par. 295 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *El Amparo c. Venezuela*, arrêt du 14 septembre 1996 (réparations et dépens), série C, n° 28, par. 28 à 30 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Loayza Tamayo c. Pérou*, arrêt du 27 novembre 1998 (réparations et dépens), série C, n° 42, par. 147 et 148 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Cantoral-Benavides c. Pérou*, arrêt du 3 décembre 2001, (réparations et dépens), série C, n° 88, par. 80) et Cour européenne des droits de l'homme (p. ex., *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V, par. 92, 98 et 105 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, par. 113 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Ayder et autres c. Turquie*, n° 23656/94, 8 janvier 2004, par. 141 à 152 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* (article 50), 22 mars 1983, série A, n° 60, par. 26 ; Cour européenne des droits de l'homme, *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25644/94, 29 avril 1999, par. 115 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV, par. 70) ; Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Décision sur les demandes de participation à la procédure a/0327/07 à a/0337/07 et a/0001/08, 2 avril 2008, p. 11, et Cour pénale internationale, *situation en République centrafricaine*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire n° ICC-01/05-01/08, Quatrième décision relative à la participation des victimes, par. 51 et 70 à 73.

de croire que le Gouvernement soudanais a agi avec le *dol spécial*/l'intention spécifique de détruire, en tout ou en partie, » le groupe en question<sup>728</sup>. La Chambre préliminaire I a considéré qu'une telle preuve n'avait pas été apportée dans cette affaire et a estimé que cette conclusion,

outre sa totale conformité à la jurisprudence du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] et du [Tribunal pénal international pour le Rwanda] en la matière, [était] la seule interprétation conforme au critère des « raisons plausibles de soupçonner » fixé à l'article 5-1-c de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'interprétation que donne la Cour interaméricaine des droits de l'homme du droit fondamental qu'a tout individu à la liberté de sa personne en vertu de l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>729</sup>.

#### Observation 217

**La Cour pénale internationale s'est parfois référée à la pratique d'autres tribunaux pénaux internationaux pour prendre des décisions sur des questions de procédure.**

462. La Chambre préliminaire II saisie de l'affaire *Kony* a examiné la question de savoir si Joseph Kony pouvait être considéré comme « introuvable » au sens de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 61 du Statut de Rome. Elle a estimé que la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal spécial pour le Liban, « qui ont tous deux permis que certaines procédures se déroulent en l'absence de *la personne accusée*, à condition que “toutes les mesures raisonnables” aient été prises pour l'appréhender et lui notifier les charges portées contre elle, peut fournir des indications utiles<sup>730</sup> ». [Traduction non officielle]

#### h) Exemple relatif à la valeur ou au poids juridique à accorder aux décisions d'autres juridictions

##### Observation 218

**La Chambre d'appel de la Cour pénale internationale a fait savoir qu'en matière de peines elle accorderait moins de poids à la pratique des autres tribunaux qu'à celle « d'une Chambre de première instance de la Cour elle-même ».**

463. Dans l'Arrêt relatif aux appels interjetés contre la décision *Lubanga* relative à la peine, la Chambre d'appel a noté ce qui suit :

la valeur d'autres pratiques en matière de fixation de la peine est même moins importante lorsqu'elles proviennent d'un autre tribunal, et non d'une chambre de première instance de la Cour elle-même. Cela est dû au fait que, même s'il existe des similitudes entre les dispositions relatives à la fixation de la peine à la Cour et celles d'autres tribunaux internationaux, la Cour doit appliquer en premier lieu son propre Statut et ses propres textes juridiques.

<sup>728</sup> Cour pénale internationale, *situation au Darfour* (Soudan), *Al Bashir*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, par. 158.

<sup>729</sup> Ibid., par. 160.

<sup>730</sup> Cour pénale internationale, *situation en Ouganda*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Joseph Kony*, affaire n° ICC-02/04-01/05, *Decision on the Prosecution's request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect's absence*, 23 novembre 2023, par. 56.

La Chambre d'appel a conclu que le Procureur n'avait mis en évidence aucune erreur dans l'approche suivie par la Chambre de première instance pour fixer la peine de Thomas Lubanga et a rejeté l'appel<sup>731</sup>.

#### i) Exemples de renvois à des décisions de juridictions nationales

##### Observation 219

**La Cour pénale internationale a déclaré qu'elle n'était pas liée par les décisions rendues par des juridictions nationales en matière d'administration de la preuve**<sup>732</sup>.

##### Observation 220

**La Cour pénale internationale a déclaré que, si les principes généraux du droit découlant de décisions des tribunaux nationaux pouvaient être appliqués à titre subsidiaire, le droit national ne faisait pas partie du droit applicable aux termes du Statut de Rome.**

464. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre d'appel a déclaré ce qui suit :

si la Cour, conformément à l'article 21-1-c, peut appliquer (exclusivement comme source de droit subsidiaire) les « principes généraux du droit dégagés par [elle] à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde », aucune loi nationale particulière ne fait partie du droit applicable inscrit à l'article 21<sup>733</sup>.

465. La Chambre d'appel, « rappelant [...] que la Cour ne peut appliquer que les sources de droit énumérées à l'article 21 du Statut, [...] [a jugé] infondée la tentative d'Aimé Kilolo d'importer certains principes de droit national prévoyant une "exception en cas d'infraction ou de fraude"<sup>734</sup> ».

#### j) Exemples de renvois à des écrits de doctrine

##### Observation 221

**La Cour pénale internationale renvoie parfois à des écrits de doctrine pour interpréter les éléments des infractions visées dans son statut.**

466. Ainsi, la Chambre préliminaire saisie de l'affaire *Katanga* a fait référence aux éléments du pillage en tant que crime de guerre, en s'appuyant sur des écrits de doctrine<sup>735</sup>. Dans la même affaire, elle a cité le chapitre d'un ouvrage pour expliquer

<sup>731</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et par Thomas Lubanga Dyilo contre la Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut, 1<sup>er</sup> décembre 2014, par. 77.

<sup>732</sup> *Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges (voir *supra* note 680), par. 69.

<sup>733</sup> Cour pénale internationale, *situation en République centrafricaine*, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, affaire n° ICC-01/05-01/13, Arrêt relatif aux appels interjetés par Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido contre la décision de la Chambre de première instance VII intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », 8 mars 2018, par. 291.

<sup>734</sup> *Ibid.*, par. 434.

<sup>735</sup> *Katanga et Chui*, Décision relative à la confirmation des charges (voir *supra* note 698), par. 332, citant : Hans-Peter Gasser, « Protection of the civilian population », dans Dieter Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 209 à 291, à la page 220 ; Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 251 et 485 et 486 ; Michael Bothe, « The law of neutrality », dans Fleck, *The*

les éléments du crime de guerre d'esclavage sexuel visé à l'alinéa b) xxii) du paragraphe 2 de l'article 8 des Éléments des crimes<sup>736</sup>.

467. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* s'est référée à un dictionnaire et à des écrits de doctrine pour indiquer que si l'enrôlement dans une formation militaire pouvait être volontaire, la « conscription » était définie comme un « enrôlement obligatoire », ce qui nécessitait « le caractère obligatoire [...] en sus »<sup>737</sup>.

468. Dans le Jugement rendu dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre de première instance s'est appuyée sur des écrits de doctrine pour déterminer, en ce qui concerne le crime de guerre de déplacement de population civile que « [l]e crime est établi du seul fait qu'un ordre a été donné au sein de la chaîne de commandement politique ou militaire et il n'est pas nécessaire que l'ordre en question soit adressé à la population civile<sup>738</sup> ».

### Observation 222

**La Cour pénale internationale a parfois invoqué des écrits de doctrine lorsqu'elle s'est demandé à partir de quel degré de participation à l'infraction la responsabilité pénale de la personne pouvait être engagée.**

469. Ainsi, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a renvoyé à des écrits de doctrine pour faire valoir que la détermination de la question de savoir si « la contribution particulière de l'accusé engage sa responsabilité en tant que coauteur doit être tranchée sur la base d'une analyse du plan commun et du rôle que le coauteur s'est vu assigner ou qu'il a joué, en fonction de la répartition des tâches<sup>739</sup> ».

---

*Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, p. 485 à 516 ; Hans Boddens Hosang, « Article 8(2)(b)(xiv) – Depriving the nationals of the hostile power of rights or actions », dans Roy S. Lee (dir. publ.), *The International Criminal Court. Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (New York, Transnational Publishers, 2001), p. 172 à 174.

<sup>736</sup> Ibid., par. 343, citant Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court* (voir note précédente), p. 328.

<sup>737</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 608, citant *Oxford Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd. (2002), p. 831, et aussi Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court* (voir *supra* note 7295), p. 377, et Otto Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes* (Munich, C.H. Beck, 2008), p. 472, à la note marginale 231.

<sup>738</sup> *Ntaganda*, Jugement (voir *supra* note 695), par. 1081, renvoyant à Ryszard Piotrowicz, « Displacement and displaced persons » dans Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), p. 337 à 353 ; Jan Willms, « Without order, anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91 (2009), p. 562.

<sup>739</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 1000, citant Thomas Weigend, « Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6 (2008), p. 480 ; *Stratenwerth/Kuhlen Allgemeiner Teil I, Die Straftat* (2011), 13/83 ; Gerhard Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), p. 962 ; Gerhard Werle, *Principes de droit pénal international*, 2<sup>e</sup> éd. (La Haye, T.M.C. Asser, 2009), par. 466 à 468 et 472 ; Roger S. Clark, « Drafting a general part to a penal code: some thoughts inspired by the negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's first substantive law discussion in the *Lubanga Dyilo* confirmation proceedings », *Criminal Law Forum* (2008), p. 545 et suiv. ; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 429 ; Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (Montevideo, Konrad-Adenauer, 2005), p. 189.

**k) Exemples de renvois aux travaux de la Commission du droit international**

**Observation 223**

**La Cour pénale internationale a parfois renvoyé aux écrits de la Commission valant travaux préparatoires du Statut de Rome en ce qui concerne des questions de procédure.**

470. Dans le cadre de la *situation en République démocratique du Congo*, la Chambre d'appel a fait savoir que « [l]a version actuelle de cet article constituait l'article 35-c du projet de Statut pour une cour criminelle internationale préparé en 1994 par la Commission du droit international », dans lequel cette dernière « soulignait que “[l]es motifs pour lesquels la cour peut considérer qu'une affaire n'est pas recevable sont, en résumé, que le crime dont il s'agit [...] n'est pas suffisamment grave pour que la cour ait lieu d'aller elle-même plus loin” »<sup>740</sup>.

471. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Al Mahdi* a appliqué pour la première fois l'article 65 du Statut de Rome, qui porte sur la procédure en cas d'aveu de culpabilité. Elle a renvoyé au projet de statut d'une cour criminelle internationale préparé par la Commission et à d'autres documents issus du processus de rédaction de cette disposition en vue d'interpréter et d'appliquer les dispositions relatives à l'aveu de culpabilité d'un accusé<sup>741</sup>.

**Observation 224**

**La Cour pénale internationale a renvoyé aux travaux de la Commission du droit international relatifs au projet de statut d'une cour criminelle internationale pour interpréter les infractions visées dans son statut.**

472. La Chambre de première instance II saisie de l'affaire *Katanga* a cité les commentaires du projet de statut d'une cour criminelle internationale préparé par la Commission en 1994 lorsqu'elle a interrogé le caractère systématique d'une attaque afin de caractériser un crime contre l'humanité, et a rappelé « que ce n'est pas tant la politique que le caractère généralisé ou systématique de l'attaque [...] la “marque distinctive”<sup>742</sup> ».

**Observation 225**

**La Cour pénale internationale s'est parfois inspirée des travaux de la Commission et des décisions de la Cour internationale de Justice pour interpréter des actes unilatéraux.**

473. Dans l'affaire *Gbagbo*, la Chambre d'appel a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par l'accusé, qui soutenait qu'une déclaration déposée par la Côte d'Ivoire acceptant la compétence de la Cour pénale internationale devait être interprétée de manière restrictive. La Chambre d'appel s'est référée aux principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des

<sup>740</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo*, Chambre d'appel, affaire n° ICC-01/04, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », 13 juillet 2006, par. 81, citant le paragraphe 2) du commentaire relatif à l'article 35 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 55.

<sup>741</sup> *Al Mahdi* (voir *supra* note 715), par. 22, citant l'article 38 du projet de statut d'une cour criminelle internationale et le paragraphe 4) du commentaire y relatif, *Annuaire... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 54 et 55.

<sup>742</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 1111, citant le paragraphe 14 du commentaire de l'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 40.

obligations juridiques et commentaires y relatifs<sup>743</sup> et a signalé que le texte et le commentaire s'inspiraient de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, qui « n'interprète pas de manière restrictive les déclarations qui confèrent une compétence à la [Cour internationale de Justice] en vertu du statut [de cette Cour]<sup>744</sup> ». Elle a rejeté l'appel et a renvoyé au principe 7 des Principes directeurs, précisant qu'« une interprétation restrictive n'est, en tout état de cause, nécessaire que s'il existe un doute quant à l'interprétation de la déclaration », et que la déclaration faite par la Côte d'Ivoire ne créait pas un tel doute et ne limitait pas la compétence de la Cour en excluant les crimes antérieurs au Statut de Rome<sup>745</sup>. [Traduction non officielle].

## I) Exemples de renvois à des ouvrages collectifs d'organes d'experts

### Observation 226

#### **La Cour pénale internationale a parfois renvoyé aux travaux du CICR et à des écrits de doctrine pour interpréter les éléments des infractions visées dans son statut.**

474. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a renvoyé au Commentaire du CICR sur le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève pour interpréter le champ d'application du crime consistant à enrôler des enfants<sup>746</sup>.

475. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Katanga* a cité le Commentaire du CICR relatif aux Protocoles additionnels II, ainsi que des écrits de doctrine pour déterminer que les personnes protégées par l'interdiction des crimes de guerre ne perdent cette protection « qu'en cas de participation directe – et non active – aux hostilités et pour la durée de cette participation<sup>747</sup> ».

476. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Katanga*, lorsqu'elle a interprété les éléments des crimes de guerre figurant à l'article 8 du Statut, a également cité les travaux du CICR dans la détermination du droit international

<sup>743</sup> Le texte des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire ...*, 2006, vol. II (deuxième partie), par. 176 et 177. Voir aussi la résolution de l'Assemblée générale 61/34, par. 3.

<sup>744</sup> Cour pénale internationale, situation en République de Côte d'Ivoire, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo*, affaire n° ICC-02/11-01/11, *Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings*, 12 décembre 2012, par. 88 et 89, renvoyant à Christian Tomuschat, « Article 36 », dans Andreas Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2006), par. 33 et 65 ; voir aussi Cour internationale de Justice, Affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1961, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17, aux pages 17 à 22, et *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* (voir *supra* note 68), par. 44.

<sup>745</sup> *Gbagbo*, *Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings* (voir note précédente), par. 89.

<sup>746</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 605, renvoyant à CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (1987), p. 1377 à la note marginale 4544, et également p. 1379 à la note marginale 4555.

<sup>747</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 790, citant Protocole additionnel II, art. 13, par. 3. Yves Sandoz *et al.* (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève, CICR, 1986), p. 1453 ; *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 537, par. 50 ; Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* (Genève, CICR, 2009), p. 53 à 60.

humanitaire coutumier, en se référant au moment où les civils perdent leur protection<sup>748</sup>.

#### **Observation 227**

##### **La Cour pénale internationale a parfois renvoyé au Commentaire du CICR pour interpréter le Protocole additionnel II<sup>749</sup> aux Conventions de Genève.**

477. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a examiné l'interdiction contenue dans le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949 concernant l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans dans des hostilités, y compris l'intention des rédacteurs du Protocole, telle que mentionnée dans le Commentaire du CICR sur les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève<sup>750</sup>.

#### **Observation 228**

##### **La Cour pénale internationale a parfois renvoyé aux travaux du CICR pour déterminer la portée des règles de droit international coutumier.**

478. Ainsi, dans le Jugement *Ntaganda*, la Chambre de première instance a estimé que la limitation des attaques aux objectifs militaires prévue à l'article 52, paragraphe 2, du protocole additionnel I aux conventions de Genève « par le truchement du droit international coutumier, en est venue à s'appliquer également aux conflits armés ne présentant pas un caractère international », en s'appuyant sur l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier<sup>751</sup>. Dans cette décision, la Chambre de première instance a également renvoyé à la même étude pour attester d'autres règles de droit coutumier telles que la protection renforcée dont bénéficient les installations sanitaires même dans le cas d'un conflit armé non international<sup>752</sup>.

### **m) Exemples de renvois à des résolutions d'organisations internationales**

#### **Observation 229**

##### **La Cour pénale internationale a renvoyé à divers instruments figurant dans des résolutions de l'Assemblée générale concernant la question des réparations aux victims.**

479. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre d'appel a établi des principes applicables en matière de réparations aux victimes, en s'appuyant sur les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit

<sup>748</sup> *Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 673), par. 893, citant Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), règle 10.

<sup>749</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (Genève, 8 juin 1977), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17512, p. 3.

<sup>750</sup> *Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* note 683), par. 604, note 1769, renvoyant à CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (1987), p. 1380.

<sup>751</sup> *Ntaganda*, Jugement (voir *supra* note 695), par. 1146, note 3156, renvoyant à la règle 8 dans Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles* (note *supra* 742), p. 29, et la pratique sous-jacente des États visée dans cette étude.

<sup>752</sup> Ibid. renvoyant à l'article 13, paragraphe 1, du Protocole additionnel I, à l'article 11, paragraphe 2, du Protocole additionnel II, « considérés comme constituant une norme de droit international coutumier dans le cadre des conflits armés tant internationaux que non internationaux », et à la règle 28 de l'étude de Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles* (voir *supra* note 742), p. 91, ainsi qu'à la pratique sous-jacente des États visée dans cette étude.

international humanitaire, notant que « les principes devraient être des concepts généraux qui, bien que formulés au vu des circonstances d'une affaire particulière, peuvent toutefois être appliqués, adaptés, élargis ou complétés ultérieurement par d'autres chambres de première instance<sup>753</sup> ».

480. Dans l'ordonnance de réparation rendue dans l'affaire *Al Mahdi*, la Chambre de première instance a rappelé que la Cour pénale internationale s'était appuyée sur les principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir et sur les principes fondamentaux concernant les réparations pour les victimes en vue de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 75, paragraphe 1 du Statut, d'établir des principes applicables aux formes de réparations<sup>754</sup>, comme l'a signalé la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*<sup>755</sup>. La Chambre de première instance II s'est appuyée sur ces principes applicables aux réparations, tirés des Principes fondamentaux, lorsqu'elle a rendu l'Ordonnance de réparation *Katanga*<sup>756</sup>.

### Observation 230

#### **La Cour pénale internationale a fait mention des résolutions du Conseil de sécurité lorsqu'elle s'est interrogée sur l'existence d'une règle de droit international coutumier.**

481. La Chambre préliminaire saisie de l'affaire *Al Bashir* a examiné divers éléments à l'appui de l'existence d'une règle de droit international coutumier en vertu de laquelle l'immunité des représentants de l'État ne peut empêcher la Cour d'engager des poursuites<sup>757</sup>. Elle a notamment pris en considération les résolutions du Conseil de sécurité aux fins de l'évaluation du comportement des États, observant ce qui suit :

Même certains États qui n'ont pas adhéré à la Cour ont permis à deux reprises que des situations soient déferées au Procureur de la Cour par des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, sans doute en sachant que ces renvois pourraient impliquer des poursuites à l'encontre de chefs d'État qui jouiraient normalement d'une immunité de poursuites au niveau national<sup>758</sup>. [Traduction non officielle].

<sup>753</sup> Cour pénale internationale, *situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Arrêt relatif aux appels interjetés contre la Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations rendue le 7 août 2012 accompagné de l'Ordonnance de réparation MODIFIÉE (annexe A) et des annexes publiques 1 et 2, 3 mars 2015, documents ICC-01/04-01/06-3129, par. 55, et ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, par. 5.

<sup>754</sup> Cour pénale internationale, *situation en République du Mali*, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, affaire n° ICC-01/12-01/15, Ordonnance de réparation, 17 août 2017, par. 24, citant la résolution 40/34 de l'Assemblée générale, du 29 novembre 1985 (Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir), et résolution 60/147 de l'Assemblée générale, du 21 mars 2006 (Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire).

<sup>755</sup> Voir *supra* note 747.

<sup>756</sup> *Katanga*, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut (voir *supra* note 156), par. 29 et 30.

<sup>757</sup> Cour pénale internationale, *situation au Darfour (Soudan)*, Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 12 décembre 2011, par. 22 à 43.

<sup>758</sup> *Ibid.*, par. 40, citant résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité, du 31 mars 2005, et résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité, du 26 juin 2011.

482. La Chambre préliminaire a conclu que « la détermination de la communauté internationale à rejeter l'immunité lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'auteurs de crimes internationaux a atteint un seuil critique<sup>759</sup> » et que « le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux<sup>760</sup> ». [Traduction non officielle].

#### 4. Tribunal spécial pour la Sierra Leone

483. Le droit applicable par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone est énoncé dans l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, ainsi que dans le Statut qui y est annexé<sup>761</sup>. L'article 19, paragraphe 1, du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dispose que, dans le cadre de la détermination de la peine, la Chambre de première instance « peut avoir recours, si c'est nécessaire, à la pratique concernant les sentences d'emprisonnement du Tribunal pénal international pour le Rwanda et les tribunaux nationaux du Sierra Leone ». L'article 20, paragraphe 3, du Statut prévoit que les juges de la Chambre d'appel « seront guidés par les décisions des chambres d'appel des tribunaux internationaux pour l'ancienne Yougoslavie et pour le Rwanda. Dans l'interprétation et l'application des lois de la Sierra Leone, ils doivent être guidés par les décisions de la Cour suprême de la Sierra Leone ».

##### a) Mention expresse des moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

###### Observation 231

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone n'a mentionné expressément les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ou l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans aucune de ses décisions.**

484. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone n'ayant jamais mentionné expressément les moyens auxiliaires ou l'alinéa d) du paragraphe 1) de l'Article 38 dans ses décisions, le Secrétariat ne se prononce pas sur la question de savoir si ou dans quelle mesure, dans les exemples donnés dans la présente section, des décisions judiciaires ou d'autres éléments ont été utilisés comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

##### b) Exemples de cas dans lesquels l'autorité et la compétence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ont été contestées

###### Observation 232

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour internationale de Justice pour déterminer que le Tribunal spécial avait été « établi par la loi ».**

485. La Chambre d'appel dans l'affaire *Kallon* a renvoyé à des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (*Tadić*), du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*Kanyabashi*) et de la Cour internationale de Justice (*Effet de*

<sup>759</sup> Ibid., par. 42.

<sup>760</sup> Ibid., par. 43.

<sup>761</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (Statut joint en annexe) (Freetown, 16 janvier 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 137.

*jugements*) pour déterminer que l'exigence selon laquelle le Tribunal spécial pour la Sierra Leone avait été « établi par la loi » signifiait que sa création

d[evai]t être conforme à la règle de droit. Cela veut dire qu'il doit être établi selon des critères internationaux valables ; il doit disposer des mécanismes et des moyens nécessaires pour rendre une justice impartiale, offrant en même temps toutes les garanties d'équité, et il doit être en phase avec les instruments internationaux relatifs aux droits humains.

...Une lecture du Statut du Tribunal spécial et du Règlement témoigne du fait que les différents critères mentionnés ont été respectés et que le Tribunal spécial a été créé conformément à la règle de droit<sup>762</sup>. [Traduction non officielle].

### Observation 233

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à une décision du Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg et à une décision d'une juridiction nationale pour déterminer qu'une amnistie accordée par les autorités nationales n'empêchait pas les poursuites devant un tribunal pénal international ou étranger.**

486. La Chambre d'appel dans l'affaire *Kallon et Kamara* a renvoyé à la décision dans l'affaire *In re List et al.* et à l'affaire *Eichmann* pour statuer que les crimes énoncés aux articles 2 à 4 de son statut étaient des crimes à caractère international, qui pouvaient être poursuivis en vertu du principe d'universalité<sup>763</sup>. Les amnisties accordées par la Sierra Leone ne pouvaient donc pas concerner les crimes de droit international, car ceux-là étaient soumis à la compétence universelle et que « l'obligation de protéger la dignité humaine est une norme impérative et a le caractère d'une obligation *erga omnes*<sup>764</sup> ». L'octroi d'une amnistie pour des crimes internationaux n'était donc pas seulement une violation du droit international, « mais une violation d'une obligation d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble<sup>765</sup> ». La Chambre d'appel a jugé qu'il n'existait pas de règle coutumière interdisant les lois d'amnistie nationales, mais une évolution vers l'exclusion de ces lois en droit international<sup>766</sup>. [Traduction non officielle].

### Observation 234

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé au jugement du Tribunal militaire international, à une décision de la Cour internationale de Justice et aux principes formulés par la Commission du droit international pour déterminer que les chefs d'État ne bénéficiaient pas de l'immunité de poursuite devant les juridictions internationales.**

<sup>762</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Morris Kallon, Sam Hinga Norman et Brima Bazzy Kamara*, affaires n<sup>os</sup> SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-14-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction*, 13 mars 2004, par. 54 à 56.

<sup>763</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, affaires n<sup>os</sup> SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 mars 2004, par. 68 et 70, renvoyant à *In re List et al.*, Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, *Judgment*, 29 juillet 1948, dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. VIII, p. 1242, et *Le Procureur général (Israël) c. Adolf Eichmann, Judgment*, 29 mai 1962, Cour suprême, *International Law Reports*, vol. 36, page 5, à la page 12.

<sup>764</sup> *Ibid.*, par. 71.

<sup>765</sup> *Ibid.*, par. 73.

<sup>766</sup> *Ibid.*, par. 82.

487. Dans l'affaire *Taylor*, la Chambre d'appel a renvoyé à la Charte et au jugement du Tribunal militaire international, aux Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, formulés par la Commission du droit international, et à une décision de la Cour internationale de Justice (*affaire relative au mandat d'arrêt*) pour déterminer qu'un chef d'État ne bénéficiait pas de l'immunité de poursuite devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone : « l'égalité souveraine des États n'empêche pas qu'un chef d'État soit poursuivi par une juridiction pénale internationale<sup>767</sup> ». [Traduction non officielle].

**c) Exemple d'interprétation du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone**

**Observation 235**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à une décision de la Cour internationale de Justice pour déclarer qu'elle interprétait l'Accord relatif à la création du Tribunal spécial et son statut annexé dans le droit fil des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.**

488. La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à une décision de la Cour internationale de Justice pour déclarer qu'elle se réfère en priorité aux documents constitutifs du Tribunal, l'Accord et le Statut, et les interprète dans le droit fil des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui peuvent être considérés comme reflétant une codification du droit international coutumier<sup>768</sup>.

**d) Exemples relatifs au droit international coutumier**

**Observation 236**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, indiquant qu'il n'était pas contraignant mais constituait un élément de preuve du droit international coutumier.**

489. La Chambre d'appel du Tribunal spécial a invoqué le projet de code en indiquant qu'il n'était pas contraignant mais constituait un élément de preuve du droit international coutumier, ou faisait la lumière sur les règles coutumières en cours d'élaboration, ou donnait à tout le moins les points de vue juridiques de publicistes éminemment qualifiés représentant les grands systèmes juridiques du monde. Elle a également renvoyé aux commentaires de la Commission relatifs au projet de code de 1996 et à l'objet de la Commission, visé dans son statut, à savoir promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification<sup>769</sup>. La référence au projet de code comme donnant les points de vue juridiques de publicistes éminemment qualifiés représentant les grands systèmes juridiques du monde peut être une référence faite non expressément, par la Chambre d'appel du Tribunal spécial, au projet de code de la Commission en tant que moyen auxiliaire au sens du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

<sup>767</sup> *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, Chambre d'appel, affaire n° SCSL-2003-01-1, *Decision on immunity from jurisdiction*, 31 mai 2004, par. 52.

<sup>768</sup> *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, Chambre d'appel, affaire n° SCSL-03-01-A, *Judgment*, 26 septembre 2013, par. 350 et note 1085, citant *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (voir *supra* note 202), par. 48, qui dispose que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont considérés comme une codification du droit international coutumier existant.

<sup>769</sup> *Ibid.*, par. 428.

**Observation 237**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à des décisions judiciaires postérieures à la Seconde Guerre mondiale et à la « jurisprudence ultérieure » pour affirmer que, selon le droit international coutumier, le fait de participer à une infraction en connaissance de cause satisfaisait à l'exigence de l'élément moral (*mens rea*) et engageait donc la responsabilité pénale de l'accusé.**

490. Sur cette base, la Chambre d'appel du Tribunal spécial a jugé que pareille connaissance satisfaisait à l'élément moral (*mens rea*) en vertu du droit international coutumier pour établir qu'une personne avait aidé et encouragé à commettre un crime<sup>770</sup>.

**Observation 238**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à une décision de la Cour internationale de Justice pour affirmer que l'invocation de l'état de nécessité comme motif d'exclusion de l'illicéité était une règle de droit international coutumier.**

491. Dans l'affaire *Fofana et Kondewa*, une chambre de première instance du Tribunal spécial a renvoyé à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* comme « exprim[ant] clairement l'idée selon laquelle l'invocation de l'état de nécessité était en fait reconnu par le droit international coutumier et qu'il s'agissait d'un motif dont disposaient les États pour se soustraire à la responsabilité internationale en cas de commission d'actes illicites<sup>771</sup> ». [Traduction non officielle].

**e) Exemples concernant la façon dont le Tribunal spécial pour la Sierra Leone envisage le précédent et la cohérence**

**Observation 239**

**La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a déclaré que lorsqu'elle appliquait le Statut du Tribunal spécial et le droit international coutumier, elle était guidée par les décisions des Chambres d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que de la Chambre d'appel des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et du Tribunal spécial pour le Liban « et d'autres sources faisant autorité<sup>772</sup> ».**

492. En déclarant ce qui précède, la Chambre d'appel du Tribunal spécial a également indiqué que c'était elle qui tranchait le droit en dernier ressort pour le Tribunal spécial, car les décisions des autres juridictions n'avaient qu'une valeur persuasive et n'étaient pas contraignantes : « La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone reconnaît et respecte le fait que la Chambre d'appel [du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] tranche le droit en dernier ressort pour ce tribunal<sup>773</sup> ». [Traduction non officielle].

493. Dans l'affaire *Norman*, la Chambre d'appel a observé ce qui suit :

Le Statut impose à la Chambre d'appel du Tribunal spécial de s'inspirer de la jurisprudence des Chambres d'appel du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] et du [Tribunal pénal international pour le Rwanda], mais ne lui

<sup>770</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 762), par. 483.

<sup>771</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Moinina Fofana et Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-T, *Judgment*, 2 août 2007, par. 84.

<sup>772</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 762), par. 472.

<sup>773</sup> *Ibid.*

impose pas de la suivre. Cette jurisprudence est persuasive, mais elle n'est pas directement applicable ou contraignante. S'il est profitable de développer une approche cohérente entre les tribunaux pénaux internationaux sur les questions de fond et de procédure, il convient de souligner que le Tribunal spécial est une juridiction hybride. S'il peut tirer des orientations utiles de l'expérience des autres tribunaux pénaux internationaux, le Tribunal spécial n'est pas lié par leurs décisions. La Chambre d'appel suivra toutefois la jurisprudence pertinente lorsqu'il sera approprié de le faire<sup>774</sup>. [Traduction non officielle]

#### Observation 240

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone s'est écarté d'une conclusion d'une décision de la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsqu'il a estimé qu'elle était dénuée d'autorité persuasive et qu'une autre décision du Tribunal spécial pour la Sierra Leone avait également rejeté cette conclusion.**

494. La Chambre d'appel du Tribunal spécial n'a pas reconnu l'autorité persuasive du « Jugement *Brđanin* [rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie,] selon lequel la condition de "spécificité" distingue la commission par planification des autres formes de responsabilité ». En outre, la Chambre de première instance du Tribunal spécial saisie de l'affaire *Brima* a rejeté cette conclusion, estimant qu'il s'agissait d'une interprétation trop restrictive de la responsabilité en cas de planification, et jugé qu'il suffisait de démontrer que la planification avait contribué de manière substantielle au comportement criminel pour établir le lien de culpabilité entre l'accusé et les crimes<sup>775</sup>. [Traduction non officielle]

#### f) Exemples de décisions judiciaires auxquelles il a été renvoyé pour trancher des questions de droit pénal international ou de procédure pénale internationale

##### Observation 241

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone s'est souvent référé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda lorsqu'il a examiné des questions de droit pénal international et de procédure pénale internationale.**

495. La Chambre d'appel du Tribunal spécial a par exemple renvoyé à l'arrêt *Perišić* et à l'arrêt *Tadić* lorsqu'elle a examiné les éléments requis pour satisfaire à l'aide et à l'encouragement à la commission d'un crime, ainsi que les différences entre l'aide et l'encouragement et l'entreprise criminelle commune<sup>776</sup>. Un autre exemple concerne le recours de la Chambre d'appel dudit Tribunal aux décisions rendues par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie illustrées dans l'arrêt *Blaškić*, concernant l'élément moral requis pour établir la responsabilité du supérieur

<sup>774</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana et Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-T, *Decision on interlocutory appeals against Trial Chamber decision refusing to subpoena the President of Sierra Leone*, 11 septembre 2006, par. 13.

<sup>775</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 768), par. 492, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, et Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara et Santigie Borbor Kanu*, affaire n° SCSL-04-16-T, *Judgment*, 20 juin 2007, par. 768.

<sup>776</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 762), par. 478, citant *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 535), par. 185 à 229 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Perišić*, affaire n° IT-04-81-A, Arrêt, 28 février 2013, par. 26 et 27, et Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Mile Mrkšić et Veselin Sljivančanin*, affaire n° IT-95-13/1-A, Arrêt, 5 mai 2009, par. 32.

hiérarchique<sup>777</sup>. La Chambre d'appel du Tribunal spécial a renvoyé aux décisions du Tribunal pénal international pour le Rwanda, par exemple, lorsqu'elle a examiné la pratique de l'Accusation consistant à alléguer une pluralité de crimes à partir du même comportement sous-jacent et l'impossibilité de cumuler les déclarations de culpabilité, sauf si les crimes ne sont pas fondés sur le même comportement sous-jacent<sup>778</sup>.

#### **Observation 242**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a renvoyé à des décisions qu'il avait rendues précédemment pour conclure que, pour faire respecter les droits de l'accusé à un procès équitable, le juge des faits devait déterminer si l'Accusation avait établi la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable<sup>779</sup>.**

496. La Chambre d'appel s'est en outre appuyée sur les décisions antérieures du Tribunal spécial pour déterminer que, si le juge des faits conclut à la culpabilité d'un accusé, il doit déterminer une peine appropriée, à la lumière de l'ensemble du comportement fautif pour lequel il a été condamné<sup>780</sup>.

#### **g) Exemples de renvois à des décisions de juridictions nationales**

##### **Observation 243**

**Appliquant au domaine de la peine les dispositions relatives au droit applicable, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a considéré que la Chambre de première instance devait prendre en compte certains éléments lorsqu'elle fixait une peine, notamment la pratique générale du Tribunal pénal international pour le Rwanda et des juridictions nationales de la Sierra Leone<sup>781</sup>.**

#### **h) Exemples de renvois à des écrits de doctrine**

##### **Observation 244**

**Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone n'a étayé qu'occasionnellement son raisonnement par des écrits de doctrine.**

497. Ainsi, la Chambre d'appel s'est référée à un manuel de droit international pour étayer une partie de son raisonnement lorsqu'elle a conclu que Charles Taylor avait qualité pour introduire une requête invoquant son immunité de juridiction en tant que chef d'État, alors même qu'il n'était pas sous la garde du Tribunal et ne s'était pas présenté à sa comparution initiale devant lui<sup>782</sup>.

<sup>777</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao*, affaire n° SCSL-04-15-A, *Judgment*, 26 octobre 2009, par. 70, citant *Blaškić*, Arrêt (voir *supra* note 511), par. 219.

<sup>778</sup> Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara et Santigie Borbor Kanu*, affaire n° SCSL-04-16-A, *Judgment*, 22 février 2008, par. 212, citant *Kayishema et Ruzindana*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 627 ; *Akayesu* (voir *supra* note 627), par. 468.

<sup>779</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 762), par. 591, citant *Sesay, Appeal Judgment* (voir *supra* note 771), par. 1229 ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Moinina Fofana et Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, *Judgment*, 28 mai 2008, *Appeals Chamber*, par. 546.

<sup>780</sup> *Taylor, Appeal Judgment* (voir *supra* note 762), par. 591.

<sup>781</sup> *Ibid.*, par. 650.

<sup>782</sup> *Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction* (voir *supra* note 767), par. 15, 16, 27 et 32, renvoyant à Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 623.

## 5. Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

498. Les dispositions légales applicables en vertu desquelles les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens doivent exercer leur compétence figurent dans l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, sous l'empire du droit cambodgien, des auteurs des crimes commis sous le Kampuchea démocratique (Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens)<sup>783</sup>. L'Accord définit les crimes dont les Chambres extraordinaires ont compétence pour connaître, ainsi que le champ de compétence personnelle et temporelle des Chambres extraordinaires, à savoir « les dirigeants du Kampuchea démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire et des conventions internationales auxquelles adhère le Cambodge, commis pendant la période comprise entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979<sup>784</sup> ».

499. Par le paragraphe 2 de l'article 12 et l'article 13 de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, les articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques portant sur le procès équitable sont expressément intégrés dans l'Accord et il est précisé que « [l]es chambres extraordinaires exercent leur compétence conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect des formes régulières ».

500. Le paragraphe 1 de l'article 12 de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens dispose, au sujet de la procédure, que :

La procédure est régie par le droit cambodgien. Toutefois, si celui-ci est muet sur un point particulier ou si se pose la question de la compatibilité d'une règle du droit cambodgien avec les normes internationales, les règles de procédure établies au niveau international pourront aussi servir de référence.

### Observation 245

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens interprètent la disposition relative au droit applicable figurant au paragraphe 1 de l'article 12 de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens comme incluant la recherche de références sur les questions de procédure dans les décisions judiciaires rendues par des tribunaux pénaux internationaux comparables.**

501. Les Chambres, se référant au paragraphe 1 de l'article 12, ont déclaré : « L'Accord relatif aux [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] et la Loi relative aux [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] autorisent donc la Chambre de la Cour suprême à rechercher les principes applicables à cette procédure d'appel en s'inspirant des règles de procédure en vigueur au niveau

<sup>783</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, sous l'empire du droit cambodgien, des auteurs des crimes commis sous le Kampuchea démocratique (Phnom Penh, 6 juin 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2329, n° 41723, p. 117. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont été créées par la loi du 10 août 2001 relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, qui fait partie de la législation nationale cambodgienne. Cette loi a ensuite été modifiée par la loi du 27 octobre 2004 portant modification de la loi de 2001 relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens. Les deux textes de lois cambodgiens sont disponibles sur le site Internet des Chambres extraordinaires à l'adresse suivante : [www.eccc.gov.kh/en/document/legal/law-on-eccc](http://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/law-on-eccc) (la version française de la loi telle que modifiée est disponible à l'adresse suivante : [www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC\\_law\\_2004\\_French.pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_law_2004_French.pdf)).

<sup>784</sup> Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, article premier.

international, y compris des interprétations faites par les juridictions internationales comparables aux [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens]<sup>785</sup> ». En d'autres termes, la Chambre de la Cour suprême a interprété le paragraphe 1 de l'article 12 de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens comme faisant référence non seulement aux règles de procédure adoptées par des tribunaux pénaux internationaux comparables, mais aussi aux décisions de ces tribunaux interprétant ces règles.

502. La Chambre de la Cour suprême, se référant à l'arrêt d'appel rendu dans le premier dossier des Chambres extraordinaires, a réaffirmé que « l'article 12 de l'Accord relatif aux [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] autorise la Chambre de la Cour suprême à s'inspirer des règles en vigueur au niveau international » et « à tirer de la jurisprudence du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] et du [Tribunal pénal international pour le Rwanda] le critère qu'elle applique à l'examen des constatations de fait dégagées par la Chambre de première instance »<sup>786</sup>. Dans le même dossier, la Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur les dispositions équivalentes du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>787</sup>, ainsi que sur les décisions de ces deux tribunaux<sup>788</sup> et sur un arrêt de la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale<sup>789</sup>.

**a) Mention expresse des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice**

**Observation 246**

**Dans aucune de leurs décisions, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens n'ont expressément mentionné les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ni l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.**

503. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens n'ayant jamais mentionné expressément les moyens auxiliaires ni l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans leurs décisions, le Secrétariat ne se prononce pas sur la question de savoir si ou dans quelle mesure, dans les exemples donnés dans la présente section, des décisions judiciaires ou d'autres éléments ont été utilisés comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

<sup>785</sup> *Le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, 3 février 2012, Chambre d'appel, par. 13.

<sup>786</sup> *Le Procureur c. Khieu Samphân et Nuon Chea*, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/SC, arrêt, 23 novembre 2016, Chambre d'appel, par. 94.

<sup>787</sup> *Ibid.*, par. 26, citant le paragraphe B) de l'article 115 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le paragraphe B) de l'article 115 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

<sup>788</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 27, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Popović et al.*, affaire n° IT-05-88-A, *Decision on Vujadin Popović's motion for admission of additional evidence on appeal pursuant to rule 115*, 20 octobre 2011, Chambre d'appel, par. 8 et 9, et *Le Procureur c/ Momčilo Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-A, *Decision on Momčilo Krajišnik's motion to present additional evidence and to call witnesses pursuant to rule 115, and to reconsider decision not to call former counsel*, 6 novembre 2008, Chambre d'appel, par. 7 ; ainsi que Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, *Decision on Appellant Jean-Bosco Barayagwiza's Motions for Leave to Present Additional Evidence pursuant to Rule 115 of the Rules of Procedure and Evidence*, par. 6.

<sup>789</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 28, citant Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1<sup>er</sup> décembre 2014, par. 59.

**b) Référence à l'interprétation de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens**

**Observation 247**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont déterminé que leur manière d'interpréter les dispositions de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens passait par l'application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et par la recherche de références dans la « jurisprudence internationale » portant sur des dispositions comparables dans d'autres juridictions.**

504. Dans le dossier 001, la Chambre de la Cour suprême a indiqué que l'expression « dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables » employée à l'article premier de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens :

« d[evait] être interprété[e] de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes [de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Dès lors que l'interprétation faite conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne « conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable », l'article 32 de la même Convention autorise à faire « appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue [...] de déterminer le sens ». La Chambre de la Cour suprême peut aussi s'inspirer de la jurisprudence internationale relative à des dispositions comparables dans d'autres juridictions. La Chambre de la Cour suprême doit par conséquent examiner l'expression « hauts dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables » en faisant appel à ces règles d'interprétation<sup>790</sup>.

505. La Chambre de la Cour suprême s'est ensuite appuyée sur une décision de la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone pour étayer sa conclusion selon laquelle l'expression « principaux responsables » figurant à l'article premier de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens n'était pas un critère juridique mais servait de principe aux co-procureurs et aux co-juges d'instruction lorsqu'ils exerçaient leur pouvoir discrétionnaire indépendant pour décider du champ des poursuites et de l'instruction à l'égard des auteurs des crimes les plus graves relevant de la compétence des Chambres extraordinaires<sup>791</sup>.

**c) Référence aux sources du droit international et aux relations entre elles**

**Observation 248**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont indiqué que le droit applicable englobait non seulement l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, mais aussi les sources du droit international énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et que les questions complexes qui ont trait à la manière dont les règles de droit pénal international ont été dégagées de ces sources ainsi qu'aux relations qu'elles entretiennent entre elles ont été dans une large mesure examinées dans les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda.**

<sup>790</sup> *Duch*, Arrêt (*supra* note 785), par. 59.

<sup>791</sup> *Ibid.*, par. 73 et 74, citant *Brima, Judgment* (appel) (*voir supra* note 778), par. 282.

506. La Chambre de la Cour suprême a indiqué dans le dossier 001 que le droit applicable ne se limitait pas à l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens mais englobait « les conventions internationales, le droit international coutumier et les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations, tels qu'applicables à l'époque considérée<sup>792</sup> ». Elle a alors renvoyé à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais n'a pas expressément mentionné les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ni l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38<sup>793</sup>. Elle a indiqué que les questions complexes qui avaient trait à la manière dont les normes de droit pénal international avaient été dégagées de ces sources ainsi qu'aux relations qu'elles entretenaient entre elles avaient été dans une large mesure examinées dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>794</sup>.

#### **Observation 249**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour étayer leur position concernant l'interaction entre le droit des traités et le droit international coutumier dans la formation et la détermination des règles du droit pénal international.**

507. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour soutenir le point de vue selon lequel le droit conventionnel et le droit international coutumier s'étaient et se complètent souvent mutuellement lorsqu'il s'agit de déterminer si des infractions pénales existaient pendant la période relevant de la compétence des Chambres extraordinaires : « Un traité peut ainsi servir à prouver l'existence d'une règle coutumière, soit en ce qu'il exprime la conviction des États parties que la règle existe, soit en ce qu'il reproduit le droit international coutumier applicable tel qu'il était déjà formé au moment de l'adoption du traité<sup>795</sup>. » Sur cette base, par exemple, la Chambre de la Cour suprême a estimé que les conclusions auxquelles étaient parvenus les tribunaux militaires créés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, combinées à la définition de l'esclavage donnée par la Convention relative à l'esclavage<sup>796</sup>, témoignaient de l'état du droit international coutumier relatif à la définition de la réduction en esclavage en tant que crime contre l'humanité tel qu'il se présentait à l'époque<sup>797</sup>.

#### **d) Références à la formation ou à la détermination des règles de droit international coutumier**

##### **Observation 250**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur des décisions de juridictions nationales et régionales pour conclure que les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal reflétaient l'état du droit international coutumier concernant la définition des crimes contre l'humanité en 1946.**

<sup>792</sup> Ibid., par. 92.

<sup>793</sup> Ibid., par. 92, note 169.

<sup>794</sup> Ibid., par. 92.

<sup>795</sup> Ibid., par. 94, citant *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel (voir *supra* note 538), par. 98, et *Galić*, Arrêt (voir *supra* note 634), par. 85.

<sup>796</sup> Convention relative à l'esclavage (Genève, 25 septembre 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LX, n° 1414, p. 253.

<sup>797</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 132.

508. La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur des décisions de juridictions nationales et régionales pour conclure que, s'agissant des crimes contre l'humanité, les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal reflétaient l'état du droit international coutumier concernant leur définition telle qu'elle existait en 1946. Les Principes n'ont pas été adoptés par l'Assemblée générale et, par conséquent, la Chambre de la Cour suprême a estimé qu'elle pouvait déterminer s'ils reflétaient fidèlement les principes généraux du droit international énoncés dans la Charte et dans le Jugement du Tribunal militaire international en 1946<sup>798</sup>.

### Observation 251

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont fréquemment appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour évaluer la manière dont des règles de droit pénal international coutumier avaient été dégagées et si ces règles existaient durant la période relevant de leur compétence *ratione temporis*.**

509. Les Chambres extraordinaires ont relevé que leur Chambre de première instance s'était largement appuyée sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour se prononcer sur l'existence de crimes ou des modes de participation ou pour interpréter le droit y afférent. La Chambre de la Cour suprême a relevé que ces décisions ne liaient pas les Chambres extraordinaires et ne s'imposaient pas en tant que telles comme sources primaires du droit international. Les Chambres extraordinaires gagnaient à s'inspirer « des raisonnements développés par le [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda] qui ont contribué à la formulation et à l'évolution du droit international pénal, elles avaient toutefois l'obligation, compte tenu du principe de légalité et des protections attachées à ce principe, de s'assurer que les critères définissant les éléments constitutifs des crimes ainsi que les modes de participation retenus étaient prévus par le droit durant la période relevant de leur compétence *ratione temporis* ». La Chambre de la Cour suprême a souligné qu'une « évaluation minutieuse et rationnelle » de ces décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda était « indispensable pour garantir la légitimité des [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] et des décisions qu'elles pronon[çaient]<sup>799</sup> ».

510. Les Chambres extraordinaires se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour étayer l'idée que, pour vérifier la survenance d'une règle de droit international coutumier selon laquelle « un fait contrevient aux lois de l'humanité ou aux injonctions de la conscience publique », le critère traditionnel, au regard duquel il faut rapporter la preuve d'une pratique des États « largement répandue et pratiquement uniforme », est peut-être moins strict que dans d'autres domaines et « la preuve de la conviction des sujets de droit que l'accomplissement d'un acte est obligatoire parce que le droit l'exige (élément psychologique ou *opinio juris*) peut primer sur celle de l'accomplissement effectif de cet acte (élément matériel ou *consuetudo*) ». Dans le domaine de la responsabilité

<sup>798</sup> Ibid., par. 112, citant l'arrêt *Eichmann* (voir *supra* note 763), p. 277 et 278 ; l'arrêt *Touvier* (voir *supra* note 579) ; l'arrêt *Barbie* (voir *supra* note 527), p. 139 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Kolk et Kislyiy c. Estonie (décision)*, nos 23052/04 et 24018/04, CEDH 2006-I, p. 3 ; Bosnie-Herzégovine, *Prosecutor v. Ivica Vrdoljak*, Cour de la Bosnie-Herzégovine, Section I des crimes de guerre X-KR-08488, 10 juillet 2008, p. 12 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, par. 81, CEDH 2008.

<sup>799</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 97.

pénale individuelle en droit international, il fallait garder à l'esprit que pour pouvoir engager des poursuites, il fallait nécessairement, « non seulement qu'une règle de droit érigeant les faits en crimes ait existé », mais également « qu'une multitude d'éléments complexes qui ont rendu les poursuites possibles aient été réunis », notamment « l'identification de l'accusé, la disponibilité des éléments de preuve et l'existence d'une volonté politique » de poursuivre. Compte tenu du cortège de difficultés que cela suppose, le fait que des crimes aient fait l'objet de peu de poursuites ne peut être considéré « comme démentant automatiquement l'existence d'une pratique des États au regard du droit international coutumier<sup>800</sup> ».

### Observation 252

**Pour établir que le crime de crime contre l'humanité existait en 1975, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur le jugement rendu par le Tribunal militaire international, sur les décisions rendues dans des affaires portées devant les tribunaux militaires américains créés, en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne, dans les zones d'occupation en Allemagne, et sur les décisions judiciaires rendues dans un certain nombre d'affaires nationales.**

511. Pour déterminer que le crime de crime contre l'humanité existait en 1975, la Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur le fait que des crimes contre l'humanité avaient été poursuivis devant le Tribunal militaire international<sup>801</sup>, dans des affaires portées devant les tribunaux militaires américains créés, en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne, dans les zones d'occupation en Allemagne<sup>802</sup>, et dans un certain nombre de poursuites nationales engagées pour des faits survenus avant 1975<sup>803</sup>.

512. En outre, pour déterminer que les « autres actes inhumains » étaient considérés comme une catégorie supplétive de crimes contre l'humanité au regard du droit

<sup>800</sup> Ibid., par. 93, citant *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra* note 352), par. 98 et 99, et *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 540), par. 44.

<sup>801</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 103, citant *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (Nuremberg, 14 novembre 1945-1<sup>er</sup> octobre 1946)*, vol. I, p. 173, 174 et 253 à 255.

<sup>802</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 103, renvoyant à l'article II 1) c) de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ; *ibid.*, par. 139, citant des affaires relevant de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ayant abouti à des condamnations pour crimes contre l'humanité de réduction en esclavage, de torture et de persécution : *U.S. v. Oswald Pohl et al.*, *Judgment*, 3 novembre 1947, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuernberg, October 1946 – April 1949*, vol. V (United States Government Printing Office, 1949-1953), p. 970 ; *U.S. v. Milch*, reproduit dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. II, p. 791 et p. 779 à 785, 789 et 790 ; *U.S. v. Flick et al.*, reproduit dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. VI, p. 1195 et 1196 ; *U.S. v. Krauch et al.*, reproduit dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. VIII (« affaire I.G. Farben »), p. 1172 et 1173 ; *U.S. v. Krupp et al.*, reproduit dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IX, p. 1396 à 1409 ; *U.S. v. von Weizsaecker et al.*, reproduit dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. XIV (« affaire des Ministères »), p. 794 à 800.

<sup>803</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 103, citant *Poland v. Greiser*, affaire n° 74, *Judgment*, 7 juillet 1946, *Law Reports of Trials of War Criminals : Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission* (Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, 1949), vol. XIII, p. 104 à 106 ; *Eichmann* (voir *supra* note 763), p. 277 à 342 ; France, *Barbie*, Confirmation de la condamnation (voir *supra* note 579), *International Law Reports*, vol. 100, p. 330 ; *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 602, citant Croatie, *Artuković*, Doc. n° K-1/84-61, 14 mai 1986, Tribunal de district de Zagreb, p. 23 et 26.

international coutumier tel qu'il existait en 1975, la Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur les dispositions pertinentes du Statut du Tribunal militaire international, de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié et des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement du Tribunal, ainsi que sur la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale, pour conclure qu'« il a[vait] été établi que les “autres actes inhumains” constituaient une composante constante du droit pénal international à l'époque » des faits incriminés<sup>804</sup>.

#### Observation 253

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur les décisions judiciaires du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal militaire international pour étayer leur interprétation de l'élément moral de l'extermination constitutive de crime contre l'humanité.**

513. La Chambre de la Cour suprême s'est référée à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal militaire international<sup>805</sup> pour expliquer et étayer son point de vue sur l'élément moral du crime contre l'humanité d'extermination et a conclu que, contrairement au meurtre, l'élément moral du crime d'extermination ne comprend pas la notion de dol éventuel, mais que c'est « l'intention directe de commettre des meurtres à grande échelle qui doit être établie<sup>806</sup> ».

#### Observation 254

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur des décisions judiciaires de l'après-Deuxième Guerre mondiale et sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal**

<sup>804</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 576, citant l'article 6 c) du Statut du Tribunal militaire international ; l'article 5 c) de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ; l'article II, par. 1 c) de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ; le Principe VI c) des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal ; l'affaire des *Ministères* (voir *supra* note 802), p. 467 et 468 (les accusés ont été poursuivis pour une série de crimes comportant, « notamment, le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, l'emprisonnement, l'exécution d'otages, la torture, les persécutions pour motifs politiques, raciaux et religieux et d'autres actes inhumains et criminels » [traduction non officielle]) ; *U.S. v. Brandt et al., Judgment*, 19 août 1946, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. II (« Affaire des Médecins »), p. 198 (l'accusé a été déclaré coupable d'avoir pris une part volontaire à des « atrocités, au cours desquelles des meurtres, des brutalités, des actes de cruauté, des actes de torture et d'autres actes inhumains avaient été commis » [traduction non officielle]) ; l'affaire *Gerbsch, Judgment*, 28 avril 1948, Cour spéciale, Pays-Bas, dans *Law Reports of Trials of War Criminals* (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949), vol. XIII, p. 134 (« les actes de mauvais traitements sont couverts par les termes “autres actes inhumains” » [traduction non officielle]) ; ainsi que l'affaire *Zuehlke, Judgment*, 3 août 1948, Cour spéciale, Pays-Bas, dans *Law Reports of Trials of War Criminals* (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949), vol. XIV, p. 145 (la détention illégale « relève de la notion d'“autres actes inhumains commis contre toute population civile” » [traduction non officielle]).

<sup>805</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786/786), par. 517 et 520, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Karadžić*, affaire n° IT-65-5/18-T, *Judgment*, 24 mars 2016, par. 483, et *Le Procureur c/ Milan Lukić et Sredoje Lukić*, affaire n° IT-98-32/1-A, Arrêt, 4 décembre 2012, Chambre d'appel, par. 536 ; *Stakić*, Arrêt (voir *supra* note 633633), par. 259 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, affaire n° ICTR-01-66-A, Arrêt, 12 mars 2008, Chambre d'appel, par. 189 ; Jugement du Tribunal militaire international, dans *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, p. 247 à 255 ; *Semanza*, Jugement (voir *supra* note 152), par. 340.

<sup>806</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 522.

**pénal international pour le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et du Tribunal spécial pour le Liban pour déterminer l'existence et l'étendue de la responsabilité pénale dans le cadre d'une entreprise criminelle commune.**

514. La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur diverses décisions judiciaires, notamment une décision de la Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires, des affaires de l'après-Seconde Guerre mondiale et des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et du Tribunal spécial pour le Liban, pour déterminer l'existence et l'étendue de la responsabilité pénale dans le cadre d'une entreprise criminelle commune<sup>807</sup>. Tout en admettant que « la jurisprudence n'[était] pas toujours claire<sup>808</sup> » et « a[vait] pu utiliser une terminologie manquant parfois de cohérence », la Chambre de la Cour suprême a conclu qu'« il suffi[sai]t d'établir que les accusés [avaient] été tenus responsables pénalement des crimes commis lors de la mise en œuvre d'un projet commun auquel ils avaient contribué d'une manière ou d'une autre, ne se contentant pas d'être de simples spectateurs », et que « la responsabilité pénale découlant d'une contribution à la réalisation d'un projet criminel commun n'[était] imputée qu'à raison de crimes qui s'inscrivaient réellement dans le cadre du projet commun ». Dans la mesure où ces crimes ont simplement « résulté » de la mise en œuvre du projet commun, la Chambre de première instance a commis l'erreur consistant à « importer un mode de participation aux crimes qui n'existait ni en tant que règle du droit international coutumier [...] ni en tant que principe général de droit » à l'époque des faits incriminés<sup>809</sup>.

**e) Exemples de renvois à des principes**

**Observation 255**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur leurs propres décisions antérieures lorsqu'elles ont examiné le principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) en droit pénal international.**

515. La Chambre de la Cour suprême a approuvé la position adoptée par les Chambres extraordinaires dans des affaires antérieures concernant l'exigence de prévisibilité que contient le principe de légalité, à savoir qu'un accusé « doit être capable de savoir si son comportement revêt un caractère criminel au sens où on l'entend généralement, sans faire référence à une disposition particulière ». La prévisibilité des conséquences pénales des actes allégués pourrait être démontrée par

<sup>807</sup> Ibid., par. 773, citant *Ieng Thirith, Ieng Sary et Khieu Samphân*, affaire n° 002/19-09-2007-ECCC/BCJI (CP38), Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, Chambre préliminaire, par. 53 et suiv. ; *Tadić*, Arrêt (voir *supra* note 538), par. 185 et suiv. ; *Brđanin*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 393 et suiv. ; *Rwamakuba*, *Decision on Interlocutory Appeal* (voir *supra* note 646), par. 9 et suiv. ; *Brima*, *Judgment* (appel) (voir *supra* note 778), par. 75 et suiv. ; Tribunal spécial pour le Liban, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, n° STL-11-01/I/AC/R176bis, 16 février 2011, Chambre d'appel, par. 237 et suiv. Voir aussi *ibid.*, par. 780 à 787, citant l'affaire *Almelo*, Tribunal militaire britannique, Pays-Bas, dans *Law Reports of Trials of War Criminals* (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1947), vol. I, p. 35, 36 et 43 ; affaire *Schonfeld*, Tribunal militaire britannique, Allemagne, dans *Law Reports of Trials of War Criminals* (Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949), vol. XI, p. 66 et 67 ; affaire des *Einsatzgruppen* (voir *supra* note 577), p. 411 et 412 ; *U.S. v. Greifelt et al.*, *Judgment*, 10 mars 1948, dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IV-V, (« Affaire du RuSHA »), p. 103 ; affaire des *Juges* (voir *supra* note 577), p. 985.

<sup>808</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 776.

<sup>809</sup> *Ibid.*, par. 810.

l'existence d'un traité international ou d'une disposition du droit international coutumier qui trouvaient à s'appliquer à l'époque des faits<sup>810</sup>.

### Observation 256

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont fréquemment utilisé les décisions judiciaires du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda comme guide pour examiner le principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) en droit pénal international.**

516. Les Chambres extraordinaires se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer que le principe de légalité s'appliquait tant aux infractions pénales qu'aux modes de participation retenus contre un accusé. Les infractions et les modes de responsabilité reprochés devant les Chambres extraordinaires devaient être prévus par le droit interne ou international au moment de la commission des faits criminels allégués, entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979<sup>811</sup>. En outre, une fois qu'il est établi qu'une infraction ou un mode de participation retenu contre quelqu'un était consacré par le droit interne ou le droit international à l'époque des actes criminels allégués, le principe de légalité n'empêche nullement les Chambres extraordinaires d'interpréter le droit ou de le clarifier, ni de s'appuyer sur des décisions rendues dans le cadre d'autres affaires et tendant à interpréter le droit ou à le clarifier<sup>812</sup>. Le principe de légalité s'oppose par contre à ce qu'une Chambre « crée de nouvelles règles de droit ou interprète les règles existantes au-delà des limites raisonnables d'une clarification acceptable<sup>813</sup> ».

517. Des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont également été invoquées pour dire que le souci d'équité et de respect des normes de procédure qui est à l'origine du principe de légalité exige que les infractions ou les modes de participation reprochés aient été, à l'époque des faits, « suffisamment prévisible[s] et la législation y afférente suffisamment accessible<sup>814</sup> » à l'accusé. Les Chambres extraordinaires se sont également appuyées sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour étayer la position selon laquelle « [b]ien que le caractère immoral ou atroce d'un acte ne soit pas un élément suffisant pour garantir son incrimination [...], il peut avoir une incidence dans la mesure où il peut permettre de réfuter l'argument d'un accusé faisant valoir qu'il ignorait le caractère criminel de ses actes<sup>815</sup> ».

518. De même, la Chambre de la Cour suprême a renvoyé au libellé des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda concernant les « grandes souffrances ou douleurs mentales ou physiques » ou les « atteintes à l'intégrité physique ou mentale<sup>816</sup> » pour étayer sa

<sup>810</sup> *Duch*, arrêt (note 785 *supra*), par. 160, citant *Le Procureur c. Nuon Chea et al.*, dossier n° 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 145 et 146), Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith contre l'ordonnance de clôture, 15 février 2011, Chambre préliminaire, par. 106, citant *Ieng Thirith, Ieng Sary et Khieu Samphân*, Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune (voir *supra* note 807), par. 45.

<sup>811</sup> *Duch*, arrêt (note 785 *supra*), par. 91, citant *Milutinović*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic (voir *supra* note 525), par. 34 à 44.

<sup>812</sup> *Ibid.*, par. 95, citant *Aleksovski*, arrêt (voir *supra* note 519), par. 126 et 127.

<sup>813</sup> *Ibid.*, par. 95, citant *Milutinović*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic (voir *supra* note 525), par. 38.

<sup>814</sup> *Ibid.*, par. 96, citant *Milutinović*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic (voir *supra* note 525), par. 21 et 37, et *Blagojević et Jokić*, Jugement (voir *supra* note 704), par. 695, note 2145.

<sup>815</sup> *Ibid.*, par. 96, citant *Milutinović*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic (voir *supra* note 525), par. 42.

<sup>816</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 579, citant Tribunal pénal international

conclusion selon laquelle la notion d'« autres actes inhumains » est « suffisamment claire et précise pour cadrer avec les principes d'accessibilité et de prévisibilité qui découlent du principe de légalité », « si elle est interprétée et appliquée de manière à limiter la portée de cette catégorie supplétive »<sup>817</sup>. Sur la base d'une analyse des libellés employés par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et par le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que de la définition adoptée par le Statut de Rome<sup>818</sup>, la Chambre de la Cour suprême a précisé les trois éléments requis pour constituer le crime d'actes inhumains<sup>819</sup> et relevé que les limites imposées par ces éléments aux « autres actes inhumains » « trouv[ai]ent un large soutien dans le corpus du droit pénal international moderne et circonscriv[ai]ent de façon adéquate les “autres actes inhumains” ».

### Observation 257

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont fait référence à des écrits de doctrine pour expliquer les fonctions du principe de légalité et appuyer leur conclusion selon laquelle ce principe revêtait une importance toute particulière en droit pénal international.**

519. La Chambre de la Cour suprême s'est référée aux écrits de doctrine sur le droit pénal international pour expliquer que le principe de légalité vise à protéger les droits individuels de trois manières fonctionnellement distinctes : garantir que toute personne qui souhaite éviter d'engager sa responsabilité pénale puisse le faire en étant informée des actes que le législateur qualifie de criminels ; sur le plan de la procédure, protéger l'individu contre l'exercice arbitraire du pouvoir politique ou judiciaire, en interdisant les lois visant à poursuivre ou condamner des personnes précises sans que les critères juridiques soient énoncés à l'avance ; enfin, prévoir une protection analogue à celle offerte par la séparation des pouvoirs devant les tribunaux nationaux qui appliquent le droit interne. La Chambre de la Cour suprême a considéré que les protections mises en place en application du principe international de légalité revêtaient une importance toute particulière en droit pénal international car elles empêchent les tribunaux internationaux ou hybrides d'outrepasser unilatéralement

---

pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Mitar Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, Chambre d'appel, par. 165 ; *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 540), par. 117 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Dragomir Milošević*, affaire n° IT-98-29/1-T, Jugement, 12 décembre 2007, Chambre de première instance, par. 934 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-T, Jugement et opinion, 5 décembre 2003, Chambre de première instance, par. 152 ; *Blagojević et Jokić*, Jugement (voir *supra* note 704), par. 626 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Milorad Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, Jugement, 15 mars 2002, Chambre de première instance, par. 130 ; *Kajelijeli*, Jugement (voir *supra* note 666), par. 932 et 933 (« atteinte grave portée à sa santé physique ou mentale ») ; *Kayishema et Ruzindana*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 151. Voir aussi *Stakić*, Arrêt (voir *supra* note 633), par. 366 (la Chambre d'appel a jugé que les « autres actes inhumains imposent de prouver qu'un acte ou une omission a causé de grandes souffrances ou douleurs mentales ou physiques ou gravement attenté à la dignité humaine »).

<sup>817</sup> *Khieu Samphan et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 578.

<sup>818</sup> *Ibid.*, par. 579, citant l'article 7 1) k) du Statut de Rome, selon lequel les « autres actes inhumains » s'entendent des « [a]utres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ».

<sup>819</sup> *Ibid.*, par. 580. Les trois éléments sont : i) l'existence d'un acte ou d'une omission de la même gravité que les autres actes énumérés en tant que crimes contre l'humanité ; ii) l'acte ou l'omission a causé de grandes souffrances ou douleurs mentales ou physiques ou constitué une grave atteinte à la dignité humaine ; enfin, iii) l'acte ou l'omission a été voulu par l'accusé.

leur compétence en posant l'obligation de définir strictement les faits qui peuvent être qualifiés de crimes<sup>820</sup>.

#### f) Exemples portant sur des questions de procédure

520. Les Chambres extraordinaires se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer que les exceptions d'incompétence les concernant devaient être présentées au cours de l'audience initiale<sup>821</sup>, et pour appuyer le critère d'examen exigé par la Chambre de la Cour suprême lorsqu'elle détermine si la Chambre de première instance a commis ou non une erreur de droit<sup>822</sup>. Elles se sont également appuyées sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour étayer la position selon laquelle la Chambre de la Cour suprême pouvait entendre des appels dans des situations où le point de droit en question n'invaliderait pas le jugement prononcé en première instance, mais soulevait une question d'« importance générale » pour la « jurisprudence » des Chambres extraordinaires<sup>823</sup>. Les Chambres extraordinaires se sont appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour conclure que les erreurs de fait commises dans un jugement de première instance ne pouvaient amener à une annulation de celui-ci que si elles entraînaient un déni de justice<sup>824</sup>. Un autre exemple concerne la décision de la Chambre de la Cour suprême selon laquelle elle a le pouvoir inhérent de vérifier d'office, dans l'intérêt de la justice, que la Chambre de première instance était compétente pour juger l'accusé et par conséquent d'examiner les conclusions de la Chambre de première instance relatives à la compétence<sup>825</sup>.

521. Les Chambres extraordinaires se sont également appuyées sur les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que de la Cour pénale internationale, pour asseoir leur manière d'examiner les décisions relevant du pouvoir discrétionnaire de la Chambre de première instance ou les décisions de nature procédurale, c'est-à-dire qu'elles n'interviendraient que si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était entaché d'une « erreur manifeste d'appréciation [...] qui entraîne un préjudice pour l'appelant<sup>826</sup> ».

<sup>820</sup> *Duch*, arrêt (*supra* note 785), par. 90, renvoyant à Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 127 à 130, et à Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 26.

<sup>821</sup> *Ibid.*, par. 28, citant *Le Procureur c/ Milutinović*, affaire n° IT-05-87-T, Décision concernant la demande présentée par Nebojša Pavković pour rejeter l'acte d'accusation dressé contre lui au motif que le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a illégalement créé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 21 février 2008, Chambre de première instance, par. 15.

<sup>822</sup> *Ibid.*, par. 14, citant *Krnojelac*, Arrêt (voir *supra* note 636), par. 10.

<sup>823</sup> *Ibid.*, par. 15, citant *Galić*, Arrêt (voir *supra* note 541), par. 6.

<sup>824</sup> *Ibid.*, par. 18, citant *Furundžija*, Arrêt (voir *supra* note 617), par. 37, et Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A, *Judgement*, 3 juillet 2002, Chambre d'appel, par. 14.

<sup>825</sup> *Ibid.*, par. 37, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, affaire n° IT-04-82-A, Arrêt, 19 mai 2010, Chambre d'appel, par. 19.

<sup>826</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 97 et 98, citant Cour pénale internationale, situation en Ouganda, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Joseph Kony et al.*, affaire n° ICC-02/04-01/05, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la Défense contre la « Décision relative à la recevabilité de l'affaire, rendue en vertu de l'article 19-1 du Statut, datée du 10 mars 2009, 16 septembre 2009, par. 79 et 80 ; *Krajišnik* (voir *supra* note 788), par. 81 ; *Kupreškić*, Arrêt (voir *supra* note 587), par. 30 à 32 ; *Setaco* (voir *supra* note 661), par. 19 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Siméon Nchamihigo c. le Procureur*, affaire n° ICTR-01-63-A, Arrêt, 18 mars 2010, Chambre d'appel, par. 18 ; *Šainović* (voir *supra* note 549), par. 29 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Grégoire Ndahimana c. le Procureur*, affaire n° ICTR-01-68-A,

La Chambre de la Cour suprême a également renvoyé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour étayer son point de vue sur l'appréciation, par la Chambre de première instance, des preuves par ouï-dire et tiré la conclusion qu'« en vertu du large pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en la matière, une chambre de première instance est habilitée à prendre en considération des preuves relevant du ouï-dire et à y faire fond, sous réserve toutefois<sup>827</sup> ».

522. La Chambre de la Cour suprême a également estimé que les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda étaient convaincantes en matière d'appréciation des preuves et, s'appuyant sur elles, a conclu qu'« une appréciation et [...] une pondération holistiques de l'ensemble des éléments de preuve établissant les faits en cause » était nécessaire, plutôt qu'une « approche morcelée », et ce qui suit :

Il n'est pas nécessaire que tous les faits exposés dans le Jugement soient établis au-delà de tout doute raisonnable ; seuls doivent l'être tous les faits qui permettent d'établir les éléments constitutifs du crime ou le mode de participation allégués, ainsi que tous ceux qui sont indispensables pour entrer en voie de condamnation, notamment les faits constitutifs des éléments du crime ou du mode de participation imputés à l'accusé<sup>828</sup>.

Un autre exemple réside dans la référence que la Chambre de la Cour suprême fait aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour appuyer l'application de son propre règlement intérieur à l'appréciation du recours à des témoignages d'experts par la Chambre de première instance pour dégager des conclusions factuelles, notamment l'admission de témoignages d'experts et le poids à leur accorder<sup>829</sup>.

Arrêt, 16 décembre 2013, Chambre d'appel, par. 14.

<sup>827</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 302, citant Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Emmanuel Rukundo c. le Procureur*, affaire n° ICTR-2001-70-A, Arrêt, 20 octobre 2010, Chambre d'appel, par. 188 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Emmanuel Nindabahizi c. le Procureur*, affaire n° ICTR-01-71-A, Arrêt, 16 janvier 2007, Chambre d'appel, par. 115 ; *Gacumbitsi* (voir *supra* note 633), par. 115 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c. le Procureur*, affaire n° ICTR-96-3-A, Arrêt, 26 mai 2003, Chambre d'appel, par. 34, 207 et 311 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Tharcisse Muvunyi c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-2000-55A-A, Arrêt, 29 août 2008, Chambre d'appel, par. 70 et 81 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *François Karera c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-01-74-A, Arrêt, 2 février 2009, Chambre d'appel, par. 39 et 178 ; *Kordić et Čerkez*, Arrêt (voir *supra* note 540), par. 281 ; *Gatete* (voir *supra* note 661), par. 99 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Vlastimir Đorđević*, affaire n° IT-05-87/1-A, Arrêt, 27 janvier 2014, Chambre d'appel, par. 397.

<sup>828</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 418, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Sefer Halilović*, affaire n° IT-01-48-A, Arrêt, 16 octobre 2007, Chambre d'appel, par. 129, renvoyant à Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki et Samuel Imanisimwe*, affaire n° ICTR-99-46-A, Arrêt, 7 juillet 2006, Chambre d'appel, par. 174 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-A, Arrêt, 9 mai 2007, Chambre d'appel, par. 226 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Dragomir Milošević*, affaire n° IT-98-29/1-A, Arrêt, 12 novembre 2009, Chambre d'appel, par. 20.

<sup>829</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 328, citant Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Tharcisse Renzaho c. le Procureur*, affaire n° ICTR-97-31-A, Arrêt, 1<sup>er</sup> avril 2011, Chambre d'appel, par. 287 et 288 ; *Nahimana*, Arrêt (voir *supra* note 636), par. 198, 212, 508 et 509 ; *Semanza*, Jugement (voir *supra* note 153), par. 303. Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Aloys Simba c. le Procureur*, affaire n° ICTR-01-76-A, Arrêt, 27 novembre 2007, Chambre d'appel, par. 174 ; *Milošević*, Arrêt (voir note précédente), par. 117 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Théoneste Bagosora et Anatole Nsengiyumva*, affaire n° ICTR-98-

### Observation 258

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur leurs propres décisions judiciaires antérieures pour se guider sur les questions de procédure.**

523. La Chambre de la Cour suprême s'est servie des principes énoncés dans l'une de ses propres décisions judiciaires antérieures (Décision sur la qualité des parties civiles<sup>830</sup>), rendue dans le dossier 001, comme fondement de sa conclusion sur la nécessité, pour une partie exerçant le droit de répondre et de répliquer aux argumentations d'autres parties, que les argumentations en question touchent directement aux droits et intérêts de la partie<sup>831</sup>. Elle s'est également appuyée sur l'arrêt d'appel qu'elle avait rendu dans le dossier 001 (Arrêt *Duch*) pour décider de la méthode à adopter pour examiner les allégations d'erreurs de droit et le critère à appliquer pour décider de l'annulation ou de la réformation d'une décision judiciaire, et a conclu que la réformation d'une décision de la Chambre de première instance n'interviendrait que s'il était établi qu'une erreur sur un point de droit « invalid[ait] le jugement ou la décision<sup>832</sup> ». Pour déterminer le critère à appliquer à l'examen des allégations d'erreurs de fait portées contre la Chambre de première instance et la portée de cet examen, la Chambre de la Cour suprême s'est là encore appuyée sur l'arrêt d'appel qu'elle avait rendu dans le dossier 001 pour conclure que le « critère du caractère raisonnable » s'appliquait à l'examen d'une constatation contestée<sup>833</sup> et qu'elle avait « principalement pour rôle de s'assurer que les éléments constitutifs des accusations retenues [avaient] été dûment établis, et non de reprendre le procès et de substituer ses constatations à celles de la Chambre de première instance<sup>834</sup> ».

### Observation 259

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont fait référence à des décisions de la Cour pénale internationale pour illustrer la différence qui existe entre les règles procédurales relatives à la participation des victimes au sein des Chambres extraordinaires et au sein de la Cour pénale internationale.**

524. La Chambre de la Cour suprême a relevé qu'outre les Chambres extraordinaires, la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour le Liban étaient les seules autres instances pénales à caractère international qui autorisaient la participation des victimes, et que, parmi ces deux juridictions, seule la Cour pénale internationale était compétente pour accorder des réparations aux victimes. Elle a invoqué des décisions de la Cour pénale internationale pour montrer la différence avec les Chambres extraordinaires, où l'octroi de la qualité de partie civile entraîne automatiquement celui de tout l'éventail des droits de participation dont peuvent se prévaloir les parties

---

41-A, Arrêt, 14 décembre 2011, Chambre d'appel, par. 225 et 226, note 503 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Dragomir Milošević*, affaire n° IT-98-29/1-T, *Decision on Admission of Expert Report of Robert Donia*, 15 février 2007, Chambre de première instance, par. 11.

<sup>830</sup> *Le Procureur c. Khieu Samphân et Nuon Chea*, dossier n° 002/01, Décision relative aux demandes des co-avocats principaux pour les parties civiles concernant les appels interjetés dans le premier procès dans le cadre du dossier n° 002, 26 décembre 2014, Chambre de la Cour suprême, par. 14 et 17.

<sup>831</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 81.

<sup>832</sup> *Ibid.*, par. 85 à 87. Dans le dossier 001, la Chambre de la Cour suprême a conclu sur cette question en renvoyant à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, voir l'arrêt *Duch* (*supra* note 785), par. 14.

<sup>833</sup> *Ibid.*, par. 88 et 89.

<sup>834</sup> *Ibid.*, par. 94. Dans le dossier 001, la Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour trancher ces questions.

civiles. En revanche, devant la Cour pénale internationale, les victimes n'ont pas la qualité de partie à la procédure mais elles bénéficient d'un intérêt à agir particulier, qui ne leur confère pas automatiquement tous les droits de participation. Le droit d'être entendu et d'autres droits de participation sont accordés au cas par cas si la victime apporte la preuve d'un intérêt à agir particulier<sup>835</sup>.

**g) Exemples concernant la façon dont les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens envisagent le précédent et la cohérence**

**Observation 260**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont référées aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la Cour pénale internationale pour déterminer qu'il n'existait pas de règle formelle de *stare decisis* ou de force obligatoire du précédent dans les systèmes de droit civil tels que celui du Cambodge<sup>836</sup>.**

525. La Chambre de la Cour suprême a néanmoins considéré que le respect du précédent permettait une application uniforme du droit, favorisait la sécurité juridique et garantissait le droit de l'accusé à l'égalité devant la loi. Elle a également indiqué qu'elle s'était systématiquement appuyée et référée à ses conclusions antérieures relatives aux principes et règles de droit et que la « jurisprudence internationale rév[était] également qu'il exist[ait] un respect général des précédents pour des raisons de clarté juridique et d'uniformité du droit<sup>837</sup> ».

**Observation 261**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont indiqué que le Jugement du Tribunal militaire international ne représentait pas une jurisprudence qui les liait mais que, combiné au Statut du Tribunal militaire international et à la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, il n'en attestait pas moins clairement de l'existence ou de la récente survenance de principes du droit pénal international.**

526. La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur le Jugement du Tribunal militaire international pour déterminer si les crimes contre l'humanité existaient au regard du droit international tel qu'il existait en 1975. Elle a alors indiqué que le Jugement du Tribunal militaire international ne représentait pas une jurisprudence qui liait les Chambres extraordinaires mais que, combiné au Statut du Tribunal militaire international et à la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946, il n'en attestait pas moins clairement de l'existence ou de la récente survenance de principes du droit pénal international à cette époque. La résolution 95 (I), adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale, avait confirmé les principes du droit

<sup>835</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*) par. 477 à 479, citant Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I, par. 3 et 99 ; Cour pénale internationale, Chambre d'appel, *Katanga et Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond, rendue le 22 janvier 2010 par la Chambre de première instance II, 16 juillet 2010, par. 39 ; ainsi que Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, 18 janvier 2008, par. 96.

<sup>836</sup> *Le Procureur c. Khieu Samphân*, affaire n° 002/2 19-09-2007/SC, Arrêt, 23 décembre 2022, Chambre d'appel, par. 47, citant *Kupreškić*, Jugement (voir *supra* note 514), par. 540.

<sup>837</sup> *Ibid.*, par. 47, citant *Aleksovski*, Arrêt (voir *supra* note 519), par. 93 à 95, et *Gbagbo*, *Reasons for the « Decision on the « Request for the recognition [...] »* (voir *supra* note 707), par. 14.

international reconnu par le Statut sans faire sienne aucune formulation ni aucune interprétation particulière de ces principes. Elle a été suivie par la résolution 177 (II) en date du 21 novembre 1947, par laquelle l'Assemblée a chargé la Commission du droit international nouvellement créée de formuler ces principes et de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>838</sup>.

## h) Référence aux décisions des juridictions régionales des droits humains

### Observation 262

#### **Les Chambres extraordinaires se sont référées aux décisions des juridictions régionales des droits humains pour examiner l'exigence de motivation suffisante des décisions judiciaires, aspect important d'un procès équitable.**

527. La Chambre de la Cour suprême s'est référée aux décisions judiciaires de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>839</sup>, ainsi qu'aux décisions des Chambres d'appel de la Cour pénale internationale et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>840</sup>, pour étayer son point de vue selon lequel les décisions judiciaires devaient être suffisamment motivées, ce qu'elle considère comme un aspect important d'un procès équitable. Tout en admettant que « la motivation requise pour garantir l'équité de la procédure sera toujours fonction des circonstances particulières de l'espèce », elle a conclu que « [c]e qui compt[ait] le plus c'[était] que le raisonnement suivi par la Chambre pour apprécier la preuve et dégager ses conclusions de fait et de droit soit intelligible<sup>841</sup> ».

### Observation 263

#### **Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont référées aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale, de la Cour internationale de Justice et des juridictions régionales des droits humains comme éléments jurisprudentiels convaincants pour ce qui est du contenu du droit à réparation du préjudice subi.**

528. Les Chambres extraordinaires ont évoqué l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, se rapportant au principe de réparation intégrale<sup>842</sup>. Elles ont également évoqué l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification*

<sup>838</sup> *Duch*, Arrêt (voir *supra* note 785), par. 110.

<sup>839</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 203, citant Cour européenne des droits de l'homme, *Hadjianastassiou c. Grèce*, arrêt du 16 décembre 1992, par. 33 ; *Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, par. 91, CEDH 2010 ; ainsi que *Boldea c. Roumanie*, n° 19997/02, 15 février 2007, par. 30.

<sup>840</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 204 à 206, citant Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve », par. 20 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Momir Nikolić*, affaire n° IT-02-60/1-A, Arrêt relatif à la sentence, 8 mars 2006, Chambre d'appel, par. 96 ; *Furundžija*, Arrêt (voir *supra* note 617), par. 68 et 69 ; *Kunarac* (voir *supra* note 635), par. 41 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Milan Milutinović et al.*, affaire n° IT-05-87, Décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la Chambre de première instance de libérer provisoirement Nebojša Pavković, 1<sup>er</sup> novembre 2005, Chambre d'appel, par. 11 ; et *Kupreškić*, Arrêt (voir *supra* note 587), par. 32 [la Chambre de la Cour suprême a cité ce passage de l'arrêt en l'approuvant dans l'Arrêt *Duch* (voir *supra* note 785), par. 17].

<sup>841</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 207.

<sup>842</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 645, citant *Usine de Chorzów (fond)* (voir *supra* note 28), par. 73 et 125.

*d'un mur*, dans lequel celle-ci a dit que ce principe s'appliquait également entre les États et les particuliers<sup>843</sup>.

529. Pour définir le contenu du droit à réparation du préjudice subi par des victimes, notamment des victimes de crimes de masse, la Chambre de la Cour suprême a tenu compte de décisions rendues par des cours régionales de protection des droits humains qu'elle a estimées convaincantes. Elle a établi une distinction entre la compétence de ces cours régionales des droits humains, qui a pour principal objet la violation, par l'État défendeur, de son obligation de protéger les droits humains, et les procès pénaux, qui diffèrent sur les plans de la politique, du cadre juridique et des règles d'interprétation<sup>844</sup>. Elle a donc déterminé que les formes de réparations dues par les États diffèrent de celles qui peuvent être prononcées contre des personnes déclarées coupables. Aussi la Chambre de la Cour Suprême a-t-elle décidé d'examiner avec circonspection les références à des décisions de juridictions internationales non pénales présentées par les parties civiles appelantes. Elle a décidé de déterminer au cas par cas dans quelle mesure cette jurisprudence pouvait fournir des indications utiles. Elle adopterait une approche analogue pour examiner les procédures suivies par les organes administratifs créés pour régler les questions de réparation, par exemple les commissions de réparation<sup>845</sup>.

530. Les Chambres extraordinaires ont souvent fait référence aux décisions des cours régionales des droits humains s'agissant des victimes, mais relevé que la Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme avaient en matière de preuve des approches autonomes qui n'étaient pas liées par les règles nationales et qui dépendaient de la nature de la violation alléguée et des questions en litige entre les parties. Ces décisions sont centrées sur la violation de droits par les États. La norme de la preuve dépend du fait que les États parties aux traités relatifs aux droits humains ont le devoir de fournir aux institutions créées par les Conventions toute l'aide nécessaire pour trouver la vérité<sup>846</sup>.

## i) Exemples de renvois aux décisions de juridictions nationales

### Observation 264

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont appuyées sur des décisions de juridictions nationales pour étayer leur interprétation de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens en ce qui concerne leur compétence *ratione temporis*.**

531. En l'absence de décisions internationales, la Chambre de la Cour suprême a appuyé son interprétation de la compétence *ratione temporis* des Chambres extraordinaires sur la jurisprudence des États-Unis et de l'Angleterre et du Pays de

<sup>843</sup> Ibid., citant *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* note 117), par. 152 et 153.

<sup>844</sup> Ibid., par. 652, citant *Velásquez Rodríguez* (voir *supra* note 402), par. 134.

<sup>845</sup> Ibid., par. 652.

<sup>846</sup> Ibid., par. 516, citant Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Contreras et al. v. El Salvador*, *Judgment (Merits, Reparations and Costs)*, 31 août 2011, par. 181 ; *Vera Vera v. Ecuador*, *Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, 19 mai 2011, par. 109 ; *Abrill Alosilla et al. v. Peru*, *Judgment (Merits, Reparations and Costs)*, 4 mars 2011, par. 89 et 90 ; *Cabrera Garcia and Montiel Flores v. Mexico*, *Judgment (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Legal Costs)*, 26 novembre 2010, par. 211 et 212 ; *Usón Ramírez v. Venezuela*, *Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*, 20 novembre 2009, par. 206 à 208 ; *Acevedo Buendía et al. v. Peru* (« *Discharged and Retired Employees of the Comptroller* »), *Judgment (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs)*, 1<sup>er</sup> juillet 2009, par. 111 à 114 ; ainsi que Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25, par. 148 et 161.

Galles<sup>847</sup>. Elle a conclu que, bien que les éléments matériels des crimes sur lesquels reposent les accusations retenues doivent avoir été accomplis dans la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1977, « le comportement qui engage la responsabilité pénale individuelle à raison de la participation à une entreprise criminelle commune p[ouvait] remonter à une période antérieure à celle-ci, dès lors que le comportement s'inscrivait dans le cadre des contributions prolongées apportées à la réalisation d'un projet commun qui s'est poursuivie au-delà du 16 avril 1975 », et que ce comportement relèverait toujours de la compétence *ratione temporis* des Chambres extraordinaires<sup>848</sup>.

**j) Exemples de renvois aux textes issus des travaux d'organes créés en vertu d'un instrument relatif aux droits humains**

**Observation 265**

**La Chambre de la Cour suprême des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens s'est parfois référée aux observations générales du Comité des droits de l'homme.**

532. La Chambre de la Cour suprême a fait référence à une observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet du droit d'une personne condamnée à interjeter appel de la décision de première instance en alléguant toute erreur sur un point de droit ou de fait qui est susceptible d'invalider le jugement ou d'entraîner un déni de justice, y compris toute erreur alléguée concernant la décision de la Chambre de première instance relative à la compétence *ratione personae*<sup>849</sup>. Elle a également renvoyé à une observation générale du Comité des droits de l'homme concernant le droit de toute personne à un recours effectif contre des actes violant ses droits humains<sup>850</sup>.

**k) Exemples de renvois à des écrits de doctrine**

**Observation 266**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont fait référence à une décision du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et à des écrits de doctrine en général pour étayer leur point de vue sur les défis structurels que les juges, tant nationaux qu'internationaux, doivent relever et sur la manière dont ces défis sont liés à l'équité des procédures.**

533. La Chambre de la Cour suprême s'est référée à une décision judiciaire du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et à des écrits de doctrine pour étayer son point

<sup>847</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 216, citant *R. v. Becerra* (cour d'appel, Royaume-Uni) ; *R. v. O'Flaherty* (cour d'appel, Royaume-Uni), au paragraphe 64, citant *R. v. Mitchell and King* (cour d'appel, division criminelle, Écosse) ; *DPP v. Doot* (Chambre des Lords, Royaume-Uni) ; *R. v. Governor of Brixton Prison* (Chambre des Lords, Royaume-Uni) ; *R. v. Anderson (William Ronald)* ; *U.S. v. Kissel* (Cour suprême, États-Unis) ; *Fiswick v. U.S.* (Cour suprême, États-Unis) ; *U.S. v. Scarpa* (cour d'appel, États-Unis) ; *U.S. v. Maloney* (cour d'appel, États-Unis), citant *U.S. v. Elwell* (cour d'appel, États-Unis) ; *U.S. v. Seher* (cour d'appel, États-Unis) ; *U.S. v. Rouphael* (tribunal de district, États-Unis) ; *Smith v. U.S.* (Cour suprême, États-Unis).

<sup>848</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 221.

<sup>849</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 37, renvoyant à Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40*, vol. I [A/62/40 (Vol. I)], annexe VI, par. 45 à 51.

<sup>850</sup> *Ibid.*, par. 647, mentionnant Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 40*, vol. I [A/59/40 (Vol. I)], annexe III, par. 15.

de vue selon lequel des défis persistent et concernent tant les juges internationaux que nationaux, tels que la durée limitée des mandats, le fait que, dans une très large mesure, le financement est assuré par des États intéressés, et des pressions concernant la fin des activités des Chambres extraordinaires<sup>851</sup>. Toutefois, la Chambre de la Cour suprême a conclu que « pour déterminer si les questions structurelles susceptibles d'influer sur l'équité du procès justifient une crainte réelle et raisonnable de parti pris, il convient d'établir qu'elles se rapportent à des actes de procédure concrets », et que les défis structurels généraux auxquels les systèmes judiciaires font face ne conduisent pas naturellement à la violation du droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant<sup>852</sup>. En ce sens, la Chambre de la Cour suprême a confirmé qu'il n'y avait pas de crainte réelle de parti pris de la part de la Chambre de première instance<sup>853</sup>.

#### Observation 267

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont occasionnellement cité des dictionnaires de droit pour appuyer leur définition de certains termes.**

534. Examinant l'expression « hauts dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables », la Chambre de la Cour suprême s'est parfois reportée au *Black's Law Dictionary* pour établir la définition de certains termes. Parmi eux le terme « justiciable » dans le contexte de la compétence de la Chambre de première instance pour trancher la question de savoir si une personne était un cadre khmer rouge<sup>854</sup>, et « question d'ordre politique », dans le même contexte<sup>855</sup>.

#### Observation 268

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont renvoyé à des écrits de doctrine pour souligner qu'il était important qu'elles établissent que les crimes et les modes de participation retenus existaient durant la période relevant de leur compétence *ratione temporis* (1975-1979) et aussi, dans une certaine mesure, pour appuyer leur décision quant à l'existence de ces crimes et modes de participation à l'époque.**

535. La Chambre de la Cour suprême a fait référence à des écrits portant sur des décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour souligner qu'il était important que les Chambres extraordinaires établissent que leur appréciation des éléments constitutifs des crimes et des modes de participation était prévue par le droit pendant la période relevant de leur compétence *ratione temporis* :

La viabilité de l'héritage jurisprudentiel des Tribunaux [ad hoc] dépendra dans une grande mesure non pas des aspirations théoriques de leurs rédacteurs mais de leur capacité à fonder leurs décisions sur un ensemble de règles préexistantes. La contribution de ces deux tribunaux à l'histoire et au droit risque d'être

<sup>851</sup> *Khieu Samphan et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 126, citant Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence)*, 13 mars 2004, Chambre d'appel, par. 37 et 38.

<sup>852</sup> *Ibid.*

<sup>853</sup> *Ibid.*

<sup>854</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 61, citant *Black's Law Dictionary*, 9<sup>e</sup> éd. (Thomson Reuters, 2009), p. 944.

<sup>855</sup> *Ibid.*, par. 61, citant *Black's Law Dictionary*, p. 1277.

dérisoire s'ils donnent l'impression d'avoir versé dans l'autosatisfaction intellectuelle ou le militantisme judiciaire<sup>856</sup>. [traduction non officielle]

536. La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur des écrits de doctrine pour dire que la catégorie des crimes contre l'humanité était déjà citée dans les écrits d'Hugo Grotius<sup>857</sup>. Elle a également eu recours à la doctrine pour apprécier les conséquences du Jugement du Tribunal militaire international sur le développement du droit international en ce qui concerne les crimes contre l'humanité<sup>858</sup>. Elle n'a fait référence à la doctrine que dans une poignée d'exemples afin d'étayer son appréciation quant à l'existence de tels crimes en 1975<sup>859</sup>. Comme indiqué dans les observations précédentes, cette appréciation a principalement reposé sur des décisions judiciaires, fondées sur des traités d'époque.

### Observation 269

#### **Les Chambres extraordinaires se sont référées à des écrits de doctrine lorsqu'elles ont examiné l'historique des négociations de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens dans le cadre de l'interprétation des termes de celui-ci.**

537. La Chambre de la Cour suprême s'est référée à des écrits de doctrine lorsqu'elle a indiqué que pour examiner la portée de l'expression « hauts dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables », figurant dans l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, la première étape consistait à rappeler les négociations qui avaient eu lieu quand il avait fallu définir les catégories de personnes qui seraient visées par les poursuites pénales devant les Chambres extraordinaires<sup>860</sup>. De même, lors de l'interprétation de l'article 9 nouveau

<sup>856</sup> Ibid., par. 97, note 184, citant Guénaël Mettraux, « *Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia et for Rwanda* », *Harvard International Law Journal*, vol. 43 (2002), p. 239, et Gallant, *The Principle of Legality in International et Comparative Criminal Law*, p. 24.

<sup>857</sup> Duch, Arrêt (note 785 *supra*), par. 101, citant Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix (De Jure Belli ac Pacis)* (Nouvelle traduction de Jean Barbeyrac. À Amsterdam, chez Pierre de Cour, 1724) [première publication en 1625] <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k86524f>, Livre II, chap. 20, XL(1), p. 613 et Livre II, chap. 25, VIII(2), p. 698, et Emerich de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* (Philadelphie, 1883), Livre II, chap. 4, p. 298. Il est à noter que ce dernier est l'un des rares ouvrages en langue française cités par les Chambres extraordinaires, bien que le français soit l'une de leurs langues officielles.

<sup>858</sup> Duch, Arrêt (note 785 *supra*), par. 110, mentionnant Hans Kelsen, « *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law ?* », *International Law Quarterly*, vol. 1, p. 153 à 171 ; Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 348 ; Egon Schwelb, « *Crimes against humanity* », *British Yearbook of International Law*, vol. 23 (1946), p. 178 à 226 ; ainsi que Otto Kranzbuhler, « *Nuremberg eighteen years afterwards* », *DePaul Law Review*, vol. 14 (1964-1965), p. 333 à 347.

<sup>859</sup> Voir, par exemple, Duch, Arrêt (note 785 *supra*), par. 175, mentionnant Neil Boister et Robert Cryer (dir. publ.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal : Charter, Indictment and Judgments* (Oxford, Oxford University Press, 2008), p. 535 à 539, 604 et 612 ; ainsi que Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 381.

<sup>860</sup> Duch, Arrêt (note 785 *supra*), par. 46 et 56, citant David Scheffer, « *The negotiating history of the ECCC's personal jurisdiction* », 22 mai 2011, p. 4 et 5, ainsi que Sean Morrison, « *Extraordinary language in the Courts of Cambodia: the limiting language and personal jurisdiction of the Cambodian Tribunal* », *Capital University Law Review*, vol. 37 (2008-2009), p. 583 à 630, p. 627. Voir, en général, David Scheffer, « *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* », dans M. Cherif Bassiouni (dir. publ.), *International Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd. (Leiden, Koninklijke Brill NV, 2008), p. 219 à 255. Ancien Ambassadeur itinérant des États-Unis pour les crimes de guerre (1997-2001), David Scheffer a participé à la négociation de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

de la Loi relative à la création des Chambres extraordinaires, la Chambre de la Cour suprême a renvoyé à des écrits de doctrine<sup>861</sup> pour illustrer son historique législatif<sup>862</sup>.

## I) Exemples de renvois aux travaux de la Commission du droit international

### Observation 270

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens se sont référées aux travaux de la Commission du droit international pour évaluer l'évolution de la définition des crimes contre l'humanité depuis 1946.**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont tenu compte du fait que le mandat de la Commission du droit international portait à la fois sur le développement progressif du droit international et sur sa codification, et que la Commission n'avait pas précisément indiqué dans ses travaux s'ils se rattachaient à l'un ou l'autre des éléments de son mandat.**

538. La Cour Suprême a renvoyé aux diverses versions d'un projet de code des crimes internationaux établies par la Commission de 1954 à 1996 pour faire suite à la demande formulée par l'Assemblée générale en 1947 dans sa résolution 177 (II). Même si aucune des versions de ce projet n'a été approuvée par l'Assemblée générale, la Chambre de la Cour suprême a néanmoins estimé qu'elles pouvaient refléter la pratique des États et la conviction des États (*opinio juris*) quant à la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle avait évolué au fil des ans, étant donné que l'une des tâches de la Commission était de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il exist[ait] déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales », comme elle l'avait fait avec les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal<sup>863</sup>.

539. D'autre part, la Chambre de la Cour suprême a rappelé que la Commission avait également pour mission de « promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification<sup>864</sup> ». Par conséquent, les projets de code des crimes relevant du droit international que la Commission a élaborés entre 1954 et 1996 traduisaient la dualité de ce mandat. La Chambre a donc conclu qu'elle devait analyser les projets de code de la Commission à la lumière des éléments de preuve démontrant l'existence de la conviction (*opinio juris*) et de la pratique des États à l'époque des faits afin de distinguer les projets qui reflétaient le droit international coutumier de ceux qui constituaient un développement progressif du droit<sup>865</sup>.

### Observation 271

**La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur une série d'instruments internationaux de l'après-1945, sur les travaux de la Commission du droit international, sur une décision de la Cour européenne des droits de l'homme,**

<sup>861</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 93, citant Scheffer, « *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* », p. 247.

<sup>862</sup> *Ibid.*, par. 93 et 94 ; Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, avec les modifications promulguées le 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006), art. 9 (nouveau), par. 2.

<sup>863</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 114, note 216, citant l'article 15 du Statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) en date du 21 novembre 1947, tel que modifié par les résolutions 485 (V) en date du 12 décembre 1950, 984 (X) en date du 3 décembre 1955, 985 (X) en date du 3 décembre 1955 et 36/39 en date du 18 novembre 1981.

<sup>864</sup> *Ibid.*, par. 115, citant l'article premier du Statut de la Commission du droit international.

<sup>865</sup> *Ibid.*, par. 114 à 116.

**ainsi que sur des dispositions législatives nationales pour conclure que l'exigence d'un lien avec un crime de guerre ou avec un crime contre la paix figurant dans les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal ne faisait pas partie de la définition des crimes contre l'humanité en 1975.**

540. La Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur des instruments internationaux de l'après-1945<sup>866</sup>, les travaux de la Commission<sup>867</sup> et une décision de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>868</sup>, ainsi que sur des dispositions législatives nationales<sup>869</sup> et des décisions de juridictions nationales<sup>870</sup> pour examiner si le lien avec un crime de guerre ou un crime contre la paix était en 1975 un élément constitutif des crimes contre l'humanité. Tout en notant que « le Tribunal militaire international a[vait] appliqué l'exigence d'un lien avec un conflit armé, semble-t-il, en tant que partie intégrante de la définition des crimes contre l'humanité<sup>871</sup> » et que « l'exigence d'un lien avec un conflit armé au regard de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle [était] peu cohérente<sup>872</sup> », la Chambre de la Cour suprême a souligné que l'exigence d'un lien avait connu une « exclusion progressive » de la définition des crimes contre l'humanité en droit international coutumier après la Seconde Guerre mondiale<sup>873</sup> et conclu que « [l]'exigence d'un lien avec un crime de guerre ou avec un crime contre la paix figurant les Principes de Nuremberg ne faisait pas partie de la définition des crimes contre l'humanité en 1975<sup>874</sup> ».

<sup>866</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 716, citant la résolution sur le crime contre l'humanité, adoptée par la huitième Conférence pour l'unification du droit pénal (Bruxelles, 10 et 11 juillet 1947) ; l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (le génocide étant une notion qui découle de la notion de crime contre l'humanité) ; l'article premier de la Convention pour l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (en élargissant la catégorie des actes constitutifs de crimes contre l'humanité pour inclure la définition du Statut du Tribunal militaire international, lequel exige un lien, mais aussi l'apartheid et le génocide, qui ne comportent pas cette exigence, tout en confirmant aussi qu'il peut y avoir commission de crimes contre l'humanité « en temps de guerre ou en temps de paix ») ; ainsi que l'article premier et l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

<sup>867</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 717, citant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, art. 2, par. 11. La Commission du droit international avait voté en faveur de la suppression de l'exigence d'un lien avec un conflit armé dans la définition) ; voir *Annuaire ... 1954*, vol. I., 267<sup>e</sup> séance, par. 40 à 62.

<sup>868</sup> *Ibid.*, par. 718, citant *Korbely c. Hongrie* (voir *supra* note 798), par. 82.

<sup>869</sup> *Ibid.*, par. 719, citant art. 1 b) de la Loi israélienne de 1950 relative à la traduction en justice des nazis et des collaborateurs [non disponible en français] ; Décret-loi hongrois n° 1 de 1971 [non disponible en français] (portant promulgation de la définition élargie des crimes contre l'humanité figurant dans la Convention pour l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) ; ainsi que section 3 2) a) de la Loi relative aux crimes relevant du droit international (Bangladesh) [non disponible en français].

<sup>870</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 719, citant Israël, *Attorney General v. Eichmann, Judgment*, Tribunal de district de Jérusalem ; *Barbie* (voir *supra* note 527) ; *R. v. Finta* (voir *supra* note 579), p. 813 ; affaire *Arancibia Clavel* (Cour suprême, Argentine), p. 18, 23, 33 et 34 [espagnol ; non disponible en français].

<sup>871</sup> *Khieu Samphân et Nuon Chea* (voir *supra* note 786), par. 713.

<sup>872</sup> *Ibid.*, par. 715.

<sup>873</sup> La Chambre de la Cour suprême s'est également référée aux statuts et à la jurisprudence des tribunaux internationaux, hybrides et internationalisés établis à partir de 1993, ainsi qu'à l'historique des négociations du Statut de Rome pour expliquer plus en détail et justifier son point de vue sur l'exclusion de l'exigence de lien de la définition des crimes contre l'humanité. Voir *Khieu Samphân et Nuon Chea* (note 786 *supra*), par. 720.

<sup>874</sup> *Ibid.*, par. 721.

**m) Exemples de renvois à des ouvrages collectifs d'organes d'experts**

**Observation 272**

**Pour établir quelle était la définition de la torture en droit international coutumier en 1975, la Chambre de la Cour suprême s'est appuyée sur le Commentaire du CICR sur la quatrième Convention de Genève.**

541. Outre les diverses références aux travaux du CICR mentionnées plus haut dans la présente section, la Chambre de la Cour suprême a fait référence au Commentaire du CICR sur les articles 32 et 147 de la quatrième Convention de Genève lorsqu'elle a examiné comment la torture était définie selon le droit international coutumier de l'époque et, en particulier, si une atteinte à l'intégrité physique était un élément nécessaire de la définition, et si le dessein d'obtenir des renseignements ou des aveux était nécessaire<sup>875</sup>. La Chambre a conclu que le Commentaire du CICR venait étayer la définition de la torture telle qu'elle figurait dans la Déclaration relative à la torture de 1975<sup>876</sup>.

**n) Exemples de renvois à des résolutions d'organisations internationales**

**Observation 273**

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont invoqué les résolutions de l'Assemblée générale lorsqu'elles ont examiné l'historique des négociations de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens dans le cadre de l'interprétation de ses termes, et lorsqu'elles ont établi quelle était la définition de la torture en 1975.**

542. Lors de l'examen de l'historique des négociations de l'Accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, qui constituait la première étape en vue d'examiner la portée de l'expression « hauts dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables », la Chambre de la Cour suprême a fait référence à la résolution 52/135 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997. Il était affirmé dans cette résolution que les plus graves violations des droits humains perpétrées au Cambodge au cours des années précédentes avaient été le fait des Khmers rouges. À la suite de l'analyse historique, la Chambre de la Cour suprême a estimé que, pour le moins, l'expression « hauts dirigeants du Kampuchea démocratique et principaux responsables » reflétait l'intention de l'Organisation des Nations Unies et du Gouvernement royal du Cambodge de consacrer des ressources limitées à la poursuite de certains responsables des Khmers rouges encore en vie<sup>877</sup>.

543. La Chambre de la Cour suprême a renvoyé à une autre résolution de l'Assemblée générale pour examiner la définition de la torture telle qu'elle existait en droit international coutumier en 1975. Elle a considéré que l'adoption « sans vote » (et donc unanime) par les États Membres de l'Organisation Nations Unies, sous la forme d'une résolution non contraignante de l'Assemblée générale, de la définition de la torture figurant dans la Déclaration relative à la torture de 1975 permettait de conclure que cette définition était largement acceptée par la communauté internationale<sup>878</sup>.

<sup>875</sup> *Duch*, Arrêt (note 785 *supra*), par. 199, citant Jean Pictet (dir. publ.), Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1958) p. 240 et 640.

<sup>876</sup> *Ibid.*, par. 199 à 201 ; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1975.

<sup>877</sup> *Duch*, Arrêt (voir *supra* note 785), par. 46, 47 et 52.

<sup>878</sup> *Ibid.*, par. 204.

### Observation 274

**Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont fait référence aux publications d'une organisation non gouvernementale lors de l'examen des travaux préparatoires ayant précédé la création des Chambres extraordinaires.**

544. La Chambre de la Cour suprême a renvoyé à des publications de l'Open Society Justice Initiative lorsqu'elle a examiné l'historique de la création des Chambres extraordinaires et, en particulier, la signification des expressions « hauts dirigeants » et « principaux responsables » pour savoir s'il s'agissait de critères juridiques ou de questions relevant du pouvoir discrétionnaire s'agissant du champ des poursuites et de l'instruction. Ce pouvoir discrétionnaire, donnant en théorie la possibilité de poursuivre un grand nombre de cadres khmers rouges, était l'option qui semblait la plus intéressante lors des débats publics qui ont présidé à la création des Chambres extraordinaires. Les publications de l'Open Society ont été mentionnées en particulier dans le cadre de ces débats publics<sup>879</sup>.

## 6. Tribunal spécial pour le Liban

### a) Introduction et droit applicable

545. Aux termes de l'article premier du Statut du Tribunal spécial pour le Liban, le Tribunal spécial a compétence « à l'égard des personnes responsables de l'attentat du 14 février 2005 qui a entraîné la mort de l'ancien Premier Ministre libanais Rafic Hariri et d'autres personnes et causé des blessures à d'autres personnes<sup>880</sup> ». Aux termes de l'article 2, sont applicables :

Les dispositions du Code pénal libanais relatives à la poursuite et à la répression des actes de terrorisme, des crimes et délits contre la vie et l'intégrité physique des personnes, des associations illicites et de la non-révéléation de crimes et délits, y compris les règles relatives à l'élément matériel de l'infraction, à la participation criminelle et à la qualification de complot.

En vertu du paragraphe 4 de l'article 21, dans le silence du Règlement de procédure et de preuve, le Tribunal applique les règles d'administration de la preuve « propres à permettre, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit » un règlement équitable de la cause. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 24, « la Chambre de première instance a recours, selon qu'il convient, à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les juridictions internationales et par les juridictions libanaises ».

546. Le Tribunal spécial pour le Liban peut donc, pour statuer, appliquer le droit libanais, ce qui a eu une incidence sur les décisions et autres documents auxquels il s'est référé dans ses arrêts et décisions.

<sup>879</sup> Ibid., par. 79, renvoyant à Open Society Justice Initiative, *Justice Initiatives: The Extraordinary Chambers* (2006) et notamment Kelly Dawn Askin, « Prosecuting Senior leaders of Khmer Rouge crimes », dans *Justice Initiatives: The Extraordinary Chambers*, p. 76.

<sup>880</sup> Résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité (projet d'accord et projet de statut joints en annexe). Le Tribunal spécial pour le Liban a également compétence pour connaître de certaines affaires connexes, avec l'assentiment du Conseil de sécurité.

**b) Références expresses aux moyens auxiliaires**

**Observation 275**

**Le Tribunal spécial pour le Liban ne s'est référé expressément aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit dans aucune des affaires dont il a été saisi.**

547. Le Tribunal spécial pour le Liban n'ayant fait de référence expresse aux moyens auxiliaires ou à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans aucune de ses décisions, il ne faut pas considérer que le Secrétariat prend position sur la question de savoir si ou dans quelle mesure les exemples donnés dans la présente section peuvent constituer une utilisation des décisions judiciaires et d'autres documents comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

**c) Interprétation du Statut du Tribunal spécial pour le Liban et des infractions applicables**

**Observation 276**

**Le Tribunal spécial pour le Liban a établi que rien dans son statut ne donne à penser qu'il faut prendre en compte les décisions des juridictions pénales internationales ou d'autres États pour déterminer le sens de concepts du droit pénal libanais.**

**Observation 277**

**En ce qui concerne la protection du défendeur, le Tribunal spécial pour le Liban a établi qu'il devait appliquer les principes du droit international des droits humains, même si l'article 2 de son statut désigne par ailleurs le droit libanais comme étant le droit applicable<sup>881</sup>.**

548. La Chambre de première instance du Tribunal spécial pour le Liban a souligné que rien dans le libellé de son statut ne donnait à penser qu'une chambre :

devrait se référer aux décisions de juridictions pénales internationales pour déterminer le sens des termes « a commis le crime [...], y a participé en tant que complice, l'a organisé ou a ordonné à d'autres personnes de le commettre », concepts ordinaires de droit pénal déjà reconnus en droit libanais. Il pourrait être nécessaire de s'y référer s'il était question d'un mode de responsabilité qui ne semble pas envisagé en droit libanais, tel que celui relatif aux relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés visé à l'alinéa 2 de l'Article 3 [du Statut du Tribunal]. Mais cela n'a pas été le cas. Et si le Statut imposait effectivement un nouveau mode de responsabilité pour des crimes commis au Liban en 2004 et 2005 qui n'était pas envisagé par le droit libanais à l'époque, la question de la légalité se poserait probablement<sup>882</sup>. [Traduction non officielle]

549. La Chambre de première instance a ajouté que « la question de savoir s'il existe ou non une définition du crime de terrorisme en droit international coutumier n'a rien à voir avec la fonction du Tribunal spécial liée à la "poursuite et la répression des actes de terrorisme", comme le prévoit le Code pénal libanais<sup>883</sup> ». Il s'ensuit que « tenter, en recourant à la législation d'autres nations et à la pratique des États, de concevoir une définition d'un crime international de terrorisme pour l'appliquer éventuellement à quelque chose d'aussi fondamental que le droit pénal d'un État souverain, ne peut être pertinent pour ce qui est de la fonction du Tribunal spécial

<sup>881</sup> *Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash et al*, affaire n° STL-11-01/T/TC, *Judgment*, 18 août 2020, Chambre de première instance, par. 6010.

<sup>882</sup> *Ibid.*, par. 6014.

<sup>883</sup> *Ibid.*, par. 6016.

consistant à juger les crimes visés à l'Article 2<sup>884</sup> ». La Chambre de première instance a souligné qu'elle :

se référerait au code lui-même et aux éventuelles décisions des juridictions libanaises définissant les crimes, même si ces décisions ne lient ni les autres juridictions libanaises ni le Tribunal spécial. Lorsque les méthodes d'interprétation ordinaires, y compris le recours à la jurisprudence libanaise, ne permettent pas de lever les ambiguïtés du code, la Chambre de première instance interprétera les dispositions pertinentes strictement, en faveur de l'accusé – et conformément aux principes du droit international des droits humains – et se gardera ainsi de donner toute définition large des dispositions du droit pénal matériel<sup>885</sup>. [Traduction non officielle]

550. Pour l'examen du droit à la vie privée et familiale des accusés et de leur droit à un procès équitable, le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, déclarant que bien que la jurisprudence de la Cour européenne « ne lie ni le Liban ni ce Tribunal, elle est utile pour évaluer les normes les plus strictes du droit international des droits humains sur ce point<sup>886</sup> ».

#### d) Jurisdiction et compétence

##### Observation 278

**Pour se prononcer sur la régularité de sa création, le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour internationale de justice.**

551. Pour conclure que le Tribunal spécial pour le Liban avait compétence pour se prononcer sur la régularité de sa création (*compétence de la compétence*) et qu'il avait été créé de manière régulière par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1757 (2007) et non parce que le Conseil avait donné effet à un projet de traité conclu entre l'ONU et le Liban que ce dernier n'avait pas ratifié, la Chambre d'appel du Tribunal s'est référée à des décisions rendues par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda dans des affaires portant sur des difficultés et questions similaires, ainsi qu'aux décisions de la Cour internationale de Justice mentionnées dans ces décisions<sup>887</sup>.

#### e) Approche du Tribunal spécial pour le Liban en matière de précédent et de cohérence

##### Observation 279

**Le Tribunal spécial pour le Liban a dit qu'il n'existait pas de règle du précédent obligatoire (*stare decisis*) applicable au Tribunal.**

552. Dans l'affaire *Ayyash*, après avoir rappelé qu'il existait des systèmes « dotés d'une règle formelle du précédent obligatoire – de *common law* ou de tradition civiliste, en fonction de la place de la juridiction de rang supérieur dans la hiérarchie », la Chambre de première instance a confirmé que, comme les chambres

<sup>884</sup> Ibid., par. 6017.

<sup>885</sup> Ibid., par. 6018.

<sup>886</sup> *Akhbar Beirut S.A.L. et Ibrahim Mohamed Ali Al Amin*, affaire n° STL-14-06, *Judgment*, 15 juillet 2016, *Contempt Judge*, par. 158 et 159.

<sup>887</sup> *Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash et al.*, affaire n° STL-11-01/PT/TAC/AR90.1, *Decision on the Defence Appeal against the Trial Chamber's « Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal »*, 24 octobre 2012, Chambre d'appel, par. 14 à 16.

du Tribunal spécial pour le Liban « doivent se mettre à la place d'une juridiction interne [libanaise], elles le font par rapport à un système de droit interne dans lequel il n'existe pas de règle du précédent obligatoire<sup>888</sup> ».

553. Dans l'affaire *Merhi et Oneissi*, la Chambre d'appel a déclaré que « les décisions des juridictions libanaises peuvent servir de référence à la Chambre de première instance sur la manière d'interpréter les dispositions de la législation libanaise, mais ne sauraient se substituer à son interprétation ou son application du droit aux faits dont elle est saisie<sup>889</sup> ».

#### Observation 280

**Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone concernant le prononcé de la peine, les décisions des juridictions libanaises ne portant pas sur des crimes comparables à ceux dont il est saisi.**

554. Dans le jugement portant condamnation rendu dans l'affaire *Ayyash*, la Chambre de première instance a examiné un certain nombre de décisions en matière de détermination des peines rendues par les tribunaux libanais ; elle les a jugées pertinentes, mais a conclu qu'elle n'avait « pas pu trouver de décisions de juridictions libanaises portant sur des crimes comparables à ceux commis par M. Ayyash lors de l'attentat contre M. Hariri ». Elle s'est donc tournée vers la pratique suivie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone en matière de fixation des peines<sup>890</sup>.

#### f) Exemples concernant de questions de procédure

##### Observation 281

**Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions de juridictions internationales et de juridictions nationales autres que les juridictions libanaises principalement à propos de questions de procédure.**

555. Un juge de la Chambre d'appel s'est référé, par exemple, aux décisions de la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale et de la Cour suprême du Royaume-Uni pour affirmer ce qui suit : « Une haute autorité considère qu'il y a "erreur de droit" lorsqu'il existe des "facteurs qu'une chambre de première instance doit impérativement prendre en compte [...] et le fait de ne pas prendre en compte l'un quelconque de ces facteurs peut constituer une erreur de droit" ; il y a également erreur de droit lorsque le jugement doit être annulé parce qu'il "était fondé sur une interprétation erronée du droit"<sup>891</sup> ». La Chambre d'appel s'est également référée à la

<sup>888</sup> *Ayyash* (voir *supra* note 874), par. 6007 et 6008.

<sup>889</sup> *Le Procureur c. Hassan Habib Merhi et Hussein Hassan Oneissi*, affaire n° STL-11-01A-2/AC, *Appeal Judgment*, 10 mars 2022, Chambre d'appel, par. 602.

<sup>890</sup> *Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash*, affaire n° STL-11-01/T/TC, *Sentencing Judgment*, 11 décembre 2020, Chambre de première instance, par. 231.

<sup>891</sup> *Merhi et Hussein Hassan Oneissi* (voir *supra* note 882), *Separate Opinion of Judge Baragwanath*, par. 13, se référant à Cour pénale internationale, situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire n° ICC-01/04-02/06, *Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled « Sentencing judgment »*, 30 mars 2021, par. 26, décrivant l'effet du paragraphe 1 de l'article 145 du Règlement de la Cour pénale internationale ; *Situation au Darfour (Soudan)*, dans *Le Procureur c. Banda et Jerbo*, affaire n° ICC-02/05-03/09, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber IV of 12 September 2011 entitled « Reasons for the Order on translation of witness statements (ICC-02/05-03/09-199) and additional instructions on translation »*, 17 février 2012, Chambre d'appel, par. 29.

jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pour affirmer que « la jurisprudence internationale est uniforme en ce qu'elle impose la même norme de preuve au-delà de tout doute raisonnable, que les preuves soient directes ou indirectes ». Il s'agit d'un « principe bien établi du droit pénal international »<sup>892</sup>.

556. La Chambre d'appel et la Chambre de première instance semblent avoir des points de vue divergents sur la pertinence du droit international pour l'interprétation des éléments du crime de terrorisme. La Chambre de première instance s'est référée à la conclusion de la Chambre d'appel selon laquelle « chaque élément du crime de terrorisme visé à l'article 314 [du Code pénal libanais] devrait être interprété à la lumière du droit international, même si elle reconnaît que cette approche doit être soumise au principe de légalité<sup>893</sup> ». La Chambre de première instance a estimé que « ce recours au droit international était et reste inutile<sup>894</sup> ».

#### g) Références au Comité des droits de l'homme

##### Observation 282

**Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions du Comité des droits de l'homme et aux instruments internationaux relatifs aux droits humains, ainsi qu'aux « décisions et commentaires de leurs tribunaux et comités ».**

557. Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux décisions du Comité des droits de l'homme et à son interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notant que les principes pertinents et leur interprétation « se trouv[ai]ent dans les instruments internationaux relatifs aux droits humains et dans les décisions et commentaires de leurs tribunaux et comités<sup>895</sup> ».

#### h) Références à des ouvrages de doctrine

##### Observation 283

**Le Tribunal spécial pour le Liban ne s'est référé à des ouvrages de doctrine qu'à quelques occasions.**

558. Le Tribunal ne s'est référé à des ouvrages de doctrine qu'en de rares occasions, citant parfois de manière générale des ouvrages théoriques sur le droit libanais pour étayer ses arguments, comme par exemple dans l'affaire *Ayyash* : « Le Conseil de Sabra soutient que pour être responsable, toute personne accusée d'avoir participé à une entente doit « réunir personnellement tous les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction ». Bien qu'aucune base juridique n'ait été citée à l'appui de cet argument, certains manuels de droit libanais, au moins, confirment cette position »<sup>896</sup>. Dans la même affaire, la Chambre de première instance a déclaré que les tribunaux libanais ne s'étant pas prononcés sur la question de l'entente, elle avait « également examiné soigneusement plusieurs ouvrages théoriques analysant cette infraction au regard du droit libanais<sup>897</sup> ».

<sup>892</sup> *Merhi et Hussein Hassan Oneissi* (voir *supra* note 876), par. 48 et 49, renvoyant à l'arrêt *Blagojević et Jokić* (voir *supra* note 821), par. 226, arrêt *Stakić* (voir *supra* note 630), par. 219 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Milan Martić*, affaire n° IT-95-11-A, arrêt, 8 octobre 2008, par. 55 ; arrêt *Rutaganda* (voir *supra* note 820), par. 488.

<sup>893</sup> *Ayyash*, Trial Judgment (voir *supra* note 874), par. 6166, renvoyant à *Interlocutory Decision on the Applicable Law*, 16 février 2011 (voir *supra* note 800).

<sup>894</sup> *Ayyash*, Trial Judgment, (voir *supra* note 874), par. 6167.

<sup>895</sup> *Ibid.*, par. 5918.

<sup>896</sup> *Ibid.*, par. 6037.

<sup>897</sup> *Ibid.*, par. 6216.

## i) Références aux résolutions d'organisations internationales

### Observation 284

**Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé aux résolutions du Conseil de sécurité, en particulier à la résolution 1757 (2007), qui a établi le cadre juridique dans lequel il exerce ses activités.**

**Le Tribunal spécial pour le Liban s'est référé à une résolution de l'Assemblée générale relative au droit à un recours et à réparation pour les violations flagrantes du droit international des droits humains.**

559. Un juge de la Chambre de première instance s'est référé à la résolution 1757 (2007) adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies en tant que document établissant le Tribunal spécial et qui exigeait que le Liban « se conforme aux demandes d'assistance du Tribunal spécial, quel que soit celui de ses quatre organes indépendants dont elles émanent ». La satisfaction des demandes d'assistance présentées par la défense était « une caractéristique essentielle de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, qui s'inscrivait dans le cadre du droit à un procès équitable prévu par le droit international des droits humains<sup>898</sup> ».

560. La Chambre de première instance s'est également référée à la résolution 60/147 de l'Assemblée générale intitulée « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », qui prévoit que les victimes de violations graves des droits humains ont « droit à “une réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi”. La réparation devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi. »<sup>899</sup>

## III. Décisions d'autres organes

### A. Commissions

561. La présente section contient des observations fondées sur les sentences de commissions des réclamations, de commissions d'indemnisation et de commissions du tracé des frontières qui figurent dans le *Recueil des sentences arbitrales*. Certaines de ces affaires sont antérieures aux statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice et s'inscrivent dans un contexte étroit pour ce qui est du droit applicable, axé sur l'indemnisation des dommages (l'observation correspondante l'indique, le cas échéant).

#### 1. Référence expresse aux moyens auxiliaires visés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

562. Dans certaines décisions de commissions des réclamations, il est fait expressément référence aux « moyens auxiliaires » comme faisant partie du droit appliqué par la Commission mixte des réclamations États-Unis-Allemagne en 1923. Par exemple, dans sa décision administrative n° II, cette Commission a dit qu'elle serait régie par le traité de Berlin :

si aucune disposition conventionnelle n'est applicable, la Commission peut appliquer les conventions liant les États-Unis et l'Allemagne, la coutume internationale, les règles communes du droit interne, les principes généraux du droit et, comme moyen auxiliaire de détermination du droit, les décisions

<sup>898</sup> Ibid., Separate Opinion of Judge David Re, par. 128.

<sup>899</sup> Ibid., par. 941.

judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés ; sous réserve qu'elle ne soit pas liée par un code ou une règle de droit en particulier, mais guidée par la justice, l'équité et la bonne foi<sup>900</sup>.

563. À la Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, il a été noté également que la disposition relative aux règles applicables figurant à l'article 19 du Règlement intérieur de cette Commission s'inspirait du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>901</sup>.

## 2. Exemples de recours à des ouvrages de doctrine et des décisions pour la détermination de l'existence de règles de droit international coutumier

### Observation 285

**Parfois, les commissions des réclamations se sont référées à des ouvrages de doctrine identifiant certaines normes comme faisant partie du droit international coutumier.**

564. Par exemple, dans l'affaire *E. R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique s'est appuyée sur un écrit d'Oppenheim pour dire « qu'il "existe maintenant une règle coutumière de droit international interdisant la confiscation des biens privés de l'ennemi et l'annulation des dettes de l'ennemi sur le territoire d'un État belligérant" (*International Law*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 2, p. 158)<sup>902</sup> ».

### Observation 286

**La Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée s'est référée à diverses décisions de juridictions internationales et à des ouvrages de doctrine pour étayer le caractère coutumier des Conventions de Genève et de la Convention de La Haye de 1907.**

565. Dans plusieurs décisions, la Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, se référant aux décisions de la Cour internationale de Justice et à des ouvrages de doctrine, a déclaré que « d'importantes sources modernes soutiennent l'idée que les Conventions de Genève de 1949 sont dans une grande mesure devenues l'expression du droit international coutumier<sup>903</sup> ».

566. La Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée a également formulé « les mêmes conclusions concernant le caractère coutumier de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 et de son règlement

<sup>900</sup> Commission mixte des réclamations États-Unis-Allemagne (1<sup>er</sup> novembre 1923-30 octobre 1939), décision administrative n° II, 1<sup>er</sup> novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 1 à 391, à la page 23.

<sup>901</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, sentence partielle, Prisonniers de guerre – Réclamation de l'Éthiopie n° 4, décision du 1<sup>er</sup> juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI p. 73 à 114, aux pages 83 et 84, par. 22.

<sup>902</sup> États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *E. R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States*, 8 octobre 1930, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente 1951.V.1), p. 608 à 615, à la page 613.

<sup>903</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, Sentence partielle, Prisonniers de guerre – Réclamation de l'Érythrée n° 17, décision du 1<sup>er</sup> juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 23 à 72, à la page 40, par. 40, où il est fait référence, par exemple, à *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* note 80), par. 79 ; S/25704, par. 35 ; Dieter Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 24 ; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford, Clarendon Press, 1989), p. 45.

annexé (« Règlement de La Haye ») que celles qu'elle avait formulées au sujet des Conventions de Genève de 1949<sup>904</sup> ».

### 3. Exemples concernant la cohérence avec des décisions antérieures

#### Observation 287

**Dans les affaires antérieures au Statut de la Cour permanente de Justice internationale, on a reconnu, dans la sentence, l'importance de la cohérence avec les décisions antérieures.**

567. Par exemple, dans l'affaire *Corvaia*, le surarbitre s'est demandé s'il était compétent pour se prononcer sur les réclamations d'origine française devenues la propriété de citoyens italiens. Il a estimé que « [l]e surarbitre n'est pas pour autant libéré. Il ressort d'une longue série de décisions arbitrales que la réclamation doit être à la fois d'origine italienne et en la possession d'un citoyen italien pour qu'une commission italienne puisse la prendre en considération<sup>905</sup> », citant à cet égard la compilation des sentences arbitrales de Moore.

### 4. Exemples de références à des décisions judiciaires ou à des ouvrages de doctrine pour la détermination de l'existence et de la portée d'une règle de droit international

#### Observation 288

**Avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les sentences se référaient à des règles de droit international relatives à la responsabilité des États trouvées ou appliquées dans d'autres sentences et ouvrages de doctrine.**

568. Dans l'affaire *H. G. Venable v. United Mexican States*, la Commission des réclamations a fait référence à de nombreuses sentences arbitrales : « il semble que ce soit un principe bien établi du droit international qu'un déni de justice peut être fondé sur le fait que les autorités d'un État ne donnent pas effet aux décisions de ses juridictions<sup>906</sup> ».

569. Dans l'affaire *George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique a dit « qu'il est généralement admis que la confiscation des biens d'un étranger constitue une violation du droit international, de même qu'elle est généralement interdite en droit interne dans le monde entier ». Elle a ajouté que « selon une règle largement admise en droit

<sup>904</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, Sentence partielle, Front central – Réclamations de l'Érythrée n<sup>os</sup> 2, 4, 6, 7, 8 et 22, décision du 28 avril 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 115 à 153, aux pages 127 et 128, par. 22, citant *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (Nuremberg 14 novembre 1945-1<sup>er</sup> octobre 1946)*, vol. 1, p. 253 et 254 ; *United States v. Von Leeb* (“*High Command*” Case), *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10*, vol. XI, p. 1 à 756, à la page 462 ; S/25704, par. 35 ; voir aussi Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality* (Hersch Lauterpacht, ed., 7th ed. Longmans, 1952) p. 234 à 236 ; Jonathan I. Charney, “International agreements and the development of customary international law”, *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), p. 971 à 996.

<sup>905</sup> Affaire *Corvaia*, sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 609 à 635, à la page 635, citant John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. II (Washington, Government Printing Office, 1898), p. 1353, 2254, 2753 et 2757.

<sup>906</sup> États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *H. G. Venable (U.S.A.) v. United Mexican States*, 8 juillet 1927, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 219 à 261, aux pages 245 et 246.

international, l'État qui annexe un territoire respecte et garantit les droits des personnes et des biens qui se trouvent sur le territoire cédé ou conquis »<sup>907</sup>.

570. Dans l'affaire *Sambiaggio*, la Commission Italie-Venezuela a examiné les décisions de plusieurs commissions des réclamations pour conclure qu'un gouvernement ne pouvait être tenu responsable des actes d'un mouvement révolutionnaire. Elle s'est référée, par exemple, à une affaire portée devant la Commission des réclamations États-Unis-Mexique pour des dommages causés par les forces confédérées pendant la guerre civile américaine, présentée dans le recueil de Moore<sup>908</sup>.

571. Dans l'affaire des *mines d'Aroa*, la Commission Grande-Bretagne-Venezuela a fait référence à l'affaire *Sambiaggio* et aux décisions d'autres commissions des réclamations, notant que « [l]es précédents forment une jurisprudence constante, pour autant que le surarbitre ait la possibilité de les examiner, selon laquelle les gouvernements ne sont pas responsables des actes de rebelles ayant échoué à renverser le pouvoir. L'éminent Sir Edward Thornton en a décidé ainsi dans toutes les affaires qu'il a tranchées en tant que surarbitre de la Commission États-Unis-Mexique. (Moore, vol. 3. p. 2977 à 2980.) »<sup>909</sup>.

572. D'autres commissions des réclamations ont fait des références similaires à la règle d'attribution de l'affaire *Sambiaggio*<sup>910</sup>.

### Observation 289

#### **Parfois, les commissions des réclamations se sont appuyées sur des ouvrages de doctrine et des sentences pour déterminer l'indemnisation adéquate des pertes.**

573. Dans l'affaire *Henry James Bethune (Great Britain) v. United States (Lord Nelson case)*, la commission s'est appuyée sur des ouvrages de doctrine pour conclure qu'« [e]n droit international, et selon un principe généralement accepté, en cas de possession et d'utilisation illicites, le montant de l'indemnité accordée doit représenter à la fois la valeur du bien dont on a été dépossédé et la valeur de son utilisation<sup>911</sup> ».

<sup>907</sup> États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*, 30 avril 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 506 à 516, à la page 509.

<sup>908</sup> Commission Italie-Venezuela, affaire *Sambiaggio*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 499 à 525, à la page 513, se référant à John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. III (Washington, Government Printing Office, 1898), p. 2886 à 2892.

<sup>909</sup> Commission Royaume-Uni-Venezuela, affaire des *mines d'Aroa*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 402 à 445, à la page 440.

<sup>910</sup> Commission Italie-Venezuela, affaire *De Caro*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 635 à 644, à la page 642. Voir aussi Commission mixte des réclamations France-Venezuela, affaire *Acquatella, Bianchi et al.*, Sentence, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 1 à 8, à la page 6 ; Commission Royaume-Uni-Venezuela, affaire *Puerto Cabello and Valencia Railway*, sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 510 à 533, à la page 513 ; Affaire des *mines d'Aroa* (voir note précédente), par. 402 ; Grande-Bretagne/États-Unis, *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) v. Great Britain*, sentence, 18 décembre 1920, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 42 à 44, à la page 44 ; États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States*, 3 octobre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 358 à 364, à la page 361, se référant à *Home Frontier and Foreign Missionary Society*, p. 42.

<sup>911</sup> Grande-Bretagne/États-Unis, *Henry James Bethune (Great Britain) v. United States* (affaire *Lord Nelson*), sentence, 1<sup>er</sup> mai 1914, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 32 à 35, à la page 34, citant T. Rutherford, *Institutes of Natural Law* (Cambridge, 1854), vol. 1, chap. XVII, sect. V ; John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which*

574. Dans l'affaire *Walter H. Faulkner (U.S.A.) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique a rappelé la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *L.F.H. Neer*<sup>912</sup>, dans laquelle elle avait dit qu'il faudrait appliquer les normes internationales pour déterminer le montant de l'indemnisation. Elle s'est référée également au montant calculé comme indemnité journalière dans l'affaire *Topaze*<sup>913</sup> et a noté qu'elle était

disposée à suivre ces précédents, mais qu'ayant conscience de l'évolution de la valeur de l'argent, elle se sent[ait] obligée d'augmenter le montant de cinquante pour cent. Les cas d'octroi de dommages et intérêts pour emprisonnement illégal sont très similaires à la présente affaire ; dans ce type de cas, les tribunaux accordent souvent une somme brute, sans intérêts. La Commission est disposée à suivre également ce précédent<sup>914</sup>. [Traduction non officielle]

575. La Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée s'est référée à l'affaire du *Détroit de Corfou*<sup>915</sup> pour conclure que « lorsque le préjudice est immatériel et ne peut donc être réparé par la restitution ou l'indemnisation, l'État responsable d'un fait illicite est tenu de donner satisfaction<sup>916</sup> ». Au moment d'analyser les causes des réclamations et de déterminer si elles étaient indemnisables, elle a également pris en considération les décisions de plusieurs commissions des réclamations et noté qu'à son avis, « la responsabilité internationale d'un État dans un cas comme celui-ci ne s'étend pas à toutes les pertes et perturbations accompagnant un conflit international. Une violation du *jus ad bellum* par un État ne crée pas de responsabilité pour tout ce qui s'ensuit. Il faut qu'il existe un lien de causalité suffisant. »<sup>917</sup>

#### Observation 290

#### **Parfois, les commissions des réclamations se sont référées à des compilations de jurisprudence et à des ouvrages de doctrine pour déterminer le droit applicable à la saisie de biens par l'État pendant une épidémie.**

576. Dans l'affaire *Bischoff*, la Commission Allemagne-Venezuela a examiné une demande d'indemnisation fondée sur la réquisition d'un carrosse appartenant au demandeur durant une épidémie de variole. Elle a estimé que « [l]es autorités sembl[aient] avoir bien établi que, dans le cas de la saisie illégale de biens personnels, le propriétaire n'[était] pas tenu de recevoir le bien dans un état dégradé<sup>918</sup> ». Toutefois, elle a noté que « dans un certain nombre d'affaires portées devant les

*the United States Has Been a Party*, vol. VI (Washington, Government Printing Office, 1906), p. 1029 ; État's-Unis, affaire *Indian Choctaw. Law of Claims against Governments*, Report No. 134, 43<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, Chambre des représentants, Washington, 1875, p. 220 et suiv.

<sup>912</sup> *États-Unis/Mexique*, Commission générale des réclamations, *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 octobre 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 60 à 66.

<sup>913</sup> Affaire *Topaze (interlocutory)*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 387 à 389.

<sup>914</sup> *États-Unis/Mexique*, Commission générale des réclamations, *Walter H. Faulkner (U.S.A.) v. United Mexican States*, 2 novembre 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 67 à 74, à la page 71.

<sup>915</sup> Affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 69), p. 35. Voir aussi *Problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986* (voir *supra* note 459), par. 122.

<sup>916</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, sentence finale, Réclamations de dommages de l'Érythrée, Décision du 17 août 2009 (voir *supra* note 156), par. 269.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p. 722, par. 289.

<sup>918</sup> Commission Allemagne-Venezuela, affaire *Bischoff*, sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 420 et 421, à la page 420, citant l'*American and English Encyclopedia of Law*, 2<sup>e</sup> édition, vol. VIII, p. 692, et les affaires citées.

commissions d'arbitrage concernant la saisie et la détention de biens, lorsque la saisie initiale a été régulière, le gouvernement défendeur est responsable des dommages liés à l'immobilisation du bien pendant une durée déraisonnable et des dommages causés à ce bien pendant cette période (Moore, Vol. 4, p. 3235 et 3265.)<sup>919</sup> ».

### Observation 291

#### **La Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie s'est référée aux décisions de la Cour internationale de Justice concernant la valeur probante des cartes.**

577. Se référant à la valeur probante des cartes, la Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie a noté que « ce ne sont pas les cartes “à elles seules” (pour reprendre les termes de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier*) qui produisent des effets juridiquement importants, mais les cartes associées à d'autres circonstances<sup>920</sup> ».

578. Se référant à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Kasikili/Sedudu*<sup>921</sup>, la Commission a ajouté que « si les preuves cartographiques sont incertaines et contradictoires, leur valeur sera réduite pour ce qui est de conforter une conclusion à laquelle le juge est parvenu par d'autres moyens ou d'appuyer une modification des résultats de l'interprétation textuelle à laquelle la Cour a procédé ».

### Observation 292

#### **Parfois, les commissions de conciliation antérieures à l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités se sont référées aux principes d'interprétation énoncés dans des ouvrages de doctrine.**

579. Dans l'affaire *des mines d'Aroa*, la Commission Grande-Bretagne-Venezuela s'est référée aux principes d'interprétation des traités figurant dans des ouvrages de doctrine et a cité divers auteurs, notamment comme suit :

Lorsque les termes d'un traité, pris dans leur sens ordinaire, sont clairs et raisonnables, il faut considérer qu'ils sont destinés à être lus dans ce sens, à ceci près que les mots qui, dans des traités, peuvent avoir un sens coutumier différent de leur sens ordinaire doivent être compris comme ayant ce sens, et que l'on ne saurait retenir un sens qui conduit à une absurdité ou à une incompatibilité du contrat avec un principe fondamental du droit accepté (Hall, *Int. Law*, 350)<sup>922</sup>.  
[Traduction non officielle]

580. Par exemple, dans les affaires relatives à la double nationalité, la Commission de conciliation Grande-Bretagne-Italie s'est appuyée sur des ouvrages de doctrine pour énoncer les principes d'interprétation des traités, notant ce qui suit<sup>923</sup> :

Lorsque l'on interprète les dispositions d'un traité, il convient de choisir l'interprétation qui se rapproche le plus des règles établies par le droit international plutôt qu'une interprétation qui s'en éloignerait. Rappelons une fois pour toutes que l'arbitre ne peut se substituer au législateur (voir, par. ex. Carabier, « *l'arbitrage international* », *Recueil des Cours de La Haye*, 1950,

<sup>919</sup> Ibid.

<sup>920</sup> Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, 13 avril 2002, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV, p. 83 à 195, à la page 114, par. 3.22, se référant à l'affaire du *Différend frontalier* (voir *supra* note 105), par. 56.

<sup>921</sup> Ibid., p. 115, par. 3.25, se référant l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* note 213), par. 87.

<sup>922</sup> Affaire des *mines d'Aroa* (voir *supra* note 902), p. 411.

<sup>923</sup> Commission de conciliation Grande-Bretagne-Italie, *Cases of Dual Nationality – Decision No. 22*, sentence, 8 mai 1954, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV, p. 27 à 36, à la page 35.

vol. I, p. 265 et suiv. ; Briefly, « Règles du Droit de la Paix », ibid., 1936, vol. IV, p. 137). [Traduction non officielle]

581. Dans l'affaire *Armstrong Cork Company*, la Commission de conciliation Italie-États-Unis s'est appuyée également sur les règles d'interprétation tirées d'ouvrages de doctrine :

Comme l'a déclaré le professeur Hyde dans son étude remarquable sur l'interprétation des traités (*International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 1945, vol. II, p. 4470) « il faut rejeter au motif qu'elle est malvenue et non scientifique la procédure visant à tester le sens des mots employés dans un traité en se référant à leur soi-disant "sens naturel" ». Cela ne pourrait, au mieux, être considéré autrement que comme une présomption simple pouvant être renversée<sup>924</sup>. [Traduction non officielle]

## 5. Exemples de renvois à des décisions de juridictions internes

### Observation 293

**Parfois, les commissions des réclamations et des réparations se sont référées aux décisions de juridictions internes concernant certaines questions régies par le droit interne, comme par exemple celles de la nationalité ou de la propriété de certains actifs, y compris d'une entreprise.**

582. Par exemple, dans la sentence *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, le tribunal s'est référé à de nombreuses décisions de juridictions du Royaume-Uni, de la France et des États-Unis, notant que :

dans la majorité des pays, les plus hautes juridictions continuent de considérer que ni les actionnaires ni leurs créanciers n'ont de droit sur l'actif social, si ce n'est le droit de recevoir, pendant la durée d'existence de la société, une part des bénéfices dont la répartition a été décidée à la majorité des actionnaires et, après sa liquidation, une part proportionnelle de l'actif<sup>925</sup>. [Traduction non officielle]

583. Dans certaines affaires, telles que *Lily Costello et al. (U.S.A. v. United Mexican States)*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique s'est référée aux décisions de juridictions internes pour renverser la présomption de continuité de la nationalité, a abordé la question de la nationalité des requérants et s'est reportée à des affaires relatives à des réclamations concernant la succession de personnes ayant une double nationalité décédées<sup>926</sup>.

## 6. Exemples de références à des ouvrages de doctrine

### Observation 294

**Dans certaines sentences rendues par les commissions des réclamations avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, il est fait référence à des règles de droit international énoncées dans les ouvrages de doctrine de publicistes.**

<sup>924</sup> Commission de conciliation Italie-États-Unis, *Armstrong Cork Company Case – Decision No. 18*, sentence, 22 octobre 1953, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 159 à 173, à la page 165.

<sup>925</sup> *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers (USA, Reparation Commission)*, sentence, 5 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 777 à 795, à la page 787.

<sup>926</sup> Voir États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *Lily J. Costello, Maria Eugenia Costello and Ana Maria Costello (U.S.A.) v. United Mexican States*, sentence, 30 avril 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 496 à 506, aux pages 501 à 503.

584. Par exemple, dans l'affaire *Bembelista*, pour examiner une réclamation relative des dommages causés près d'une zone où une attaque militaire avait eu lieu, le surarbitre s'est fondé sur le Manuel de l'Institut de droit international<sup>927</sup>, a analysé plusieurs ouvrages de doctrine, y compris Vattel<sup>928</sup>, et conclu que le surarbitre avait « soigneusement examiné presque tous les manuels de droit international, et conclu qu'ils étay[aient] pleinement les principes ici énoncés<sup>929</sup> ».

585. Un autre exemple est celui de l'affaire *Poggioli*, dans lequel la sentence mentionne les travaux de plusieurs publicistes et note qu'« il y a eu en fait un déni de justice de la part des autorités administratives de l'État ; les considérations dont il est ici question relèvent de Calvo, qui retient la responsabilité "en cas de complicité ou de déni de justice manifeste"<sup>930</sup> ».

## 7. Exemples de références aux travaux de la Commission du droit international

### Observation 295

#### La Commission d'indemnisation des Nations Unies s'est référée aux travaux de la Commission du droit international concernant la responsabilité des États.

586. Le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a estimé que les préjudices découlant de l'utilisation ou de la réaffectation de ressources koweïtiennes pour financer le coût de la réparation de pertes et préjudices découlant directement de l'invasion du Koweït par l'Iraq entraînent « dans les catégories de pertes dont il est question aux articles 31 et 35 des articles de la Commission du droit international, [relevaient] des principes établis dans l'affaire [de l'*usine de*] *Chórzow*, et [étaient] donc indemnisables<sup>931</sup> ».

587. On trouve un autre exemple dans un rapport de la Commission d'indemnisation des Nations Unies de 1999 faisant référence aux « principes reconnus du droit international », dans lequel la Commission a noté que « le Projet d'articles sur la responsabilité des États, élaboré par la Commission du droit international, prévoit, dans l'article pertinent, que "l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi... et, le cas échéant, le manque à gagner"<sup>932</sup> ».

### Observation 296

#### La Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée s'est référée aux articles sur la responsabilité des États établis par la Commission.

588. Par exemple, dans la sentence finale sur l'indemnisation, la Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée a considéré que selon le principe de la réparation intégrale contenu dans l'affaire de l'*Usine de Chórzow*, l'indemnisation par l'État responsable visait à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et

<sup>927</sup> Commission Pays-Bas-Venezuela, affaire *Bembelista*, sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 717 à 720, à la page 718.

<sup>928</sup> Ibid., p. 719, se référant à De Vattel, *Le Droit des Gens ; ou, Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* (Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916), Book III, chap. XV, sect. 232, p. 197.

<sup>929</sup> Ibid., p. 719.

<sup>930</sup> Commission Italie-Venezuela, affaire *Poggioli*, sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 669 à 692, à la page 689.

<sup>931</sup> Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième partie de la troisième tranche de réclamations de la catégorie « F3 » (S/AC.26/2003/15), par. 220.

<sup>932</sup> Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie « E2 » (S/AC.26/1999/6), par. 77.

rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis », comme il ressortait de l'article 31 des articles sur la responsabilité des États<sup>933</sup>.

## 8. Exemples de références à des ouvrages collectifs d'organes d'experts

### Observation 297

#### Parfois, les commissions des réclamations se sont référées aux travaux d'institutions privées.

589. Dans le *Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, par. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien*, la Commission France-Italie s'est référée aux règles d'interprétation des traités contenues dans les travaux de l'Institut de droit international, indiquant que selon un principe d'interprétation universellement reconnu, les dispositions d'un traité devaient être interprétées dans leur contexte<sup>934</sup>.

590. Dans l'affaire *Fubini*, la Commission de conciliation Italie-États-Unis a noté que :

[L]es règles relatives à l'art d'interpréter les traités internationaux imposent à l'interprète de se fonder tout d'abord sur le texte qui doit être appliqué, en donnant aux termes employés par les États contractants leur sens naturel. C'est dans ce sens que va la Résolution de l'Institut de droit international du 19 avril 1956, session de Grenade (*Annuaire*, vol. 46, p. 365)... Dans sa jurisprudence, la Cour permanente de Justice internationale a émis la même opinion et refusé de prendre en considération les dispositions qui ne se trouvaient pas dans le texte... La jurisprudence de l'actuelle Cour internationale de Justice n'est en rien différente<sup>935</sup>.

591. Dans l'affaire *H. G. Venable v. United Mexican States*, la Commission s'est référée aux publications de Ralston sur les arbitrages vénézuéliens de 1903, aux règles sur le droit de la faillite adoptées par l'Institut de droit international en 1902 et au projet de convention sur le droit de la faillite « figurant dans le protocole final de la Conférence de La Haye de droit international privé d'octobre-novembre 1925 », où un syndic ou un administrateur de faillite agissait en tant que représentant des biens et n'était pas considéré comme un représentant de l'État<sup>936</sup>.

592. Dans l'affaire *James H. McMahan (U.S.A.) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique a examiné la question de la frontière entre le Mexique et les États-Unis dans le Rio Grande. Elle a dit que les deux États pouvaient exercer pleinement leurs droits territoriaux jusqu'à la frontière, se référant à des ouvrages de doctrine, à des traités conclus après le Congrès de Vienne en 1815 et aux règlements adoptés par l'Institut de droit international en 1887 concernant la navigation sur les fleuves internationaux séparant deux ou plusieurs

<sup>933</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, *sentence finale, Réclamation de dommages de l'Érythrée*, Décision du 17 août 2009 (voir *supra* note 156), par. 24, citant *Usine de Chorzów* (Fond) (voir *supra* note 28), p. 47.

<sup>934</sup> Commission de conciliation France-Italie, *Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, par. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien – Décisions nos 176 et 201*, sentence, 1<sup>er</sup> juillet 1954 et 16 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 626 à 661, à la page 643, citant Hersch Lauterpacht, *De l'interprétation des traités, nouveau projet définitif de résolutions à l'issue du débat de Sienna au sein de l'Institut de Droit International*, p. 1, art. 1, par. 2.

<sup>935</sup> Commission de conciliation Italie-États-Unis, affaire *Fubini – Decision No. 201*, sentence, 12 décembre 1959, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 420 à 434, à la page 425.

<sup>936</sup> *H. G. Venable* (voir *supra* note 893), p. 228.

États pour affirmer que ces instruments reconnaissent le droit des États riverains d'exercer des pouvoirs de police sur le fleuve<sup>937</sup>.

#### Observation 298

**Parfois, la Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée s'est référée aux travaux du Comité international de la Croix-Rouge concernant le statut coutumier de certaines règles du droit international humanitaire.**

593. Parfois, la Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée s'est référée aux travaux du Comité international de la Croix-Rouge concernant le statut coutumier de certaines règles du droit international humanitaire, mais a indiqué qu'elle avait :

pris note avec satisfaction de la nouvelle étude exhaustive du droit coutumier réalisée par le Comité international de la Croix-Rouge, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier* (Cambridge University Press, 2005). Cette étude conclut qu'une interdiction plus large que celle énoncée au paragraphe 2 de l'article 54 est devenue une règle de droit coutumier. La Commission n'a pas besoin d'approuver la conclusion élargie de l'étude et ne le fait pas<sup>938</sup>. [Traduction non officielle]

### 9. Exemples de références à d'autres organes d'experts

#### Observation 299

**Parfois, les commissions des réclamations se sont appuyées sur les bases de discussion de la Conférence de codification du droit international pour étayer certaines règles.**

594. Dans l'affaire *Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations États-Unis-Mexique s'est référée aux *Bases for Discussion of the 1930 Conference for the Codification of International Law* (bases de discussion de la Conférence pour la codification du droit international de 1930) et à la réponse fournie par le Gouvernement britannique à l'appui de la règle exigeant l'épuisement des recours internes<sup>939</sup>.

595. Dans l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States*, la Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique s'est référée à divers documents étayant la règle de la continuité de la nationalité du demandeur pour pouvoir prétendre à une indemnisation. Elle a noté que « d'après l'évolution récente du droit international, on sembl[ait] attacher une grande importance aux conditions existant au moment de la sentence » ; après avoir cité les *Bases of Discussion for the Conference for the Codification of International Law*, elle a conclu qu'« à la lumière

<sup>937</sup> États-Unis/Mexique, Commission générale des réclamations, *James H. McMahan (U.S.A.) v. United Mexican States*, sentence, 30 avril 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 486 à 496, à la page 490, se référant à L. Oppenheim, *International Law*, vol. 1, 3rd ed. (Londres, Longmans, 1920), p. 314 à 322 ; Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. 1, Part 2, 8<sup>e</sup> éd. (Paris, Rousseau, 1925) p. 453 et suiv. ; John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, vol. 1 (Washington, Government Printing Office, 1906), p. 616 et suiv. ; J. de Louter, *Le droit international public positif*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 1920), p. 445 et 490.

<sup>938</sup> Commission des demandes d'indemnisation Éthiopie-Érythrée, *Sentence partielle : Fronts occidentaux, bombardements aériens et demandes assimilées – Réclamations de l'Érythrée n° 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26*, sentence, 19 décembre 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 291 à 349, à la page 330, par. 105, note de bas de page 23.

<sup>939</sup> Grande-Bretagne/Mexique, *Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, sentence, février 1930, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 115 à 129, à la page 122, par. 13.

de documents aussi importants sur le sujet, [elle] ne se sent[ait] pas libre de passer outre le fait que le requérant ne [possédait] plus la nationalité britannique » et a rejeté la réclamation<sup>940</sup>.

## B. Organes des Nations Unies créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

### 1. Introduction et droit applicable

596. Les organes des Nations Unies créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme sont des comités d'experts indépendants chargés de contrôler l'application par les États parties des obligations que leur imposent lesdits instruments<sup>941</sup>. Aucun des traités ne contient de disposition spécifique sur le droit applicable par l'organe conventionnel concerné.

597. D'après le commentaire du projet de conclusions sur le présent sujet adopté à titre provisoire par la Commission à sa soixante-quatorzième session, les documents établis par les organes conventionnels dans les procédures de plaintes individuelles font partie des « décisions »<sup>942</sup>.

### 2. Approche des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en matière de précédents et de cohérence

#### Observation 300

**Les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont toujours fait référence à leurs propres décisions, soit directement dans le texte d'une décision, soit dans une note de bas de page, pour déterminer la portée et le contenu des dispositions de leurs traités respectifs.**

598. Par exemple, dans l'affaire *Juge c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a rappelé « sa jurisprudence dans l'affaire *Kindler c. Canada* et réaffirm[é] qu'il ne considérerait pas que le renvoi d'un individu se trouvant dans un pays qui [avait] aboli la peine capitale vers un pays où il [était] sous le coup d'une condamnation à mort constitu[ait] en tant que tel une violation de l'article 6 du Pacte<sup>943</sup> ».

599. De même, dans l'affaire *Atasoy et Sarkut c. Turquie*, le Comité des droits de l'homme s'est appuyé sur la conclusion qu'il avait lui-même tirée pour renforcer sa conclusion sur la teneur d'un droit donné :

Le Comité rappelle que, dans sa décision d'irrecevabilité concernant la communication n° 185/1984 (*L. T. K c. Finlande*), il avait effectivement considéré cette expression comme venant à l'appui d'une conclusion selon laquelle l'article 18 ne conférait pas expressément un droit à l'objection de

<sup>940</sup> Grande-Bretagne/Mexique, *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States*, sentence, 24 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 207 à 212, aux pages 210 et 211.

<sup>941</sup> Voir *supra* par. 4.

<sup>942</sup> Par. 6 du commentaire du projet de conclusion 2 sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, p. 82 (« Le terme "décisions", entendu au sens large, comprend les décisions rendues par les organes conventionnels créés par les États à l'issue des procédures de plaintes individuelles, tels que le Comité des droits de l'homme. C'est pourquoi, au lieu du terme "décisions judiciaires" qui figure à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, la Commission a choisi, conformément à ses travaux antérieurs, le terme plus général de "décisions", qui a le mérite d'englober les décisions émanant d'un éventail plus large d'organes. »).

<sup>943</sup> *Juge c. Canada* (A/58/40, vol. II, annex V, sect. G), par. 10.2.

conscience. Depuis lors, toutefois, le Comité a confirmé que l'utilisation de cette expression dans un contexte différent « n'équivaut nullement à reconnaître ou à exclure le droit à l'objection de conscience » et par conséquent ne va pas à l'encontre des conséquences nécessaires découlant du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par le Pacte<sup>944</sup>.

600. Le Comité des droits de l'homme s'est également référé à plusieurs reprises à ses propres conclusions pour examiner la recevabilité des communications qui lui étaient soumises : par exemple, il s'est appuyé sur ses décisions antérieures pour déterminer ce qui pouvait constituer un « abus du droit de présenter une communication »<sup>945</sup>, et s'est également référé à sa propre décision antérieure pour déterminer le sens de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte<sup>946</sup>.

601. Dans l'affaire *M.D.C.P. c. Espagne*, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, examinant le bien-fondé de la communication, a observé ce qui suit :

Dans le cadre de son examen des communications individuelles, il s'est prononcé sur des faits similaires, liés au même contexte dans le même État partie, et a conclu à la violation des articles 2 [al. b), c), d) et f)], 3, 5 et 12 de la Convention<sup>947</sup>.

602. Dans l'affaire *Tirunavukarasu c. Royaume des Pays-Bas*, le Comité contre la torture a fait référence, dans une note de bas de page, à ses décisions antérieures pour appuyer le critère juridique établi dans les affaires de non-refoulement<sup>948</sup> :

Il rappelle que, s'il n'est pas nécessaire de démontrer que le risque [de torture dans le pays de retour] est « hautement probable », la charge de la preuve incombe généralement au requérant, qui doit présenter des arguments défendables montrant qu'il court un risque prévisible, réel et personnel.

### Observation 301

#### Les organes créés en vertu d'instruments internationaux se réfèrent souvent à leurs propres observations générales ou recommandations.

603. Par exemple, dans l'affaire *Gabriel Osío Zamora c. République bolivarienne du Venezuela*, le Comité des droits de l'homme a cité plusieurs positions juridiques contenues dans son observation générale n° 32 (2007)<sup>949</sup>. Dans l'affaire *Ali et Ali c. Norvège*, il s'est appuyé sur l'observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille

<sup>944</sup> *Atasoy et Sarkut c. Turquie* (A/67/40, vol. II, annex IX, sect. U), par. 10.3. Dans ce même paragraphe, le Comité a également fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>945</sup> Voir, par exemple, *Murne et al. c. Suède* (CCPR/C/137/D/2813/2016), par. 9.2, et *F.A.H. et al. c. Colombie* (CCPR/C/119/D/2121/2011), par. 8.3.

<sup>946</sup> Voir *Murne et al. c. Suède* (voir note précédente), par. 9.3. Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (New York, 15 décembre 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171.

<sup>947</sup> *M.D.C.P. c. Espagne* (CEDAW/C/84/D/154/2020), par. 7.9, citant *N.A.E. c. Espagne* (CEDAW/C/82/D/149/2019), par. 15.5, et *S.F.M. c. Espagne* (CEDAW/C/75/D/138/2018), par. 7.5 et 7.6.

<sup>948</sup> *Tirunavukarasu c. Royaume des Pays-Bas* (CAT/C/76/D/991/2020), par. 10.4, citant *A. R. c. Pays-Bas* (A/59/44, vol. II, annex V, sect. G), par. 7.3 ; *Dadar c. Canada* (A/61/44, annexe VIII, sect. A), par. 8.4.

<sup>949</sup> *Gabriel Osío Zamora c. République bolivarienne du Venezuela* (CCPR/C/121/D/2203/2012), par. 8.5, 9.3 et 9.4.

et n° 23 du Comité des droits de l'enfant (2017), tout en examinant la question de la légalité du placement d'enfants dans des centres de détention pour migrants<sup>950</sup>.

604. Dans *Mohamed Ben Djazia et Naouel Bellili c. Espagne*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé à plusieurs reprises aux arguments juridiques exposés dans ses observations générales lors de l'examen du fond de l'affaire<sup>951</sup>.

605. Dans *A. c. Danemark*, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes s'est notamment référé à l'observation générale n° 2 du Comité contre la torture pour déterminer si la violence sexuelle fondée sur le genre pouvait être assimilée à de la torture<sup>952</sup>.

606. Le Comité contre la torture a fréquemment rappelé les positions juridiques établies concernant les cas de non-refoulement, telles qu'exprimées dans ses propres observations générales<sup>953</sup>.

### Observation 302

**Le Comité des droits de l'homme a reconnu l'importance de garantir l'homogénéité et la cohérence de ses décisions, tout en permettant qu'on s'en écarte dans des situations exceptionnelles.**

607. Dans l'affaire *Juge c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a observé ce qui suit :

Tout en reconnaissant qu'il doit veiller à la cohérence de sa jurisprudence, le Comité relève qu'il peut y avoir des situations exceptionnelles dans lesquelles un réexamen de la portée de l'application des droits protégés par le Pacte est nécessaire, [...] en particulier s'il y a eu une évolution notable dans les faits et dans le droit et des changements dans l'opinion internationale au sujet de la question. [...] Le Comité estime que le Pacte devrait être interprété comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui<sup>954</sup>.

### Observation 303

**Le Comité des droits de l'homme s'est référé aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.**

608. Dans l'affaire *Juge c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a fait l'observation suivante :

Pour étudier la question de l'application de l'article 6, le Comité note que, comme il est prescrit par la Convention de Vienne sur le droit des traités, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but<sup>955</sup>.

<sup>950</sup> *Ali et Ali c. Norvège* (CCPR/C/135/D/2926/2017), par. 10.7. Le Comité a également fait référence à son observation générale n° 35 au paragraphe 10.3 et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au paragraphe 10.7.

<sup>951</sup> *Ben Djazia et Bellili c. Espagne* (E/C.12/61/D/5/2015), par. 13.1, 13.3, 13.4, 14.2, 15.2, 15.3 et 17.6.

<sup>952</sup> *A. c. Danemark* (CEDAW/C/62/D/53/2013), par. 8.5.

<sup>953</sup> Voir, par exemple, *T.M. c. Suède* (CAT/C/68/D/860/2018), par. 12.4 et 12.13 ; *Abichou c. Allemagne* (CAT/C/50/D/430/2010), par. 11.3 et 11.5. *E.C.B. c. Suisse* (A/66/44, annexe XII, sect. A), par. 10.4.

<sup>954</sup> *Juge c. Canada* (voir *supra* note 914), par. 10.3.

<sup>955</sup> *Ibid.*, par. 10.4.

### Observation 304

#### **Les organes créés en vertu d'instruments internationaux se sont régulièrement référés aux décisions d'organes judiciaires régionaux de protection des droits humains.**

609. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé, dans la note de bas de page, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour étayer son interprétation du critère du « désavantage notable »<sup>956</sup> :

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire [de refuser d'examiner une communication portant sur des faits ne dépassant pas un certain seuil de gravité], le Comité prend notamment en considération sa jurisprudence relative aux différents droits garantis par le Pacte, et s'intéresse à la question de savoir si la victime présumée a subi un désavantage notable compte tenu des circonstances de l'affaire et, en particulier, de la nature des droits qui auraient été enfreints, de la gravité des violations alléguées et des conséquences éventuelles de celles-ci sur la situation personnelle de la victime présumée.

610. Dans l'affaire *Chiara Sacchi et al. c. Argentine*, le Comité des droits de l'enfant, interprétant l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'est référé dans une note de bas de page à l'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour confirmer une disposition similaire de la Convention interaméricaine des droits de l'homme<sup>957</sup> :

le Comité estime que le critère approprié en ce qui concerne l'établissement de la juridiction en l'espèce est celui retenu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif sur l'environnement et les droits de l'homme. [...] Le Comité considère que, si les éléments requis pour établir la responsabilité de l'État constituent une question de fond, il faut, même aux fins de l'établissement de la juridiction, que les dommages que les victimes disent avoir subis aient été raisonnablement prévisibles pour l'État partie au moment de ses actes ou omissions.

611. Parfois, le Comité des droits de l'homme s'est appuyé sur les positions juridiques formulés dans des décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>958</sup> et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>959</sup> pour étayer sa propre interprétation du Pacte.

612. S'agissant de l'épuisement des voies de recours internes, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a rappelé, dans *S.F.M. c. Espagne*, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle « les auteurs d'une communication individuelle ne sont pas tenus d'épuiser tous les recours possibles, mais simplement de donner à l'État partie la possibilité, au

<sup>956</sup> *Ben Djazia et Bellili c. Espagne* (voir *supra* note 914), par. 11.5, citant Cour européenne des droits de l'homme, *Gagliano Giorgi c. Italie*, n° 23563/07, CEDH 2012, par. 54 à 56 ; *Giusti c. Italie*, n° 13175/03, 18 octobre 2011, par. 34.

<sup>957</sup> *Sacchi et al. c. Argentine* (CRC/C/88/D/104/2019), par. 10.7, citant Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis consultatif OC-23/17, *Medio Ambiente y Derechos Humanos* [L'environnement et les droits de l'homme], 15 novembre 2017, Série A, n° 23, par. 136, également par. 175 à 180 sur le principe de précaution (« Il convient également de relever les similarités entre l'article 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme et l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant en ce qui concerne la juridiction. »)

<sup>958</sup> Voir, par exemple, *Gabriel Osio Zamora c. République bolivarienne du Venezuela* (*supra* note 942), par. 9.3.

<sup>959</sup> Voir, par exemple, *A.P. c. Kazakhstan* (CCPR/C/133/D/2726/2016), par. 10.5, où le Comité s'est référé à « une approche semblable » ; voir aussi *Sheriffdeen c. Sri Lanka* (CCPR/C/133/D/2978/2017), par. 6.2.

moyen du mécanisme opportun, de remédier à la situation dans sa juridiction<sup>960</sup> ». Dans l'affaire *A. c. Danemark*, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes s'est référé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour étayer sa position selon laquelle la violence, notamment la violence fondée sur le genre, pouvait être qualifiée de torture<sup>961</sup>.

### Observation 305

#### **Parfois, les organes créés en vertu d'instruments internationaux ont fait référence aux travaux de la Commission du droit international.**

613. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé aux commentaires de la Commission sur les articles relatifs à la responsabilité des États lors de l'examen de la recevabilité *ratione temporis* de la communication. Il a relevé ce qui suit :

Le Comité rappelle que le Protocole facultatif est entré en vigueur pour l'État partie le 5 mai 2013 et que, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 3 du Protocole facultatif, le Comité doit déclarer irrecevable toute communication portant sur des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'État partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date. Comme l'a noté la Commission du droit international :

Un fait n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps. Il faut que le fait illicite proprement dit continue. Dans de nombreux cas, les conséquences de faits internationalement illicites peuvent se prolonger. La douleur et la souffrance causées par des actes antérieurs de torture, ou les incidences économiques d'une expropriation continuent, même si la torture a cessé ou le titre de propriété a été cédé. Ces conséquences font l'objet des obligations secondaires de réparation, notamment la restitution... La prolongation de ces effets sera pertinente, par exemple, pour déterminer le montant de l'indemnité à verser. Cela ne signifie pas pour autant que la violation proprement dite a un caractère continu<sup>962</sup>.

De même, le Comité considère qu'un fait qui peut constituer une violation du Pacte n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps.

614. Dans l'affaire *Chiara Sacchi et al. c. Argentine*, le Comité des droits de l'enfant s'est référé à une affaire de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans laquelle la Cour a rappelé la position juridique de la Commission du droit international. Il a observé<sup>963</sup> :

dans le droit fil de la position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, que, dans les affaires de dommages transfrontières, tous les effets négatifs n'engagent pas la responsabilité de l'État sur le territoire duquel ont eu lieu les activités ayant causé le dommage transfrontière, que les raisons pour lesquelles la juridiction pourrait être établie doivent être étayées compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et que le dommage doit être

<sup>960</sup> *S.F.M. c. Espagne* (voir *supra* note 940), par. 6.3.

<sup>961</sup> *A. c. Danemark* (voir *supra* note 945), par. 8.5.

<sup>962</sup> *Merino Sierra et Merino Sierra c. Espagne* (E/C.12/59/D/4/2014), par. 6.7, citant le paragraphe 6 du commentaire de l'article 14 (Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 77, p. 60.

<sup>963</sup> *Sacchi et al. c. Argentine* (voir *supra* note 950), par. 10.12.

« significatif ». À cet égard, le Comité note que la Cour interaméricaine a observé que, dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission du droit international faisait référence uniquement aux activités qui pouvaient causer un dommage transfrontière significatif et qu'il devait être entendu que « significatif » est plus que « détectable » mais sans nécessairement atteindre le niveau de « grave » ou « substantiel ».

615. Dans l'affaire *Sarma c. Sri Lanka*, qui concernait l'enlèvement du fils de l'auteur de la communication par un officier de l'armée sri-lankaise, le Comité des droits de l'homme a noté que « le fait que l'officier auquel la disparition est attribuée ait agi *ultra vires* ou que des officiers supérieurs n'aient pas eu connaissance des mesures prises par cet officier n'est pas pertinent en l'espèce<sup>964</sup> », et s'est référé dans une note de bas de page à l'article 7 des articles sur la responsabilité des États pour conclure que l'État était responsable de la disparition.

### Observation 306

**Parfois, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé à l'article 14 des articles sur la responsabilité des États pour examiner la recevabilité de communications.**

616. Par exemple, dans l'affaire *Merino Sierra et Merino Sierra c. Espagne*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a dit que serait irrecevable toute communication portant sur des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du Protocole facultatif, à moins que ces faits ne persistent après cette date, et a fait référence au commentaire de l'article 14 des articles sur la responsabilité des États concernant l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale<sup>965</sup>. Dans cette affaire, il a considéré « qu'un fait qui peut constituer une violation du Pacte n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps<sup>966</sup> ». Il a conclu qu'il « ne ressort[ait] pas des informations figurant dans la communication que des faits susceptibles de constituer en tant que tels une violation du Pacte [avaient] persisté après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif », s'est considéré empêché, *ratione temporis*, d'examiner la présente communication et [a] estim[é] que celle-ci [était] irrecevable en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 3 du Protocole facultatif<sup>967</sup>.

617. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également fait référence à l'article 14 dans une analyse similaire lorsqu'il a examiné la recevabilité de la communication dans l'affaire *S.C. et G.P. c. Italie*, où il a considéré que<sup>968</sup> :

[L]orsque les faits qui auraient constitué la violation du Pacte se sont produits avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'État partie concerné, le seul fait que leurs conséquences ou leurs effets se fassent encore

<sup>964</sup> *Sarma c. Sri Lanka* (A/58/40, vol. II, annexe V, sect. V), 3 juillet 2003, par. 9.2, note de bas de page 13.

<sup>965</sup> *Merino Sierra et Merino Sierra c. Espagne* (voir *supra* note 955), par. 6.1 à 6.7, citant le paragraphe 6 du commentaire de l'article 14 (Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 77, p. 60.

<sup>966</sup> *Ibid.*, par. 6.7.

<sup>967</sup> *Ibid.*

<sup>968</sup> *Affaire S.C. et G.P. c. Italie* (E/C.12/65/D/22/2017), par. 6.5, faisant référence à *Merino Sierra et Merino Sierra c. Espagne* (voir *supra* note 949) et au commentaire de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État, et *Alarcón Flores et consorts c. Équateur* (E/C.12/62/D/14/2016), par. 9.7.

sentir après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif n'est pas un motif suffisant pour déclarer une communication recevable *ratione temporis*.

### Observation 307

#### **Le Comité des droits de l'homme s'est référé aux décisions de la Cour internationale de Justice.**

618. Dans l'affaire *Christian Nekvedavičius c. Lituanie*, le Comité des droits de l'homme a noté ce qui suit<sup>969</sup> :

Le Comité prend note à cet égard des arguments de l'auteur, qui soutient qu'en vertu du droit international, les décisions prises par les autorités d'un régime d'occupation illégale sont réputées nulles et non avenues. [I]l rappelle aussi l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant la Namibie, dans lequel la Cour a fait observer que la nullité de mesures prises officiellement par un régime illégal « ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire ». Le Comité rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'avis consultatif comme couvrant également d'autres relations de droit privé. [...] Sachant aussi que le Pacte ne protège pas le droit de propriété en tant que tel, le Comité n'est pas convaincu par les allégations de l'auteur concernant le devoir absolu de l'État partie, en vertu du droit international en général, et du Pacte en particulier, de considérer comme nulle et de nul effet la décision de 1948 relative au titre de propriété privée sur les maisons de son père.

### Observation 308

#### **En l'absence d'une définition de la « disparition forcée » dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme s'est référé aux définitions contenues dans le Statut de Rome, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>970</sup>.**

619. À plusieurs reprises, le Comité des droits de l'homme s'est référé aux définitions contenues dans les trois instruments susmentionnés dans l'observation pour examiner la question de savoir si et dans quelles circonstances une disparition forcée pouvait revenir à refuser de reconnaître la personnalité juridique de la victime<sup>971</sup>. Parfois, le Comité des droits de l'homme s'est appuyé sur la définition de la « disparition forcée » figurant dans le seul Statut de Rome<sup>972</sup>.

### Observation 309

#### **Pour déterminer si le principe du non-refoulement s'appliquait aux personnes exposées à des risques autres que la torture, le Comité contre la torture s'est**

<sup>969</sup> *Nekvedavičius c. Lituanie* (CCPR/C/121/D/2802/2016), par. 6.8, citant *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (voir *supra* note 71), par. 125, et Cour européenne des droits de l'homme, *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV.

<sup>970</sup> Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, n° 48088, p. 3.

<sup>971</sup> *Grioua c. Algérie* (A/62/40, vol. II, annexe VII, sect. Y), par. 7.8 ; *Kimouche c. Algérie* (ibid., sect. Z), par. 7.8 ; *Cifuentes Elgueta c. Chili* (A/64/40, vol. II, annexe VIII, sect. J), par. 8.4.

<sup>972</sup> *Yurich c. Chili* (A/61/40, vol. II, annexe VI, sect. H), par. 6.3 ; *Boucherf c. Algérie* (Ibid., sect. KK), par. 9.2 ; *Bousroual c. Algérie* (A/64/40, vol. II, annexe IX, sect. I), par. 9.2.

**référé à plusieurs instruments internationaux, aux décisions de cours régionales des droits de l'homme et à d'autres documents pertinents.**

620. Dans l'affaire *Adam Harun c. Suisse*, le Comité contre la torture a fait observer que<sup>973</sup> :

le préambule de la Convention proclame que tout acte de torture, ou de peine ou traitement inhumain ou dégradant est un outrage à la dignité humaine. Ainsi, les traitements cruels, inhumains et dégradants sont visés par le préambule, par référence à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ainsi qu'à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ces références explicites ont permis au Comité, dans son observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2 par les États parties, de clarifier le fait que les obligations en vertu de la Convention, y compris à l'égard de l'article 3, s'étendent aux actes de torture ainsi qu'aux autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et que, tel que l'a déjà déclaré le Comité, il ne peut être dérogé à l'article 16 de la Convention. Le Comité observe que cette interprétation est corroborée par la majorité des conventions internationales qui, si elles distinguent sur le plan terminologique les deux notions, confirment, pour chacune, le caractère absolu de leur interdiction. Le Comité constate qu'il en est ainsi dans le cadre des Conventions de Genève de 1949 ainsi que du premier Protocole additionnel de 1977. Il en est de même pour le Statut de Rome de la Cour pénale internationale – tant dans la définition des crimes contre l'humanité, que dans celle des crimes de guerre – ainsi que dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La Convention relative au statut des réfugiés, de 1951, va plus loin, puisque son article 33 (Défense d'expulsion et de refoulement) vise à prévenir toute menace à la vie, englobant ainsi les deux notions dans une seule formule générale. Le Comité note en outre que la Convention n'enlève rien aux obligations qui incombent à l'État partie en vertu d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels il est partie, notamment la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle l'État défendeur est partie, qui ne fait pas exception et associe également les deux notions dans le cadre de l'interprétation de son article 3. Dans ce contexte, le Comité souligne que la Cour européenne des droits de l'homme rappelle systématiquement le caractère impératif du principe de non-refoulement, et par conséquent de l'interdiction de transférer un demandeur vers un État où il risque d'être soumis à la torture et aux mauvais traitements. L'ensemble de ces règles clarifie que le droit international étend désormais l'application du principe de non-refoulement aux personnes exposées à des risques autres que la torture.

<sup>973</sup> *Harun c. Suisse* (CAT/C/65/D/758/2016), par. 8.6, citant l'Observation générale n° 2, en particulier les paragraphes 1, 3, 6, 15 et 25 ; Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, « Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967 », par. 19. Cour européenne des droits de l'homme, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CEDH 2008, et *Ramzy c. Pays-Bas* (striking out), n° 25424/05, 20 juillet 2010 ; et l'interprétation par le Comité des droits de l'homme de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans son Observation générale n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par. 9 (« Les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement ») : dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 40 (A/47/40)*, annexe VI, sect. A).

**Observation 310**

**Parfois, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé aux décisions de juridictions internes.**

621. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé, entre autres, aux arrêts de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud et de la Cour suprême de l'Inde pour renforcer sa position sur l'importance des garanties procédurales dans les cas d'expulsion<sup>974</sup>.

---

<sup>974</sup> *Ben Djazia et Bellili c. Espagne* (voir *supra* note 951), par. 13.14.