



HAL
open science

Le tiers dans le contentieux international

Emilie Legris

► **To cite this version:**

Emilie Legris. Le tiers dans le contentieux international. Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2018. Français. NNT: 2018AZUR0035 . tel-03102004

HAL Id: tel-03102004

<https://theses.hal.science/tel-03102004>

Submitted on 7 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE DE DOCTORAT

Le tiers dans le contentieux international

Emilie LEGRIS

Laboratoire de droit international et européen (LADIE)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : M. Jean-Christophe Martin

Soutenue le : 18 décembre 2018

Devant le jury, composé de :

Hervé Ascensio, Professeur, Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

Philippe Couvreur, Professeur, Greffier de la
Cour internationale de Justice

Jean-Christophe Martin, Professeur,
Université Côte d'Azur

Paolo Palchetti, Professeur, Université de
Macerata

Antonello Tancredi, Professeur, Université
Côte d'Azur

Le tiers dans le contentieux international

Jury :

Rapporteurs :

Hervé ASCENSIO, Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Paolo PALCHETTI, Professeur, Université de Macerata

Examineurs :

Philippe COUVREUR, Professeur, Greffier de la Cour internationale de Justice

Jean-Christophe MARTIN, Professeur, Université Côte d'Azur
(Directeur de thèse)

Antonello TANCREDI, Professeur, Université Côte d'Azur

Titre : Le tiers dans le contentieux international

Résumé : La réflexion sur le tiers dans le contentieux international a pour origine le constat d'une présence accrue des tiers dans le cadre du règlement juridictionnel des différends internationaux, questionnant la vision traditionnelle du procès international comme étant « la chose des parties ». Le tiers est défini négativement, comme toute entité qui n'est ni l'organe juridictionnel, ni les parties à l'instance. Tout au long de l'étude, il est procédé à une identification plus précise de cette notion à géométrie variable : selon la juridiction considérée et le type de procédure examiné, le tiers est un Etat, une organisation internationale, une personne privée physique ou morale. Dans le cadre d'un corpus de juridictions varié, la place du tiers dans le contentieux international est étudiée, en examinant successivement les aspects relevant de sa *protection* et de sa *participation* dans le contentieux international. En filigrane, l'étude appréhende la contribution des tiers au maintien de la paix, dans le cadre du règlement pacifique juridictionnel des différends internationaux.

Mots clés : tiers, juridiction internationale, règlement pacifique des différends, CPJI, CIJ, CJUE, CEDH, CIADH, CADH, CIRDI, TIDM, ORD, TPIY, TPIR, CPI, consentement à la juridiction, autorité relative de la chose jugée, tierce-intervention, Etats, organisations internationales, organisations non gouvernementales, personnes privées, *amicus curiae*, témoins, experts, maintien de la paix.

Title : Third entities in jurisdictional settlement of international disputes

Abstract : The reflection on third entities in international litigation comes from the finding of an increased presence of “thirds” in the jurisdictional settlement of international disputes, thus questioning the traditional vision of the international trial as being “the thing of the parties”. The “third” is defined negatively, as any entity that is neither the jurisdiction nor the parties to the proceedings. Throughout the study, a more precise identification of this notion is developed : depending on the jurisdiction in question and the type of procedure examined, third entities are either States, international organizations, private (physical or moral) persons. Within the framework of diverse jurisdictions, the study apprehends the place given to third entities in international litigation, examining successively their protection and their participation. In the background, the study looks at the contribution of third entities to peacekeeping, as part of the peaceful settlement of disputes.

Keywords : Third(s), international litigation, jurisdictional settlement of international disputes, international jurisdiction, peaceful settlement of disputes, PCIJ, ICJ, EUCJ, ECHR, IACHR, ACHR, ICSID, ITLOS, DSB, ICTY, ICTR, ICC, consent to jurisdiction, *res judicata*, intervention, States, international organizations, non-governmental organizations, private persons, *amicus curiae*, experts, witnesses, peacekeeping.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Jean-Christophe Martin, pour ses précieux conseils et sa disponibilité. Que les membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer à la soutenance de cette thèse soient également assurés de toute ma gratitude.

En outre, je remercie chaleureusement les enseignant-e-s qui m'ont donné, tout au long de ma scolarité, l'envie d'apprendre et de mener à bien des travaux de recherche. Je remercie également mes proches : ma famille et tout particulièrement mes parents, pour leur soutien, y compris matériel, sans lequel ce travail n'aurait sans doute pu aboutir ; ainsi que mes ami-e-s qui ont toujours su m'encourager. Je n'oublie pas mon chat, fidèle compagnon de rédaction.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Accord IAE	Accord sur l'inspection avant expédition
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Accord SPS	Accords sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
ACDI	Anuario Colombiano de Derecho Internacional
ADC-ICTY	Association of Defense Counsel practicing before the ICTY
AFDI	Annuaire français de droit international
AFNU	Association française pour les Nations Unies
AJIL	American Journal of International Law
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
<i>Ann. IDI</i>	Annuaire de l'Institut de droit international
CADH	Cour africaine des droits de l'Homme
Commission ADHP	Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples
Cour ADHP	Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples
CCI	Chambre de commerce internationale
CDI	Commission du droit international
CEDH / ECHR	Cour européenne des droits de l'Homme
CIADH / IACHR	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ / ICJ	Cour internationale de Justice
CIRDI / ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNUDCI / UNCITRAL	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUDM / UNCLOS	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CPA / PCA	Cour permanente d'arbitrage
CPI / ICC	Cour pénale internationale
CPJI / PCIJ	Cour permanente de Justice internationale
EJIL	European Journal of International Law
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FIDA	Fonds international de développement agricole
FIDH	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade / Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GEP	Groupe d'experts permanent
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
IDI	Institut de droit international
<i>i. e.</i>	<i>Id est</i>
IFOR	Implementation Force (en Bosnie-Herzégovine)

ILA	International Law Association
ILR	International Law Reports
INTERPOL	Organisation internationale de police criminelle
ILSA	International Law Students' Association
JDI	Journal du droit international
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LJIL	Leiden Journal of International Law
MARD / DSU	Mémoire d'Accord sur le règlement des différends
MERCOSUR	Marché commun du Sud
MINUAR	Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda
MINUBH	Mission des Nations Unies en Bosnie-Herzégovine
MINURCAT	Mission des Nations Unies en République centrafricaine et au Tchad
MONUC	Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo
MTPI (MICT)	Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
ODIHR	Office for Democratic Institutions and Human Rights
OIT	Organisation internationale du travail
OMC / WTO	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
ORD	Organe de règlement des différends
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
OUA	Organisation de l'Unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
PUF	Presses universitaires de France
QIL	Questions of International Law
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RPP	Règlement de procédure et de preuve
RQDI	Revue québécoise de droit international
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
TANU	Tribunal administratif des Nations Unies
TAOIT	Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TPI	Tribunaux pénaux internationaux
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNHCR / HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés
UNICRI	United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute
URSS	Union des Républiques Socialistes Soviétiques
SA	Sentence arbitrale
SFDI	Société française pour le droit international
SFOR	Force de stabilisation (en Bosnie-Herzégovine)

SOMMAIRE

INTRODUCTION	15
PARTIE I – LA PROTECTION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	35
TITRE I – LES TIERS PROTÉGÉS DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL	39
Chapitre I – Les tiers protégés par la relativité de l’autorité de la chose jugée	43
Chapitre II – Les tiers protégés par l’autorité du précédent juridictionnel	95
TITRE II – LES TIERS PROTÉGÉS PAR LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	147
Chapitre III – Le tiers protégé, « raison d’être » du différend	153
Chapitre IV – Le tiers protégé, « étranger » au différend	213
PARTIE II – LA PARTICIPATION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	259
TITRE III – LA TIERCE INTERVENTION	261
Chapitre V – L’intervention-protection	263
Chapitre VI – L’intervention-influence	327
TITRE IV – LA TIERCE-COOPÉRATION	385
Chapitre VII – L’expertise juridictionnelle	389
Chapitre VIII – Le témoignage	437
CONCLUSION	493
REPERTOIRE DES SOURCES	499
INDEX ALPHABETIQUE	563
TABLE DES MATIERES	571

INTRODUCTION

Quelle place pour le tiers dans le contentieux international ? Une approche expéditive de la question amènerait sans doute à répondre « aucune ». Le droit du contentieux international consacre en effet le principe du consentement à la juridiction internationale, selon lequel « *aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats [à un mode de règlement juridictionnel des différends] sans son consentement* »¹, et la règle de l'autorité relative de la chose jugée, en vertu de laquelle « *la décision de la [juridiction] n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé* »². Ces deux principes tendent à préserver les tiers et à s'assurer que le procès reste « la chose des parties ». Ils ne parviennent cependant pas à apaiser les craintes des Etats tiers (soucieux de préserver leurs intérêts face à l'effet *extra partes* indésirable qui s'attacherait à certaines décisions de justice), pas plus qu'ils ne délivrent le juge de toutes difficultés (celui-ci se trouvant parfois dans l'impossibilité de statuer en raison de l'absence de tiers « indispensables » à la résolution du différend)³. Dans son discours prononcé le 27 octobre 2017 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, R. ABRAHAM (alors Président de la Cour internationale de Justice) développait, au nom de la Cour, ces enjeux :

« la Cour reconnaît que les intérêts d'Etats tiers, et plus particulièrement leurs intérêts juridiques, peuvent entrer en jeu dans le cadre de procédures contentieuses, et que ceci mérite d'être pris en considération. Cette prise en considération prend plusieurs formes. Elle permet à des Etats tiers, dans certaines circonstances, de jouer un rôle actif dans une affaire contentieuse entre deux autres Etats. Elle permet aussi aux Etats tiers d'être protégés, même en l'absence d'action de leur part, dans le cadre d'affaires contentieuses auxquelles ils ne sont pas parties et dont la résolution pourrait les concerner ou les affecter »⁴.

¹ CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif, 23 juillet 1923, Série B, p. 27 : « [i]l est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement ».

² Selon l'article 59 du Statut de la CIJ, « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

³ v. notamment CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943* (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 15 juin 1954, p. 32.

⁴ Discours de S. Exc. M. Ronny ABRAHAM, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 27 octobre 2017, p. 1.

Au-delà de ces problématiques, la place du tiers dans le contentieux international, qui constitue l'objet de cette thèse (II), soulève bien d'autres questions (VI) et ne concerne ni la seule CIJ ni les seuls Etats. L'intérêt d'une telle étude (III), basée sur l'examen du fonctionnement des juridictions (IV) selon une approche méthodologique essentiellement comparative (V), réside dans l'absence de recherche d'ensemble sur la question. Une investigation globale semble aujourd'hui s'imposer, dans un contexte (I) de juridictionnalisation, tant quantitative que qualitative, de l'ordre juridique international.

I. Le tiers « dans le contentieux international » : définition et délimitation du cadre de l'étude. Selon *Le Petit Robert*, l'adjectif *contentieux* renvoie à ce « [q]ui est, ou qui peut être l'objet d'une discussion devant les tribunaux ». Par extension, le domaine du *contentieux* désigne l'« [e]nsemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux »⁵. Le *Dictionnaire de droit international public* précise à cet égard que le contentieux renvoie à la « [b]ranche d'activité d'une juridiction qui s'oppose à son activité consultative et se caractérise par la production d'arrêts ayant l'autorité de la chose jugée »⁶. Le « contentieux international » dans le cadre duquel s'inscrit l'étude correspond à la branche du droit international public dédiée à la résolution des différends internationaux par les juridictions internationales. Un différend, selon les termes de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »⁷. Un différend naît dès lors que la prétention d'une partie est contestée par l'autre⁸. Le caractère international du différend est établi par son objet, qui doit porter sur l'application du droit international⁹. Tous les différends internationaux ne sont cependant pas résolus par le recours à la juridiction internationale. Il est vrai que le droit international impose à ses sujets étatiques de résoudre pacifiquement leurs différends¹⁰. Cette obligation, qui vise à éviter le recours à

⁵ REY-DEBOVE J., REY A. (Dir.), *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2011, p. 525. Ces définitions du langage courant sont confortées par celle donnée par le *Vocabulaire juridique*, selon laquelle les questions contentieuses sont celles « qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux » (CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} ed., Quadrige, PUF, 2016, p. 255).

⁶ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 248.

⁷ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), 30 août 1924, Série A, p. 11.

⁸ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, Collection : Domat Droit public, 2015, p. 19.

⁹ *Ibid.*, p. 19-22.

¹⁰ Selon l'article 2, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies : « [l]es Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ».

la force dans les relations internationales¹¹ offre cependant aux Etats la possibilité de laisser les choses en l'état et de ne pas chercher une solution juridique à leur conflit. Le différend peut en outre être résolu par le recours à des modes non-contentieux (amiables, parfois qualifiés d'« alternatifs ») de règlement des différends tels que la négociation directe, les bons offices, l'enquête, la médiation ou encore la conciliation¹². Les modes juridictionnels de règlement des différends internationaux ne sont ainsi qu'un « succédané au règlement direct et amiable [des] conflits »¹³.

Le règlement juridictionnel est néanmoins un mode de règlement pacifique des différends essentiel, qui prend une importance considérable et croissante depuis la seconde moitié du XXème siècle, la juridictionnalisation du droit international accompagnant sa « juridicisation »¹⁴. Le règlement juridictionnel implique de résoudre le différend par « une décision fondée sur des considérations juridiques, obligatoire pour les parties, prononcée par un organe indépendant des parties au litige, à l'issue d'une procédure contradictoire et garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties »¹⁵. Historiquement, c'est

¹¹ Selon l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies : « [I]es Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Dans son arrêt de 1986 consacré aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ considère que le principe du règlement pacifique des différends internationaux est le complément essentiel du principe de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 1986, p. 145, §290).

¹² Selon l'article 33, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies : « [I]es parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ». v. à cet égard SANTULLI C., *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 24-28 ; DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 924-956 ; CALFISCH L., « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI*, 2001, p. 245-467.

¹³ CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance, 19 août 1929, Série A, p. 13 ; CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde), arrêt, 21 juin 2000, p. 33, §52. Il convient en outre de noter que divers modes de règlement pacifique des différends peuvent être utilisés parallèlement et simultanément (v. DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 920).

¹⁴ Terme emprunté à V. COUSSIRAT-COUSTERE, désignant « la progression quantitative des règles juridiques internationales », ce qui renvoie au développement, à la spécialisation, à la technicisation de la discipline du droit international (COUSSIRAT-COUSTERE V., « Avant-propos », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 3).

¹⁵ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 958. v. également CAVARE L., « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, p. 503-509, spéc. p. 503-505 ; SOREL J.-M., « Les tribunaux pénaux internationaux. Ombre et lumière d'une récente grande ambition », *Revue Tiers Monde*, 2011, p. 29-30.

l'arbitrage de l'affaire de l'*Alabama* entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni (1872)¹⁶ qui réunit le premier, bien que timidement, ces critères :

« [p]our la première fois, l'organe arbitral n'avait pas un caractère purement mixte : il était composé de cinq arbitres dont trois de nationalité autre que celle des parties. Pour la première fois aussi, le traité d'arbitrage [Traité de Washington de 1871] précisait le droit applicable – des règles de neutralité dont le gouvernement britannique contestait qu'elles fussent en vigueur à l'époque des faits, ce qui avait retardé la conclusion du traité. Cette solution impliquait que la décision serait fondée sur le droit international et non sur des considérations d'opportunité ou d'équité »¹⁷.

L'arbitrage se définit comme un « [m]ode de règlement juridictionnel des *différends juridiques* internationaux par des arbitres que les parties ont choisis et investis du pouvoir de rendre une décision sur la base du respect du droit »¹⁸. Cette forme historique¹⁹ de règlement juridictionnel des différends « continue à jouir d'une faveur certaine auprès des Etats » tout en dépassant désormais « le cadre strictement interétatique » pour permettre le règlement de litiges « transnationaux » ou « mixtes » (entre Etats et sujets de droit interne) ou entre Etats et organisations internationales²⁰.

Aux côtés de l'arbitrage, c'est le recours à la juridiction internationale permanente qui constitue la seconde modalité de règlement juridictionnel des différends internationaux. Il faut la définir, d'après le *Dictionnaire de droit international public*, comme une

¹⁶ Les Etats-Unis estimaient que le Royaume-Uni avait violé son obligation de neutralité dans le cadre de la Guerre de Sécession (1861-1865) en permettant aux insurgés sudistes de ravitailler leurs navires (particulièrement l'*Alabama*) et de s'équiper sur le territoire britannique.

¹⁷ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 965.

¹⁸ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 77. Il est à noter que d'un point de vue terminologique, une partie de la doctrine oppose le règlement « juridictionnel » des différends au règlement « arbitral », fondant cette distinction sur le degré d'institutionnalisation de l'organe chargé de résoudre le litige : « [t]ous les systèmes juridiques connaissent la distinction entre justice *non institutionnalisée* – ou règlement *arbitral*, exercée pour chaque litige (ou groupe de litige) par un organe constitué par les parties, donc *occasionnel*, et justice institutionnalisée – ou règlement *juridictionnel stricto sensu* –, assurée par des organes préconstitués, *permanents*, et qui procèdent selon une procédure prédéterminée (...). La distinction entre les deux modes gardera toute son importance tant que la procédure arbitrale n'aura pas été complètement "juridictionnalisée" ; malgré quelques progrès en ce sens, l'évolution est loin d'être achevée » (DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 959). Nous considérons cependant que le qualificatif « juridictionnel » est pertinent pour désigner le règlement arbitral des différends internationaux, dans la mesure où l'arbitrage fonde la résolution du litige sur l'application du droit et aboutit à une sentence qui s'impose aux parties. Bien qu'elle soit également imparfaite (v. à cet égard SANTULLI C., *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 86-89, spéc. p. 88-89), nous utiliserons l'expression « juridiction internationale permanente » pour marquer la distinction entre le règlement juridictionnel « arbitral » et le règlement juridictionnel « *stricto sensu* » des différends internationaux.

¹⁹ Entendu ici comme « préalable » au règlement des différends par des juridictions internationales permanentes (v. à ce propos CALFISCH L., « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *AFDI*, 1979, p. 9-13, spéc. p. 9-11).

²⁰ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 77.

« [i]nstitution permanente, préconstituée par un acte international qui en définit la compétence et en règle l'organisation et le fonctionnement »²¹. Pour C. SANTULLI, la juridiction internationale permanente se distingue de l'arbitrage en ce qu'elle est conçue pour « offrir un "service public" juridictionnel, garantir la cohérence et la constance des solutions, organiser une politique juridique par la motivation »²². Comme le note A. PELLET, « [a]vec la CPJI, on crée une véritable juridiction internationale caractérisée par sa permanence, la fermeté de sa procédure et la continuité de sa jurisprudence »²³. Depuis leur émergence, notamment caractérisée par la création de la CPJI au début du XXème siècle, les juridictions internationales permanentes se sont considérablement multipliées²⁴.

La juridictionnalisation du droit international, qui offre un contexte propice à notre étude, a provoqué une profonde mutation du contentieux international. Le phénomène recouvre plusieurs aspects et correspond à une juridictionnalisation tant quantitative que qualitative. On observe une « prolifération »²⁵ des juridictions internationales, parfois perçue comme une menace pour l'unité du droit international, et qui ne se contente pas de rendre panoramique le paysage des juridictions, mais en change la structure : *ratione personae*, les Etats ne sont plus les seuls acteurs du contentieux international, les organisations internationales et les personnes privées y ont également accès. L'administration des juridictions et les procédures propres à chacune d'elles sont de plus en plus sophistiquées. Egalement, l'activité des juridictions donne lieu au développement d'une véritable jurisprudence²⁶. Dans ce contexte, le cadre de l'étude (le « contentieux

²¹ *Ibid.*, p. 628.

²² SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 89.

²³ PELLET A., « Harmonie et contradictions de la justice internationale », in BEN ACHOUR R., LAGHMANI S. (Dir.), *Harmonie et contradictions du droit international, Colloque de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis*, Paris, Pedone, 1996, p. 197.

²⁴ Sur les causes de la multiplication des juridictions internationales, v. notamment KARAGIANNIS S., « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? » in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 14-80. La seconde partie de la contribution est consacrée aux conséquences de cette multiplication, v. p. 80-161.

²⁵ v. notamment GUILLAUME G., « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 24.

²⁶ Entendue ici non seulement comme l'« [e]nsemble des solutions apportées par les juridictions internationales dans l'application du droit », mais aussi et surtout comme la « [p]osition qui se dégage, sur un point de droit donné, des décisions rendues par une juridiction », comme un « [e]nsemble de décisions concordantes » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 629). v. en outre KOVACS P., « Développements et limites de la jurisprudence en droit international » ; JOUANNET E., « La notion de jurisprudence en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, *op. cit.*, p. 269-341 et p. 343-391.

international ») est délimité par le choix d'un corpus de juridictions internationales²⁷ au sein duquel l'étude du tiers trouvera sa place. Les juridictions qui composent ce corpus sont les suivantes²⁸ :

- La Cour permanente de Justice internationale (CPJI)²⁹,
- la Cour internationale de Justice (CIJ)³⁰,
- la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, anciennement Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE))³¹,
- la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)³²,
- le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)³³,
- la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH)³⁴,
- le Tribunal international du droit de la mer (TIDM)³⁵,

²⁷ Pour approfondir la notion de « juridiction internationale », v. ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202 ; v. également DE CARA J.-Y., PHILIP C., « Nature et évolution de la juridiction internationale », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 1987, p. 7-26.

²⁸ Ces juridictions sont présentées suivant l'ordre chronologique de leur création. D'autres juridictions sont écartées, ce qui ne saurait préjuger de leur importance ni de leur apport au droit du contentieux international dans ses aspects institutionnel et matériel.

²⁹ Devancière de la CIJ, la Cour est établie sur la base de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations (SDN). Elle tient sa séance inaugurale le 15 février 1922, elle est dissoute en 1946.

³⁰ Instituée en 1945 par la Charte des Nations Unies, la CIJ est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Juridiction interétatique, la Cour est chargée, aux termes de l'article 38 de son Statut, de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (fonction contentieuse) ainsi que, selon l'article 65 du Statut, de « donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution » des Nations Unies autorisé(e) à le faire (fonction consultative).

³¹ Il incombe à la CJUE, créée en 1952, de garantir « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». La Cour compte deux institutions : la Cour de Justice et le Tribunal (créé en 1988). Auparavant, s'ajoutait le Tribunal de la fonction publique (2004-2016) dont les fonctions sont désormais exercées par le Tribunal. Juridiction à la fois interétatique et transétatique, la Cour exerce sa fonction contentieuse à travers diverses procédures (renvoi préjudiciel, recours en manquement, recours en annulation, recours en carence. La Cour de Justice peut en outre être saisie de pourvois contre les décisions du Tribunal).

³² Instituée en 1959 dans le cadre du Conseil de l'Europe, siégeant de manière permanente depuis 1998, la CEDH connaît des requêtes étatiques et (surtout) individuelles qui allèguent des violations des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950.

³³ Le CIRDI est l'une des cinq institutions du Groupe de la Banque mondiale, institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966, la Convention est aujourd'hui ratifiée par 154 Etats). Structure arbitrale permanente, le Centre assure notamment le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et investisseurs privés.

³⁴ La Cour est instituée en 1979, après l'entrée en vigueur, le 18 juillet 1978, de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme du 22 novembre 1969. Dans le cadre de sa compétence contentieuse, la Cour traite des requêtes étatiques et individuelles fondées sur des violations de la Convention.

³⁵ Créé par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (entrée en vigueur le 16 novembre 1994), le Tribunal est compétent pour connaître des différends portant sur l'interprétation et l'application de la Convention.

- le Mécanisme de règlement des différends mis en place par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce³⁶ (ORD de l'OMC)³⁷,
- le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)³⁸,
- le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)³⁹,
- la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADH)⁴⁰,
- la Cour pénale internationale (CPI)⁴¹.

³⁶ Le système du GATT prévoyait une procédure de règlement des différends, peu utilisée et peu efficace. L'une des grandes innovations de l'OMC a été la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends performant, ouvert aux Membres de l'Organisation (dans leur immense majorité, des Etats) qui estiment que d'autres Membres ne respectent pas le droit de l'Organisation. Le règlement des différends étant fondé sur la conduite de négociations et, en cas d'échec de celles-ci, sur le rendu d'un « rapport » par un « groupe spécial », la qualité de juridiction d'un tel mécanisme a été contestée. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire considère qu'il est pertinent de parler de juridiction pour désigner le mécanisme, qui rend des décisions obligatoires fondées sur le droit (v. notamment ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 184-185 ; RUIZ-FABRI H., « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, p. 39-83 ; RUIZ-FABRI H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (Dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherches du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 303-334 ; CANAL-FORGUES E., « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du Commerce », *AFDI*, 1996, p. 845-863 ; *contra*. v. SANTULLI C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58-81).

³⁷ Par commodité de langage, il est généralement fait référence au Mécanisme en employant l'expression « ORD de l'OMC ».

³⁸ Le TPIY est créé par la résolution 827, adoptée le 25 mai 1993 par le Conseil de sécurité de l'ONU. Tribunal *ad hoc*, sa mission est de poursuivre et de juger les personnes accusées de violations du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à partir du 1^{er} janvier 1991.

³⁹ Créé sur le modèle du TPIY, le TPIR est créé par la résolution 955 (8 novembre 1994) du Conseil de sécurité. Il est institué pour poursuivre et juger les personnes accusées de violations du droit international humanitaire sur le territoire du Rwanda pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 1994. Par sa résolution 1966 (20 décembre 2010), le Conseil de sécurité crée le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux (MTPI), chargé d'assurer certaines fonctions résiduelles du TPIY et du TPIR après leur fermeture.

⁴⁰ La Cour africaine des droits de l'Homme a été instituée en vertu de l'article 1 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (9 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004). Dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour est compétente pour connaître des différends concernant l'interprétation et l'application de la Charte africaine, du Protocole et de tout instrument relatif à la protection des droits de l'Homme ratifié par les Etats intéressés. Elle peut être saisie par des Etats parties au Protocole, des organisations intergouvernementales africaines, des ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine, des individus. Dans le cadre de sa fonction consultative, la Cour peut rendre un avis, sur demande des Etats membres de l'Union africaine, des organes de l'Organisation ou de toute organisation africaine reconnue par celle-ci.

⁴¹ La CPI est une juridiction internationale pénale permanente créée le 17 juillet 1998 par une convention multilatérale, le Statut de Rome, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. La compétence de la Cour s'exerce à l'égard d'individus accusés de crimes internationaux (crime de génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crime d'agression).

Les juridictions internationales retenues et leurs principales caractéristiques							
CPJI / CIJ	CJUE	CEDH / CIADH / CADH	CIRDI	TIDM	ORD (OMC)	TPIY / TPIR	CPI
Permanente	Permanente	Permanentes	Structure permanente	Permanente	Permanente	<i>Ad hoc</i>	Permanente
Interétatique	Interétatique & Transétatique	Interétatiques & Transétatiques	Transétatique	Interétatique	Interétatique	Transétatique	Transétatique
Universelle	Régionale	Régionales	Universelle	Universelle	Universelle	Régional (local)	Universelle
Compétence générale	Compétence spéciale	Compétence spéciale	Compétence spéciale	Compétence spéciale	Compétence spéciale	Compétence spéciale	Compétence spéciale

Ainsi, le corpus choisi est composé d'institutions qui tranchent les différends internationaux par des *décisions obligatoires fondées en droit*, réunissant dès lors les deux éléments permettant d'identifier la *jurisdiction* : *juris dictio* et *imperium*. Il s'agit également de se concentrer sur des juridictions internationales permanentes, ou présentant des éléments de permanence. Le caractère permanent emporte en effet l'existence de « documents de base » qui prédéfinissent l'organisation de la procédure, il favorise en outre le développement d'une jurisprudence⁴². De surcroît, les décisions des juridictions internationales sont rendues accessibles grâce au principe de publicité, ce qui est plus rarement le cas des décisions arbitrales, encore largement gouvernées par la confidentialité. Le corpus de juridictions présenté a été arrêté sans prétendre à l'exhaustivité ; il est néanmoins *varié* et *représentatif*. Les juridictions choisies sont interétatiques et transétatiques, universelles et régionales, elles ont des compétences matérielles générale et

⁴² Sur le développement d'une jurisprudence au-delà du critère de la permanence de la juridiction, v. JOUANNET E., « La notion de jurisprudence en question », *op. cit.*, p. 370-380.

Ces critères permettent – afin, notamment, d'en améliorer les qualités en termes de variété et de représentativité – d'inclure dans le corpus de juridictions retenu le centre d'arbitrage qu'est le CIRDI. En effet, les tribunaux arbitraux constitués dans le cadre du CIRDI rendent des sentences juridiquement fondées qui sont obligatoires pour les parties (en ce sens, sur la qualité de juridiction du Centre, v. notamment ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 182-183, spéc. p. 183). En outre, les tribunaux CIRDI ne sont pas permanents, mais la structure du centre l'est. La procédure est institutionnalisée, et de nombreux tribunaux CIRDI sont sensibles à la construction d'une jurisprudence cohérente (v. *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre II). Par ailleurs, les TPI sont des tribunaux *ad hoc*, mais qui ont existé durant plus de vingt ans, suivant une procédure élaborée par leurs statuts et leurs règlements de procédure et de preuve (RPP) ; établissant, par ailleurs, une jurisprudence stable (v. *infra*, *Id*).

spéciales. *Ratione temporis*, les décisions rendues couvrent tout le XXème siècle jusqu'à nos jours. Dès lors, le corpus retenu est à même de rendre compte de l'évolution ainsi que de l'état actuel de la juridictionnalisation du droit international public. Un tel choix est en outre conforté par diverses études doctrinales. Par exemple, dans son article « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », H. ASCENSIO s'intéresse à la CEDH, à la CIADH, au TPIY et au TPIR, à la CIJ, à l'ORD et aux tribunaux administratifs internationaux⁴³. Dans sa contribution intitulée « *The Amicus Curiae before international Courts and Tribunals* », L. BARTHOLOMEUSZ prend en considération la CIJ, le TIDM, la CEDH, la CPI, le TPIY et le TPIR, la Cour spéciale pour la Sierra Leone, l'ORD, le CIRDI, et l'arbitrage mis en place dans le cadre de l'ALENA⁴⁴. Dans sa thèse consacrée à *La preuve devant les juridictions internationales*, G. NIYUNGEKO se concentre essentiellement sur la CPJI et la CIJ, la CEDH, ainsi que sur les décisions rendues par des tribunaux arbitraux aux XIXème et XXème siècles⁴⁵. L. SAVADOGO, dans son article « Le recours des juridictions internationales à des experts », s'appuie sur la CIJ, la CJUE, la CEDH, le TIDM, le TPIY, l'ORD et le Tribunal irano-américain de réclamations⁴⁶. Les journées d'études sur le contentieux des juridictions internationales organisées par H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL intègrent les juridictions interétatiques à vocation universelle (la CIJ, l'ORD, le TIDM parfois), les juridictions « communautaires » (CJUE), les juridictions régionales (CEDH) ainsi que les juridictions pénales internationales (TPIY, TPIR et CPI)⁴⁷.

Ce corpus de juridictions internationales constitue ainsi un cadre d'étude relativement « classique », dans lequel le tiers est un objet, plus original, d'analyse. A cet égard, le choix de la préposition « dans », qui « indiqu[e] la situation d'une personne,

⁴³ ASCENSIO H., « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, p. 897-930.

⁴⁴ BARTHOLOMEUSZ L., « *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals* », in BIANCHI A. (Ed.), *Non-State Actors and International Law*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 253-330.

⁴⁵ NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p.

⁴⁶ SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, p. 231-258.

⁴⁷ v. par exemple RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2008, 285 p. ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2007, 255 p. ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2004, 195 p. ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2003, 210 p. ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2006, 317 p. ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2005, 266 p.

d'une chose [d'une entité] par rapport à ce qui la contient »⁴⁸ permet de préciser la délimitation du sujet. L'étude du tiers *dans* le contentieux international implique de s'intéresser à la situation du tiers dans la phase contentieuse d'un litige, c'est-à-dire depuis l'acte introductif d'instance jusqu'au rendu de la décision⁴⁹. Les phases pré-contentieuse (négociations préalables visant à définir l'objet du différend, choix du mode de règlement pacifique de ce dernier, etc.) et post-contentieuse (exécution de la décision) sont exclues du champ de l'étude.

II. Le « tiers » : définition et délimitation d'un objet d'étude à géométrie variable. La notion de « tiers » correspond, selon le *Dictionnaire de droit international public*, à la « [q]ualité d'un Etat par rapport à un différend ou un traité auquel il n'est pas partie »⁵⁰. C'est la définition, plus large, proposée par le *Vocabulaire juridique*, qui nous apparaît davantage adéquate aux fins de l'étude. Selon celle-ci, un tiers « [d]ans un procès, [est] toute personne qui n'y est ni partie, ni représentée »⁵¹. En effet, le tiers fait tout d'abord l'objet d'une identification négative, d'une définition *a contrario* : il s'agit de toute entité qui n'est ni le juge, ni les parties. Ces dernières sont aisément identifiables car l'acte introductif d'instance les désigne⁵². Il est vrai, par ailleurs, que le juge peut être communément⁵³ défini comme un « tiers impartial ». L'expression « recours à un tiers impartial » permet notamment de caractériser de tels modes de règlement des différends par rapport au recours à la négociation directe entre les parties. Le juge international n'est cependant pas un tiers *dans* le contentieux international, il se « confond » avec le contentieux international tel que nous l'avons défini, et doit ainsi être rattaché au cadre de l'étude plutôt qu'à son objet⁵⁴.

⁴⁸ REY-DEBOVE J., REY A. (Dir.), *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, *op. cit.*, p. 614.

⁴⁹ Dans une acception large qui suppose, ici, la recevabilité de la demande et son traitement au fond.

⁵⁰ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1083.

⁵¹ CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1026.

⁵² « La qualité de partie est subordonnée au bénéfice de la capacité processuelle. Elle est acquise par la désignation dans l'acte introductif d'instance » (v. SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 317-323, spéc. p. 317).

⁵³ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁴ « L'existence d'un litige implique seulement une relation triangulaire (demandeur-défendeur-juge) qui est devenue presque entièrement redondante avec l'idée de tiers indépendant et impartial » (ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 171) ; v. en outre SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 37. Commentant l'expression « tiers impartial », l'auteur précise : « le mot "tiers" n'est pas utilisé dans sa signification juridique, le juge peut ne pas être toujours, en droit, l'organe d'une personne juridique distincte des parties. L'exigence du "tiers", en réalité, sert uniquement à désigner une des caractéristiques de l'exigence d'impartialité, les membres de la juridiction ne doivent pas avoir des intérêts dans le procès. L'expression "tiers impartial" désigne donc des règles relatives à la détermination des

Il faut cependant affiner cette définition *a contrario* du tiers, trop large en l'état. Positivement, c'est alors le critère de l'*intérêt* qui permet d'appréhender plus précisément la notion : le tiers est intéressé par le contentieux international et/ou le contentieux international s'intéresse à lui. La notion d'« intérêt » revêt plusieurs significations. Au sens large, il s'agira de « [c]e qui importe (...), concerne, attire, préoccupe une personne [une entité] »⁵⁵. Dans un cadre juridictionnel, l'intérêt « en cause »⁵⁶ renvoie à l'« [e]n jeu du procès »⁵⁷. Plus précisément, le *Dictionnaire de droit international public* distingue l'intérêt « simple » de l'intérêt *juridique*. Le premier est un « [a]vantage matériel ou moral non juridiquement protégé que présente pour une personne une situation donnée », tandis que le second est un « [a]vantage, matériel ou moral, juridiquement protégé que présente pour une personne une situation donnée ; on accole alors souvent au mot l'adjectif "juridique". Compris en ce sens, le terme est synonyme de "droit" »⁵⁸. L'intérêt juridique « en cause » est celui « que doit démontrer l'Etat qui souhaite intervenir dans un différend auquel il n'est pas partie »⁵⁹. La notion d'intérêt permet de préciser les contours de la notion de « tiers » tout en évitant de la restreindre, c'est pourquoi elle est préférée au critère de l'indispensabilité. Comme le note J.-P. QUENEUEDEC,

« [l]e rapprochement que l'on peut esquisser entre "Etat intéressé" et "partie indispensable" a pour mérite essentiel de mettre en évidence l'existence de degrés dans l'intérêt que des Etats portent à une situation. La notion d'Etat intéressé est, en effet, à intensité variable. Il y a toujours, parmi les Etats réputés intéressés, des Etats qui sont plus intéressés que d'autres ; ce qui suppose qu'il en est d'autres qui sont moins intéressés. L'Etat dont on prétend que la participation est "indispensable" à une instance judiciaire internationale est à coup sûr celui qui, parmi les tiers, est le plus intéressé »⁶⁰.

L'identification des tiers intéressés, qui ne se limitent pas aux Etats, demeure complexe dans la mesure où elle « repose le plus souvent sur un phénomène d'autodésignation »⁶¹. Il convient alors de fournir, d'ores et déjà, quelques exemples

formations de jugement, celles qui garantissent l'impartialité du jugement » (v. également SANTULLI C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 63).

⁵⁵ CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.* (v. également « intérêts en présence », *Id.*).

⁵⁸ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 596 (Selon le Juge MBAYE, l'intérêt juridique est « celui qui peut se justifier par référence à une règle de droit » (MBAYE K., « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 1988, p. 263)).

⁵⁹ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 597.

⁶⁰ QUENEUEDEC J.-P., « La notion d'Etat intéressé en droit international », *RCADI*, 1995, p. 359.

⁶¹ *Ibid.*, p. 362-363.

d'illustration qui seront ultérieurement développés. Ainsi, le Nicaragua est un Etat tiers intéressé par l'instance pendante devant la CIJ entre El Salvador et le Honduras car les trois Etats sont riverains du Golfe de Fonseca dont la délimitation des eaux est soumise à la Cour⁶². La Nouvelle-Zélande est également un Etat tiers intéressé par la résolution du litige entre l'Australie et le Japon sur la chasse à la baleine dans l'Antarctique, les trois Etats étant parties à la Convention internationale pour la réglementation de cette chasse, qui doit faire l'objet d'une interprétation⁶³. Ahmadou Sadio DIALLO est un individu tiers, intéressé par le litige né des actions congolaises à son égard et porté devant la CIJ par son Etat de nationalité, la Guinée⁶⁴. L'ONG Fonds mondial pour la nature (WWF) est un tiers intéressé par le différend porté devant l'ORD concernant les *Crevettes*⁶⁵. De leur côté, les juridictions internationales veillent à ce que leurs décisions n'affectent pas les tiers, dont les droits ou les intérêts pourraient être en cause dans les instances pendantes. A cet égard, la CIJ a notamment développé une jurisprudence protectrice des Etats tiers dans le cadre du contentieux territorial. Les juges internationaux sont en outre soucieux d'établir et de respecter une jurisprudence constante, garante de sécurité juridique pour l'ensemble des tiers, en particulier pour les potentiels justiciables. A côté de ces tiers *intéressés* par le contentieux international, figurent des tiers *intéressants* pour le contentieux international. En effet, aux fins de l'établissement de la preuve, les tribunaux ont parfois besoin de se tourner vers des personnes qui sont en mesure de leur fournir une expertise ou un témoignage. Cités à comparaître à des fins probatoires par les parties au différend et/ou par le juge, les experts ou les témoins sont pourtant bien des tiers – ne se confondant ni avec l'une des parties ni avec l'organe juridictionnel – car ils sont au service de la vérité légale.

Dans ces divers exemples brièvement évoqués, le tiers est un Etat, une ONG, un individu, un témoin, un expert. Cela illustre la variété de l'objet de l'étude, dont l'ambition est, dans un premier temps, de souligner la multiplicité et l'hétérogénéité des situations

⁶² CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), 13 septembre 1990 et CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenants)), arrêt, 11 septembre 1992.

⁶³ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants)), arrêt, 31 mars 2014.

⁶⁴ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (exceptions préliminaires), 24 mai 2007 ; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (fond), 30 novembre 2010 ; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (indemnisation), 19 juin 2012.

⁶⁵ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998 ; Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

pouvant interroger la place des tiers dans le contentieux international. La recherche de leur identité révèle d'ores et déjà que n'importe quel sujet ou acteur du droit international peut être un tiers intéressé – ou auquel le contentieux international s'intéresse, dans le cadre d'un litige. La qualité de tiers n'est pas une qualité intrinsèque, ni l'apanage d'une entité particulière ; elle est, au contraire, à géométrie variable. L'identité des tiers sera ainsi précisée tout au long de l'étude : elle se détermine en fonction du type de contentieux et par rapport à un litige donné.

Aux côtés de la notion d'intérêt, qui permet une première identification, c'est le critère *fonctionnel* qui nourrira la réflexion, à travers le prisme du rôle joué par le tiers dans le contentieux international : un rôle devant se conformer à ce qu'exige la bonne administration de la justice internationale. L'éventuelle participation à l'instance des tiers dépend des procédures offertes par le statut et le règlement de la juridiction considérée. Néanmoins, qu'ils participent à l'instance ou non, que leurs intérêts fassent ou non l'objet d'une protection effective, qu'ils soient intéressés par le litige ou intéressants pour sa résolution ; la place des tiers dans le contentieux international se détermine de manière à satisfaire la bonne administration de la justice. Le respect de ce principe guide en effet la prise en considération des tiers et, réciproquement, cette prise en considération contribue à satisfaire l'exigence de bonne justice. Une définition de cette « notion insaisissable »⁶⁶ qu'est la « bonne administration de la justice internationale » doit dès lors être tentée ici. L'expression est absente du *Dictionnaire de droit international public*. Le *Vocabulaire juridique* la définit comme « celle qui doit présider à tous les actes d'administration judiciaire *stricto sensu* et au “bon déroulement de l'instance” »⁶⁷. Si jusqu'alors la notion n'a que peu mobilisé la doctrine internationaliste⁶⁸, un volume de la revue « L'Observateur des Nations Unies »⁶⁹ lui est cependant consacré et permet d'en esquisser les contours. La bonne administration de la justice (que l'on peut également rencontrer sous les termes « *proper administration of justice* », « *good administration of justice* », ou encore « *better*

⁶⁶ LIENARD Q., « Editorial », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 1.

⁶⁷ CORNU G., (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁸ v. néanmoins MALINVERNI G., « Les principes internationaux relatifs à une bonne administration de la justice », in BIAGGINI G., DIGGELMANN O., KAUFMANN C. (Dir.), *Polis und Kosmopolis : Festschrift für Daniel Thürer*, Zürich, Dicke, 2015, p. 473-483 ; SAKAI H., « La bonne administration de la justice in the Incidental Proceedings of the International Court of Justice », *The Japanese Yearbook of International Law*, 2012, p. 110-133.

⁶⁹ AFNU (Section Aix-en-Provence), *La bonne administration de la justice internationale*. *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 27, 2009-2, 253 p.

administration of justice »)⁷⁰ est un principe correspondant à « un pouvoir implicite contenu dans les textes constitutifs », ou pouvant être rattaché aux principes généraux visés par l'article 38, paragraphe 1, lettre *c*) du Statut de la CIJ⁷¹. Selon R. KOLB, ce principe :

« exerce une série de fonctions déterminées et ponctuelles, ainsi qu'une fonction résiduelle générale. Les premières sont des concrétisations générales du principe, la seconde exprime une substance normative générale, apte à être individualisée à des situations d'espèce nouvelles en cas de besoin »⁷².

Des précisions sur ces « concrétisations générales » sont fournies⁷³ : il s'agit de préserver l'égalité des parties à l'instance (par exemple en matière d'accès au prétoire, de non-comparution à l'instance, de tardiveté dans l'invocation de nouveaux moyens ou de nouvelles preuves), ou encore de garantir le fonctionnement adéquat de la procédure (notamment en cas de jonction au fond de certaines exceptions préliminaires, de demandes reconventionnelles, d'indication de mesures conservatoires, de procédures d'intervention, de détermination de l'objet du différend). L'auteur relève en outre que « [l]e rôle et le contenu du principe de la "bonne administration de la justice" ne s'épuisent pas dans ces contextes situés »⁷⁴. Cela justifie que le principe remplisse cette « fonction résiduelle générale », permise par sa « substance normative générale », ainsi caractérisée :

« [d]ans [un] sens générique, le principe signifie le pouvoir et la responsabilité de la [juridiction] de veiller à ce que la justice qu'elle rend soit conforme aux standards les plus élevés de la procédure judiciaire et qu'elle tienne dûment compte des exigences légitimes de chaque participant à l'instance »⁷⁵.

Ainsi, la bonne administration de la justice internationale commande, ou justifie, de prendre en considération les tiers dans le contentieux international, parfois même au-delà

⁷⁰ KOLB R., « La maxime de la "bonne administration de la justice" dans la jurisprudence internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 5.

⁷¹ *Ibid.*, p. 8. Selon l'article 38, paragraphe 1, lettre *c*) du Statut de la CIJ : « [l]a Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

⁷² *Ibid.*, p. 9. A. LELARGE défend également l'idée selon laquelle la bonne administration de la justice est une notion « mixte », duale : il s'agirait à la fois d'un principe général procédural « normatif et axiomatique » (inspiré des « principes de justice communs aux nations civilisées (...) indissociables et donc inhérents à l'idée même de la justice, particip[ant] directement au bon exercice de la fonction juridictionnelle ») et d'un « standard éthique » (LELARGE A., « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 25-32, spéc. p. 31-32).

⁷³ v. KOLB R., « La maxime de la "bonne administration de la justice" dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 9-19.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 21.

de ce que prévoient les textes régissant les juridictions considérées. Au fil de l'étude, les rapports qu'entretiennent la place du tiers dans le contentieux international et la bonne administration de la justice permettront d'enrichir la définition de cette notion malléable, tout en précisant, réciproquement, les contours du critère fonctionnel permettant d'appréhender le tiers.

III. L'intérêt de l'étude : une approche générale de la question du tiers dans le contentieux international. De nombreuses contributions sectorielles se penchent sur certains tiers dans certains contentieux⁷⁶. Aucune étude francophone ou anglophone n'a été cependant consacrée à la place des tiers dans le contentieux international de manière générale et/ou comparative⁷⁷. Certes, le différend international et sa résolution par des voies contentieuses ont longtemps été « la chose des parties ». Un constat global d'une présence accrue des tiers dans le contentieux international, qui perturbent le traditionnel « duel judiciaire »⁷⁸ entre demandeur et défendeur, semble pourtant s'imposer. La spécialisation et la technicisation du droit international public et, corrélativement, de son contentieux ont accentué le recours à des experts, l'avènement d'une justice pénale internationale à partir des années 90 a fait du témoin un participant indispensable au processus juridictionnel, l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* est devenu un phénomène commun à l'ensemble des juridictions internationales. A côté de ces « innovations », certaines institutions séculaires du contentieux international ont connu un renouveau. La procédure d'intervention prévue par l'article 62 du Statut de la CIJ (et auparavant de sa devancière la CPJI), notamment, est restée lettre morte pendant une soixantaine d'années avant de se développer à partir des années 1980, jusqu'à l'établissement d'une jurisprudence clarifiée sur la question. La protection diplomatique, institution « archaïque » du contentieux international n'est pas tombée en désuétude malgré l'octroi d'un *jus standi* à l'individu devant des juridictions internationales de

⁷⁶ v. notamment les références citées ci-dessus (notes infrapaginales n°43 à 47) ; v. en outre, par exemple, PALCHETTI P., « La protection des intérêts d'Etats tiers par la Cour internationale de Justice : l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria », *RGDIP*, 2003, p. 865-884 ; TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 1995, p. 193-457 ; ou encore LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *L'Observateur des Nations Unies*, 1998, p. 199-235.

⁷⁷ Les « Recherches sur l'Etat tiers en droit international public » menées en 1968, outre qu'elles n'envisagent comme objet d'analyse que le seul Etat, sont limitées à un cadre d'étude portant sur la normativité internationale (v. BRAUD P., « Recherches sur l'Etat tiers en droit international public », *RGDIP*, 1968, p. 17-96).

⁷⁸ DECAUX E., « L'intervention », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, 1987, p. 219.

protection des droits de l'Homme. Il semblerait même que l'institution ait inspiré de nouvelles formes d'endossement des réclamations privées bénéficiant à des tiers, comme par exemple les procédures de prompt mainlevée qui relèvent de la compétence du TIDM.

Il semble alors opportun d'essayer de prendre la mesure de l'ouverture du contentieux international à des entités tierces. Le procès est-il toujours « la chose des parties » ? Le développement de la juridiction internationale permanente avait déjà remis en cause la mainmise des parties sur le règlement juridictionnel de leur différend. La considération, croissante semble-t-il, pour les tiers amplifie-t-elle ce phénomène ?

IV. Les « documents de base », actes juridictionnels, travaux académiques : présentation des sources utilisées⁷⁹. Appréhender le tiers dans le contentieux international suppose tout d'abord de prendre connaissance des « documents de base »⁸⁰ des juridictions internationales qui composent le corpus retenu. Les documents de base correspondent aux statuts des juridictions, à leurs règlements, à d'autres textes éventuellement (instructions de procédure, lignes directrices, etc.). Ces textes régissent le fonctionnement des juridictions internationales : il paraît alors essentiel de les étudier préalablement, afin de déterminer dans quelle mesure les cours et tribunaux envisagent la prise en compte des intérêts des tiers et l'éventuelle participation à l'instance de ceux-ci. Ce premier travail permet de concevoir, abstraitement (c'est-à-dire indépendamment de tout litige soumis à la juridiction considérée et tranché par celle-ci) la place que les tiers ont vocation à occuper dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Il convient ensuite de confronter ces premiers résultats théoriques à la pratique des cours et tribunaux. C'est l'étude des actes juridictionnels qui permet de réaliser ce travail. Sont alors analysés les arrêts, les jugements, les sentences qui tranchent le différend, mais également les ordonnances qui assurent la conduite du procès, ainsi que les opinions séparées pouvant être soumises par les juges et arbitres. L'étude de la pratique juridictionnelle permet ainsi de déterminer la place effective des tiers dans le contentieux international et de la confronter à ce qui est (ou n'est pas) envisagé dans les documents de base. Les sources de première main que constituent les textes de base et les actes juridictionnels se voient complétées, lorsque cela s'avère opportun, par des rapports

⁷⁹ L'ensemble des sources exploitées dans la thèse est détaillé dans le « Répertoire des sources ».

⁸⁰ Ou « textes de base ». L'expression est notamment empruntée à la CIJ (<https://www.icj-cij.org/fr/documents-de-base>) et au TIDM (<https://www.itlos.org/fr/textes-de-base-et-autres-documents/>).

annuels, des déclarations et discours officiels, ou toute autre documentation émanant des juridictions internationales considérées.

Enfin, divers travaux académiques (manuels, ouvrages spécialisés, articles et contributions à des ouvrages collectifs, etc.) sont utilisés : au-delà de la nécessaire connaissance de « l'état de l'art » sur le sujet, ils sont précieux pour en enrichir l'analyse et tenter d'en cerner au mieux les enjeux théoriques, en confrontant des approches diverses, sectorielles ou globales.

V. L'analyse comparative au cœur de l'approche méthodologique. L'étude ne doit pas se contenter de présenter les différents rôles que peuvent – et qu'ont – joué les tiers devant l'ensemble des juridictions retenues. La démarche se veut comparative et analytique, afin d'identifier les caractéristiques de ce « tiers » dans le contentieux international. Il est indéniable que des différences fondamentales séparent les cours et tribunaux choisis pour former le cadre de l'étude. Ceux-ci sont distincts s'agissant de leur mode de création, de leur compétence matérielle, personnelle et temporelle, de leur fonctionnement, de leur composition. Ces spécificités irréductibles, qui participent de l'intérêt du sujet et de la richesse des problématiques soulevées, justifieront de s'essayer occasionnellement à une approche restreinte, sinon monographique⁸¹. Néanmoins, malgré ces particularités que l'on ne peut ignorer ni dissimuler, l'étude s'efforcera de mettre en exergue les points communs à l'ensemble des juridictions s'agissant de la manière dont elles prennent en considération les tiers.

VI. La problématique soulevée par le sujet : quelle place pour le tiers dans le contentieux international ? Interroger la place du tiers dans le contentieux international amène à se poser plusieurs questions sous-jacentes. Au premier rang de celles-ci figure l'identification de ce « tiers » dont l'identité varie selon les procédures et les intérêts que l'on choisit de retenir. Qui sont les tiers et quels sont les intérêts qu'ils détiennent dans les procédures, ou qu'ils présentent pour le déroulement de celles-ci ? Vient ensuite le questionnement sur la considération du tiers dans le contentieux international : dans quelle mesure ses intérêts sont-ils pris en compte ? Lui est-il permis d'intervenir dans l'instance pour les faire valoir ? Comment la participation des tiers dans le contentieux international

⁸¹ Par exemple, le caractère indispensable des témoins pour le fonctionnement de la justice pénale internationale a justifié de se concentrer exclusivement sur les juridictions internationales pénales dans le chapitre consacré au témoignage (Chapitre VIII).

s'organise-t-elle ? Enfin, se pose la question de la valeur ajoutée d'une telle participation. Dans quelle mesure les tiers sont-ils indispensables ? Ces diverses interrogations permettent d'interroger, en filigrane, les rapports entre l'ouverture du contentieux international aux tiers et la notion de bonne administration de la justice ainsi que, plus largement, la contribution de ces derniers à la finalité du contentieux international, qui est de servir le maintien de la paix en favorisant le règlement pacifique des différends.

En tentant d'apporter des éléments de réponse aux questions soulevées ci-dessus, on a pu observer que la prise en considération du tiers dans le contentieux international se fait tantôt à des fins de protection, tantôt à des fins de participation de ce dernier ; ces deux aspects se complétant.

La **première partie** de l'étude porte sur la protection des tiers dans le contentieux international. Elle aborde la manière dont les intérêts du tiers sont pris en compte dans le contentieux international sans que celui-ci n'ait, pour autant, la possibilité de participer à l'instance. Les tiers identifiés sont tout d'abord ceux composant une « communauté des justiciables »⁸². Cette catégorie de tiers, relativement abstraite et envisagée largement, est protégée par les principes fondamentaux qui constituent la clef de voûte du contentieux international : le consentement à la juridiction et l'autorité relative de la chose jugée. Il s'agit de veiller à préserver les tiers de procédures auxquelles ils n'ont pas consenti. Néanmoins, nous soutenons que l'autorité du précédent, s'imposant *de facto* dans un contentieux international qui ne reconnaît pas la règle du *stare decisis*, offre une protection complémentaire aux tiers en leur garantissant sécurité et prévisibilité juridiques, principes essentiels à la satisfaction d'un standard de bonne administration de la justice. Les autres tiers identifiés dans le cadre de cette première partie sont des personnes privées, physiques ou morales, dont les réclamations font l'objet de différends interétatiques. Sont concernés ici les personnes physiques et morales qui bénéficient de la protection diplomatique, le personnel des organisations internationales qui peut jouir de la protection fonctionnelle exercée par celles-ci, les navires et leur équipage au bénéfice desquels des procédures de prompt mainlevée sont portées devant le TIDM, ainsi que les opérateurs économiques privés, dans l'incapacité d'être parties à un différend devant l'ORD, mais pourtant premiers destinataires et bénéficiaires des normes adoptées dans le cadre de l'OMC. Ces tiers ont en commun d'être l'objet d'une procédure menée à leur profit, tout en demeurant

⁸² v. en ce sens l'analyse de P. KOVACS sur « l'opinion et les attentes du "public" » quant à la jurisprudence des juridictions internationales (KOVACS P., « Développements et limites de la jurisprudence en droit international », *op. cit.*, p. 313).

privés de tout accès au prétoire pour faire valoir leurs intérêts. Ce paradoxe interroge la nature de ces contentieux particuliers, ainsi que l'administration des procédures qui en relèvent.

La **seconde partie** est consacrée à la participation des tiers dans le contentieux international ; en d'autres termes, au rôle actif que ceux-ci peuvent jouer dans le cadre de la résolution du litige. Par la procédure de l'intervention, le tiers sollicite une participation à l'instance qui lui permet de faire valoir ses intérêts, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques *propres* en cause dans le différend principal, ou d'intérêts juridiques plus généraux se rattachant à des enjeux soulevés par le litige. Les tiers intervenants étudiés sont des Etats, dans le cadre de différends interétatiques. Il s'agit également d'entités diverses (Etats, individus, personnes morales, ONG, associations, collectifs, etc.) qui interviennent dans diverses procédures (l'ensemble des juridictions du corpus retenu étant ici mobilisé) en soumettant au juge des mémoires d'*amicus curiae*. L'intervention de ces tiers soucieux de défendre leurs intérêts contribue à la bonne administration de la justice. Outre les intervenants, participent au contentieux international des témoins et des experts. Dans ces hypothèses, la situation est inversée : le tiers est sollicité par le juge et/ou les parties. L'expert, comme le témoin, a pour fonction d'aider à la recherche de la vérité légale. Ils participent à l'administration de la preuve. Au-delà de ces intérêts probatoires, la participation de ces tiers permet de servir la bonne administration de la justice, ainsi que l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles. Nous soutenons qu'à la différence de l'intervention qui est – et a vocation à demeurer – volontaire, la participation à l'instance de ces tiers « coopérateurs » est indispensable.

PARTIE I – LA PROTECTION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Dans un sens général, la protection peut se définir comme l'« [a]ction de prendre soin des intérêts d'une personne ou d'une institution »⁸³. Les deux titres composant cette première partie étudient des aspects distincts relevant de la protection des tiers dans le contentieux international, dans le cadre desquels il n'est pas prévu de faire entrer ces derniers dans le prétoire.

Il s'agira tout d'abord de se pencher sur la manière dont les tiers sont protégés *du* contentieux international (Titre I). Cela nécessite de s'interroger sur l'existence et l'effectivité de principes juridiques permettant de garantir que les tiers à une instance demeurent inaffectés par le déroulement et l'issue de celle-ci. Le caractère consensuel de la justice internationale rend primordial le besoin de veiller à ce que les droits et les intérêts des tiers à l'instance soient protégés, dans le cas où le traitement d'un différend les concernerait directement ou indirectement. En amont de la résolution du litige, le principe du consentement à la juridiction permet ainsi de déterminer la compétence de l'organe juridictionnel à l'égard des parties à un litige déterminé. Négativement, les tiers à l'instance sont dès lors identifiés. En aval de la procédure de règlement des différends, la relativité de la chose jugée, en vertu de laquelle une décision de justice ne concerne que le cas d'espèce et n'est obligatoire qu'à l'égard des parties, est un principe qui semble garantir aux tiers cette protection *du* contentieux international : les tiers, qui n'ont pas consenti à voir leur situation juridique portée devant le juge international, seront protégés contre tout effet (favorable comme défavorable) de la décision de justice à leur égard. Formellement affirmée, la relativité de la chose jugée ne semble cependant pas garantir une protection sans faille. Des exceptions à ce principe seraient à dénombrer s'agissant de litiges dits « objectifs », c'est-à-dire, notamment, portant sur la délimitation territoriale. Un tempérament serait également à considérer : aux côtés de la relativité de la chose jugée qui concerne le dispositif d'une décision, c'est une autorité de la chose interprétée qui s'attache aux motifs de cette dernière. Ainsi, malgré le fait que le droit international public

⁸³ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 899.

n'applique pas au contentieux la règle du *stare decisis*, par le biais d'une autorité reconnue *de facto* aux précédents juridictionnels, les raisonnements des juges et les énoncés généraux qu'ils produisent vaudront pour l'avenir. Parties et tiers, l'ensemble des justiciables de la communauté internationale est dès lors concerné par la résolution des différends. Est-ce à dire que la protection des tiers offerte par les principes du consentement à la juridiction et de l'autorité relative de la chose jugée est niée ou affaiblie ? Nous proposons, au contraire, de considérer que l'autorité des précédents, qui est reconnue de manière intra-juridictionnelle et inter-juridictionnelle (donnant lieu à un « dialogue des juges »), permet un développement harmonisé du droit international qui réduit les risques de fragmentation de la discipline et qui garantit à l'ensemble des justiciables une autre forme de protection, complémentaire, qui réside dans les principes de sécurité juridique et de prévisibilité du droit.

Il conviendra ensuite de se demander dans quelle mesure les tiers peuvent être protégés *par* le contentieux international, et analyser ainsi les procédures contentieuses à l'occasion desquelles le demandeur prend fait et cause pour un tiers : cela vise, au sens large, l'endossement des réclamations privées (Titre II). L'étude comprend, bien sûr, la protection diplomatique entendue comme le droit qu'a l'Etat d'élever au rang de réclamation internationale un différend entre l'un de ses ressortissants et l'Etat hôte. Seront également abordés la protection fonctionnelle en vertu de laquelle une organisation internationale peut prendre fait et cause pour l'un de ses agents lésé, ainsi que les procédures de prompt mainlevée qui permettent à l'Etat du pavillon de porter devant le TIDM un litige concernant la libération de l'équipage et la prompt mainlevée d'un navire immobilisé par l'Etat côtier, et enfin les différends réglés dans le cadre de l'OMC, qui concernent pour l'essentiel des opérateurs économiques privés. Ces diverses procédures ont en commun de bénéficier à ces tiers, qui se trouvent ainsi protégés dans le sens où l'action contentieuse du demandeur leur permet de voir leur cas traité par le juge international. Une telle finalité attribuée à ces procédures d'endossement est résolument « moderne » : historiquement justifiée par la nécessité de pallier l'absence de capacité juridique internationale des personnes privées, la procédure de protection diplomatique n'en est pas moins fondée sur une fiction juridique qui impose de considérer qu'« en prenant fait et cause pour l'un des siens, l'Etat fait à *vrai dire* valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants » (*sic.*). Bien que datée, cette fiction *Mavrommatis* semble immuable : si la situation du tiers

protégé et le litige l'opposant à l'Etat défendeur sont l'origine et l'objet du différend, celui-ci est exclu des procédures qui demeurent strictement interétatiques. Cette situation paradoxale s'observe également dans le cadre des autres procédures d'endossement évoquées ; ce « conservatisme » étonne lorsque l'on considère l'évolution du droit international, dont les acteurs – sinon les sujets – intègrent désormais les personnes privées : destinataires de normes, responsables de leurs actes, titulaires de droits et, dans une certaine mesure, justiciables.

TITRE I – LES TIERS PROTÉGÉS DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Ce premier titre est consacré à la protection offerte aux tiers, de manière complémentaire, par l'effet relatif des jugements en droit international d'une part ; par l'autorité du précédent d'autre part. Il s'agira d'examiner, notamment, par quels moyens et dans quelle mesure les droits et les intérêts des tiers à l'instance sont préservés, lorsque sont tranchés des différends pouvant les concerner directement ou indirectement. En outre, la question de la cohérence de la jurisprudence internationale, comme moyen d'offrir aux tiers une protection en termes de sécurité et de prévisibilité juridiques sera abordée.

La chose jugée (*res judicata*) est définie par le *Dictionnaire de droit international public* comme « [c]e qui a été tranché par le juge pour mettre fin au différend »⁸⁴. Plus précisément, l'autorité de la chose jugée correspond à :

« [la qualité] attribuée au dispositif de tout acte juridictionnel définitif (y compris les jugements avant-dire droit), désignant les effets légaux qui lui sont attachés, à savoir, pour les parties, la force de vérité légale (*res judicata pro veritate habetur*) et le caractère définitif. (...) Sous réserve d'éventuelles voies de recours, elle s'oppose à ce que la même affaire (même demande, même parties, agissant en les mêmes qualités, même objet, même cause) soit rejugée dans un autre procès »⁸⁵.

Les origines du principe de l'autorité de la chose jugée remontent possiblement au droit processuel antique babylonien⁸⁶. A n'en pas douter, le principe est présent dans l'ancien droit romain⁸⁷. Sa consécration en droit international peut s'analyser comme étant le fruit de la transposition depuis les droits internes, ce qui en ferait un principe général *de*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 170.

⁸⁵ *Id.* En ce sens, l'exception de chose jugée (*exceptio rei judicatae*) s'entend comme une « [f]in de non-recevoir, par laquelle un plaideur fait valoir, comme cause d'irrecevabilité, l'autorité de la chose jugée dans un procès antérieur et qui, en cas de vérification positive, oblige le juge à déclarer irrecevable la demande de la partie adverse » (*Id.*).

⁸⁶ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, LGDJ, 2003, p. 16, citant CUQ E., *Etudes sur le droit babylonien*, Paris, 1929, p. 381 ; et SZLECHTER E., « L'autorité de la chose jugée en droit babylonien », in *Etudes offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, p. 624-627.

⁸⁷ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 16-17 ; v. également LIMBURG J., « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *RCADI*, 1929, p. 523.

droit international⁸⁸. La *res judicata* est en effet connue des systèmes de droit dits de *common law*⁸⁹ tout comme des systèmes de droit dits continentaux⁹⁰. Le principe peut également être perçu comme étant « inhérent à la conception même du droit international »⁹¹. Il ferait alors partie des principes généraux *du* droit international et sa source serait à rechercher à la fois dans la coutume et dans le droit conventionnel⁹².

Traditionnellement, il semble admis que l'autorité de la chose jugée se limite uniquement au dispositif de la décision⁹³. La CPJI considère néanmoins que les motifs qui ne dépassent pas la portée du dispositif doivent être considérés :

« il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées. Il est parfaitement exact 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 »⁹⁴.

Les motifs à prendre en compte pour mieux appréhender le dispositif sont ceux qui constituent le fondement indispensable de la décision (*ratio decidendi*), se distinguant ainsi des *obiter dicta*⁹⁵. Les motifs formulés au titre de la *ratio decidendi* peuvent être, dans une certaine mesure et avec prudence⁹⁶, considérés comme investis de l'autorité de la chose jugée.

⁸⁸ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 16-25.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 47-51.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 51-57.

⁹¹ *Ibid.*, p. 25.

⁹² *Ibid.*, p. 28-41.

⁹³ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 170. v. également SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », in VASSART P. (Publ.), HAARSCHER G., INGBER L., VANDER ELST R. (Dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 24 : « [l']autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif et non aux motifs ».

⁹⁴ CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, 16 mai 1925, Série B, p. 29-30.

⁹⁵ L'expression « *ratio decidendi* » est une « [l]ocution latine (traduction : "raison de décider") parfois utilisée pour désigner, parmi les motifs d'une décision, celui ou ceux qui ont joué un rôle déterminant, qui ont eu un caractère décisif » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 929-930). A l'inverse, l'*obiter dictum* est une « [o]pinion émise par une juridiction et qui n'est pas essentielle à la motivation d'une décision adoptée par ladite juridiction » (*Ibid.*, p. 762).

⁹⁶ Comme l'écrit J. SALMON, « c'est toujours avec une extrême prudence qu'il faut entendre l'autorité de la chose jugée au-delà du dispositif. Il se peut, en effet, que les juges se mettent d'accord sur un dispositif, sans être vraiment d'accord sur les motifs » (SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 25).

En droit international, « [c]onformément à un principe commun à tous les systèmes de droit »⁹⁷ l'autorité de la chose jugée est *relative*, « c'est-à-dire qu'elle ne concerne que le litige tranché (l'objet et la cause de la demande) et les seules parties au procès (*res inter alios judicata, aliis prodesse, nec nocere potest*) »⁹⁸. Ainsi, « [t]elle qu'elle est affirmée dans les textes constitutifs de la plupart des juridictions internationales, la relativité de la chose jugée s'oppose à la transposition dans l'ordre international du principe de *common law* du *stare decisis* »⁹⁹. Ce principe « [fonde] l'autorité normative générale de la jurisprudence dans certains systèmes juridiques, notamment les systèmes juridiques anglo-saxons. Selon cette règle, “les principes de droit posés par une décision judiciaire ont force obligatoire, tant qu'ils n'ont pas été abandonnés par une décision ultérieure, émanant d'une juridiction supérieure ou de même rang” »¹⁰⁰.

Malgré l'affirmation du principe de l'autorité relative de la chose jugée et le rejet consécutif du principe du *stare decisis* en droit international, certaines décisions de justice, rendues dans le cadre de « contentieux objectifs »¹⁰¹ jouiraient d'une autorité absolue de la chose jugée, quand d'autres jugements bénéficieraient d'une « autorité de la chose interprétée »¹⁰². En d'autres termes, ce qui constitue un énoncé normatif individuel contenu dans le dispositif serait chose jugée pour les seules parties, tandis que le raisonnement exposé dans les motifs jouirait d'une autorité qui s'étend au-delà des parties à l'instance. Ces considérations invitent à s'interroger sur la portée et l'étendue du principe de l'autorité relative de la chose jugée en droit international, afin de déterminer s'il souffre des exceptions ou des tempéraments pouvant affecter les tiers à l'instance.

Egalement, la question de la valeur du précédent jurisprudentiel en droit international se pose dans ce cadre avec acuité. En dépit de la non-transposition du principe du *stare decisis* en droit international, le précédent jurisprudentiel jouit d'une

⁹⁷ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 170.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* L'expression « *stare decisis* » provient d'une « [p]artie d'une locution latine dont la formulation complète est la suivante : *stare decisis et non quieta movere* (traduction : “s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas bouleverser ce qui est établi”) » (*Ibid.*, p. 1051).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 170. v. également les propos des professeurs COMBACAU et SUR : « l'autorité de la sentence réside dans le fait que le dispositif ne peut être contesté par les parties ; en général, il consiste dans un énoncé normatif indiquant la conduite qu'elles devront tenir, et la norme individuelle qui en résulte est obligatoire ; parfois, il constitue ou il constate une situation dont l'existence devra être respectée par les Etats » (BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 60, citant COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 4^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 599. Les italiques sont de nous).

¹⁰² SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 170.

certaine autorité, comme en témoignent les nombreuses références, par les juridictions, à leurs décisions antérieures, voire aux jugements des autres cours et tribunaux. La cohérence de la jurisprudence internationale qui en résulte permet de garantir une prévisibilité du droit international tel qu'il est interprété et appliqué par les juges, offrant aux tiers une protection en termes de sécurité juridique.

Les deux chapitres de ce titre interrogeront alors successivement la protection offerte aux tiers par le principe de l'autorité relative de la chose jugée (Chapitre I), ainsi que par la valeur accordée au précédent jurisprudentiel en droit international, encourageant la cohérence de la jurisprudence internationale (Chapitre II).

CHAPITRE I – LES TIERS PROTÉGÉS PAR LA RELATIVITÉ DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

L'identification de la chose jugée nécessite de déterminer, relativement à un différend, quelles en sont les parties (*persona*), quelle en est la cause (*causa petendi*), quel en est l'objet (*petitum* ou *res petita*). Les parties au différend sont nommément indiquées dans l'acte introductif d'instance, qui permet d'identifier *a contrario* les tiers, envisagés ici largement. S'agissant du *petitum* et de la *causa petendi*, « selon une définition classique, l'objet ou les conclusions répondent à la question “que demande le requérant” (quoi), tandis que la cause ou les moyens constituent le fondement juridique par lequel le plaideur justifie sa demande et répondent à la question “pourquoi” »¹⁰³.

Identifier la chose jugée dans ses trois composantes permet de déterminer les effets juridiques attachés au principe de l'autorité de la chose jugée. Celui-ci implique qu'une décision de justice tranchant le différend entre les parties *A* et *B*, ayant pour cause *x* et pour objet *y*, est obligatoire et définitive. Hors voies de recours autorisées, saisir à nouveau une juridiction du même différend (c'est-à-dire d'un différend présentant une identité de parties, de cause et d'objet) est proscrit par le jeu de l'exception de chose jugée (*exceptio rei judicatae*). Identifier la chose jugée dans ses trois composantes permet également de circonscrire la portée de sa relativité. La décision de justice n'est revêtue de l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties en litige (*persona*) et dans le cas qui a été décidé (*causa petendi* et *res petita*). Précisant la finalité de l'article 59 de son Statut¹⁰⁴, la CPJI déclarait : « le but (...) est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la

¹⁰³ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 117-118. Des définitions plus précises peuvent être relevées : « [la cause] se différencie nettement des “conclusions” qui expriment la prétention du demandeur, des “moyens” qui ne sont les arguments de fait ou de droit invoqués par un plaideur pour justifier sa prétention, en même temps qu'elle se distingue de l'“objet” de la demande, qui ne représente que la chose réclamée ou le droit revendiqué en justice » (*Ibid.*, p. 118) ; « La cause juridique d'une demande en justice s'analyse donc comme “le principe générateur du droit réclamé”, ou mieux encore, comme “le fondement juridique que l'on invoque pour exiger comme un droit ce qui a fait l'objet de la demande” » (*Id.*, citant CHEVALIER J.-P., *La relativité de l'autorité de la chose jugée dans le contentieux fiscal*, Limoges, PUF, 1974, p. 46-47).

¹⁰⁴ Article 59 du Statut de la CPJI, repris à l'identique dans le Statut de la CIJ, dispose que « [la] décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

Cour dans une affaire déterminée, soient obligatoires pour d'autres Etats ou d'autres litiges »¹⁰⁵.

En vertu du principe de l'autorité relative de la chose jugée, les tiers au procès sont alors protégés de tout effet (indésirable ou favorable) causé par une décision de justice rendue à l'occasion d'une instance à laquelle ils n'ont pas consenti à être parties. Comme l'écrit L. N. C. BRANT, « [I]a relativité de la chose jugée apparaît ainsi comme un mécanisme de protection des intérêts des tiers qui ne sauraient être liés par le résultat d'une instance à laquelle ils n'étaient pas obligés de participer »¹⁰⁶. Pour A. LELARGE, cette force obligatoire limitée au cas d'espèce et aux parties à l'instance est « un élément de sécurité juridique qui (...) participe de la logique de la bonne administration de la justice »¹⁰⁷.

Une partie de la doctrine attire toutefois l'attention sur l'existence d'exceptions au principe de l'autorité relative de la chose jugée. Comme l'écrit G. SCHELLE, « il est en droit international, comme en droit interne, des décisions à caractère objectif qui valent pour tous les sujets de droit de la communauté internationale considérée »¹⁰⁸. Il s'agirait ici, notamment, des décisions dont le dispositif établit une situation objective, comme la délimitation d'une frontière, ou encore des arrêts déclaratoires qui se prononcent par exemple sur l'interprétation d'une convention internationale multilatérale.

Ce premier chapitre abordera tout d'abord la protection des tiers face aux potentiels effets à leur égard des décisions de justice (Section I). Par la suite, il conviendra de se pencher sur les éventuels exceptions et tempéraments qui seraient susceptibles de remettre en cause ou d'affaiblir cette protection (Section II).

¹⁰⁵ CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt, 16 décembre 1927, Série A, p. 21.

¹⁰⁶ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁷ LELARGE A., « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 », *op. cit.*, p. 36 (v. plus largement p. 36-37).

¹⁰⁸ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 100, citant SCHELLE G., « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 426.

Section I - Les principes généraux du contentieux international protégeant les tiers

Deux principes généraux du droit international applicables dans le cadre du contentieux international se conjuguent pour offrir aux tiers à l'instance une protection, c'est-à-dire pour éviter que ceux-ci ne soient affectés par la décision rendue par la juridiction tranchant le litige. C'est tout d'abord le principe du consentement à la juridiction internationale (I), qui contribue à établir la compétence de la juridiction vis-à-vis des parties au litige et, ce faisant, à déterminer négativement qui sont les tiers à l'instance. C'est en outre le principe de l'autorité relative de la chose jugée (II), qui consacre « l'impossibilité d'étendre les effets de la décision juridictionnelle à des [tiers] »¹⁰⁹, même si celle-ci les concerne directement ou indirectement.

I- Le consentement à la juridiction internationale, moyen indirect de protection des tiers

Le caractère facultatif de la justice internationale, et son corollaire, le consentement étatique à la juridiction, sont des principes généraux inhérents à l'ordre juridique international. Le principe fondamental du consentement à la juridiction (A) permet aux parties à un différend d'exprimer leur accord à voir celui-ci tranché par le juge. *A contrario*, ce principe offre aux parties à un différend la possibilité de ne pas soumettre la résolution de celui-ci à une juridiction internationale. Dans une instance qui réunit certaines, mais pas toutes les parties à un différend, le juge international doit veiller à protéger les tiers à l'instance contre tout effet indésirable de celle-ci à leur égard, car ils n'étaient pas forcés d'y consentir et ne sont pas obligés d'y participer. L'absence des tiers à l'instance, lorsque ceux-ci sont indispensables à la résolution du différend, peut imposer à la juridiction de renoncer à statuer. La CIJ a ainsi considéré que la qualité d'Etat tiers à un litige, faute de consentement à la juridiction, peut faire échec à l'exercice de sa compétence pour connaître du différend (B).

¹⁰⁹ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 84.

A- Le principe fondamental du consentement à la juridiction¹¹⁰

L'Etat, sujet originaire du droit international et seul détenteur de la souveraineté, bénéficie de la faculté de consentir à la juridiction internationale. Comme nous l'enseigne P. WEIL, « [l]e principe de la juridiction consensuelle n'est pas l'expression négative d'un sacrifice mais l'expression positive d'un choix souverain »¹¹¹. Ainsi que l'affirme la CIJ dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, le principe fondamental de la juridiction consensuelle est un principe général du droit international¹¹². D'après L. DELBEZ, « [l]a grande règle qui domine tout le contentieux international, c'est que la compétence de l'arbitre ou du juge est purement facultative »¹¹³. Ou encore, selon les termes d'A. COCATRE-ZILGIEN :

« les Etats n'ont jamais été justiciables du prétoire international que s'ils le voulaient bien. (...) [C]'est un fait que la justice internationale, arbitrale ou judiciaire, repose toujours sur le consentement des Etats. Cela est aussi vrai de la justice facultative *stricto sensu* que de la justice dite "obligatoire" : celle-ci ne l'est que dans la mesure où les Etats litigants, d'avance, l'ont voulue telle »¹¹⁴.

¹¹⁰ Les modalités d'expression de ce consentement (telles que le compromis, la clause compromissoire, la déclaration facultative de juridiction obligatoire), ne sont pas traitées ici. v. à cet égard, COCATRE-ZILGIEN A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *RGDIP*, 1976, p. 689-737 ; FOUDA G., « La justice internationale et le consentement des Etats », in KOUFA K. (Ed.), *International Justice*, Thessaloniki, Sakkoulas, Collection : Thesaurus Acroasium, 1997, p. 883-903 ; GHARBI F., « Le statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, p. 213-274 ; GHARBI F., « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, p. 433-502 ; KAZADI MPIANA J., « La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG : regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2013, p. 315-352 ; LATTANZI F., « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats », *RGDIP*, 1999, p. 425-444, spéc. p. 435-444 ; MARION L., « La saisine de la CIJ par voie de compromis », *RGDIP*, 1995, p. 257-300 ; NAMOUNTOUGOU M. A., « La saisine du juge international africain des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 261-294 ; RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, op. cit. ; SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 122-149, spéc. p. 122-138 ; SOUBEYROL J., « "Forum prorogatum" et Cour internationale de Justice, de la procédure contentieuse à la procédure consultative », *RGDIP*, 1972, p. 1098-1104 ; WECKEL P., « L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI*, 1993, p. 232-261 ; WEIL P., « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in MAKARCZYK J. (Ed.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 833-848.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 843.

¹¹² CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), op. cit., p. 133, §94 et p. 134, §99.

¹¹³ DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, p. 61.

¹¹⁴ COCATRE-ZILGIEN A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », op. cit., p. 696-697. L'auteur fait référence à deux exceptions, à l'occasion desquelles la justice internationale a été imposée aux vaincus des deux guerres mondiales : les tribunaux arbitraux mixtes institués par le Traité de Versailles du 28 juin 1919, « signé par le IIème Reich que sous la menace d'une extension de l'occupation militaire alliée », et les tribunaux militaires interalliés de Nuremberg et de Tokyo (*Ibid.*, p. 700-701).

Il est vrai que la possibilité d'« assigner [à la CPJI] une compétence obligatoire dans les litiges ayant un caractère purement juridique »¹¹⁵ avait été envisagée par le comité des juristes¹¹⁶, mais cela a été abandonné « devant les objections de divers gouvernements »¹¹⁷. La compétence de la juridiction permanente haguenoise (CPJI puis CIJ) est demeurée facultative, « [e]lle n'existe que pour les affaires que les parties lui auront soumises par accord spécial ou par une convention générale »¹¹⁸. La justice dite « obligatoire » désigne, en tout état de cause, les hypothèses dans lesquelles « au lieu de suivre la naissance du litige, l'accord la précède »¹¹⁹. Elle ne remet pas en cause le principe du consentement à la juridiction. Ainsi, à des degrés certes divers¹²⁰, l'ensemble de la justice internationale repose sur le consentement de l'Etat et n'existe que par lui. En effet,

« [d]ans l'ordre interne, la justice est obligatoire, en ce sens que toute partie à un litige est en droit de saisir les tribunaux par une requête unilatérale (citation directe), et son adversaire est tenu de comparaître. Dans l'ordre international, le recours à une procédure juridictionnelle ou arbitrale est subordonné au consentement de toutes les parties à un litige. Aussi longtemps que survivra la souveraineté étatique, il sera difficile d'établir une justice internationale obligatoire, autorisant chaque Etat à citer unilatéralement un autre Etat devant une juridiction internationale à propos de n'importe quel différend »¹²¹.

¹¹⁵ POLITIS N., *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 167.

¹¹⁶ Un « comité consultatif de juristes » a été instauré en 1920 par le Conseil de la Société des Nations, en vue de l'établissement de la CPJI. Le comité des juristes a notamment travaillé sur la rédaction du Statut de la Cour (v. <https://www.icj-cij.org/fr/historique> (Consulté le 3/10/2018)).

¹¹⁷ POLITIS N., *La justice internationale*, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 169.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 193. L'auteur vise par cette formule les hypothèses couvertes par les clauses compromissoires et les traités d'arbitrage se développant à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècles. A. COCATRE-ZILGIEN en donne une définition similaire (COCATRE-ZILGIEN A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *op. cit.*, p. 697, v. également p. 709 : « [o]n dit qu'il y a obligation d'arbitrage ou de juridiction quand les Etats souscrivent d'avance au règlement de leurs différends »).

¹²⁰ Le cas dans lequel le consentement étatique est le plus malmené correspond à la « création autoritaire » des juridictions internationales particulières que sont le TPIY et le TPIR. Le consentement de l'Etat peut cependant être recherché dans la participation au système de maintien de la paix onusien et dans l'approbation des résolutions du Conseil de sécurité créant ces tribunaux (v. WECKEL P., « L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *op. cit.*, spéc. p. 234).

¹²¹ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 959. Les auteurs poursuivent : « [e]n fait, le règlement juridictionnel international est en progrès, mais son évolution continue de dépendre de la conclusion volontaire d'engagements de se soumettre à un procédé juridictionnel déterminé. Aussi peut-on parler de justice internationale obligatoire, mais seulement en précisant dans quelles relations et entre quels Etats : cette obligation ne repose pas sur un principe général du droit international, mais toujours sur un fondement conventionnel » (*Id.*) v. également COCATRE-ZILGIEN A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *op. cit.*, p. 695 : « [e]n droit interne, nul ne peut échapper au juge, dès lors que celui-ci a été "compétamment" saisi par l'autorité publique ou par un adversaire privé ; en droit international, ni l'arbitre ni même le juge ne sauraient exercer d'autre pouvoir que celui-là seulement que les Parties au litige leur ont conféré, immédiatement ou médiatement ».

Dans le cadre du contentieux interétatique, « les techniques d'acceptation peuvent émousser les contours [du consentement] mais, en définitive, un Etat ne subira pas un procès auquel il s'oppose s'il n'a pas accepté auparavant la juridiction du tribunal dans ses rapports avec l'Etat demandeur »¹²². Les juridictions interétatiques ont à plusieurs reprises rappelé le principe de la « juridiction consensuelle », qui « traverse la jurisprudence à la manière d'un fil d'or dont la pérennité défie le temps »¹²³. Ce faisant, le juge international justifie sa compétence auprès des parties à l'instance ; et rassure dans le même temps les tiers, formant une communauté de justiciables susceptibles d'être parties aux instances à venir, en leur rappelant qu'un différend qui les concerne ne saurait être tranché sans leur consentement. Ainsi, dans l'affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie*, la CPJI déclare que « [sa juridiction] dépend de la volonté des parties »¹²⁴. Dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ énonce que « selon un principe fondamental aucun Etat ne peut être soumis à sa juridiction sans y avoir consenti »¹²⁵. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, le TIDM s'assure de sa compétence au regard du consentement exprimé par les parties, qui ont ratifié la Convention de Montego Bay et accepté la juridiction du Tribunal conformément à l'article 287¹²⁶. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, le Juge NDIAYE rappelle que :

« la compétence du Tribunal dépend toujours du consentement préalable des Parties et qu'aucun Etat souverain ne saurait être partie à une affaire devant une juridiction internationale s'il n'y a pas consenti. C'est ce consentement à porter le différend devant le Tribunal qui détermine la compétence de celui-ci à l'égard du différend »¹²⁷.

¹²² SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 120.

¹²³ WEIL P., « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », op. cit., p. 883.

¹²⁴ CPJI, *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt, 26 avril 1928, Série A, p. 22. v. également CPJI, *Usine de Chorzów*, arrêt (demande en indemnité) (fond), 13 septembre 1928, Série A, p. 37.

¹²⁵ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, 26 février 2007, p. 76, §76. v. également CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, op. cit., p. 32 : « [l]a Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier ».

¹²⁶ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale* (Bangladesh / Myanmar), arrêt, 14 mars 2012, p. 22-23, §46-50.

¹²⁷ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge NDIAYE, p. 163, §50. v. également TIDM, *Affaire du navire « Louisa »* (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne), arrêt, 28 mai 2013, déclaration du Juge PAIK, p. 53, §19 : « [l]a question de la compétence doit toujours être étudiée avec grand soin, car elle dépend du consentement des Etats » ; et *Ibid.*, opinion individuelle du Juge NDIAYE, p. 60, §12-13 et p. 63-64, §29, qui se réfère à la jurisprudence de la CIJ pour souligner l'importance du consentement.

La jurisprudence de l'ORD de l'OMC ne contient pas de telles affirmations du principe. Cela peut s'expliquer par le fait que l'adhésion à l'Organisation vaut acceptation du mécanisme de règlement des différends¹²⁸. La doctrine rappelle toutefois que ledit mécanisme est bel et bien fondé sur le principe du consentement à la juridiction¹²⁹.

Hors du contentieux interétatique, « l'Etat soumet à la juridiction de son choix les personnes qui relèvent de sa compétence »¹³⁰. Le consentement des personnes privées à la juridiction internationale est ainsi « à la disposition des Etats compétents »¹³¹. L'Etat peut en effet consentir à se retrouver dans la position du défendeur à l'occasion d'une instance introduite par une personne privée devant une cour régionale de protection des droits de l'Homme¹³² ou devant le CIRDI¹³³, par exemple. Les Etats peuvent également imposer la juridiction pénale internationale à leurs sujets internes en qualité de potentiels défendeurs¹³⁴.

Le principe fondamental du consentement permet d'établir la compétence de la juridiction internationale. Une fois celle-ci valablement saisie, elle pourra trancher les

¹²⁸ Comme l'écrit D. LUFF, les accords de l'OMC « organisent un système de règlement des différends obligatoire et contraignant pour tous les Membres de l'OMC » (LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 769). Pour établir leur compétence, les organes de règlement des différends n'ont qu'à s'assurer d'être saisis par des entités qui sont, effectivement, des Membres de l'Organisation, le mécanisme de règlement des différends n'étant ouvert qu'aux Membres (Etats Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 38, §101).

¹²⁹ DUBIN L., « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 111 : « le consensualisme grève le fonctionnement du mécanisme tout comme il grève l'exercice de la juridiction internationale ».

¹³⁰ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 120.

¹³¹ *Id.*

¹³² Relativement à la CADH, la doctrine souligne que « [l']accès des individus et des ONG devant [la Cour] se pose avec acuité. Les premières décisions qu'elle a rendues se sont conclues par son incompétence, pour défaut, de la part des Etats défendeurs, du dépôt de la déclaration exigée pour que la Cour examine les requêtes provenant des individus et des ONG » (KAZADI MPIANA J., « La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG : regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *op. cit.*, p. 315. Les italiques sont de nous).

¹³³ Ainsi, le site du CIRDI propose des statistiques biennuelles concernant, entre autres, les instruments invoqués pour établir le consentement à la compétence du Centre (v., pour les statistiques relatives à l'année 2018 : <https://tinyurl.com/y8v8ve2t> et <https://tinyurl.com/y6uxl7xr> (consultés le 03/10/2018). v. également, pour approfondir la question, GARA N., « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in HORCHANI F. (Dir.), *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Paris, Pedone, 2007, p. 45-52.

¹³⁴ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 120. F. LATTANZI souligne à cet égard que « [la compétence de la CPI] est déterminée par les dispositions sur la complémentarité, par celles sur les critères de juridiction, par les modalités de manifestation du consentement des Etats acceptant la compétence de la Cour, par les pouvoirs du Conseil de sécurité dans ses rapports avec la Cour » et que « [l]es Etats, avec leurs prérogatives souveraines, sont la première donnée dont le Statut a dû tenir compte en vue d'établir les conditions de l'exercice par la Cour de sa compétence » (LATTANZI F., « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats », *op. cit.*, p. 426. Les italiques sont de nous).

différends juridiques opposant les parties à l'instance. L'identification des parties, formellement désignées par l'acte introductif d'instance¹³⁵, permet d'établir, *a contrario*, qui sont les tiers. Dans certaines hypothèses très particulières, la qualité de tiers peut faire échec à l'exercice de la compétence de la juridiction internationale.

B- Le principe consécutif dit « de l'Or monétaire »

La qualité de tiers, c'est-à-dire la qualité d'une entité qui n'est pas partie à une instance faute de consentement à la juridiction (entre autres conditions) peut faire échec à la possibilité pour la Cour d'exercer sa compétence pour statuer. En rendant son arrêt en l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, la CIJ affirme le « principe général de l'impossibilité de statuer sur la responsabilité d'un tiers au procès sans son consentement, lorsque l'examen de cette responsabilité constitue "l'objet même" de la décision future »¹³⁶.

Dans cette affaire, l'Italie, demandeur, estimait que les gouvernements défendeurs devaient lui remettre une certaine quote-part d'or monétaire appartenant à l'Albanie à titre de réparation, et devant primer sur la réparation à laquelle le Royaume-Uni pouvait prétendre suite à la décision de la Cour rendue en l'affaire du *Détroit de Corfou*¹³⁷. Quelques mois après le dépôt de sa requête, l'Italie soulevait une « question préliminaire », en remarquant que sa « requête invite la Cour à se prononcer sur la responsabilité de l'Albanie envers l'Italie »¹³⁸. Dès lors, « des doutes peuvent s'élever sur la compétence de la Cour pour statuer sur une telle question sans le consentement de l'Albanie »¹³⁹.

¹³⁵ Selon les termes de l'article 40, §1, du Statut de la CIJ : « [I]es affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressées au Greffier ; dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiquées » (v. également l'article 24, §1, du Statut du TIDM, ou encore les articles 46 et 47 du Règlement de la CEDH).

¹³⁶ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 85.

¹³⁷ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, op. cit., p. 22. L'Italie s'estimait lésée par le décret albanais du 13 janvier 1945, en vertu duquel l'Albanie « avait confisqué, sans compensation, les avoirs de la Banque nationale d'Albanie, dont (...) la majorité des actions était détenue par le gouvernement italien » (JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *RGDIP*, 1996, p. 681).

¹³⁸ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, op. cit., p. 22.

¹³⁹ *Id.* La Cour admet la possibilité pour le demandeur de soulever une exception préliminaire (*Ibid.*, p. 29). La nature de cette exception préliminaire ne sera pas précisée par la Cour, ni en 1954 ni dans la jurisprudence ultérieure. Selon E. JOUANNET, il s'agit d'une exception d'irrecevabilité, « mais [d']une exception d'irrecevabilité d'une nature particulière car elle est relative à la sauvegarde de la fonction juridictionnelle contentieuse de la Cour » (JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », op. cit., p. 704-705). Il est également possible de considérer que la spécificité d'une telle exception se rattache à la compétence de la Cour, sans

En analysant la requête italienne, la Cour relève que la résolution du différend nécessite d'établir, préalablement, « si l'Albanie a commis un délit international contre l'Italie et si elle est tenue à réparation envers elle. (...) Examiner au fond de telles questions serait trancher un différend entre l'Italie et l'Albanie »¹⁴⁰. L'examen d'une requête introductive d'instance mentionnant l'Italie en qualité de demandeur, et la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis en qualité de défendeurs permet d'établir, *prima facie*, que l'Albanie a la qualité de tiers à l'instance¹⁴¹. La Cour observe en outre qu'« il n'a été soutenu par aucune des Parties que l'Albanie ait donné son consentement en l'espèce, ni expressément, ni implicitement »¹⁴². La Cour affirme alors, à l'unanimité¹⁴³, le principe selon lequel « [s]tatuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un 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 Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier »¹⁴⁴.

La Cour s'attarde ensuite sur le caractère particulier de l'espèce, qui rendrait inopérantes les protections offertes par les articles 59 et 62 du Statut. En effet, l'Albanie, en sa qualité d'Etat tiers à l'instance, est formellement protégée par le principe de l'autorité relative de la chose jugée affirmé à l'article 59. Par ailleurs, l'article 62 lui offre la possibilité de déposer une requête à fin d'intervention dans le but de faire valoir ses droits et intérêts pouvant être affectés par la décision future. Néanmoins, « [e]n l'espèce, les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision »¹⁴⁵. Dans une telle hypothèse, qui doit être soigneusement distinguée de la situation dans laquelle la décision pourrait affecter les intérêts d'un Etat tiers sans que ces intérêts constituent l'*objet même* de la décision, la protection offerte aux tiers par le principe de l'autorité relative de la chose jugée ne peut

être, pour autant, une exception d'incompétence à proprement parler : si les conditions sont réunies vis-à-vis des parties, la Cour est compétente, mais l'absence d'un ou plusieurs Etat(s) tiers indispensable(s) à la résolution du différend fait obstacle à l'exercice d'une telle compétence.

¹⁴⁰ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, *op. cit.*, p. 32. La Cour se prononce ici sur la première conclusion italienne formulée dans la requête introductive d'instance. La seconde, quant à elle, s'inscrit dans une relation de dépendance avec la première. Elle pose la question de la « priorité entre la prétention de l'Italie et celle du Royaume-Uni. [Cette question] ne se pose que si, dans les rapports entre l'Italie et l'Albanie, il a été décidé que l'Italie doit recevoir l'or » (*Ibid.*, p. 33).

¹⁴¹ v. en ce sens, la Déclaration de Sir A. MCNAIR, Président, jointe à l'arrêt (*Ibid.*, p. 35).

¹⁴² *Ibid.*, p. 32.

¹⁴³ v. le dispositif de l'arrêt (*Ibid.*, p. 34).

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹⁴⁵ *Id.*

jouer car, en amont¹⁴⁶, la Cour est empêchée de rendre une décision obligatoire pour les parties à l'instance. Comme l'explique la Cour,

« [la règle formulée à l'article 59] suppose que la Cour est pour le moins en mesure de rendre une décision qui lie les parties. En revanche, là où, comme dans le cas présent, la question essentielle à trancher a trait à la responsabilité internationale d'un Etat tiers, la Cour ne peut, sans le consentement de ce dernier, rendre sur cette question une décision qui soit obligatoire pour aucun Etat, ni pour l'Etat tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle »¹⁴⁷.

A plusieurs reprises, la Cour réaffirme le principe dégagé dans l'affaire de l'*Or monétaire*, sans l'appliquer aux cas qu'elle estime distincts¹⁴⁸. Ce principe trouve également un écho dans la jurisprudence rendue dans l'exercice de sa compétence consultative, la Cour ayant timidement identifié dans l'affaire du *Sahara occidental* l'hypothèse d'une « confusion des voies de recours »¹⁴⁹, c'est-à-dire l'introduction de demandes d'avis consultatifs dans le but de résoudre des différends¹⁵⁰.

¹⁴⁶ JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 686 : « [la Cour] ne s'intéressait donc pas, en aval, à la question de la portée effective de l'effet protecteur de l'article 59, mais, en amont si l'on peut dire, à celle de la force légale de sa décision qui est incluse dans le principe de l'autorité de la chose jugée ».

¹⁴⁷ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, *op. cit.*, p. 33. Ainsi, selon l'analyse d'E. JOUANNET, « ce n'est pas l'impossibilité de se prononcer sur les droits ou la responsabilité d'un tiers au procès en l'absence de son consentement que consacre la jurisprudence de l'*Or monétaire*, c'est le principe de l'impossibilité de rendre une décision obligatoire entre les parties en l'absence de ce consentement » (JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 689).

¹⁴⁸ v. notamment CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), 26 novembre 1984, p. 431, §88 ; CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 116, §56 ; et CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, 19 décembre 2005, p. 237-238, §203-204.

¹⁴⁹ v. FORTEAU M., « La saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 29-31.

¹⁵⁰ « [L]e défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de l'article 65, paragraphe 1, du Statut fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la juridiction » (CIJ, *Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, p. 25, §33. v. également CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, 15 décembre 1989, p. 191, §38 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, p. 159, §50 ; ainsi que CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, *op. cit.*, p. 27-28, spéc. p. 28 : « [o]r, le consentement de la Russie n'a jamais été donné ; par contre, elle a nettement et à maintes reprises déclaré qu'elle n'accepte aucune intervention de la Société des Nations dans son différend avec la Finlande. Les refus que la Russie avait déjà opposés aux démarches suggérées par le Conseil ont été renouvelés lorsque la requête d'avis lui a été notifiée. Par conséquent, la Cour se voit dans l'impossibilité d'exprimer un avis sur un différend de cet ordre »).

La Cour fait une seconde fois application de ce principe dans l'affaire du *Timor oriental* en retenant, à quatorze voix contre deux¹⁵¹, l'exception préliminaire australienne. En l'espèce, le Portugal introduisait une instance contre l'Australie en estimant que le traité bilatéral entre celle-ci et l'Indonésie dit du « *Timor Gap* » (1989) portait atteinte aux droits du Portugal, puissance administrante du territoire du Timor oriental, ainsi qu'au droit du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. L'Australie soulevait plusieurs exceptions préliminaires, dont une tirée du principe de l'*Or monétaire* selon laquelle « la requête du Portugal obligerait la Cour à statuer sur les droits et obligations d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance, à savoir l'Indonésie »¹⁵². A cela, le Portugal répondait que sa requête portait sur le seul comportement australien, « parfaitement détachable de toute question relative à la licéité du comportement de l'Indonésie »¹⁵³. La Cour estime :

« qu'il ne lui est pas possible de porter un jugement sur le comportement de l'Australie sans examiner d'abord les raisons pour lesquelles l'Indonésie n'aurait pu licitement conclure le traité de 1989 alors que le Portugal aurait pu le faire ; l'*objet même* de [sa décision] serait nécessairement de déterminer si, compte tenu des circonstances dans lesquelles l'Indonésie est entrée et s'est maintenue au Timor oriental, elle pouvait ou non acquérir le pouvoir de conclure au nom de celui-ci des traités portant sur les ressources de son plateau continental. La Cour ne saurait rendre une telle décision en l'absence du consentement de l'Indonésie »¹⁵⁴.

Par rapport à l'affaire de l'*Or monétaire* à l'occasion de laquelle il fallait *tout d'abord* déterminer la responsabilité de l'Albanie avant de se prononcer sur la remise éventuelle de l'or à l'Italie, le caractère préalable et nécessaire de l'appréciation du comportement indonésien pour statuer sur la responsabilité de l'Australie a été critiqué, par le demandeur ainsi que par certains juges dans leurs opinions dissidentes¹⁵⁵. La Cour

¹⁵¹ CIJ, *Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt, 30 juin 1995, p. 106, §38.

¹⁵² *Ibid.*, p. 99, §20 (v. également p. 100, §24).

¹⁵³ *Ibid.*, p. 101, §25.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 102, §28 (les italiques sont de nous). La Cour affirme en outre que, si le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est effectivement un droit opposable *erga omnes*, « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes* » (*Ibid.*, §29).

¹⁵⁵ v. *Ibid.*, les opinions dissidentes des Juges SKUBISZEWSKI (spéc. p. 245, §66) et WEERAMANTRY (p. 150-178, spéc. p. 156-169). Le fait que la Cour retienne l'exception préliminaire australienne à l'égard de *toutes* les demandes portugaises a également été critiqué : v. à ce propos JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 690-704.

affirme néanmoins dans les motifs de l'arrêt qu'elle « devrait nécessairement statuer sur la licéité du comportement de l'Indonésie *préalablement* à toute décision sur l'affirmation du Portugal selon laquelle l'Australie a violé l'obligation qui lui incombait »¹⁵⁶.

L'Australie avait invoqué une première fois et en vain le principe de l'*Or monétaire* à titre d'exception préliminaire dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Le différend entre Nauru, demandeur, et l'Australie, défendeur, portait sur la remise en état des terres à phosphates, exploitées avant 1967 par l'autorité administrante dans le cadre d'un accord de tutelle onusien. Arguant de la composition de l'autorité administrante regroupant les gouvernements australien, néozélandais et britannique, l'Australie estime que la Cour ne peut se prononcer sur sa responsabilité sans juger, dans le même temps, des responsabilités de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, « ces deux Etats [étant] en réalité “parties au différend”, [sans être] parties à l'instance »¹⁵⁷. Selon l'Australie, « un tel jugement serait contraire au principe fondamental selon lequel la compétence de la Cour procède exclusivement du consentement des Etats »¹⁵⁸. Dans son arrêt, la Cour examine les régimes de mandat et de tutelle s'étant successivement appliqués au territoire de Nauru, et constate que l'Australie exerçait, en réalité, l'essentiel du pouvoir d'administration du territoire¹⁵⁹. Ces considérations et les différences entre les deux instances amènent la Cour à décider qu'en l'espèce,

« les intérêts de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne constituent pas l'objet même de la décision à rendre sur le fond de la requête de Nauru et [que] la situation est à cet égard différente de celle dont la Cour a connu dans l'affaire de l'Or monétaire. En effet, dans cette dernière affaire, la détermination de la responsabilité de l'Albanie était une condition préalable pour qu'il puisse être statué sur les prétentions de l'Italie. Dans la présente espèce, la détermination de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni n'est pas une condition préalable à la détermination de la responsabilité de l'Australie, seul objet de la demande de Nauru »¹⁶⁰.

¹⁵⁶ CIJ, *Timor oriental*, arrêt, *op. cit.*, p. 104, §33 (les italiques sont de nous). v. également *Ibid.*, p. 104-105, §34 ; THOUVENIN J.-M., « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *AFDI*, 1995, p. 342-346 ; CONFORTI B., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Exceptions préliminaires) », *AFDI*, 1992, p. 464-467.

¹⁵⁷ CIJ, *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), arrêt, 26 juin 1992, p. 255, §39.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 259, §49.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 256-258, §40-47.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 261, §55. L'exception préliminaire est rejetée à neuf voix contre quatre (v. le dispositif de l'arrêt, p. 268, §72. v. en outre les opinions dissidentes des Juges JENNINGS (Président), p. 301-302 ; AGO, p. 326-328 ; et SCHWEBEL, p. 329-343, spéc. p. 337-343).

Le principe de l'*Or monétaire* a également trouvé application dans le cadre de l'arbitrage, à l'occasion de la sentence *Larsen c. Royaume d'Hawaï*¹⁶¹. L'individu, citoyen et résident d'Hawaï, se plaignait de violations par le défendeur du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre le Royaume d'Hawaï et les Etats-Unis d'Amérique. Rappelant la jurisprudence de la CIJ relative au principe de l'*Or monétaire*, le Tribunal arbitral estime que le différend qui lui est soumis nécessite de se prononcer préalablement sur la responsabilité des Etats-Unis d'Amérique et conclut ainsi : « *the Tribunal is compelled to find that in the present case there is no dispute between the parties on which this Tribunal can adjudicate without falling foul of the Monetary Gold principle* »¹⁶².

Dans le cadre du principe de l'*Or monétaire*, le tiers au procès a pu être qualifié de « partie indispensable »¹⁶³. Suite à l'arrêt de 1954, les décisions du début des années 1990, particulièrement celle rendue en l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, « clarifie[nt] [la] jurisprudence quant au principe de l'*Or monétaire* en expliquant que pour faire échec à la compétence de la Cour, les intérêts du tiers qui constituent *l'objet même* de la décision à rendre doivent également représenter une *condition préalable* pour qu'il puisse être statué »¹⁶⁴. Afin de résumer de manière concise mais complète le contenu du principe, nous reprendrons les propos d'E. JOUANNET :

« disons que le prononcé judiciaire sur la situation juridique du tiers au procès doit être la condition *sine qua non* du prononcé judiciaire sur la situation juridique des parties : il est *nécessaire* que la Cour se prononce sur la situation juridique du tiers au procès *pour*

¹⁶¹ CPA, *Larsen c. Royaume de Hawaï*, Sentence, 5 février 2001, p. 14-15, §13 et p. 29-42, §11.8-12.19.

¹⁶² *Ibid.*, p. 39, §12.10. v. également, pour une application du principe par la Cour centraméricaine au début du XXème siècle : DELCOURT B., « Un seul Etat vous manque... (L'application de la jurisprudence de l'*Or monétaire* à l'affaire du Timor oriental) », *RBDI*, 1996, p. 193-194. En outre, dans le cadre de l'OMC, le principe de l'*Or monétaire* a été invoqué par le défendeur, la Turquie, dans le cadre du différend portant sur les *Restrictions quantitatives à l'importation de produits textiles et de vêtements*. Selon l'argumentation turque, rejetée par le Groupe spécial, l'Union européenne (à l'époque les Communautés européennes) constituait une partie indispensable à la résolution du différend (Turquie – *Restrictions quantitatives à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS34, 31 mai 1999, p. 120-123, §9.4-9.13).

¹⁶³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 431, §88. v. également TORRES BERNARDEZ S., « The new theory of "indispensable parties" under the Statute of the International Court of Justice », in WELLENS K. (Ed.), *International law: theory and practice: Essays in honour of Eric Suy*, La Haye, Nijhoff, 1998, p. 737-750.

¹⁶⁴ JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 685. Cette clarification est réaffirmée dans l'affaire du *Timor oriental* (*Id.*, v. également DELCOURT B., « Un seul Etat vous manque... (L'application de la jurisprudence de l'*Or monétaire* à l'affaire du Timor oriental) », *op. cit.*, p. 203-204).

résoudre le différend qui lui est soumis, et donc pour qu'elle rende une décision obligatoire liant les parties »¹⁶⁵.

Ce principe a ainsi pour effet d'offrir une protection aux Etats tiers à l'instance. Cette protection est indirecte car elle est en réalité fondée sur le principe du consentement à la juridiction, et sur l'obligation qu'a la Cour de rendre une décision obligatoire entre les parties. La situation dans laquelle les droits ou les intérêts d'un Etat tiers au procès risquent d'être « simplement » *touchés* ou *affectés* par la décision de justice sans en constituer l'*objet même* ne permet pas, en revanche, l'application du principe de l'*Or monétaire*. Si la compétence de la Cour est établie, et si la requête est recevable, la Cour tranchera le différend. Dans un tel cas, « la Cour peut être amenée à se prononcer indirectement sur la situation juridique du tiers *parce qu'elle s'est prononcée sur celle des parties* »¹⁶⁶. Les droits et intérêts des Etats tiers bénéficieront cependant de la protection directe garantie par le principe de l'autorité relative de la chose jugée.

¹⁶⁵ JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 686.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 687.

II- Le principe de l'autorité relative de la chose jugée, moyen direct de protection des tiers

Selon les termes de l'article 59 du Statut de la CIJ, « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé »¹⁶⁷. D'après L. DELBEZ,

« [b]ien entendu la force obligatoire de la sentence n'existe qu'à l'égard des parties et laisse les tiers indifférents. C'est la grande règle de l'autorité relative de la chose jugée, universellement admise en droit interne et dont on ne voit pas pourquoi elle ne vaudrait pas en droit international car elle n'est que l'expression du bon sens et de l'intérêt social »¹⁶⁸.

La doctrine¹⁶⁹ et la jurisprudence¹⁷⁰ affirment en effet la qualité de principe général de droit international du principe de l'autorité relative de la chose jugée.

Dans de nombreux cas, la protection que le principe de l'autorité relative de la chose jugée garantit est purement formelle, c'est-à-dire qu'elle ne présente pas une réelle utilité, dès lors que les affaires soumises au juge international s'inscrivent dans un cadre exclusivement bilatéral¹⁷¹. En revanche, dans d'autres cas, il est possible que des tiers aient des intérêts en cause dans une instance. Il est alors envisageable que la décision de justice les affecte indirectement. Par exemple, dans l'affaire des *Activités militaires et*

¹⁶⁷ v. également les articles 33, §2 du Statut du TIDM ; 46, §1 de la Conv. EDH ; 46, §1 du Protocole de la CADH ; 53, §1 de la Convention de Washington instituant le CIRDI ; 17, §4 du MARD.

¹⁶⁸ DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, op. cit., p. 135.

¹⁶⁹ v. notamment SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 272 ; et BERNHARDT R., « Article 59 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1232 : « [l]'article 59 (...) reflects a general principle of law » ; ROUSSEAU C., « Le règlement arbitral et judiciaire et les Etats tiers », in BAUGNIET J. et al., *Mélanges offerts à Henri Rolin : Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 303-308.

¹⁷⁰ « [L'article 59] se réfère clairement à une théorie traditionnelle et généralement admise sur les limites matérielles de la chose jugée [qui fait partie des] "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", dont parle le n°3 de l'article 38 du Statut » (CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt, op. cit., opinion dissidente du Juge ANZILOTTI, p. 27) ; CIJ, *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 (exceptions préliminaires), 17 mars 2016, p. 125, §58 : « [l]a Cour rappelle que le principe de l'autorité de la chose jugée, 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 ».

¹⁷¹ DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, op. cit., p. 136. v. également MARION L., « La saisine de la CIJ par voie de compromis », op. cit., p. 290 ; et BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 84.

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, la CIJ reconnaît que sa décision affectera « indéniable[ment] » El Salvador¹⁷², ce qui l’amène à circonscrire la portée de celle-ci¹⁷³.

Le problème est également susceptible de se poser,

« dans des litiges portant sur des questions territoriales (délimitation et statut d’espaces terrestres ou maritimes) ne pouvant être maintenues dans un cadre strictement bilatéral et rencontrant, de ce fait, des situations juridiques relevant d’autres Etats. Ce sont des cas complexes, désignés sous les termes de “point unique de convergence”, “point triple”, “point quadruple”, “zone de chevauchement” »¹⁷⁴.

Par exemple, dans l’affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la CIJ estime qu’« il existe des Etats non parties à l’instance dont les droits pourraient être affectés, à savoir la Guinée équatoriale et Sao Tomé-et-Principe »¹⁷⁵.

Dans de tels cas, la protection offerte par la relativité de la chose jugée *doit* jouer : il appartient au juge de veiller à ne pas affecter les droits et intérêts des tiers en l’absence de ceux-ci (A). Les tiers soucieux de ne pas être totalement protégés par le principe de l’autorité relative de la chose jugée peuvent demander à participer à l’instance, pour informer la Cour de leurs droits et intérêts en cause dans le différend. Tel est l’objet des procédures d’intervention qui constituent, le cas échéant, un moyen complémentaire de protection des tiers (B).

A- La mise en œuvre du principe de l’autorité relative de la chose jugée

Le principe consacre « l’impossibilité d’étendre les effets de la décision juridictionnelle à des Etats tiers »¹⁷⁶, y compris si la décision les concerne directement ou indirectement. L’économie générale du principe de l’autorité relative de la chose jugée est expliquée par la CPJI dans son *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)* : « le but de l’article 59 est seulement d’éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée, soient obligatoires pour d’autres Etats ou d’autres litiges »¹⁷⁷. Ainsi que le souligne L. N. C. BRANT, « la chose jugée entre certaines parties ne peut ni

¹⁷² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 36, §52.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 38, §56.

¹⁷⁴ BRANT L. N. C., *L’autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁷⁵ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, 10 octobre 2002, p. 421, §238.

¹⁷⁶ BRANT L. N. C., *L’autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁷ CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt, *op. cit.*, p. 21.

nuire ni profiter à des tiers. La relativité de la chose jugée apparaît ainsi comme un mécanisme de protection des intérêts des tiers qui ne sauraient être liés par le résultat d'une instance à laquelle ils n'étaient pas obligés de participer »¹⁷⁸.

La protection que permet la relativité de la chose jugée nécessite néanmoins d'être mise en œuvre *activement* par les juges. Dans les cas où le différend s'inscrit dans un cadre exclusivement bilatéral, la relativité de la chose jugée offre une protection aux tiers strictement formelle, théorique, et son application ne soulève aucune difficulté concrète. En d'autres termes, il est vain d'affirmer que la chose jugée ne nuit ni ne profite à des tiers si ces derniers ne sont en rien concernés par celle-ci. Dans d'autres cas, le différend s'inscrit, au moins partiellement, dans un cadre multilatéral. Il concerne donc des Etats tiers à l'instance, sans que les intérêts de ces derniers ne constituent pour autant l'*objet même* de la décision à rendre. Ces Etats tiers qui n'ont pas consenti à voir un différend qui les concerne tranché par le juge international, et qui se situent hors du champ d'application du principe de l'*Or monétaire*, doivent bénéficier de la protection directe du principe de l'autorité relative de la chose jugée. Ces situations requièrent un rôle *actif* de la juridiction qui doit garantir la relativité de la chose jugée *en tranchant le différend*, et non se contenter d'affirmer formellement, une fois la décision rendue, que celle-ci « ne vaut que pour les parties et dans le cas qui a été décidé ». Comme l'écrit C. SANTULLI :

« [L]e principe de l' "autorité relative" de la chose jugée fait obstacle à ce que les décisions juridictionnelles puissent affecter les droits des tiers au procès. *Il exclut la recevabilité des conclusions qui, si elles étaient adjugées, conduiraient la juridiction à se prononcer sur les droits des tiers, c'est-à-dire adopter une décision dépourvue de force obligatoire (puisque les tiers ne seraient pas liés par elle) »*¹⁷⁹.

Ou encore, selon les termes de R. BERNHARDT, « *a case pending between two States may, indirectly or directly, involve the interests of a third State (or third States), which may set a limit to the Court's jurisdiction* »¹⁸⁰. Il est donc attendu du juge international qu'il redéfinisse les limites de l'exercice de sa compétence vis-à-vis de l'objet du litige afin de trancher le différend sans porter atteinte aux droits et/ou aux intérêts d'Etats tiers qui, sans constituer l'objet même de la décision à rendre, pourraient être affectés par celle-ci. La relativité de la chose jugée, loin d'être un vœu pieu à faire après

¹⁷⁸ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 82.

¹⁷⁹ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 272. Les italiques sont de nous.

¹⁸⁰ BERNHARDT R., « Article 59 », op. cit., p. 1234.

avoir tranché un différend multilatéral dans le cadre d'une instance bilatérale, exige du juge une autolimitation dans l'exercice de sa compétence pour éviter de se prononcer sur la situation d'Etats tiers.

Ce pouvoir – et ce *devoir* – qu'a le juge international de s'autolimiter dans l'exercice de sa compétence pour ne pas affecter les droits et intérêts des tiers relève de la bonne administration de la justice. Ainsi que l'écrit R. KOLB relativement à la CIJ,

« [L]e caractère et l'intégrité judiciaires imposent à la Cour des limites dans l'action. La CIJ est un organe juridictionnel, non un corps politique omni-compétent. Dès lors, certaines limites à l'action découlent de son caractère même comme cour de justice, indépendamment de ce que les parties lui demandent de faire dans un cas donné. La Cour doit décliner d'agir selon la requête, même conjointe, des parties si elle estime que cette requête est incompatible avec son intégrité judiciaire. De cette intégrité judiciaire, la Cour est seule gardienne. Comme la Haute Juridiction l'a péremptoirement affirmé dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963) : “[i]l y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour.”¹⁸¹ Ainsi la Cour a refusé de répondre à des questions théoriques¹⁸² ; de donner des avis consultatifs à des Etats¹⁸³ ; (...) de répondre à des questions non juridiques¹⁸⁴ ; etc. Ces limites inhérentes au caractère judiciaire de la Cour découlent de sa nature comme cour de justice. A ce titre, elles sont des expressions de la bonne administration de la justice »¹⁸⁵.

A cette liste d'exemples non exhaustive proposée par l'auteur, il faut ainsi ajouter que le juge peut, au nom de la bonne administration de la justice et plus précisément de la protection des droits et intérêts des tiers, s'autolimiter dans l'exercice de sa compétence à l'égard d'un différend. Cette autolimitation peut être totale, lorsqu'il faudrait pour statuer se prononcer obligatoirement et au préalable sur la situation d'un tiers, qui constitue ainsi l'*objet même* de la décision à rendre (application du principe de l'*Or monétaire*). Cette autolimitation peut également être partielle, lorsque, sans en constituer l'objet même, les droits et/ou les intérêts des tiers sont susceptibles d'être affectés par la décision future : le juge doit alors réévaluer l'étendue de sa compétence vis-à-vis de l'objet du différend.

¹⁸¹ Citant CIJ, *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), arrêt (exceptions préliminaires), 2 décembre 1963, p. 29.

¹⁸² Citant *Ibid.*, p. 31 et s.

¹⁸³ CPJI, *Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927*, avis consultatif, 8 mars 1932, Série A/B, p. 87.

¹⁸⁴ CPJI, *Zones franches*, arrêt, 7 juin 1932, Série A/B, p. 160 et s., spéc. p. 162.

¹⁸⁵ v. KOLB R., « La maxime de la “bonne administration de la justice” dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 19-20. Nous soulignons.

Une telle attitude de *mise en œuvre* de la relativité de la chose jugée est consacrée par la pratique judiciaire et arbitrale en matière de délimitation territoriale. Dans la sentence rendue en l'affaire de la *Frontière entre la colonie de Guyane britannique et les Etats-Unis du Venezuela*, les arbitres déclarent « *that the line of delimitation fixed by this Award shall be subject and without prejudice to any question now existing, or which may arise, to be determined between the Government of Her Britannic Majesty and the Republic of Brazil, or between the latter Republic and the United States of Venezuela* »¹⁸⁶. Dans l'affaire portant sur la *Délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada*, le tribunal arbitral refuse de se prononcer sur les droits des parties sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, parce qu'il estime qu'une telle démarche affecterait les tiers, envisagés ici très largement puisqu'il s'agit de l'ensemble de la communauté internationale, dans la mesure où les fonds marins au-delà de la juridiction nationale ont été déclarés patrimoine commun de l'humanité :

« [t]oute décision par laquelle le Tribunal reconnaîtrait aux Parties des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins ou rejetterait de tels droits constituerait une décision impliquant une délimitation non pas "entre les Parties" mais entre chacune d'elles et la communauté internationale, représentée par les organes chargés de l'administration et de la protection de la zone internationale des fonds marins (les fonds marins situés au-delà de la juridiction nationale) qui a été déclarée patrimoine commun de l'humanité »¹⁸⁷.

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Plateau continental (Libye / Malte)*, statuant sur la requête à fin d'intervention italienne, la CIJ explique : « [qu'il] ne fait pas de doute que, dans son arrêt futur, la Cour tiendra compte, comme d'un fait, de l'existence d'autres Etats ayant des prétentions dans la région. (...) L'arrêt futur ne sera pas seulement limité dans ses effets par l'article 59 du Statut ; il sera exprimé sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers »¹⁸⁸. Egalement, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie*, la Cour déclare qu'elle « a toujours pris soin de ne pas tracer

¹⁸⁶ Sentence arbitrale, *Frontière entre la colonie de Guyane britannique et les Etats-Unis du Venezuela*, Décision du 3 octobre 1899, *RSA*, vol. XXVIII, p. 338. v. également Sentence arbitrale, *Delimitation of the frontier line between Bolivia and Peru*, Décision du 9 juillet 1909, *RSA*, vol. XI, p. 142.

¹⁸⁷ Sentence arbitrale, *Délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada (Saint-Pierre et Miquelon)* (France / Canada), Décision du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 292, §78. v. également QUENEUDEC J-P., « La notion d'Etat intéressé en droit international », *op. cit.*, p. 357.

¹⁸⁸ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), 21 mars 1984, p. 26-27, §43.

de frontière pénétrant dans une zone où les droits d'Etats tiers sont susceptibles d'être affectés »¹⁸⁹.

En dehors du contentieux territorial, la CIJ a également fait application de ce principe. Notamment, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, le Congo demandait à ce que la Cour déclare « [q]ue la violation du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 *interdit à tout Etat, en ce compris la Belgique, d'y donner suite* »¹⁹⁰. La Cour estimera qu'effectivement, l'émission et la diffusion sur le plan international par la Belgique d'un mandat d'arrêt visant le Ministre des affaires étrangères congolais en exercice méconnaissent les règles internationales relatives à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité dont ce dernier peut jouir. Cependant, la Cour refuse « d'indiquer, dans un arrêt statuant sur un différend entre le Congo et la Belgique, quelles en seraient les implications éventuelles pour des Etats tiers, et ne saurait par suite accueillir sur ce point les conclusions du Congo »¹⁹¹.

Ainsi, en tranchant les différends qui leur sont soumis, les juridictions internationales sont animées du souci de ne pas heurter les droits et intérêts des tiers à l'instance. Afin d'aider celles-ci à statuer en toute connaissance de cause, et s'ils venaient à soupçonner l'insuffisance de la protection offerte par le principe de l'autorité relative de la chose jugée, les tiers intéressés peuvent solliciter une participation à l'instance par le biais des procédures de tierce-intervention.

B- Les procédures de tierce-intervention, moyen complémentaire éventuel de protection des tiers

La tierce-intervention, en tant que moyen procédural de participation des tiers dans le contentieux international, est traitée de manière approfondie dans la seconde partie de cette thèse¹⁹². Ces développements se contenteront d'évoquer brièvement certains éléments

¹⁸⁹ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012, p. 707, §228.

¹⁹⁰ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, 14 février 2002, p. 8, §11-12 (les italiques sont de nous).

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 32, §77.

¹⁹² v. Partie II, Titre III, Chapitres V et VI.

qui illustrent la protection qu'elle peut offrir aux tiers, de manière complémentaire au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

Les articles 62 et 63 du Statut de la CIJ prévoient respectivement que « [l]orsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête à fin d'intervention (...) » et que « [l]orsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès (...) ». Les dispositions du Statut sont complétées par les articles 81 à 86 du Règlement. L'intervention prévue par l'article 62, telle qu'elle se pratique devant la CIJ, a surtout un but informatif, à des fins de protection : l'Etat tiers intervenant peut éclairer la Cour au mieux sur ses droits ou intérêts risquant d'être affectés par la décision à rendre. Les cas d'intervention fondés sur l'article 62 concernent essentiellement des problématiques territoriales, *i.e.* des affaires visant à la délimitation de frontières terrestres ou maritimes¹⁹³. L'intervention prévue par l'article 63 a un champ d'application plus restreint. Elle n'est envisageable que lorsque l'interprétation d'une convention internationale multilatérale est en cause dans un différend, au titre de la *ratio decidendi*. L'intervenant pourra présenter ses vues à la Cour dans le but d'influencer celle-ci quant à l'interprétation de la convention à retenir¹⁹⁴. Différentes dans leur principe et dans leur pratique, les procédures d'intervention prévues par les articles 62 et 63 du Statut se distinguent également par leurs effets. L'Etat tiers intervenant sur la base de l'article 63 sera lié par l'interprétation des dispositions conventionnelles litigieuses donnée par la Cour, comme le stipule le paragraphe 2 de l'article 63 (« l'interprétation contenue dans la sentence est également

¹⁹³ Mises à part les requêtes soumises à la Cour dans le cadre des affaires relatives aux *Essais nucléaires* d'une part et aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat* d'autre part, l'ensemble des requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 concernait le contentieux territorial (essentiellement maritime mais également terrestre et insulaire). Les requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 ont été déclarées recevables par la Cour dans les affaires relatives au *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenant)) ; à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)) ; et aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)).

¹⁹⁴ La CPJI n'a connu qu'une seule intervention en interprétation (la Pologne intervient dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*). Devant la CIJ, l'intervention sur la base de l'article 63 est sollicitée dans quatre affaires : *Haya de la Torre* (intervention sollicitée par Cuba), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (intervention sollicitée par El Salvador), *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* (intervention sollicitée par les Etats fédérés de Micronésie, les Iles Marshall, les Iles Salomon, Samoa), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (intervention sollicitée par la Nouvelle-Zélande). L'intervention est jugée recevable par la CIJ dans les affaires *Haya de la Torre* et *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*.

obligatoire [à l'égard du tiers] »)¹⁹⁵. L'article 62 ne prévoit pas que la décision rendue s'imposera au tiers intervenant. La question est alors négativement tranchée par la jurisprudence : dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la CIJ estime que « [l]a force obligatoire du présent arrêt pour les parties, telle qu'elle est envisagée par l'article 59 du Statut, ne s'étend [pas] au Nicaragua en tant qu'intervenant »¹⁹⁶.

Les procédures d'intervention permettent à un Etat tiers qui intervient dans une instance d'exposer à la Cour ses arguments. En cela, elles ont un effet protecteur car elles permettent aux tiers de défendre leurs intérêts devant la Cour, qui pourra statuer en toute connaissance de cause. Selon certains auteurs, ce moyen de protection complémentaire s'avère essentiel. Notamment, pour S. ROSENNE :

« [f]ull protection for third States can only be assured if the Court is in full possession of the relevant facts as that third State sees them and as the principal parties can contest them in adversarial proceedings. The procedure of requesting permission to intervene, which assumes an adversarial character almost from its initiation, is one of the methods by which the Court is supplied with these facts, and can assess their impact on the bilateral case originally brought before it. Article 59 is manifestly insufficient for this purpose »¹⁹⁷.

Cependant, dans la mesure où l'intervention est volontaire, il est important que la protection offerte par le principe de l'autorité relative de la chose jugée puisse jouer pleinement. Les procédures d'intervention ne se substituent pas à la protection permise par la relativité de la *res judicata*, et ne font pas disparaître celle-ci. Que l'Etat tiers intéressé par la décision à rendre intervienne ou non, il doit demeurer protégé par l'autorité relative

¹⁹⁵ L. N. C. BRANT considère qu'il s'agit d'une exception au principe de la relativité de la chose jugée, et relève une autre exception à ce principe, remarquant que « l'article 25 du Statut du Marché commun centre américain dispose que les sentences de la Cour arbitrale sont "*res judicata*" pour tous les Etats » (v. BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 100, note infrapaginale n°428).

¹⁹⁶ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenants)), arrêt, *op. cit.*, p. 609, §421.

¹⁹⁷ ROSENNE S., « Article 59 of the Statute of the International Court of Justice Revisited », in ROSENNE S., *Essays on international law and practice*, 2007, Leyde, Nijhoff, p. 157. v. également PALCHETTI P., « Opening the International Court of Justice to Third States : Intervention and Beyond », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, p. 140 : « [i]t has been widely recognized that Article 59, while limiting to the parties the binding force of a decision, does not prevent this decision from having some effect on states that are not parties to the proceedings ».

de la chose jugée¹⁹⁸ qui impose au juge de prendre en considération ses intérêts et de ne pas les heurter.

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a cependant admis que son arrêt affecterait des Etats tiers à l'instance. Lors de la phase procédurale consacrée à la compétence et à la recevabilité, les Etats-Unis soulevaient une exception préliminaire, « [affirmant que], pour statuer sur la requête du Nicaragua, la Cour devrait nécessairement se prononcer sur les droits et obligations d'autres Etats »¹⁹⁹. Ayant décidé que l'exception américaine n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire, la Cour l'examine dans son arrêt sur le fond. Selon les Etats-Unis, les Etats possiblement affectés par la décision de justice sont El Salvador, le Honduras et le Costa Rica²⁰⁰. La Cour se penche particulièrement sur le cas d'El Salvador, car « [c']est essentiellement [à son profit], et pour l'aider à riposter à une agression armée dont il aurait été victime de la part du Nicaragua, que les Etats-Unis prétendent exercer un droit de légitime défense collective dans lequel ils voient la justification de leur comportement à l'égard du Nicaragua »²⁰¹. La Cour estime :

« [qu'elle] doit se demander quelles seraient les conséquences d'un rejet de l'argument des Etats-Unis suivant lequel leurs actions sont justifiées par l'exercice du droit de légitime défense collective au profit d'El Salvador et en conformité avec la Charte des Nations Unies. Une décision dans ce sens déclarerait contraire au droit international conventionnel l'aide indirecte que le Gouvernement des Etats-Unis dit être en droit d'apporter au Gouvernement salvadorien par des activités au Nicaragua et contre lui. *La Cour s'abstiendra naturellement de formuler une conclusion sur la licéité d'un recours éventuel d'El Salvador au droit de légitime défense individuelle ; El Salvador n'en serait pas moins affecté par la décision que prendrait la Cour sur la licéité du recours des Etats-Unis à la légitime défense collective.* Si la Cour concluait qu'aucune agression armée ne s'est produite, non seulement les mesures prises par les Etats-Unis dans l'exercice supposé du droit de légitime défense collective se révéleraient dépourvues de justification, mais il en irait de même des mesures qu'El Salvador aurait prises ou pourrait prendre en se réclamant de la légitime défense individuelle »²⁰².

¹⁹⁸ Hormis le cas susmentionné, prévu par l'article 63, paragraphe 2, du Statut de la Cour.

¹⁹⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 430, §86.

²⁰⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 34, §48.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 34-35, §48.

²⁰² *Ibid.*, p. 36, §51 (les italiques sont de nous). La Cour estime qu'El Salvador serait tout autant « affecté » par la décision de la Cour si celle-ci statuait dans un sens favorable à ses intérêts (*Ibid.*, p. 36-37, §53). Selon la Cour, la seule hypothèse dans laquelle « aucun Etat tiers ne pourrait être "affecté" par sa décision [correspond au cas où], par exemple (...), la demande était rejetée sur la base des faits » (*Ibid.*, p. 37, §54).

La vision de la Cour²⁰³ semble constituer un aveu de l'incomplétude de la protection offerte par l'article 59, ce qui invite à s'interroger sur de possibles exceptions au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

²⁰³ Elle ne fait cependant pas l'unanimité. Selon le Juge SETTE-CAMARA, qui joint à l'arrêt son opinion individuelle, « aucune clause du dispositif de l'arrêt [n'affecte] les droits ou les obligations d'El Salvador, que ce soit à son détriment ou en sa faveur » (*Ibid.*, opinion individuelle du Juge SETTE-CAMARA, p. 197). Le Juge s'explique : « la légitime défense collective n'a jamais justifié [les activités américaines] et la décision de la Cour ne modifie en aucune manière la nature et le caractère des actes des Etats-Unis. Ces actes n'étaient pas justifiés par la légitime défense collective et ils continuent à ne pas l'être. Si donc la situation de fait n'a subi aucun changement, je ne vois pas comment El Salvador peut se dire "affecté" par la décision de la Cour » (*Id.*).

Section II – L'autorité de la chose jugée au-delà de sa relativité

L'autorité de la chose jugée est, en principe, relative. Cette relativité est consacrée en tant que principe général de droit, et elle est activement mise en œuvre par le juge international. Cependant, il apparaît que certaines exceptions au principe doivent être dénombrées. La doctrine semble admettre que, dans certains cas, « l'autorité de la chose jugée dépasse les bornes de sa relativité »²⁰⁴, sort de la sphère du « bilatéralisme juridictionnel »²⁰⁵. Ainsi, dans son commentaire de l'article 59 du Statut de la CIJ, R. BERNHARDT estime qu'il existe trois exceptions à l'autorité de la chose jugée :

« [t]hree exceptions, i.e., three areas in which judgments may also be relevant for third States, must be considered : judgments contributing to the development of public international law in general ; judgments creating objective results ; judgments in cases where a third State (or States) has intervened »²⁰⁶.

L'exception *de jure* à la relativité de la chose jugée prévue par l'article 63, paragraphe 2 du Statut de la CIJ, selon laquelle les Etats intervenants sont également liés par l'arrêt statuant sur l'interprétation d'une convention à laquelle ils sont parties, a été brièvement évoquée antérieurement, et sera également traitée dans le chapitre dédié²⁰⁷ ; ces développements ne l'aborderont pas de manière détaillée. C'est tout d'abord sur l'autorité de chose jugée des décisions *in rem* (I), puis sur l'autorité de chose interprétée des jugements déclaratoires (II) qu'il conviendra de se pencher pour apprécier les éventuels tempéraments et exceptions au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

I- L'autorité de la chose jugée des décisions *in rem*

Dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groenland oriental*, à l'occasion de laquelle le Danemark et la Norvège se disputaient la souveraineté sur certains territoires du Groenland oriental, C. DE VISSCHER, plaidant pour le Danemark, estimait :

²⁰⁴ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁵ KOHEN M. G., « La requête à fin d'intervention du Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras)*. L'ordonnance de la Cour du 28 février 1990 et l'arrêt de la chambre du 13 septembre 1990 », *AFDI*, 1990, p. 343.

²⁰⁶ BERNHARDT R., « Article 59 », *op. cit.*, p. 1247.

²⁰⁷ v. Chapitre VI, Section I.

« [qu'en] droit, la question de savoir si une région doit être considérée comme *terra nullius* ou si, au contraire, elle doit être considérée comme sujette à une souveraineté, est une question qui, par sa nature même, se pose à l'égard de tous les Etats. Elle se pose *erga omnes* et non dans la perspective des relations particulières qui peuvent exister entre un Etat et un autre Etat »²⁰⁸.

Dans le cadre de l'affaire portant sur la délimitation du plateau continental entre la Libye et Malte, les opinions individuelle et dissidente respectivement rédigées par les juges JENNINGS et MBAYE alertaient sur les risques de la décision vis-à-vis des tiers. Selon ce dernier, il est des situations :

« dans [lesquelles] l'article 59 du Statut ne protège les intérêts de l'Etat qu'imparfaitement, eu égard à la nature des droits en cause et des suites possibles de la décision de la Cour. Il y a en effet des circonstances où la décision de la Cour pourrait porter un préjudice irréparable à un Etat tiers. C'est par exemple le cas où la décision est attributive de droits concrets au profit de l'une ou de l'autre des parties »²⁰⁹.

Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, El Salvador et le Honduras chargeaient, par compromis, une chambre de la CIJ de résoudre leur différend. Les juges ont dû déterminer s'il existait, ou non, un *condominium* entre les trois Etats riverains du Golfe de Fonseca (El Salvador, le Honduras et le Nicaragua). Selon les termes de la Chambre :

« si la Chambre décidait de rejeter les allégations d'El Salvador et de conclure qu'il n'existe pas, sur les eaux du golfe, de condominium opposable au Honduras, cela reviendrait à conclure qu'il n'y a pas de condominium du tout. De même, juger que la "communauté d'intérêts" dont se réclame le Honduras n'existe pas entre El Salvador et le Honduras en leur qualité d'Etats riverains du golfe reviendrait à juger qu'il n'y a pas du tout de "communauté d'intérêts" de ce genre dans le golfe. Dans un cas comme dans l'autre, la décision affecterait donc évidemment un intérêt d'ordre juridique du Nicaragua »²¹⁰.

Pour une partie de la doctrine également, « dans certaines circonstances, la décision internationale sera opposable "*erga omnes*", c'est-à-dire qu'elle aura une autorité absolue

²⁰⁸ CPJI, *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt, 5 avril 1933, Série A/B. v. l'exposé de M. le Prof. DE VISSCHER (Danemark), *Séances publiques et plaidoiries*, Série C, p. 2794.

²⁰⁹ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, opinion individuelle du Juge MBAYE, p. 46-47.

²¹⁰ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 122, §73.

qui dépassera les limites réservées aux parties en litige »²¹¹. Les décisions de justice opposables *erga omnes* seraient des décisions *in rem*, c'est-à-dire consacrant des situations objectives²¹², par exemple tranchant des questions de souveraineté territoriale ou de délimitation de frontières. Selon les termes de C. DE VISSCHER, « [I]es arrêts qui statuent sur la souveraineté territoriale d'un Etat ou sur la délimitation des frontières entre deux Etats, font (...) exception à la relativité de la chose jugée [car] l'objet de la décision, le statut territorial, se présente dans les rapports internationaux comme une situation objective ayant effet *erga omnes* »²¹³. R. BERNHARDT partage également ce point de vue :

« [a] judgment may produce objective results. In this case, third States cannot ignore these results. To take one example : if a judgment has decided on the correct border line between two States, a third State – not claiming sovereign rights in the same area – must accept the result of the judgment, it cannot take the position that the formerly disputed area belongs to State A if a binding decision has found that this area falls under the sovereignty of State B. Similar considerations can apply in other fields if, for instance, a certain citizenship of a person has been recognized in a judgment, if a judgment has recognized a status of neutrality, etc. »²¹⁴.

La thèse selon laquelle les décisions de justice *in rem* jouiraient d'un effet *erga omnes* faisant exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée est en revanche contestée par L. N. C. BRANT, qui s'appuie notamment sur le travail d'E. GRISEL :

« [l']idée que la souveraineté d'un Etat a un caractère objectif indéniable et que, de ce fait, elle doit pouvoir être opposée non seulement à ses voisins immédiats, mais aussi aux autres membres de la communauté internationale, n'a rien d'exceptionnel. Il est vrai qu'un titre de souveraineté territoriale vaut "*erga omnes*". Mais, comme le remarque Etienne Grisel, "il ne s'ensuit pas qu'une décision qui a trait, de près ou de loin, à une délimitation de frontières, soit chose jugée vis-à-vis des tiers. Les deux idées sont bien distinctes et la seconde ne découle nullement de la première. Qu'une frontière ait été fixée par un accord bilatéral, ou par un prononcé juridictionnel, ou encore par un traité fondé sur un jugement, de toute manière, les droits d'autrui ne peuvent pas être affectés ; ils sont

²¹¹ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 100. Outre les auteurs sur lesquels nous nous attardons, L. N. C. BRANT se réfère notamment à C. ROUSSEAU et R. PINTO (*v. Ibid.*, p. 100-102).

²¹² Selon G. SCELLE, « il est en droit international comme en droit interne, des décisions à caractère objectif qui valent pour tous les sujets de droit de la communauté internationale considérée » (SCELLE G., « Essai sur les sources formelles du droit international », *op. cit.*, p. 426, cité in BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 100).

²¹³ DE VISSCHER C., « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *RBDI*, 1965, p. 9.

²¹⁴ BERNHARDT R., « Article 59 », *op. cit.*, p. 1248. Le parallèle peut ici être dressé avec le principe de l'effet relatif des traités internationaux et les exceptions qui lui sont classiquement attachées, parmi lesquelles la création de situations objectives (*v.*, DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 264-275, spéc. p. 271-275 ; ROUSSEAU C., « Le règlement arbitral et judiciaire et les Etats tiers », *op. cit.*, p. 300).

forcément réservés, et ils pourront toujours être revendiqués devant un tribunal sans que joue “*l’exceptio rei judicatae*”. Le point essentiel est qu’un arrêt, quel que soit son objet, n’a pas de caractère définitif à l’égard des tiers” »²¹⁵.

Cette analyse, à laquelle nous souscrivons, rejoint nos propos antérieurs sur la mise en œuvre du principe de l’autorité relative de la chose jugée. C’est précisément dans les affaires risquant de créer des situations objectives susceptibles d’affecter les tiers que le principe de la relativité du jugement doit déployer ses vertus protectrices. C’est à la juridiction saisie de garantir cette protection, éventuellement aidée par les Etats tiers intéressés qui auraient été autorisés à intervenir dans l’instance. En d’autres termes, la relativité de la chose jugée n’est pas une qualité intrinsèque à celle-ci mais un objectif que le juge doit s’efforcer d’atteindre. Il est cependant envisageable que la mise en œuvre du principe de l’autorité relative de la chose jugée soit faillible. Le juge peut par exemple manquer d’informations sur les droits et intérêts d’Etats tiers en cause dans le cas qui lui est soumis ; il est possible qu’*in fine* l’arrêt définitivement rendu affecte les droits d’Etats tiers. C’est dans une telle situation que le principe de l’autorité de la chose jugée peut (et doit) déployer un nouvel aspect protecteur, qui réside dans les termes précités : « un arrêt, quel que soit son objet, n’a pas de caractère définitif [ni obligatoire !] à l’égard des tiers ». Cette protection « en aval » offerte par la relativité de la chose jugée est subsidiaire dans la mesure où il est préférable, pour des raisons de sécurité juridique et de bonne administration de la justice, que celle-ci s’avère superflue car la décision n’affecte en rien les tiers. Eviter de « toucher » aux droits des tiers permet également d’éviter la coexistence de décisions de justice contradictoires. Comme le souligne C. ROUSSEAU,

« [il pourrait exister] une contradiction entre deux sentences arbitrales ou deux décisions judiciaires successives intéressant un Etat qui se trouve être partie à deux instances différentes (cas où il y a une contradiction entre deux décisions arbitrales ou judiciaires intéressant l’une les Etats A et B, l’autre les Etats A et C). (...) C’est là une hypothèse classique de contrariété de jugements. Mais dans un système individualiste et relativiste comme le droit international, fondé sur l’indépendance et l’équivalence des actes juridiques concurrents et des titres qu’ils consacrent (...), une telle contradiction ne trouve

²¹⁵ BRANT L. N. C., *L’autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 103, citant GRISEL E., « *Res judicata* : l’autorité de la chose jugée en droit international », in DUTOIT B., GRISEL E. (Dir.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 156-157 (v. plus largement p. 155-157. v., dans le même sens, SALMON J., « L’autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 29-30 : « [i]l a parfois été soutenu en doctrine que les arrêts sur la *souveraineté territoriale* ou sur la délimitation des frontières entre deux Etats auraient valeur *erga omnes* du fait de l’objet de la décision. Cette position est cependant tout aussi critiquable que celle qui estime que les traités internationaux portant sur des questions territoriales ont un caractère *erga omnes* et seraient une exception au principe de l’effet relatif des traités ».

pas de départiteur en l'absence d'une organisation judiciaire hiérarchiquement ordonnée. Dans cette mesure la relativité de la chose jugée aboutit non à la sécurité des rapports juridiques, mais à l'anarchie et à l'incohérence en perpétuant des contradictions insolubles »²¹⁶.

Cette protection « en aval » est également complémentaire, dans le cas où l'arrêt affecte les tiers si le juge n'a pas veillé (ou n'a pas pu veiller) à protéger leurs intérêts, car la décision n'est pas obligatoire ni définitive à leur égard. Comme l'expliquait E. JOUANNET, « la chose jugée par la Cour ne peut avoir d'effet obligatoire pour le tiers au procès. Dans l'hypothèse où la Cour se prononce (...) sur la situation juridique d'un Etat tiers, elle n'exprime qu'un "point de vue" à l'égard du tiers car elle ne détermine cette situation, ni de façon définitive, ni de façon obligatoire pour le tiers »²¹⁷. Selon L. N. C. BRANT, « l'élargissement du champ d'application de la chose jugée [à des tiers] impliquerait qu'aucun Etat (...) ne pourra plus jamais discuter à nouveau le cas déjà décidé. Cette conclusion n'est pas acceptable »²¹⁸. En effet, il sera toujours possible pour les tiers affectés par une décision de justice de porter à nouveau le différend devant le juge, en formulant leurs propres conclusions, soutenus par leurs propres arguments et preuves²¹⁹. C'est ce qu'explique la CIJ dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, lorsqu'elle énonce « [qu']en tout état de cause, il appartient aux parties d'établir dans la présente affaire les faits compte tenu des règles habituelles de preuve sans que puisse être invoquée la chose jugée dans une autre affaire ne mettant pas en cause les mêmes parties »²²⁰. L'*exceptio rei judicatae* ne joue donc pas s'il n'y a pas identité de parties, même si l'objet (et/ou la cause) est identique. En effet, pour que joue l'*exceptio rei*

²¹⁶ ROUSSEAU C., « Le règlement arbitral et judiciaire et les Etats tiers », *op. cit.*, p. 309-310. L'auteur relève que la contrariété de jugements en droit international est « rare [mais] pas sans exemple. C'est ainsi qu'il existe une contradiction entre la sentence arbitrale rendue le 23 décembre 1906 entre le Honduras et le Nicaragua par le roi d'Espagne Alphonse XIII en vertu du traité Gamez-Bonilla signé à Tegucigalpa le 7 octobre 1894 et la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 entre le Guatemala et le Honduras par un Tribunal spécial (Hughes, Bello-Codesido et Castro Uréna) en vertu du compromis signé à Washington le 16 juillet 1930. Dans l'un et l'autre cas il s'agissait de délimitation de frontière : dans le premier, de la délimitation de la frontière entre le Honduras et le Nicaragua du Portillo de Teotecacinte à l'océan Atlantique ; dans le second, de la délimitation de la frontière entre le Guatemala et le Honduras dans la région de la rivière Motagua et du territoire de Cuyamel » (*Ibid.*, p. 309).

²¹⁷ JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 688-689.

²¹⁸ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 102.

²¹⁹ « Le point de savoir si leur action réussira est une autre question » (SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 46). L'absence de *stare decisis*, ainsi que l'autorité du précédent nullement empêchée par l'absence de règle contraignante à cet égard, permettront aux tiers d'orienter leurs arguments au mieux. Ces aspects sont traités dans le chapitre suivant.

²²⁰ CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, 20 décembre 1988, p. 92, §54.

judicatae, il faut que l'affaire soumise au juge international ait déjà été jugée (par ce juge ou un autre). L'« affaire préalablement jugée » désigne une affaire définitivement jugée, qui présente une identité de parties, d'objet et de cause²²¹. Selon les termes du Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*, « [t]here is no doubt that in the present case, there is *res judicata*. The three traditional elements for identification : parties, object and cause are the same »²²². Ou encore, en reprenant le Juge ANZILOTTI :

« [l'article 59 du Statut de la Cour] détermine les limites matérielles de la chose jugée en disant que “la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé” : ce sont les trois éléments traditionnels d'identification : *persona, petitum, causa petendi*, car il est certain que “le cas qui a été décidé” comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande »²²³.

Il semblerait cependant qu'il y ait effectivement une exception, bien spécifique, à l'autorité relative de la chose jugée des décisions judiciaires internationales. Il s'agit des jugements rendus par les juridictions pénales internationales. Dans ces cas particuliers, la règle *non bis in idem* selon laquelle une même personne ne peut être jugée deux fois pour les mêmes faits, autorise le jeu de l'*exceptio rei judicatae*. Cet effet *erga omnes* de la décision de justice pénale se produit dans les rapports entre le droit international et le droit interne car :

« [d'une part, le droit international pénal introduit] une compétence concurrente entre les TPIY et TPIR et les juridictions nationales, en ce qui concerne le jugement d'un individu présumé responsable de violations graves du droit international humanitaire, d'autre part [la discipline] établit une compétence complémentaire entre la Cour pénale internationale et les juridictions criminelles nationales en ce qui concerne les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, c'est-à-dire le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression²²⁴. La conséquence de cette concurrence de compétence entre la juridiction interne et la juridiction internationale, réside en ce que la sentence internationale pourra exercer ses effets juridiques sur la sphère interne, alors que, inversement, la sentence interne pourra

²²¹ v. notamment CIJ, *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 (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 124-132, §55-88, spéc. p. 125-126, §58-61.

²²² Sentence arbitrale, *Trail Smelter Case* (Etats-Unis / Canada), Décision du 11 avril 1941, *RSA*, vol. III., p. 1952.

²²³ CPJI, *Usine de Chorzów*, arrêt, *op. cit.*, opinion dissidente de M. ANZILOTTI, p. 23. v. également LIMBURG J., « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *op. cit.*, p. 523. Les parties peuvent être identifiées aisément grâce à la requête ou au compromis qui introduit l'instance. L'objet du différend (*res petita*) correspond à l'objet de la plainte ; quant à la cause (*causa petendi*), elle réside dans le fondement de la plainte (pour approfondir, v. BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 114-141, spéc. p. 114-123).

²²⁴ v. les articles 9 et 10 du Statut du TPIY, 8 et 9 du Statut du TPIR, 1 et 5 du Statut de la CPI.

exercer ses effets juridiques sur la sphère internationale. Dans ce contexte, les effets de la sentence juridictionnelle dépassent la sphère juridictionnelle du tribunal qui l'a rendue, déterminant une certaine unité entre le droit interne et le droit international »²²⁵.

La possibilité d'étendre les effets de l'autorité de la chose jugée à des tiers s'est en outre posée dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, autour de la notion de *collateral estoppel*.

Le règlement juridictionnel des différends entre Etats et investisseurs présente en effet quelques particularités. Les tribunaux arbitraux peuvent être saisis, notamment, sur la base d'une offre d'arbitrage contenue dans une loi nationale, d'une clause compromissoire contenue dans un contrat entre l'investisseur et l'Etat hôte (*contract claim*), dans un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou dans un traité multilatéral (*treaty claim*). Cette multiplicité des « possibles » quant au règlement juridictionnel des différends entraîne un phénomène de *forum shopping* sans doute plus développé que dans d'autres branches du droit international²²⁶, et peut conduire à une « concurrence des procédures contentieuses »²²⁷. Il est en effet fréquent que plusieurs tribunaux soient saisis d'une même affaire ou, plus exactement, d'une affaire *quasi* identique, c'est-à-dire présentant une identité d'objet et de parties, mais pas de cause puisque différents tribunaux – ou un même tribunal – peuvent être saisis concomitamment ou successivement en invoquant une base de compétence distincte²²⁸. On peut envisager de résoudre ces difficultés par la consolidation²²⁹ ou par le jeu de l'exception de *litispendance*²³⁰ ou de connexité²³¹.

Outre la variété des juridictions pouvant être saisies et des bases de compétence pouvant être invoquées à cet égard, les différends qui surviennent en matière d'investissements internationaux peuvent s'avérer complexes quant à la détermination des parties – et donc, des tiers. Comme le relève M. AUDIT,

²²⁵ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 111 (v., plus largement, p. 110-113). v. également LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, p. 132-136 ; TRIBOLO J., « L'articulation des compétences des juridictions internes avec celles des juridictions nationales », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 1039-1054.

²²⁶ v. AUDIT M., « La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », *ACDI*, 2017, p. 338-350 (exposé des « options contentieuses offertes aux investisseurs »).

²²⁷ *Ibid.*, p. 351.

²²⁸ Le litige opposant la société italienne *Saipem* à l'Etat du Bangladesh illustre bien ce phénomène : le différend a entraîné la saisine d'un tribunal arbitral CCI, d'un tribunal arbitral CIRDI, ainsi que de diverses juridictions internes (*Ibid.*, p. 336-338, spéc. p. 338).

²²⁹ *Ibid.*, p. 352-354

²³⁰ *Ibid.*, p. 355-358

²³¹ *Ibid.*, p. 358-359.

« [une] conception stricte de l'identité de parties [peut] condui[re] à pouvoir considérer que la requête arbitrale introduite par une société est distincte de celle qu'ont diligentée ses actionnaires. Formellement, les parties sont alors effectivement différentes, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit de la même opération d'investissement, et du même comportement qui est reproché à l'Etat, voire du même TBI fondant la compétence arbitrale »²³².

Face à un litige présentant une identité d'objet, voire de cause, mais ne présentant pas formellement une identité de parties en raison de l'artificielle distinction entre société et actionnaires, la question s'est donc posée d'étendre à des tiers – dès lors eux-mêmes « artificiels » – l'effet de l'autorité relative de la chose jugée. L'enjeu est ici de pouvoir « tenir pour définitivement acquis ce qui a déjà été précédemment, et définitivement, jugé »²³³ afin notamment « d'éviter que soient rendues des décisions contradictoires entre les mêmes parties »²³⁴. Un précédent intéressant doit, à cet égard, être évoqué : dans l'affaire *RSM Production Corporation et al. c. Grenade*, le CIRDI étend aux actionnaires l'effet de l'autorité de la chose jugée d'une sentence préalablement rendue entre la société et l'Etat hôte. Dans la première phase de l'affaire, le CIRDI avait été saisi sur la base du contrat conclu entre la société *RSM Production Corporation* et l'Etat de Grenade²³⁵. Le tribunal constitué pour connaître du litige ayant rejeté les demandes de la société, le CIRDI a été à nouveau saisi, par la société *RSM Production Corporation* et par les actionnaires Rachel S. GRYNBERG, Stephen M. GRYNBERG et Miriam Z. GRYNBERG ; les demandeurs se fondant sur le TBI conclu entre l'Etat hôte – Grenade – et leur Etat de nationalité – les Etats-Unis. Se fondant notamment sur la doctrine du *collateral estoppel*²³⁶ et sur l'article 53-1 de la Convention de Washington²³⁷, le tribunal admet que l'effet de la sentence préalablement rendue entre l'Etat hôte et la société puisse s'étendre aux actionnaires²³⁸.

Un tel assouplissement du principe de l'effet relatif de la chose jugée dans le cadre du CIRDI doit néanmoins être relativisé. Une autre sentence rejette en effet l'application de la doctrine du *collateral estoppel*, dans une affaire aux enjeux pourtant

²³² *Ibid.*, p. 356.

²³³ *Ibid.*, p. 363.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation c. Grenade*, Sentence, 13 mars 2009, ARB/05/14.

²³⁶ Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation et al. c. Grenade*, Sentence, 10 décembre 2010, ARB/10/6, p. 27-37, §7.1 (7.1.1-7.1.30). Le tribunal se réfère à l'arrêt rendu par la Cour suprême américaine en l'affaire *Southern Pacific Railroad Co v. United States* (1897) (p. 28, §7.1.3) et qualifie cette doctrine de « *general principle of law applicable in the international courts and tribunals* » (p. 27, §7.1.2).

²³⁷ Selon les termes de cet article, « [l]a sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus par la présente convention (...) ».

²³⁸ Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation et al. c. Grenade*, *op. cit.*, p. 37-43, §7.2 (7.2.1-7.2.25).

semblables concernant Eskosol, une société de droit italien dont la majorité des actions sont détenues par la société belge Blusun ; les autres actions appartenant à des ressortissants italiens. En 2014, un tribunal CIRDI a rejeté les demandes dirigées par la société Blusun et deux de ses actionnaires à l'encontre de l'Italie²³⁹. En 2017, le tribunal CIRDI saisi par la société Eskosol a refusé d'étendre au demandeur les effets de la sentence rendue en 2014 ainsi que le demandait l'Italie. Pour les arbitres, il n'y a pas identité de parties : les sociétés Blusun et Eskosol ne peuvent être considérées comme le même investisseur²⁴⁰.

Ces spécificités mises à part, l'autorité de chose jugée des décisions *in rem* est bel et bien relative. En effet, les Etats tiers potentiellement affectés par l'arrêt rendu à l'occasion d'une instance à laquelle ils n'étaient pas parties auront, le cas échéant, la possibilité de porter le différend, identique quant à son objet et à sa cause, devant le juge sans que l'*exceptio rei judicatae* ne puisse leur être opposée.

Il convient de s'interroger désormais sur l'autorité des décisions déclaratoires. Un énoncé normatif, qui « dit » le droit applicable peut-il avoir une influence au-delà de l'instance à l'occasion de laquelle il est formulé ?

II- L'autorité de la chose interprétée des décisions déclaratoires

Les motifs de la décision qui interprètent et façonnent le droit positif peuvent-ils produire des effets au-delà de la sphère de relativité de la chose jugée ? Le Juge AZEVEDO n'en doute pas. Dans l'opinion dissidente qu'il joint à l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire du *Droit d'asile*, il déclare : « n'oublions pas (...) que la solution d'un cas d'espèce, en droit international surtout, a de profondes répercussions ; les concepts retenus vont prendre une valeur presque législative en dépit de toutes les explications juridiques qui veulent que

²³⁹ Tribunal CIRDI, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. Italie*, Sentence, 27 décembre 2016, ARB/14/3, p. 107-148, §310-409.

²⁴⁰ Tribunal CIRDI, *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italie*, Sentence, 20 mars 2017, ARB/15/50, p. 2-64, spéc. les demandes de l'Italie à cet égard, p. 50-55, §136-149, spéc. p. 55, §148-149 ; l'argumentation du demandeur Eskosol p. 56-61, §150-165, spéc. p. 60-61, §163-165 ; et le raisonnement du Tribunal p. 61-64, §166-172.

la sentence ne fasse loi qu'entre les parties »²⁴¹. C'est également ce que semble admettre L. N. C. BRANT, qui énonce que :

« [L]orsque la Cour interprète une règle coutumière, sa décision affecte la signification du droit international commun ou général et projette son contenu bien au-delà des rapports entre les parties en litige. Dans le même sens, on constate que, lorsque la Cour interprète des conventions multilatérales, sa décision pourrait influencer d'une manière assez convaincante les relations d'Etats autres que les parties en litige »²⁴².

Il conviendra d'envisager l'influence, au-delà des rapports entre les parties au différend, de certaines décisions « déclaratoires » : qui « disent le droit » en interprétant une règle coutumière (B) ou conventionnelle (A).

A- L'autorité des décisions statuant sur l'interprétation d'une convention multilatérale

La CIJ a déjà eu l'occasion de reconnaître que si elle se prononçait, dans un litige bilatéral, sur le point de savoir si une convention multilatérale est ou non en vigueur, sa décision pourrait produire des effets dépassant le bilatéralisme juridictionnel. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour avait à déterminer, pour établir sa compétence, si l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux était demeuré en vigueur²⁴³. La Cour ne tranche finalement pas ce point, mais souligne :

« [b]ien qu'en vertu de l'article 59 du Statut, "la décision de la Cour [ne soit] obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé", il est évident que tout prononcé sur la situation de l'Acte de 1928 par lequel la Cour déclarerait que celui-ci est ou n'est plus une convention en vigueur pourrait influencer les relations d'Etats autres que la Grèce et la Turquie »²⁴⁴.

Aux côtés des questions liées au maintien en vigueur des conventions, l'interprétation des conventions multilatérales dans les litiges bilatéraux place également le juge dans une situation complexe. L'interprétation d'une convention bilatérale dans le cadre d'une instance bilatérale réunissant les deux parties à la convention ne pose aucun

²⁴¹ CIJ, *Droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950, opinion dissidente du Juge AZEVEDO, p. 332.

²⁴² BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 156.

²⁴³ CIJ, *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), arrêt, 19 septembre 1978, p. 13-17, §32-40.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 16-17, § 39.

problème : la décision statuant sur le sens à donner aux dispositions du traité sera bien obligatoire pour ces seules parties et dans le cas qui a été décidé. L'interprétation d'une convention multilatérale dans le cadre d'une instance bilatérale (ou qui ne rassemble pas la totalité des parties à la convention) est en revanche susceptible de poser quelques difficultés. Dès 1929, J. LIMBURG s'en inquiétait et exposait ce « problème assez épineux »²⁴⁵ :

« [s]i la sentence arbitrale [ou la décision judiciaire] entre les Etats A et B, qui donne l'interprétation des dispositions du traité sur lesquelles ces Etats n'étaient pas d'accord, devait être considérée par les autres Etats contractants comme une "*res inter alios acta*", le traité n'aurait plus le même sens pour toutes les parties contractantes, et le même article serait interprété peut-être par deux des parties contractantes dans un sens diamétralement opposé à l'interprétation qu'en donnent les deux autres. Si, au contraire, la sentence arbitrale [ou la décision judiciaire] ayant autorité de chose jugée vis-à-vis de *tous* les Etats qui étaient parties au traité, une interprétation sollicitée par deux des parties avait force obligatoire pour toutes les autres parties contractantes, celles-ci pourraient prétendre qu'elles n'ont eu aucune action sur la procédure arbitrale [ou judiciaire] qui vient d'être terminée ; ou bien, qu'elles n'avaient besoin d'aucune interprétation judiciaire ou arbitrale, puisqu'elles étaient d'accord entre elles sur le sens des dispositions qui ont donné lieu au procès de leurs cocontractants ; ou bien – si l'on considère l'interprétation donnée par le tribunal (...) comme un protocole additionnel au traité – qu'elles n'ont aucunement collaboré à la modification du traité, modification qui par conséquent ne pourra avoir aucun effet pour elles »²⁴⁶.

Dans le cadre de la CIJ (et de la CPJI auparavant), la solution à cet épineux problème semble avoir été trouvée grâce à la procédure d'intervention de l'article 63 du Statut²⁴⁷, qui prévoit que « [l]orsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et, s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ». Les problèmes identifiés par J. LIMBURG semblent alors résolus au mieux : l'interprétation de la convention multilatérale vaudra également pour les intervenants, qui auront participé à la procédure visant à statuer sur le sens qu'il convient de donner aux dispositions litigieuses. En

²⁴⁵ LIMBURG J., « L'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales », *op. cit.*, p. 551.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ Cette procédure est étudiée dans la seconde partie de la thèse (v. Chapitre VI, Section I).

pratique, cependant, les difficultés demeurent car l'intervention est une procédure volontaire qui a été assez peu utilisée²⁴⁸.

Ainsi, si l'interprétation d'une convention multilatérale est en jeu dans un litige au titre de la *ratio decidendi* et qu'il n'y a pas d'intervention fondée sur l'article 63, les parties à la convention qui n'ont pas participé à l'instance doivent être protégées par le principe de l'autorité relative de la chose jugée. Elles le seront, formellement, car il sera toujours possible pour les tiers d'introduire un nouveau litige portant sur l'interprétation de la convention litigieuse préalablement interprétée dans un différend antérieur, sans que l'on puisse leur opposer l'*exceptio rei judicatae*. Il semble cependant fort probable que l'interprétation de la convention donnée dans le nouveau litige soit identique à celle retenue antérieurement. Plus encore, donner une interprétation distincte à l'occasion d'un nouveau différend²⁴⁹ pourrait troubler les relations multilatérales entre les parties au traité. Ces difficultés sont bien identifiées par L. N. C. BRANT, qui s'appuie sur le travail de J. LIMBURG :

« [i]l peut arriver qu'une demande d'interprétation d'une convention surgisse entre un Etat (qui était déjà partie dans un différend antérieur qui a interprété la même convention) et un autre cosignataire de la convention (qui n'était pas partie au différend précédent), ou il peut arriver encore qu'après une décision d'interprétation d'une convention, deux autres cosignataires (qui n'étaient pas parties au différend précédent) décident d'adresser à la juridiction internationale une nouvelle demande identique d'interprétation de la même convention ; ou alors, il peut arriver finalement qu'il s'élève un différend entre deux Etats sur l'interprétation d'une convention et que deux ou plusieurs autres Etats aient conclu entre eux exactement la même convention, mais d'une manière séparée. Dans tous ces cas, il est clair que l'autorité de la chose jugée de la première décision ne peut être étendue à la nouvelle demande, faute d'identité des parties. Toutefois, l'autorité *de facto* de la décision précédente est tellement conclusive qu'on voit mal comment une juridiction internationale peut interpréter de deux manières distinctes une convention en raison d'une simple différence des parties. Comme le remarque Limburg : "[c]ette interprétation différente, outre qu'elle dénature le caractère même d'une convention dite collective, pourrait mettre en péril la bonne entente entre les nations et même troubler la paix mondiale. Il y a donc un intérêt mondial de premier ordre à ce qu'une interprétation impartiale du traité ait une valeur uniforme pour tous les participants, d'autant plus que le traité constitue entre eux une partie du droit objectif". Dans ce cas, bien que l'autorité de la chose jugée reste limitée au cas décidé, comme l'affirme l'article

²⁴⁸ En outre, le champ d'application d'une telle procédure est limité aux questions interprétatives et ne résout pas les autres aspects de droit des traités, notamment les problématiques susévoquées liées au maintien en vigueur des conventions.

²⁴⁹ Sauf à considérer une modification du traité survenue entre les deux litiges, ou encore le « jeu » particulier d'éventuelles réserves au traité formulées entre les parties au nouveau litige.

59 du Statut de la Cour, l'autorité *de facto* d'une décision précédente va bien au-delà d'un simple éclaircissement du droit. Le besoin social plus que jamais augmente la puissance de l'autorité de la décision antérieure sans obliger pour autant la juridiction internationale à la suivre formellement »²⁵⁰.

Un nouvel aspect de la complexité d'une telle situation est mis en exergue si l'on considère les questions liées à l'interprétation des conventions multilatérales qui se posent dans le cadre de la compétence consultative de la CIJ²⁵¹. Certes, en matière consultative, il n'y a ni différend, ni parties, ni tiers. Il n'est donc pas question d'autorité relative de la chose jugée puisqu'il n'y a pas, à proprement parler, de chose « jugée ». Il n'est donc pas non plus possible pour les Etats d'*intervenir*, même si une *participation* à la procédure, écrite comme orale, est possible²⁵². Cette situation, qui se situe hors du champ d'une étude consacrée au tiers dans le contentieux international, doit néanmoins être considérée ici. En effet, nombreuses sont les procédures consultatives dans lesquelles la Cour a eu à se prononcer sur l'interprétation d'une convention multilatérale, et les décisions rendues dans ce cadre ne sont pas privées d'autorité de chose interprétée.

Par exemple, dans ses avis portant sur les *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*, sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, ou encore concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a

²⁵⁰ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 163, citant LIMBURG J., « L'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales », *op. cit.*, p. 559.

²⁵¹ Selon l'article 65 de son Statut, « [l]a Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis ». La liste des organes et institutions autorisés à demander un avis consultatif peut être consultée sur le site de la Cour (<https://www.icj-cij.org/fr/organes-institutions-autorises> (consulté le 5/10/2018)).

²⁵² Selon l'article 66 du Statut de la Cour : « 1. Le Greffier notifie immédiatement la requête demandant l'avis consultatif à tous les Etats admis à ester en justice devant la Cour. 2. En outre, à tout Etat admis à ester devant la Cour et à toute organisation internationale jugés, par la Cour ou par le Président si elle ne siège pas, susceptibles de fournir des renseignements sur la question, le Greffier fait connaître, par communication spéciale et directe, que la Cour est disposée à recevoir des exposés écrits dans un délai à fixer par le Président, ou à entendre des exposés oraux au cours d'une audience publique tenue à cet effet. 3. Si un de ces Etats, n'ayant pas été l'objet de la communication spéciale visée au paragraphe 2 du présent Article, exprime le désir de soumettre un exposé écrit ou d'être entendu, la Cour statue. 4. Les Etats ou organisations qui ont présenté des exposés écrits ou oraux sont admis à discuter les exposés faits par d'autres Etats et organisations dans les formes, mesures et délais fixés, dans chaque cas d'espèce, par la Cour ou, si elle ne siège pas, par le Président. A cet effet, le Greffier communique, en temps voulu, les exposés écrits aux Etats ou organisations qui en ont eux-mêmes présenté » (v. également les articles 105 et 106 du Règlement de la Cour). Par exemple, dans l'affaire relative à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, le Greffier notifie la requête à tous les Etats admis à ester en justice devant la Cour (CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif, 30 mars 1950, p. 68). Des exposés écrits et des communications sont ainsi transmis de la part de divers Etats parmi lesquels la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie, mais également l'URSS, l'Ukraine, Australie, les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni (*Ibid.*, p. 69). Participent à la procédure orale les gouvernements britannique et américain ainsi que le Secrétaire général adjoint chargé du Département juridique du Secrétariat des Nations Unies, au nom du Secrétaire général de l'Organisation (*Ibid.*, p. 69).

interprété la Charte des Nations Unies²⁵³. L'interprétation donnée à cette occasion par la Cour représente l'interprétation officielle de la Charte, qui s'imposera *de facto* à tous les Etats parties à ce traité :

« la réponse de la Cour, entérinée par la résolution de l'organe politique, aura un tel poids qu'elle représentera l'interprétation officielle de la Charte (...). [M]ême dans le cas où la portée de la résolution n'est pas obligatoire, il serait difficile pour un Etat membre qui a souhaité la consultation de la Cour de s'opposer à l'avis qu'elle a rendu »²⁵⁴.

La question se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque les Etats intéressés ont le sentiment d'être privés de la possibilité d'obtenir – ou de s'opposer – au règlement contentieux de leur différend. Dans l'affaire concernant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, la CIJ devait interpréter les aspects relatifs au règlement des différends contenus dans les traités de paix de 1947 conclus entre ces trois Etats et les Etats alliés. La Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie s'opposaient à ce que la Cour rende son avis. Ces Etats estimaient que la Cour « ne saurait émettre l'avis demandé sans enfreindre le principe bien établi de droit international selon lequel toute procédure judiciaire ayant trait à une question juridique pendante entre Etats exige le consentement de ceux-ci »²⁵⁵. La Cour n'est pas de cet avis :

« [c]ette objection procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent la procédure contentieuse et ceux qui s'appliquent aux avis consultatifs. Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. L'avis est donné par la Cour non

²⁵³ CIJ, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*, avis consultatif, 28 mai 1948. Dans cet avis, la Cour interprète l'article 4 de la Charte et estime que si un Etat remplit les conditions posées pour l'admission des Etats, le Conseil de sécurité doit faire la recommandation permettant à l'Assemblée générale de statuer sur l'admission ; CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949. En appliquant la théorie des compétences implicites dans le cadre de son interprétation de la Charte, la Cour conclut que l'Organisation a la capacité juridique pour demander une réparation adéquate contre le gouvernement prétendument responsable des dommages subis par son agent, la réparation demandée visant les dommages subis par la victime ou ses ayants-droit ; CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif, 20 juillet 1962. Interprétant l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, la Cour estime que les « dépenses de l'Organisation » sont les sommes payées pour couvrir les frais relatifs à la réalisation des buts de l'Organisation.

²⁵⁴ BEDJAOUI M., *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 106.

²⁵⁵ CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *op. cit.*, p. 71.

aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander ; la réponse constitue une participation de la Cour, elle même "organe des Nations Unies", à l'action de l'organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée »²⁵⁶.

Il convient de remarquer que la Cour prend soin de distinguer sa compétence consultative et sa compétence contentieuse, mais relève que la notification, par le Greffier, de la requête pour avis consultatif aux Etats bulgare, hongrois et roumain s'est faite « *en application de l'article 63, paragraphe premier, du Statut* »²⁵⁷. Cet article est relatif à l'intervention d'Etats tiers dans un litige lorsqu'est en jeu l'interprétation d'une convention multilatérale à laquelle ils sont parties. En vertu de cet article, l'interprétation de la convention retenue par la Cour sera obligatoire, au-delà des parties en litige, pour les tiers intervenants (article 63, paragraphe 2). S'il n'est pas nécessairement surprenant que la Cour applique les dispositions de son Statut prévues pour la procédure contentieuse à sa procédure consultative²⁵⁸, il faut néanmoins observer qu'est invoqué l'article 63 (paragraphe premier) du Statut sans attacher à la décision les conséquences prévues par le paragraphe 2 de cet article, puisque la Cour énonce que « [sa] réponse n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire ». Cette incohérence procédurale n'est relevée ni par la Cour, ni par aucun des juges joignant à l'avis une opinion individuelle ou dissidente. Toutes les opinions jointes à l'avis affirment cependant l'autorité *de facto* de la décision de la Cour. Selon le Juge ZORICIC,

« [i]l est évident que l'avis consultatif est, par sa nature juridique, différent d'un jugement. Dans les jugements, dont l'objet est toujours une affaire contentieuse, la Cour

²⁵⁶ *Id.* La Cour distingue le cas d'espèce de celui relatif à la Carélie orientale, à l'occasion duquel la CPJI avait décidé de ne pas rendre son avis consultatif sous peine de trancher un différend juridique entre Etats sans leur consentement : « les circonstances de la présente espèce sont profondément différentes de celles devant lesquelles la Cour permanente de Justice internationale s'est trouvée dans l'affaire du statut de la Carélie orientale, affaire où la [CPJI] a déclaré qu'il lui était impossible d'exprimer un avis, estimant que la question qui lui avait été posée, d'une part, concernait directement le point essentiel d'un différend actuellement né entre deux Etats de sorte qu'y répondre équivaldrait en substance à trancher un différend entre les parties, et, d'autre part, soulevait des points de fait qui ne pouvaient être éclaircis que contradictoirement. Ainsi qu'il a été dit, la présente demande d'avis concerne uniquement l'applicabilité à certains différends de la procédure de règlement instituée par les traités de paix, et il est permis d'en conclure qu'elle ne touche assurément pas le fond même de ces différends. Pour le surplus, le règlement de ces différends étant entièrement réservé aux commissions prévues par les traités de paix, c'est à ces commissions qu'il appartiendra de statuer sur toutes contestations qui, pour chacun de ces différends, seraient élevées contre leur propre compétence, contestations dont le présent avis ne préjuge aucunement la solution. Il en résulte que la position juridique des parties à ces différends ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées » (*Ibid.*, p. 72).

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 69. Les italiques sont de nous.

²⁵⁸ Selon l'article 68 du Statut de la Cour « [d]ans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse, dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ». v. également l'article 102, spéc. §2-3, du Règlement de la Cour.

décide toutes les questions du litige, le jugement est sans appel et devient *res judicata*, de sorte que les droits et obligations des Etats se trouvent légalement et définitivement établis. Les avis consultatifs, d'autre part, sont émis à la demande d'un organe international autorisé à cette fin, la Cour se prononce sur les questions posées, mais l'avis n'a pas de force obligatoire. Telle est bien la différence entre jugement et avis si on les considère du point de vue formel et strictement juridique. Dans la vie réelle, toutefois, les choses se présentent sous un aspect bien différent, de sorte que l'on peut dire qu'en pratique un avis consultatif de la Cour, concernant un litige entre Etats, n'est autre chose qu'un jugement non exécutoire. Cela ressort en premier lieu du fait que, dans un cas pareil, l'affaire se déroule normalement de la même manière qu'une véritable affaire contentieuse. Les Etats parties au litige présentent leurs exposés écrits et oraux, le débat se poursuit en séance publique, la Cour plénière délibère, les juges nationaux prenant part aux délibérations et aux votes de la Cour, et, enfin, l'avis est émis en séance publique et imprimé dans les publications de la Cour, tout comme un arrêt. En deuxième lieu, les avis de la Cour jouissent de la même autorité que ses arrêts et sont cités par la doctrine, qui leur attribue une importance égale à celle de ses arrêts. La Cour elle-même se réfère à ses avis précédents aussi bien qu'à ses arrêts. En troisième lieu, l'avis consultatif ayant trait à un différend, décide d'une manière légalement certaine l'existence ou la non-existence du rapport juridique qui fut l'objet du litige. Il s'ensuit que l'avis ne peut manquer d'exercer une influence très importante sur les positions juridiques respectives des Etats, et cela d'autant plus que l'avis peut servir comme moyen de pression psychologique sur les gouvernements des Etats intéressés »²⁵⁹.

L'autorité de la chose interprétée dont jouissent les avis consultatifs rendus par la Cour est également illustrée par l'affaire relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Le Juge KOROMA joint son opinion individuelle à la décision²⁶⁰, et affirme radicalement le caractère obligatoire des

²⁵⁹ CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *op. cit.*, opinion dissidente du Juge ZORICIC, p. 101-102. v. également l'opinion individuelle du Juge AZEVEDO (*Ibid.*, p. 79-88), l'opinion dissidente du Juge WINIARSKI (*Ibid.*, p. 91-92), ainsi que l'opinion dissidente du Juge KRYLOV, (*Ibid.*, p. 105-113).

²⁶⁰ En 1996, le Juge KOROMA expliquait déjà : « [a]lors que l'objet des attributions consultatives de la Cour est de donner un avis juridique faisant autorité à l'organe qui le lui demande sur certains aspects d'une question dont il a à connaître dans l'exercice de ses fonctions, on a aussi utilisé ce mécanisme soit pour obtenir une interprétation autorisée des dispositions de la Charte ou des instruments constitutifs des institutions spécialisées, soit pour donner des orientations à divers organes des Nations Unies concernant leurs fonctions. *De plus, bien que les avis consultatifs de la Cour ne soient pas juridiquement contraignants et n'imposent aucune obligation en droit ni à l'organe demandeur ni aux Etats, ils ne sont pas pour autant privés d'effets car ils restent la loi "reconnue par les Nations Unies"*. Il en résulte que la Cour actuelle a, à de diverses reprises, eu recours à sa compétence consultative comme moyen de participer aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, aidant celle-ci à atteindre ses objectifs. Les avis consultatifs ont mis la Cour en mesure de contribuer utilement au développement et à la cristallisation du droit » (CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, opinion individuelle du Juge KOROMA, p. 571. v. également *Ibid.*, opinion dissidente du Juge WEERAMANTRY, p. 159. Les italiques sont de nous, le Juge cite ici l'opinion individuelle du Juge LAUTERPACHT dans l'avis consultatif rendu par la Cour en l'affaire de *l'Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain* (CIJ, *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, avis consultatif, 1^{er} juin 1956, opinion individuelle du Juge LAUTERPACHT, p. 46)).

conclusions de l'avis à l'égard de tous les Etats : « [L]es règles du droit international qui ont inspiré les conclusions de la Cour font autorité ; ces conclusions revêtent donc le caractère d'obligations *erga omnes*. Elle constitue une réponse autorisée à la question posée et s'imposent à tous les Etats, ceux-ci étant liés par ces règles et ayant un intérêt à les voir observées »²⁶¹. Les propos tenus par le Juge KOROMA confortent les conclusions de la Cour dans cette affaire, dont la rédaction suggère également très clairement le caractère obligatoire de l'avis consultatif. Ainsi la CIJ « juge que la construction du mur et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international [et qu'il] s'ensuit que la responsabilité [d'Israël] est engagée selon le droit international »²⁶². La Cour détermine ensuite les conséquences juridiques qui découlent de l'édification du mur et des violations du droit international que cette édification entraîne, à l'égard d'Israël, d'une part, à l'égard des autres Etats et de l'ONU, d'autre part²⁶³. Cela amène la Cour à formuler, d'un ton comminatoire qui contraste avec la nature consultative de la procédure, des exigences très précises à l'égard d'Israël et des autres Etats :

« Israël a en conséquence *l'obligation de cesser immédiatement* les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé (...) [et de procéder au] démantèlement immédiat des portions de cet ouvrage situées dans le territoire palestinien occupé »²⁶⁴ ; « Israël a *l'obligation de réparer* tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées »²⁶⁵.

« [L]a Cour est d'avis que *tous les Etats sont dans l'obligation* de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé (...). Ils sont également *dans l'obligation* de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction (...) »²⁶⁶ ; « l'organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, *doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif*, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé »²⁶⁷.

²⁶¹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, opinion individuelle du Juge KOROMA, p. 205-206.

²⁶² CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 195, §142 et p. 197, §147. Les italiques sont de nous.

²⁶³ *Ibid.*, p. 197-200, §148-160.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 197-198, §151. Les italiques sont de nous.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 198, §152. Les italiques sont de nous.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 200, §159. Les italiques sont de nous.

²⁶⁷ *Ibid.*, §160. Les italiques sont de nous.

Par ailleurs, l'autorité de la chose interprétée (« *res interpretata* »)²⁶⁸ des décisions de justice statuant sur l'interprétation des conventions multilatérales est un phénomène observable dans le cadre du contentieux régional de protection des droits de l'Homme, et particulièrement de la CEDH.

L'article 46, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre le principe de l'autorité relative de la chose jugée. La Cour a néanmoins affirmé l'autorité de chose interprétée de ses décisions²⁶⁹. Dès l'arrêt rendu dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a considéré que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »²⁷⁰. La Cour exprime beaucoup plus clairement l'effet *extra partes* de l'interprétation des dispositions de la Convention contenue dans ses arrêts à l'occasion de l'affaire *Karner c. Autriche* :

« [s]i le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et *en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des Etats parties à la Convention* »²⁷¹.

Ainsi, dans l'affaire *Opuz c. Turquie*, la Cour estime qu'il lui appartient de « déterminer si les autorités nationales ont dûment *pris en compte les principes découlant des arrêts qu'elle a rendus sur des questions similaires, y compris dans des affaires concernant d'autres Etats que la Turquie* »²⁷². L'autorité de la chose interprétée des arrêts rendus par la CEDH est justifiée par l'intérêt social, qui réside notamment dans la nécessité

²⁶⁸ v. VELU J., « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in MELCHIOR M., EISEN M.-A. et al. (Dir.), *Introduire un recours à Strasbourg ?*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 186.

²⁶⁹ Si la *res interpretata* ne peut être rattachée à l'article 46 de la Convention, elle peut en revanche trouver son fondement juridique dans les articles 1^{er}, 19 et 32 de celle-ci : ces dispositions reflètent la volonté des Etats de « [mettre] en place [un] interprète authentique qui a des pouvoirs accrus en matière d'interprétation et d'application de la Convention et qui veille à ce que l'ensemble des Etats contractants s'acquittent de manière appropriée des obligations qu'ils ont souscrit lors de leur adhésion à cet instrument d'ordre public. Cela signifie aussi que les interprétations authentiques énoncées par la Cour dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles font corps au texte conventionnel et ont *de plano* une portée normative » (GIANOPOULOS C., *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public de l'Université de Strasbourg, soutenue le 9 novembre 2017, p. 187 (v. p. 36-187 s'agissant des « sources de validité » de la *res interpretata*).

²⁷⁰ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt, 18 janvier 1978, §154.

²⁷¹ CEDH, *Karner c. Autriche*, arrêt, 24 juillet 2003, §26. Les italiques sont de nous. v. également CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, arrêt, 7 janvier 2010, §197.

²⁷² CEDH, *Opuz c. Turquie*, arrêt, 9 juin 2009, §163.

de promouvoir la subsidiarité du recours à la Cour. D'un point de vue substantiel, l'enjeu est de prévenir²⁷³, plutôt que sanctionner, les éventuelles violations des droits garantis par la Convention. Sur le plan procédural, il s'agit également d'éviter l'engorgement du rôle de la Cour. Comme l'explique C. POURGOURIDES,

« comment empêcher que la Cour ne statue sans relâche sur des violations similaires, commises dans des pays différents, alors que le sens des normes de la Convention est souvent d'une extrême limpidité à la lumière des affaires antérieures sur lesquelles la Cour a statué ? La réponse se trouve dans un principe quelque peu oublié : celui de l'autorité de la chose interprétée (*res interpretata*) attachée aux arrêts de la Cour. Cela ne signifie ni plus ni moins que l'obligation faite au législateur et aux juridictions internes de prendre en compte la Convention selon l'interprétation retenue par la Cour de Strasbourg, *même pour les arrêts prononcés au sujet de violations commises dans d'autres pays* »²⁷⁴.

Ainsi, une décision juridictionnelle rendue dans le cadre d'un litige bilatéral qui se prononce sur le point de savoir si une convention multilatérale est ou non en vigueur, ou sur le sens à donner à ses dispositions, produit des effets au-delà des parties en litige en raison de l'autorité de chose interprétée qui s'attache à ses motifs. D'un point de vue formel certes, les tiers à l'instance demeurent protégés par le principe de l'autorité relative de la chose jugée car ils bénéficient de la possibilité d'introduire un litige nouveau, car distinct quant aux parties à l'instance. Il est cependant fort peu probable que le raisonnement du juge diffère dans une nouvelle instance lui demandant de statuer sur l'applicabilité ou l'interprétation des mêmes instruments de droit international conventionnel. Il en va de même lorsque le litige nécessite de se prononcer sur l'existence, l'applicabilité ou l'interprétation du droit international coutumier. Le phénomène est même décuplé en raison de la nature particulière des normes coutumières.

²⁷³ v. également COHEN-JONATHAN G., « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in BERGER V. et al., *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 55 : « [l]a meilleure protection des droits de l'homme ne réside-t-elle pas dans la prévention ? » (v. plus largement *Ibid.*, p. 53-56).

²⁷⁴ COE, « Renforcer la subsidiarité : intégrer la jurisprudence de la Cour dans les législations et les pratiques judiciaires nationales », *Allocution de M. Christos Pourgourides, Président de la Commission des questions juridiques, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe*, Skopje, 1-2 octobre 2010, 10h30, p. 1. Les Etats parties auraient, d'ailleurs, accepté l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour, « s'engage[ant] à “tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe”. [A cet égard], [l]a loi britannique relative aux droits de l'homme de 1998 dispose que le Royaume-Uni “doit prendre en compte” la Convention selon l'interprétation retenue par la Cour. En Ukraine, une loi de 2006 a même élevé la jurisprudence de la Cour de Strasbourg au rang de “source du droit” » (*Ibid.*, p. 2).

B- L'autorité des décisions statuant sur l'applicabilité d'une coutume internationale

La coutume, en tant que source du droit international, se compose de deux éléments : l'élément matériel, qui correspond à une pratique étatique quasiment uniforme, répétée dans le temps et dans l'espace, et l'élément moral, entendu comme la conviction que la pratique correspond à l'exécution d'une règle juridique. Dans sa jurisprudence, la CIJ consacre à plusieurs reprises le processus de formation de la coutume. En 1969, elle déclare que « [l]es Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel de ces actes ne suffisent »²⁷⁵. Dans l'affaire du *Plateau continental* (Libye / Malte), la Cour énonce qu'« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats »²⁷⁶. A l'occasion de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour rappelle à nouveau : « pour qu'une nouvelle règle coutumière fasse son apparition, les actes correspondants doivent non seulement représenter une pratique constante, mais en outre se rattacher à une *opinio juris sive necessitatis* »²⁷⁷.

La théorie classique des deux éléments composant la coutume a cependant été dénaturée, par le biais d'une « inversion des facteurs », c'est-à-dire le fait d'affirmer l'existence d'une *opinio juris* et de chercher à établir celle-ci par l'établissement de pratiques concordantes, également, par le caractère de plus en plus « insaisissable » de l'*opinio juris*, invoquée davantage que démontrée²⁷⁸. Cette dénaturation de la coutume est surtout le fait du juge et notamment de la CIJ, qui irait parfois jusqu'à créer, davantage qu'identifier²⁷⁹, les normes coutumières. Après que la Cour a procédé, avec plus ou moins

²⁷⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne / Danemark ; République fédérale d'Allemagne / Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, p. 44, §77.

²⁷⁶ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt, 3 juin 1985, p. 29, §27.

²⁷⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 109, §207.

²⁷⁸ A ce propos, v. WEIL P., « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992, p. 172-179.

²⁷⁹ Certains auteurs tels que P. WEIL, J. P. KELLY ou encore R. B. BAKER (v. *infra*) affirment clairement le rôle créateur de droit de la Cour en matière de coutume internationale. G. ABI-SAAB est plus nuancé : « [s]il existe un fragment de règle, une certaine pratique qui peut être interprétée comme un élément d'une coutume, il peut servir de base à partir duquel un tribunal peut aller un peu plus loin. Mais s'il y a rien, le tribunal n'y peut rien. La CIJ l'a reconnu clairement dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* en déclarant qu'en "tant que tribunal, [elle] ne saurait prendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté" » (ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques

de créativité, à l'identification d'une règle coutumière dans une affaire, l'autorité de ce motif vaut pour ses décisions ultérieures. La doctrine et les juges ont observé, sinon dénoncé le phénomène. En 2013, le Juge TOMKA, alors Président de la Cour, écrivait que celle-ci, sans « abandonn[er] son point de vue selon lequel le droit international coutumier est une “pratique générale, acceptée comme étant le droit” (...) n'a jamais estimé nécessaire de déterminer systématiquement ces éléments pour chaque règle prétendument coutumière dans un différend donné »²⁸⁰. Selon le Juge, la détermination des règles coutumières aux fins de la résolution d'un différend peut procéder de « l'identification directe des éléments matériels de la coutume en tant que tels »²⁸¹ ou d'un recours « à des règles qui sont clairement formulées dans les textes »²⁸². Plus spécifiquement, selon l'analyse de P. WEIL,

« [c]e phénomène [de dénaturation de la coutume] est particulièrement frappant lorsque c'est la jurisprudence qui habille du nom de droit coutumier des règles qu'elle forge elle-même, de toutes pièces, en les puisant en quelque sorte dans l'air du temps. Ainsi, la règle “accord selon les principes équitables” en matière de délimitation maritime est proclamée par la Cour règle coutumière “sur la base de principes très généraux de justice et de bonne foi” [dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*]. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso / République du Mali)* la Chambre de la Cour qualifie l'*uti possidetis* de “principe de droit international coutumier” constituant “l'application en Afrique d'une règle de portée générale”. Or, il est clair qu'il n'y a de pratique et d'*opinio juris* en ce sens qu'en Amérique du Sud, et qu'il n'y en a pas en Afrique. Incapable de faire état non seulement d'une pratique, mais même d'une *opinio juris* relative à l'application africaine de ce principe, la Chambre se borne à parler d'un “principe général, *logiquement* lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste”, ou encore d'un “principe d'ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu'elle se produise” (...). La coutume cesse d'être le résultat d'un processus, elle existe en quelque sorte en soi. Bref, s'il y a des règles coutumières, il n'y a plus, à proprement parler, de source coutumière »²⁸³.

réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », in PEREZ GONZALEZ M. (Dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 26).

²⁸⁰ TOMKA P., « Custom and the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 197.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² *Id.*

²⁸³ WEIL P., « Le droit international en quête de son identité », *op. cit.*, p. 176-177. Toujours d'après P. WEIL, « [d]es pans entiers du droit international, tels l'interprétation des traités, les réserves aux traités multilatéraux, la théorie de la nationalité effective, la théorie des lignes de base droites, le droit de la délimitation maritime tout entier, sont dus à la jurisprudence. Bien mieux, même lorsqu'une convention vient codifier ou réglementer une matière, elle ne fera souvent que reprendre des formulations jurisprudentielles (...). Lorsque le juge énonce une règle qu'il crée en même temps qu'il l'énonce, il la présentera comme une règle coutumière préexistante qu'il fera semblant de constater. L'illustration la plus remarquable est fournie par le droit de la délimitation maritime, où la jurisprudence oppose au droit conventionnel ce qu'elle appelle

Une partie de la doctrine anglo-saxonne partage également ce constat. D'après J. P. KELLY,

« [m]uch of what is commonly termed CIL [i.e. customary international law] is judge-made or judge-confirmed law. Scholars place great emphasis on the quite limited number of international domestic court and tribunal decisions on CIL, often treating dicta, concurring opinions, and even dissenting opinions as having great weight in determining customary norms (...). The ICJ opinions have helped develop CIL on subjects such as the amount of compensation for expropriation, the extent of the continental shelf, the neutrality of international canals, the evidentiary value of lump-sum agreements, and (...) the legality of the use of nuclear weapons »²⁸⁴.

M. G. KOHEN considère, quant à lui, que lorsque la Cour « conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger »²⁸⁵, elle fonde

« sa *ratio decidendi* (...) non pas sur la démonstration d'une pratique constante doublée de l'*opinio juris*, mais [sur] un raisonnement logique. En effet, l'arrêt dépeint de manière impeccable les fonctions d'un ministre des affaires étrangères et du besoin de lui accorder des immunités *intuitu personae* lorsqu'il remplit ses fonctions à l'étranger. Il s'agit donc d'une nécessité logique qui se transforme en règle générale sans avoir besoin d'une démonstration quelconque de l'existence des soi-disant deux éléments de la coutume »²⁸⁶.

Ainsi, la Cour forge la coutume, puis se réfère à ses décisions antérieures lorsqu'elle applique des règles coutumières aux litiges qui lui sont soumis. Ce double phénomène conduit à « promouvoir la jurisprudence au rang de coutume internationale »²⁸⁷. Comme le note L. N. C. BRANT, « [l]orsqu'elles sont suffisamment

le droit coutumier – et qui est en réalité sa propre création » (*Ibid.*, p. 143). G. ABI-SAAB estime quant à lui que la contribution de la jurisprudence au droit international s'est « manifestée surtout dans les domaines suivants (par ordre décroissant) : (...) le droit judiciaire lui-même, ou le droit ayant trait à la fonction juridictionnelle (arbitrale ou judiciaire) [;] le droit des organisations internationales, à travers une série marquante d'avis consultatifs que la [CIJ] a émis [;] les questions territoriales, y inclus les espaces maritimes, et de responsabilité internationale » (ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 23).

²⁸⁴ KELLY J. P., « The Twilight of Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 526.

²⁸⁵ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, *op. cit.*, p. 22, §54 (v., pour la démonstration, *Ibid.*, p. 21-22, §53-54).

²⁸⁶ KOHEN M. G., « L'utilisation du précédent devant et par la CIJ : les immunités pénales des détenteurs de fonctions officielles à la lumière des affaires *Yerodia* et *Djibouti c. France* », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 259.

²⁸⁷ L'expression est empruntée à R. B. BAKER, qui remarque que « [jurisprudence], on a wide range of international legal questions, has slowly begun to be elevated into norms of customary international law »

constantes pour refléter l'accord général des Etats, les décisions précédentes s'imposeront simplement comme éléments de la coutume »²⁸⁸. Effectivement, en 1986, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso / Mali)*, la CIJ estime que le principe de l'*uti possidetis juris* est un principe juridique parmi « les plus importants » qui trouve application sur le continent africain, malgré l'absence de pratique étatique à cet égard et la difficulté d'identifier une *opinio juris*²⁸⁹. Ce raisonnement est repris par la Cour dans l'affaire portant sur le *Différend frontalier* entre le Bénin et le Niger, sans autre justification que la référence à sa propre décision de 1986²⁹⁰. De même, dans l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, la Cour s'appuie sur ses décisions antérieures précitées²⁹¹. Une démarche similaire peut se constater en s'intéressant à la jurisprudence de la Cour en matière de *Pêcheries*. Dans son arrêt du 18 décembre 1951, la CIJ se prononce sur les principes du droit international applicables pour définir les lignes de base, qui permettront à la Norvège d'établir ses zones de pêche. A l'occasion de cette instance, la Cour pose les bases d'un droit international de la délimitation maritime alors fort lacunaire, et il n'échappe pas à certains juges que le caractère déclaratoire de la décision intéresse l'ensemble des Etats. Selon le Juge ALVAREZ, « [l]e litige actuel présente un grand intérêt non seulement pour les Parties en cause, mais aussi pour tous les autres Etats »²⁹². L'effet des aspects déclaratoires de cette décision s'étend au-delà des parties au litige puisque les principes dégagés par la Cour seront repris par le droit conventionnel²⁹³, et réaffirmés dans des affaires ultérieures²⁹⁴.

Considérant ainsi l'autorité des décisions statuant sur l'existence et la teneur du droit international coutumier, il semble intéressant de formuler quelques réflexions sur

(BAKER R. B., « Customary International Law in the 21st Century : Old Challenges and New Debates », *EJIL*, 2010, p. 175).

²⁸⁸ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 158.

²⁸⁹ v. CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso / République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, spéc. p. 565-567, §20-26.

²⁹⁰ v. CIJ, *Différend frontalier (Bénin / Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005, spéc. p. 108, §23 ; p. 109, §26 ; p. 110, §28-29 ; p. 119, §44, et p. 120, §47.

²⁹¹ CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso / Niger)*, arrêt, 16 avril 2013, p. 73, §63 et p. 76, §68 pour les références à sa décision de 1986 et p. 75, §66 pour la référence à l'arrêt de 2005.

²⁹² CIJ, *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, 18 décembre 1951, opinion individuelle du Juge ALVAREZ, p. 145.

²⁹³ Les solutions données par la Cour « ont été transposé[s] vers la Convention de Genève de 1958 » (BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 160. v. également SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 38-39).

²⁹⁴ CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt, 25 juillet 1974, p. 183, §22 et p. 191, §41 ; CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, arrêt, 25 juillet 1974, p. 11, §21 ; p. 22, §49.

l'intérêt et l'éventuelle possibilité, pour les Etats tiers, d'être admis à participer dans une instance afin d'exprimer leur point de vue à cet égard. En effet, dès lors qu'il est question, dans un différend, de l'applicabilité d'une règle coutumière, des Etats tiers à l'instance peuvent s'avérer légitimement intéressés par l'issue de celle-ci sur ce point, compte tenu de l'autorité qui s'attachera à la décision, et de la difficulté de se soustraire à l'applicabilité du droit international coutumier régional ou général²⁹⁵. L'identité de ces Etats tiers intéressés peut varier selon leur rapport à la règle coutumière considérée. Outre ceux qui pourraient revendiquer un intérêt général – « académique » – pour le développement du droit international, il peut s'agir d'Etats dont il est question d'utiliser la pratique ou une déclaration pour démontrer l'élément matériel de la coutume ou pour établir l'*opinio juris*. Il peut également s'agir d'Etats qui pourraient craindre – ou espérer – se voir appliquer ladite coutume à l'avenir, dans le cadre d'autres instances.

S'il semble ainsi aisé d'établir l'existence d'Etats tiers intéressés par l'issue des différends statuant sur l'applicabilité du droit international coutumier, envisager leur participation à l'instance soulève des questions complexes et irrésolues. Sur quel fondement pourraient-ils, le cas échéant, intervenir ?²⁹⁶ Les procédures prévues par les articles 62 et 63 du Statut de la CIJ ne peuvent être transposées pour couvrir cette possibilité. L'intervention prévue par l'article 63 concerne la seule hypothèse de l'interprétation des conventions multilatérales ; quant à l'intervention prévue par l'article 62, elle repose sur l'existence d'un « intérêt juridique en cause dans le différend principal, risquant d'être affecté par la décision future » : si la formulation semble plus souple, le sens donné à ces dispositions par la jurisprudence de la Cour s'avère précis et restrictif²⁹⁷. Dès lors, la seule possibilité qu'aurait l'Etat tiers pour exprimer ses vues sur l'existence, le contenu et l'applicabilité du droit coutumier serait de déposer un mémoire d'*amicus curiae*. Les chances de succès d'une telle voie sont néanmoins très faibles : même si elle a

²⁹⁵ La théorie de l'objecteur persistant, selon laquelle un Etat pourrait « prétend[re] à l'inopposabilité à son égard du caractère obligatoire d'une coutume en cours de cristallisation » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 762) est en effet peu opérante – malgré une apparente consécration sous forme d'*obiter dictum* à l'occasion de deux affaires (v. CIJ, *Droit d'asile*, arrêt, *op. cit.*, p. 277-278 ; et CIJ, *Pêcheries*, arrêt, *op. cit.*, p. 131 ; ainsi que, pour approfondir la notion de l'objecteur persistant, v. BARSALOU O., « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, 2006, p. 1-18, spéc. p. 3-7 et p. 11-17).

²⁹⁶ Il est possible, en outre, de se demander si une telle participation serait souhaitable. Il est difficile d'apporter une réponse tranchée: permettre aux tiers d'exprimer leurs vues contribue à la bonne administration de la justice et à la pacification des rapports internationaux. En l'absence de procédure institutionnalisée, il y a cependant un risque dilatoire important, ainsi qu'un risque de déséquilibre – voire de dilution – de l'instance, si le nombre d'intervenants s'avère excessif.

²⁹⁷ v. Partie II, Chapitre V, Section I, spéc. p. 286 à 293.

pu recevoir de manière informelle des informations émanant d'Etats tiers à l'instance²⁹⁸, la CIJ n'accueille pas favorablement les mémoires d'*amicus curiae*.

²⁹⁸ v. Partie II, Chapitre VI, Section II, p. 358, notes infrapaginales 1260 et 1261.

Conclusion du Chapitre I

Le principe de l'autorité relative de la chose jugée est un principe général de droit international. En vertu de ce principe, une décision de justice (et plus précisément, le dispositif de celle-ci) n'est obligatoire et définitive qu'à l'égard des parties à l'instance et uniquement dans le cas qui a été décidé. Une décision juridictionnelle ou arbitrale ne peut avoir d'effet, favorable ou défavorable, à l'égard des tiers à l'instance.

Le principe revêt une importance particulière en droit international en raison du caractère volontaire de la justice internationale. Le principe du consentement à la juridiction internationale, bien qu'aménagé sous de multiples formes aujourd'hui, demeure un principe cardinal du contentieux international. Il renforce le caractère fondamental du principe de l'autorité relative de la chose jugée, car il est d'autant plus important que les tiers qui n'ont pas consenti à voir leur litige tranché par le juge international demeurent protégés contre tout effet de la décision à leur égard. La CIJ est allée jusqu'à décliner sa compétence pour connaître d'un litige si les intérêts d'Etats tiers en constituent l'objet même ; ce principe de l'*Or monétaire* ayant également résonné dans le cadre de l'arbitrage international.

Les tiers dont les intérêts peuvent cependant être affectés par une décision juridictionnelle (sans qu'ils n'en constituent pour autant l'objet même) doivent pouvoir compter sur l'effet protecteur de la relativité de la chose jugée. Ils peuvent à cet égard présenter au juge leurs craintes, ou de simples informations, par le biais de la tierce intervention. Les procédures d'intervention ne peuvent cependant être imposées aux tiers et ne dispensent pas le juge international de veiller à rendre effective la protection que garantit le principe de la relativité de la chose jugée. Il appartient en effet au juge international de mettre activement en œuvre cette protection, en s'abstenant de statuer sur les droits et intérêts des Etats tiers. Cette faculté qu'a le juge de s'empêcher relève de la bonne administration de la justice internationale.

En tout état de cause, le principe de l'autorité relative de la chose jugée permettra aux tiers d'introduire une instance nouvelle sur les aspects du différend les concernant, qui n'ont pas été tranchés ou qui les auraient affectés, sans que puisse leur être opposée l'*exceptio rei judicatae* puisqu'il n'y aura pas identité de parties ni de cause.

Il serait cependant excessivement formaliste d'estimer que du fait de la relativité de la chose jugée, les tiers ne sont en rien concernés par les décisions de justice. S'ils ne peuvent se prévaloir ou se voir imposer le dispositif d'une décision rendue dans le cadre d'une instance à laquelle ils n'étaient pas parties, les tiers demeurent intéressés par les décisions juridictionnelles en raison de l'autorité de chose interprétée qui s'attache à leurs motifs. Comme l'exprime le Juge GROS, « bien que les motifs d'un arrêt ne participent pas à la force de la chose jugée, la pratique de la Cour et celle des Tribunaux arbitraux est de se fonder sur des motifs énoncés dans des décisions antérieures »²⁹⁹. Dans des différends présentant des circonstances factuelles similaires ou semblables, les motifs de fait et de droit adoptés dans des décisions antérieures peuvent être transposés par le biais d'un raisonnement par analogie. La jurisprudence internationale concerne alors l'ensemble de la communauté internationale, et sa connaissance permet notamment aux tiers de préparer au mieux un futur procès auquel ils seront parties. En fonction de ce qu'ils demandent au juge, ils chercheront à s'inscrire dans la similarité ou au contraire à distinguer leur cas de ceux traités dans des décisions antérieures, s'agissant de l'exposé des faits tout comme de l'argumentation juridique. L'autorité du précédent participe alors, elle aussi, de la bonne administration de la justice, en offrant aux tiers une protection supplémentaire, qui s'exprime notamment en termes de sécurité juridique, et qui vient compléter celle de l'autorité relative de la chose jugée.

²⁹⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, opinion individuelle du Juge GROS, p. 267.

CHAPITRE II – LES TIERS PROTÉGÉS PAR L’AUTORITÉ DU PRÉCÉDENT JURIDICTIONNEL

La notion de précédent peut être définie, de manière large, comme désignant toute « décision antérieure prise comme référence ; relativement à une décision à prendre », une « solution déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables »³⁰⁰. Comme le relèvent N. ALOUPI et C. KLEINER,

« [t]ous les ordres juridiques connaissent, sous une forme ou une autre, le concept de précédent. On veut dire par là que dans tous les ordres juridiques existe le principe qu’une solution juridique déjà adoptée à l’égard d’une situation de fait (situation A) *peut* ou *doit* servir de référent à l’adoption de la solution appelée à régir la situation A’. (...) La notion de précédent est donc, en quelque sorte, inhérente à l’activité juridique, puisqu’en tant que *technique*, le précédent fonctionne comme une manifestation concrète du raisonnement par analogie »³⁰¹.

En cherchant à donner une définition plus précise de la notion, il est possible de distinguer deux types de précédents : d’une part, le précédent *coutumier*, qui désigne tout comportement contribuant à établir l’élément matériel de la coutume³⁰² ; d’autre part, le précédent *jurisprudentiel* (ou *juridictionnel*), entendu comme une « [d]écision juridictionnelle antérieure qui sert de référence pour déterminer la solution à retenir dans

³⁰⁰ CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 787. v. également ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 24-45 ; et SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 866 : le précédent correspond à toute « [d]écision, acte ou fait juridique antérieurs que, dans une situation semblable à celle où ils se sont produits, l’on invoque pour déterminer la conduite à tenir ».

³⁰¹ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 15.

³⁰² Le *Dictionnaire de droit international public* définit le précédent coutumier comme correspondant à des « [a]ctes, faits juridiques et comportements concourant à créer, par leur répétition, l’élément matériel du processus coutumier » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 866). Les deux types de précédent, juridictionnel et coutumier, peuvent s’avérer étroitement liés : la jurisprudence contribue à l’identification, à la formation, à la cristallisation de la coutume internationale. Ainsi que l’écrit C. DE VISSCHER, « les règles (...) qui se dégagent des sentences judiciaires (...) s’imposent comme règles coutumières lorsqu’elles s’appuient sur une jurisprudence suffisamment constante pour que l’on puisse affirmer qu’elles ont reçu l’assentiment général des Etats » (DE VISSCHER C., « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, p. 356). Ou encore, selon E. JOUANNET, « [l’]identification entre jurisprudence et coutume peut même être poussée plus loin puisque la notion de précédent judiciaire est pris comme révélateur d’une règle jurisprudentielle de même que le précédent coutumier contribue à former une coutume. Certains sont allés jusqu’à identifier la norme coutumière à la norme jurisprudentielle » (JOUANNET E., « La notion de jurisprudence internationale en question », *op. cit.*, p. 356). v., pour approfondir la notion de précédent coutumier, SFDI, *La pratique et le droit international. Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004, 308 p.

une affaire semblable et qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, une simple valeur d'exemple ou une autorité de fait, voire un caractère obligatoire (*stare decisis*) »³⁰³.

C'est sur le précédent juridictionnel que ce chapitre entend se concentrer. Formellement, les juridictions internationales n'ont pas l'*obligation* de se référer aux décisions juridictionnelles antérieures. En d'autres termes, le principe du *stare decisis* ne s'applique pas en droit international. Définie par le *Dictionnaire de droit international public*, l'expression « *stare decisis* » désigne la « [p]artie d'une locution latine dont la formulation complète est la suivante : *stare decisis et non quieta movere* (traduction : "s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas bouleverser ce qui est établi") »³⁰⁴. Il s'agit d'un

« [p]rincipe fondant l'autorité normative générale de la jurisprudence dans certains systèmes juridiques, notamment les systèmes juridiques anglo-saxons. Selon cette règle, "les principes de droit posés par une décision judiciaire ont force obligatoire, tant qu'ils n'ont pas été abandonnés par une décision ultérieure, émanant d'une juridiction supérieure ou de même rang" »³⁰⁵.

Ainsi que l'écrit L. N. C. BRANT, « [l]e "*stare decisis*" est resté étranger au droit international »³⁰⁶. Ou selon les termes de J. SALMON, « [l]a transposition en droit international de la règle *stare decisis* n'est pas reconnue »³⁰⁷. On remarque cependant que les juridictions internationales se réfèrent systématiquement aux décisions juridictionnelles antérieures. Ainsi que le relève G. CAHIN, « [l]a référence systématique à ses jugements ainsi qu'à ceux de la Cour permanente est depuis longtemps "devenue l'un des traits les plus caractéristiques de la pratique de la CIJ" »³⁰⁸. La CPJI exprimait déjà son attachement à ses décisions antérieures dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, expliquant qu'elle « ne voit aucune raison pour se départir d'une interprétation découlant nettement de deux arrêts précédents dont l'argumentation lui paraît toujours bien fondée »³⁰⁹. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la CIJ résumait cet équilibre, entre non-application de la règle *stare decisis* et la

³⁰³ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 866.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 1051.

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 76.

³⁰⁷ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1051.

³⁰⁸ CAHIN G., « Le comportement des Etats et des organisations internationales comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, op. cit., p. 50, citant LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens and Sons, 1958, p. 9.

³⁰⁹ CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation) (compétence)*, arrêt, 10 octobre 1927, Série A, p. 18.

reconnaissance de l'autorité des précédents : « il ne saurait être question d'opposer [à un Etat partie à un différend] les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, [en l'espèce], il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents »³¹⁰. L. N. C. BRANT résume ainsi la position des juridictions internationales vis-à-vis des décisions juridictionnelles antérieures : « sans être formellement liées par leurs propres décisions antérieures, les juridictions internationales sont toujours sensibles à la continuité de leur jurisprudence, ce qui signifie à la fois une liberté “*de juris*” et une subordination “*de facto*” vis-à-vis des décisions juridictionnelles précédentes »³¹¹.

Le phénomène n'est pas limité à la CIJ et à sa devancière. L'ensemble des juridictions internationales, ainsi que les tribunaux arbitraux, se réfèrent à leurs propres décisions antérieures. Le phénomène n'est pas non plus cantonné aux références, par les juridictions internationales (et arbitrales), à leurs propres décisions antérieures. Les juridictions internationales se réfèrent à celles-ci mais également aux décisions de leurs semblables, ce qui permet un véritable « dialogue des juges »³¹².

Pour expliquer les raisons de ces références systématiques aux décisions antérieures, la doctrine a pu estimer que la jurisprudence a la qualité de source de droit³¹³. La logique³¹⁴ et le caractère « naturel » de la recherche des décisions antérieures sont par ailleurs invoqués. Selon M. FORTEAU, « [r]ecourir aux précédents est consubstantiel au droit, c'est un processus naturel, comme ce l'est pour tout jugement pratique. Les

³¹⁰ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), arrêt (exceptions préliminaires), 11 juin 1998, p. 292, §28.

³¹¹ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 148.

³¹² Entendu largement, le dialogue des juges désigne « l'utilisation par une juridiction internationale de précédents émanant d'une autre juridiction internationale [dialogue horizontal], mais aussi nationale [dialogue vertical] » (SICILIANOS L.-A., « Le précédent et le dialogue des juges : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'Homme », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 225).

³¹³ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 154, citant SORENSEN M., *Les sources du droit international, Etude sur la jurisprudence de la CPJI*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 107. C'est également le cas de Sir G. FITZMAURICE qui « considère la jurisprudence comme une source quasi-formelle ou, alternativement, formelle-matérielle parce que le juge doit – par la force des choses – tenir compte des précédents, même s'il n'est pas tenu de les suivre, de la même façon qu'il tient compte des normes internationales (FITZMAURICE G., « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in VAN ASBECK F. M. et al., *Symbolae Verzijl*, La Haye, Nijhoff, 1958, p. 168-173, spéc. p. 173, cité in RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *German Yearbook of International Law*, 1989, p. 399).

³¹⁴ « Pour une partie de la doctrine, l'autorité du précédent provient du fait qu'une certaine logique conditionne les juges à décider des litiges analogues en appliquant les mêmes principes juridiques » (BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 153).

précédents fonctionnent comme des recueils d'expérience juridique dont le juge s'inspire »³¹⁵. En outre, l'argument de l'intérêt social³¹⁶ est avancé : il est nécessaire, à des fins de sécurité et de stabilité juridiques, d'assurer une cohérence de la jurisprudence. Il convient de veiller à satisfaire les *attentes légitimes*³¹⁷ des parties à un litige, mais également des tiers qui pourront ultérieurement soumettre leurs différends à la justice internationale. Ces enjeux sont d'autant plus importants dans le système de justice volontaire qu'est celui du contentieux international : une jurisprudence cohérente encourage le règlement pacifique juridictionnel des différends. Dans cette perspective, ces impératifs de sécurité juridique et de stabilité du droit contribuent à la bonne administration de la justice internationale et se rattachent, plus largement, à l'objectif du maintien de la paix³¹⁸.

Ce chapitre interrogera alors le phénomène global du précédent juridictionnel dans le contentieux international afin d'en déterminer les effets sur les tiers. En effet, lorsqu'une juridiction internationale se réfère à une décision juridictionnelle antérieure, « le *dispositif* n'est pas et ne peut pas être un précédent international *per se*, alors que les *motifs* peuvent quant à eux l'être ou le devenir, déployant dès lors leurs "effets" propres à l'égard d'un cercle de sujets bien plus élargi que celui – restreint – des [parties] au différend »³¹⁹. L'autorité du précédent dans le contentieux international est ainsi loin de concerner les seules parties au différend : la construction d'une jurisprudence internationale cohérente (Section I) permet de garantir une sécurité juridique qui profite à l'ensemble des justiciables (Section II).

³¹⁵ FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 94.

³¹⁶ v. BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 154, s'appuyant sur SCHELLE G., « Essai sur les sources formelles du droit international », *op. cit.*, p. 428.

³¹⁷ HAMANN A., « L'autorité du précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 185.

³¹⁸ RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 403-404.

³¹⁹ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 43.

Section I – La construction d’une jurisprudence internationale cohérente

Les statuts et règlements des juridictions internationales contiennent des dispositions affirmant la relativité de la chose jugée qui s’attache au dispositif de la décision³²⁰. Cependant, rien n’est précisé s’agissant de l’autorité du précédent. L’article 38 du Statut de la CIJ, souvent cité comme dressant la liste des sources formelles du droit international, précise en son paragraphe premier, lettre *d*), que les décisions judiciaires constituent, tout comme la doctrine, « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Cette disposition « [exclut la possibilité] pour la jurisprudence d’être une source *directe et formelle* du droit, sans pour autant donner davantage d’indications sur la valeur du précédent jurisprudentiel »³²¹. Du côté des juridictions pénales internationales, certains statuts reconnaissent la possibilité, voire l’opportunité, pour le juge de se référer aux décisions antérieures. Ainsi l’article 21, paragraphe 2, du Statut de la CPI indique que la Cour « peut appliquer les principes et règles de droit tels qu’elle les a interprétés dans ses décisions antérieures ». L’article 20, paragraphe 3 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL ») déclare que « [I]es juges de la Chambre d’appel (...) se laissent guider par les décisions de la Chambre d’appel des Tribunaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Lorsqu’ils doivent interpréter la législation sierra-léonaise, ils se laissent guider par les décisions de la Cour suprême de la Sierra Leone ». M. FORTEAU relève néanmoins que ces cas sont « très exceptionnels, limités aux juridictions pénales internationales, et desquels d’ailleurs il n’est pas vraiment possible de tirer l’idée qu’il existerait un droit de créer des précédents juridictionnels comme il existe un droit de conclure des traités ou d’adopter des actes unilatéraux »³²². Ainsi, les décisions judiciaires ne sont pas, formellement, une source de droit en droit international et rien n’*oblige* le juge international à se référer, ni *a fortiori* à se conformer, aux décisions

³²⁰ v. les articles 59 du Statut de la CIJ ; 33, §2 du Statut du TIDM ; 46, §1 de la Conv. EDH ; 53, §1 de la Convention de Washington instituant le CIRDI ; 17, §4 du MARD.

³²¹ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 21.

³²² FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.*, p. 93. Il convient également de mentionner l’article 30 de la Conv. EDH, aux termes duquel « si la solution d’une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la chambre peut, tant qu’elle n’a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l’une des parties ne s’y oppose ». Cette disposition ne consacre en rien le principe du *stare decisis* mais insiste sur l’importance de la cohérence de la jurisprudence.

juridictionnelles antérieures. Cependant, « dans un souci de sécurité juridique, le précédent judiciaire est normalement recherché et normalement suivi »³²³.

Ces développements examinent la manière dont les juridictions internationales forgent l'autorité du précédent (I), afin d'illustrer comment les tiers à une affaire, en qualité de potentiels justiciables futurs, peuvent instrumentaliser la technique du recours au précédent juridictionnel pour orienter leur argumentation juridique ou factuelle. En conséquence de cette systématisation du recours au précédent, les juridictions internationales établissent une jurisprudence constante (II) qui témoigne de la prise en compte des intérêts de la communauté des justiciables – voire de la communauté internationale – dans son ensemble.

I- La technique du recours au précédent juridictionnel

La technique du recours au précédent juridictionnel consiste à se référer à une décision juridictionnelle antérieure (A) afin d'en faire application dans une autre affaire semblable, qui ne concerne pas nécessairement les mêmes parties, par le biais d'un raisonnement par analogie (B).

A- La prise en compte des décisions juridictionnelles antérieures

Une décision juridictionnelle comporte d'une part les *motifs*, et d'autre part le *dispositif*. Le dispositif, en tant qu'énoncé normatif individuel, ne contient pas l'exposé du raisonnement des juges et n'est pas généralisable. Les motifs, en revanche, correspondent aux raisons de fait et de droit qui fondent la décision. Les juges sont susceptibles d'y avoir recours ultérieurement, et ainsi leur attribuer la qualité de précédent. Selon les termes de G. ABI-SAAB,

« [u]ne décision judiciaire comporte deux éléments : le *dispositif*, ou la décision proprement dite, qui tranche l'affaire en reconnaissant ou en établissant les droits et les obligations respectifs des parties, et qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée ; autorité définitive bien que relative aux parties en cause. Mais pour y arriver, le juge doit établir quelles sont les règles générales applicables et comment elles s'appliquent concrètement en

³²³ BASTID S., « La jurisprudence de la CIJ », *RCADI*, 1951, p. 580.

l'espèce. C'est ce raisonnement, le *ratio decidendi*, reliant la règle générale, ou le droit objectif, par une sorte de fil d'Ariane logique, aux situations subjectives, qui constituent la seconde composante de la décision judiciaire, les *motifs*. Et ce sont les motifs qui créent le précédent, en apportant un éclairage particulier sur la teneur des règles en général et au-delà des limites de la *res judicata* en l'espèce »³²⁴.

Les motifs contiennent donc des énoncés plus ou moins généraux quant au droit applicable, qui pourront être ultérieurement repris dans une future décision. Cela permet aux parties à un litige de s'appuyer sur des motifs rendus à l'occasion d'une affaire antérieure, y compris si elles avaient la qualité de tiers à cette instance. Ces motifs de droit (2) peuvent être formulés dans n'importe quel type de décision juridictionnelle (1).

1- La diversité des actes juridictionnels à l'origine des précédents

Les énoncés généraux susceptibles de faire autorité se retrouvent dans l'ensemble des affaires traitées par les juges. Il importe peu, à cet égard, qu'il s'agisse de la procédure contentieuse ou consultative, que les décisions soient des arrêts, des avis consultatifs³²⁵, ou encore des ordonnances³²⁶.

Ainsi, pour établir sa compétence dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la CPJI se réfère à l'avis consultatif qu'elle a rendu concernant les *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*³²⁷. Dans l'affaire *Avena*, sur des questions portant sur l'interprétation de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, la CIJ se réfère à son arrêt rendu en l'affaire *LaGrand*³²⁸ ainsi qu'à l'ordonnance en indications de mesures conservatoires qu'elle a rendue en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*³²⁹. Dans son mémoire, le Mexique basait l'essentiel de son argumentation sur l'arrêt *LaGrand* rendu dans le cadre d'une instance ayant opposé

³²⁴ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 19-20.

³²⁵Comme l'écrit C. DE VISSCHER à propos de la CIJ, « [t]out comme les arrêts, les avis consultatifs contribuent à la formation d'un corps de jurisprudence homogène ; la Cour y puise librement ; elle fait référence à ses avis tout comme à ses arrêts, utilisant les uns comme les autres dans ses rédactions » (DE VISSCHER C., « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 11).

³²⁶Que des précédents soient dégagés sur la base de motifs formulés dans des ordonnances est certes « moins fréquent » (SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 41).

³²⁷CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), *op. cit.*, p. 16.

³²⁸CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 31 mars 2004, p. 33, §34, 39-40, §50, p. 56-57, §111-112.

³²⁹*Ibid.*, p. 38, §47.

les Etats-Unis d'Amérique à l'Allemagne³³⁰. C'est à l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* que le TIDM se réfère dans l'affaire *Saïga*, pour apprécier l'argument guinéen fondé sur l'état de nécessité ayant conduit à arraisonner et à immobiliser le navire³³¹. Dans l'affaire *Virginia G*, le Tribunal fait également référence, pour rappeler le caractère coutumier de certaines dispositions du Projet de la CDI de 2001 sur la responsabilité internationale de l'Etat, à l'avis consultatif rendu en 2011 par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins³³². Le TIDM se réfère en outre, dans sa décision relative aux *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, aux ordonnances qu'il a rendues dans les affaires du *Thon à nageoire bleue* et de l'*Usine MOX*, dans lesquelles il a considéré qu'un Etat n'est pas tenu à la poursuite des procédures de règlement des différends prévues par la section 1 de la partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer s'il estime que les possibilités de régler le différend sont épuisées³³³. Le Tribunal suit en cela l'argumentation contenue dans la réponse de Singapour à la demande malaisienne en indication de mesures conservatoires, qui s'appuyait également sur ces affaires ayant respectivement concerné le Royaume-Uni et l'Irlande, et l'Australie, le Japon, et la Nouvelle-Zélande³³⁴.

³³⁰ *Ibid.*, Memorial of Mexico, 20 June 2003 (v. notamment p. 3, §§9 et 12 ; p. 4, §15 ; p. 6, §23 ; p. 10, §32). Les Etats-Unis reconnaissent également que « [i]f the factual issues involved in this case are complex, the legal issues are not. They are, indeed, relatively straightforward because they are, for the most part, identical to those recently addressed by the Court in the *LaGrand* case (*Germany v. United States of America*) » (*Ibid.*, Counter-Memorial of the United States of America, 3 November 2003, p. 3, §1.7).

³³¹ TIDM, *Affaire du navire « Saïga »* (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, 1^{er} juillet 1999, p. 56, §133.

³³² TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »* (Panama / Guinée-Bissau), arrêt, 14 avril 2014, p. 117, §430.

³³³ TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), ordonnance (mesures conservatoires), 8 octobre 2003, p. 19-20, §47. Dans l'affaire *Hoshinmaru*, le Tribunal se réfère également à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (TIDM, *Affaire du « Hoshinmaru »* (Japon c. Fédération de Russie), arrêt, 6 août 2007, p. 42, §64).

³³⁴ TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, *op. cit.*, Réponse de Singapour, 20 septembre 2003, p. 28, §70 et p. 34, §83. Singapour fait également référence, notamment, à l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex* tranchée par la CPJI (*Ibid.*, p. 28, §69), ainsi qu'à la jurisprudence de la CIJ en matière de mesures conservatoires en s'appuyant sur les affaires *Bréard*, *LaGrand* et *Avena* (*Ibid.*, p. 34, §83).

La question de savoir si les opinions séparées³³⁵ peuvent avoir une valeur de précédent a été davantage débattue en doctrine. Pour G. ABI-SAAB, les opinions séparées peuvent avoir des effets indésirables et affaiblir l'autorité du jugement lui-même³³⁶. Selon N. ALOUPI et C. KLEINER, une opinion séparée a une nature doctrinale, elle est donc « abstraite [et] s'oppose en cela à la situation concrète, berceau du précédent »³³⁷. Doubtant que l'opinion séparée « p[uisse], en soi, créer un “précédent” »³³⁸, il est estimé qu'elle « pourrait toutefois, peut-être, atténuer la valeur du précédent créé par la décision de laquelle l'opinion se détache »³³⁹. C'est également la position de C. KESSEDJIAN, qui relève que « l'expression de désaccords sur une décision donnée permet aux signataires de se désolidariser de la majorité et ne manque pas d'amoinrir la portée de précédent de la décision rendue dans ces circonstances »³⁴⁰. Il semble admis qu'une opinion séparée exprimant son désaccord avec la décision et en exposant les raisons est susceptible d'en diminuer la valeur en termes d'autorité du précédent. *A contrario*, il est possible de considérer qu'une opinion séparée exprimant son accord avec la décision et insistant sur

³³⁵ Terme générique pour désigner l'ensemble des opinions jointes par les juges ayant participé à la décision, qu'il s'agisse d'opinions dissidentes (visant à exprimer un désaccord avec la majorité sur tout ou partie du dispositif de l'arrêt et à en expliquer les raisons), d'opinions individuelles (visant à exprimer un désaccord à l'égard des motifs retenus par la décision (ou souhaitant en compléter l'exposé) tout en soutenant le dispositif), de déclarations (pouvant contenir des remarques additionnelles diverses), etc. A l'exception des textes régissant la procédure de la CJUE, les documents de base des juridictions internationales autorisent les juges à formuler des opinions séparées (v. par exemple l'article 57 du Statut de la CIJ et l'article 95, §2 de son Règlement ; l'article 30, §3 du Statut du TIDM et les articles 125, §2 et 135, §3 du Règlement du Tribunal ; l'article 45, §2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 74, §2 du Règlement de la CEDH ; les articles 23, §2 du Statut du TPIY et 22, §2 du Statut du TPIR ; les articles 74, §5 et 83, §4 du Statut de la CPI ; l'article 48, §4 de la Convention de Washington instituant le CIRDI.

³³⁶ « [L]a tendance néfaste, qui revêt des proportions alarmantes chez certains juges, d'annexer des “contre-jugements” plus longs et plus détaillés que le jugement lui-même, en guise d'opinion individuelle ou dissidente [mine] l'autorité du jugement et de la C[IJ] en général » (ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 26).

³³⁷ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 30. v. également KESSEDJIAN C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 139 : « [p]our un certain nombre d'auteurs, les opinions séparées revêtent la même nature que la doctrine et, dès lors, ne participent pas de la décision au sens propre du terme, si bien qu'elles ne peuvent avoir de réelle influence sur la portée de la décision » (L'auteure se réfère à TUNC A., « L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis », *Droits*, 1994, p. 77 ; LAMBERT P., « Les opinions séparées de Monsieur le Juge Pettiti », in AUJOL J.-L. (Dir.), *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 28 ; LAURIN Y., « L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme », *La Gazette du Palais*, 5 janvier 1993, p. 13 ; VAILHE J., *Les opinions séparées individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme – Lecture de la jurisprudence sur le cumul des fonctions judiciaires*, Thèse, Paris, 2002, p. 169 ; ORAISON A., « L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la CPJI et de la CIJ », *RBDI*, 1999, p. 207).

³³⁸ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 30.

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ KESSEDJIAN C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », *op. cit.*, p. 140.

certain aspects développés par celle-ci n'est pas de nature à en diminuer l'autorité, et qu'elle peut même contribuer à en faire un précédent³⁴¹.

L'acte juridictionnel susceptible de donner naissance à un précédent peut ainsi être de toute nature. Au sein de celui-ci, ce sont les énoncés généraux faisant état du droit applicable qui pourront, le cas échéant, « faire jurisprudence » en raison de l'autorité *de facto* dont ils jouissent.

2- L'autorité *de facto* des motifs de droit

L'analyse d'une décision juridictionnelle nécessite dans un premier temps de distinguer les motifs du dispositif. Les motifs sont les « [r]aisons de fait ou de droit sur lesquelles est fondé le dispositif de la décision »³⁴². Ainsi, au sein des motifs, deux catégories peuvent être identifiées : les motifs de droit et les motifs de fait. Les motifs de fait constituent les raisons factuelles, les motifs de droit correspondent aux raisons juridiques, qui amènent à la décision juridictionnelle et fondent son dispositif. Les distinguer présente un intérêt pour comprendre la technique du recours au précédent : les motifs de droit contiennent des énoncés généraux quant au droit international applicable, ils sont le socle du précédent éventuel ; les motifs de fait représentent l'analyse factuelle de l'espèce, sur laquelle repose le raisonnement par analogie.

Une nouvelle subdivision peut être opérée au sein des motifs de droit. Ceux-ci peuvent supporter directement le dispositif (*ratio decidendi*) ou n'être pas directement liés à celui-ci, et constituer une forme de digression (*obiter dictum*). Dans un cas comme dans l'autre, les motifs ne sont pas formellement obligatoires, en raison de la non-application du principe du *stare decisis* en droit international. Selon G. ABI-SAAB, l'absence de *stare decisis* est une « solution qui prévaut en droit international, par nécessité et non par choix, étant donné la structure particulière de ce droit, notamment l'absence d'un *pouvoir judiciaire* à proprement parler qui s'impose à tous les Etats et qui puisse leur imposer les

³⁴¹ v. en ce sens CHAEVA N., « Les opinions dissidentes des arbitres CIRDI et la production normative en droit international des investissements », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 361.

³⁴² SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 715.

précédents comme obligatoires, et d'un *système judiciaire* intégrant et établissant une hiérarchie entre les juridictions »³⁴³.

Les motifs de droit ont cependant une grande autorité de fait, ils sont susceptibles de « faire jurisprudence »³⁴⁴. Les énoncés juridiques généraux formulés dans les motifs de droit dégagés des décisions juridictionnelles antérieures peuvent en effet être utilisés dans des affaires ultérieures. Le raisonnement par analogie sur lequel s'appuie la technique du précédent suppose une similitude factuelle entre les affaires, mais ne nécessite pas une identité de parties entre les instances : les motifs de droit concernent également les tiers qui pourront les utiliser dans les éventuels litiges futurs auxquels ils seront parties.

B- L'application d'une solution antérieurement dégagée à une situation nouvelle similaire

« [U]ne affaire antérieure ne peut servir de référence, donc de précédent, que si elle est suffisamment semblable à celle qui est à trancher actuellement »³⁴⁵. Les précédents trouvent en effet application lorsque les nouveaux différends sont fondés sur des motifs de fait semblables, qui autorisent alors une transposition des motifs de droit légitimée par un raisonnement analogique. Ainsi que le déclare le TIDM dans l'affaire *Virginia G*, « dans l'*Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, confronté à une situation similaire, le Tribunal a procédé à l'examen de la nature des droits qui, selon [le demandeur, avaient été violés par le défendeur]. Le Tribunal suivra ici l'approche adoptée dans l'*Affaire du navire « Saïga » (No. 2)* »³⁴⁶.

Afin d'apprécier si les affaires sont suffisamment similaires, il n'est pas nécessaire d'analyser et de comparer les faits et le contexte dans leur entièreté : « [s]euls les faits pertinents ayant été à l'origine de la norme, du principe ou du comportement dégagés dans

³⁴³ ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁴ Ainsi que nous le verrons dans les développements ultérieurs, cette autorité *de facto* se constate par les références systématiques opérées par les juridictions internationales à leurs propres décisions, ainsi (moins systématiquement mais tout de même fréquemment) qu'à celles des autres cours. Cette autorité est également établie par la rareté, mais surtout par la justification, dont font l'objet les revirements de jurisprudence. Comme l'écrit J. SALMON à propos de la CIJ, « [l'autorité des décisions juridictionnelles] est prouvée par la pratique constante de la Cour consistant à se référer à sa propre jurisprudence (celle de la CIJ ou de sa devancière la CPJI), ou à essayer de justifier qu'elle ne s'en écarte point » (SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 37).

³⁴⁵ RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 383.

³⁴⁶ TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »*, *op. cit.*, p. 54, §155.

l'antécédent doivent être identiques »³⁴⁷. La manière dont les faits sont exposés dans les décisions de justice pourra ainsi rendre plus ou moins complexe le rapprochement des affaires. Comme l'expliquent N. ALOUPI et C. KLEINER, « les faits peuvent être énoncés de manière laconique (...), ou avec moult détails (...). Ce choix narratif a un impact pour l'éventuelle transformation de la décision judiciaire ou arbitrale en précédent, puisque plus le contexte factuel sera précis, et donc particulier, plus il sera difficile de considérer qu'une situation est *similaire* au cas à l'origine du précédent »³⁴⁸.

A contrario, la technique dite du *distinguishing* permet de ne pas appliquer une solution antérieurement dégagée à une situation nouvelle, en mettant en lumière les éléments, et particulièrement les éléments de fait, qui la distinguent de la situation passée. Cette opération permet au juge de ne pas faire usage d'un précédent sans pour autant procéder à un revirement de jurisprudence. Selon A. HAMMAN, le *distinguishing* :

« [est] [d]ans les systèmes de *common law* (...) le corollaire de la règle du précédent, et la question n'est pas de savoir si les précédents en tant que tels ont ou non une autorité légale – cette autorité là est acquise, mais l'enjeu se déplace vers la distinction entre deux situations qui permet, sans priver un précédent de sa force objective, d'en écarter l'application lorsque l'affaire actuelle présente un élément de fait essentiel différent ou que celui-ci fait défaut »³⁴⁹.

Comme l'explique D. RICHE, le *distinguishing* nécessite de « distinguer les circonstances de l'espèce de celles du ou des précédent(s) invoqué(s) pour les empêcher de produire des effets »³⁵⁰. A titre d'exemple, la différence de nature de l'investissement est invoquée pour distinguer deux affaires en matière d'arbitrage d'investissement³⁵¹. La méthode semble relativement simple ainsi exposée, cependant aucune réponse précise n'est apportée à la question de savoir « à partir de quel degré de dissimilarité peut-on considérer que le fait de ne pas suivre un précédent est justifié ? Ou au contraire, quel degré de

³⁴⁷ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ HAMANN A., « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 188-189. v. également ce qu'explique D. RICHE : le *distinguishing* est une technique « consubstantielle à la règle de *stare decisis*. (...) [Les juges] ne pourront (...) que distinguer l'affaire dont ils sont saisis des précédents existants pour sortir du cadre de l'obligation et ainsi se permettre de ne pas les suivre » (RICHE D., « Ne pas suivre les précédents dans l'arbitrage international », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 393).

³⁵⁰ *Id.* v. plus largement p. 393-395.

³⁵¹ Dans l'affaire *LG&E* le tribunal distingue les investissements de nature différente par rapport à l'affaire *Azurix* (Tribunal CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, Sentence, 25 juillet 2007, ARB/02/1, §39, v. également Tribunal CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, Sentence, 14 juillet 2006, ARB/01/12, §424).

similarité suffit à justifier le fait de suivre un précédent ? »³⁵². La technique du *distinguishing* est, par nature, casuistique : il appartient à chaque juge ou arbitre d'analyser les circonstances de l'espèce pour s'en distinguer ou au contraire affirmer leur similitude, et ainsi choisir de suivre ou de se départir d'un précédent en conséquence. Si cela maintient quelques incertitudes quant à l'issue du procès, la constance de la jurisprudence est en revanche préservée puisque les précédents ne sont pas désavoués.

Les nouvelles parties à un litige pourront ainsi invoquer les précédents dégagés à l'occasion d'affaires antérieures, même si elles ont la qualité de tiers à ces instances. Dans le cadre d'une stratégie contentieuse, il s'agira d'insister sur la similarité, ou de relever les distinctions entre les affaires selon le résultat souhaité : une décision conforme aux précédents ou une décision s'en écartant. Par exemple, dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar*, de la *Barcelona Traction* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, les demandeurs (respectivement, le Cambodge, la Belgique et le Nicaragua) s'appuient sur l'affaire de l'*Incident aérien* entre la Bulgarie et Israël³⁵³ pour contester la validité des déclarations facultatives de juridiction obligatoire déposées par les défendeurs en vertu de l'article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour³⁵⁴. La Cour rappelle alors l'effet relatif de la chose jugée qui s'attache au précédent invoqué par les parties : « [l']arrêt de la Cour en l'affaire *Israël c. Bulgarie* vise évidemment la question particulière de la position de la Bulgarie vis-à-vis de la Cour et en tout état de cause, aux termes de l'article 59 du Statut, il n'est obligatoire, en tant que décision, que pour les parties en litige »³⁵⁵. Malgré l'effet relatif qui s'attache au dispositif de cette décision, la Cour admet qu'elle puisse être considérée « comme un énoncé de ce que la Cour a jugé être la situation juridique exacte »³⁵⁶. Elle s'emploie alors à *distinguer* le cas d'espèce de ce précédent³⁵⁷ : « [l]a Cour considère en outre qu'il existe entre les deux cas des

³⁵² RICHE D., « Ne pas suivre les précédents dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 395.

³⁵³ CIJ, *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israël c. Bulgarie), arrêt, 26 mai 1959, p. 136-145.

³⁵⁴ CIJ, *Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt (exceptions préliminaires), 26 mai 1961, p. 27 ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), 24 juillet 1964, p. 29 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 405, §28.

³⁵⁵ CIJ, *Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 27.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 27-34 ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 29-39 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 405-406, §28-29.

différences qui exigent que l'affaire actuelle soit traitée de manière indépendante et en elle-même³⁵⁸ ; et argue du caractère « *sui generis* »³⁵⁹ du précédent de l'*Incident aérien*.

V. RÖBEN commente à propos de ces affaires :

« [c]e qui est frappant dans cette jurisprudence [concernant la compétence de la Cour] c'est la constance avec laquelle les parties invoquent le précédent de "l'Incident aérien" pour contester la compétence de la Cour. Celle-ci y répond en appliquant une technique juridique semblable à celle dite de *distinguishing*. Cette technique là joue un grand rôle dans les droits internes qui connaissent le système de "stare decisis". Dans ces ordres juridiques, les tribunaux écartent un "binding precedent" en soulignant son aspect particulier qui le distingue du précédent. En effet, la CIJ prend tout soin afin de mettre en évidence ce qui différencie le précédent de "l'Incident aérien" des cas suivants. Elle réussit ainsi à écarter ledit précédent tout en évitant de compromettre son autorité. L'emploi de cette technique juridique, empruntée aux ordres juridiques où le précédent est traditionnellement au centre d'intérêt, exprime bien l'attitude très scrupuleuse de la Cour à l'égard de sa jurisprudence »³⁶⁰.

En outre, dans l'affaire du *Timor oriental*, le demandeur (le Portugal) a essayé de distinguer la situation litigieuse de celle de l'affaire de l'*Or monétaire*³⁶¹ ayant opposé l'Italie à la France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis ; tandis que le défendeur (l'Australie) s'est appuyé avec succès sur les éléments de similitude entre les deux affaires³⁶² dans le but de faire échec à la compétence de la Cour.

La technique du précédent jurisprudentiel signifie se référer à une décision juridictionnelle antérieure dans le cadre d'une situation nouvelle similaire. Le recours, par les juridictions internationales, à leurs propres décisions antérieures est systématique. Le recours, par les juridictions internationales, aux décisions d'autres cours et tribunaux est de

³⁵⁸ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 29 ; v. également CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), *op. cit.*, p. 405, §29 : « [d]ans l'affaire de l'Incident aérien du 27 juillet 1955, la question qui se posait était tout autre ».

³⁵⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 29.

³⁶⁰ RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 389 (v. plus largement p. 388-389).

³⁶¹ CIJ, *Timor oriental*, *op. cit.*, Réplique du Gouvernement de la République portugaise, p. 7-9, §1.13-1.16 et p. 201-235, §7.02-7.63. Le Portugal tente en outre de souligner les similitudes entre les affaires *Timor oriental* et *Certaines terres à phosphates à Nauru* : dans le cadre de cette dernière, la Cour avait rejeté l'exception préliminaire australienne fondée sur le principe de l'*Or monétaire*.

³⁶² *Ibid.*, Counter-Memorial of the Government of Australia, 1 June 1992, p. 92-97, §191-198 ; et Rejoinder of the Government of Australia, 1 July 1993, p. 40-44, §75-83. L'Australie distingue, de surcroît, la situation en l'affaire du *Timor oriental* de celle de l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru* s'agissant de l'application du principe de l'*Or monétaire* (*Ibid.*, p. 44-46, §84-87).

plus en plus fréquent. Ce double phénomène (*endoprécedent* et *exoprécedent*)³⁶³ a pour conséquence l'établissement d'une jurisprudence constante. Cela permet de généraliser les approches stratégiques du recours aux précédents juridictionnels par les nouvelles parties à un litige.

II- L'établissement d'une jurisprudence constante

Bien qu'« une décision p[uisse] servir de précédent de manière très rapide »³⁶⁴, ce sont les références répétées de manière systématique aux décisions juridictionnelles antérieures (A) qui mènent à l'établissement d'une jurisprudence constante. La constance de la jurisprudence rend en outre nécessaire l'encadrement des évolutions et des (rares) revirements jurisprudentiels (B).

A- Les références systématiques aux décisions juridictionnelles antérieures

Les tribunaux internationaux opèrent des références systématiques à leurs propres décisions antérieures et veillent à les respecter (1). Cela permet le développement d'une jurisprudence constante, qui est, en outre, enrichie par des références à des décisions antérieures émanant d'autres juridictions (2). Le dialogue des juges qui s'opère renforce encore davantage la sécurité et l'unité juridiques et contribue au développement harmonisé du droit international.

³⁶³ Pour désigner les références par les tribunaux internationaux à leurs propres décisions juridictionnelles antérieures, les termes de « précédent interne », d'« endoprécedent », ou encore d'« autoprécédent » peuvent être utilisés, tandis qu'*a contrario* les expressions de « précédent externe », d'« exoprécedent » ou d'« alloprécédent » visent le recours par les juridictions internationales aux précédents élaborés par d'autres juridictions (BELKAHLA M., « Le précédent jurisprudentiel international dans le contentieux de la délimitation maritime : entre cohérence et développement du droit », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 273. La note infrapaginale n°13 explique que « [l]a parenté [des termes “endoprécedent” et “exoprécedent”] est à attribuer à C.-A. CHASSIN ; propos exprimés lors d'échanges informels dans le cadre [de ce colloque]. On peut également, de la même manière, parler d'*autoprécédent* et d'*alloprécédent* »).

³⁶⁴ ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 25. Les auteures se réfèrent notamment au Tribunal CIRDI dans l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, qui trois mois « seulement » après l'arrêt *LaGrand* de la CIJ se fonde sur cette décision pour établir le caractère obligatoire des mesures conservatoires (*Ibid.*, p. 25-26. v. CIJ, *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 2001, p. 501-506, §98-109 et Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les parties, 25 septembre 2001, ARB/98/2, §18-20, spéc. §19) ; v. également KOHEN M. G., « L'utilisation du précédent devant et par la CIJ : les immunités pénales des détenteurs de fonctions officielles à la lumière des affaires *Yerodia* et *Djibouti c. France* », *op. cit.*, p. 261 : « la première constatation par la Cour suffit à bien des égards à rendre une règle indiscutablement existante ou à considérer l'interprétation suivie comme ayant la valeur de “bonne” interprétation ».

1- Les références systématiques des juridictions à leurs propres décisions antérieures : l'« endoprécédent »

La CIJ, comme la CPJI avant elle, « s'efforce de rappeler systématiquement et exhaustivement ses énoncés antérieurs sur un même point, pour démontrer la constance et la continuité de sa jurisprudence »³⁶⁵. Par exemple, dans son avis consultatif relatif aux *Ecoles minoritaires en Albanie*, la CPJI s'est référée à ses décisions antérieures rendues dans les affaires relatives aux *Communautés gréco-bulgares*³⁶⁶, aux *Colons allemands en Pologne*³⁶⁷ et à l'*Acquisition de la nationalité polonaise*³⁶⁸. La CIJ, qui considère la jurisprudence de la CPJI comme la sienne, se réfère fréquemment aux décisions de sa devancière³⁶⁹ ainsi qu'à sa propre jurisprudence³⁷⁰.

Les autres cours et tribunaux procèdent également à des références à leurs décisions antérieures. Dans l'affaire du *Camouco*, le TIDM se réfère à sa décision antérieure rendue dans l'affaire *Saiga*, et rappelle ainsi les critères et les principes qu'il a dégagés s'agissant de la fixation de la caution devant être déposée afin qu'il puisse être procédé à la mainlevée de l'immobilisation du navire et à la libération de l'équipage³⁷¹. A l'occasion de chaque affaire de prompt mainlevée qu'il a tranchée, le Tribunal s'est référé à ses propres décisions antérieures sur cette question, permettant le développement d'une jurisprudence constante³⁷².

³⁶⁵ ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 24.

³⁶⁶ CPJI, *Ecoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 6 avril 1935, Série A/B, p. 11.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 19.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 20. v. également CPJI, *Compagnie d'Electricité de Sofia et Bulgarie*, arrêt, 4 avril 1939, Série A/B, p. 82 : la Cour se réfère à son arrêt antérieur rendu en l'affaire des *Phosphates du Maroc*.

³⁶⁹ v. par exemple CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 182-184 ; CIJ, *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif, 3 mars 1950, p. 8 ; CIJ, *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt, 6 juillet 1957, p. 23-24 ; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 331, §13.

³⁷⁰ v. par exemple CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, 20 avril 2010, p. 46, §65, p. 48-49, §75-77, p. 52-53, §86 et §89, p. 56, §101, p. 58, §110, p. 66, §141, p. 67, §145-146, p. 71, §162, p. 103-104, §273, p. 105, §278 ; CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt, 1^{er} avril 2011, p. 84-85, §30, p. 125-126, §133, p. 128, §142, p. 132-133, §158-161 ; CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), p. 244, §36, p. 245-246, §39.

³⁷¹ TIDM, *Affaire du « Camouco »* (Panama c. France), arrêt, 7 février 2000, p. 30-31, §63 et §66.

³⁷² v. notamment TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »* (Seychelles c. France), arrêt, 18 décembre 2000, p. 99, §41, p. 106, §63, p. 109, §74 et §76, p. 113, §93 ; TIDM, *Affaire du « Volga »* (Fédération de Russie c. Australie), arrêt, 23 décembre 2002, p. 31-32, §63-65 ; p. 40-41, §82-84 ; TIDM, *Affaire du « Juno Trader »* (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau), arrêt, 18 décembre 2004, p. 43, §97.

Dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, le Groupe spécial se réfère à des rapports antérieurs rendus par l'Organe d'appel aux fins de l'interprétation du texte introductif de l'article XX du GATT³⁷³, ainsi qu'à divers rapports rendus par d'autres groupes spéciaux³⁷⁴. Dans son rapport rendu dans la même affaire, l'Organe d'appel s'appuie également sur sa propre jurisprudence³⁷⁵, et fait référence au rapport antérieur d'un groupe spécial³⁷⁶. Dans l'affaire concernant les *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, l'Organe d'appel a en outre considéré que les groupes spéciaux se devaient de suivre sa jurisprudence, au risque de « compromettre la constitution d'une jurisprudence cohérente et visible »³⁷⁷. Dans ce cadre, l'Organe d'appel rappelle que l'impératif de cohérence de la jurisprudence ne concerne pas les seules parties à un différend, mais l'ensemble des Membres de l'Organisation : « [l]a création de l'Organe d'appel par les Membres de l'OMC pour réexaminer les interprétations du droit données par les groupes spéciaux montre que les Membres reconnaissaient l'importance de l'uniformité et de la stabilité dans l'interprétation de leurs droits et obligations au titre des accords visés »³⁷⁸. Les Etats-Unis, défendeurs courroucés, ont estimé que l'Organe d'appel outrepassait sa compétence et cherchait « à transformer le système de règlement des différends de l'OMC en un système de “common law” »³⁷⁹. L'Organe d'appel réaffirme cependant sa position en faveur d'un système de précédents hiérarchisé au sein du système contentieux de l'OMC dans l'affaire portant sur le *Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, estimant que le respect des décisions de l'Organe d'appel par les groupes spéciaux « n'est pas seulement approprié, c'est ce que l'on attend [d'eux], en particulier dans les cas où les questions sont les mêmes »³⁸⁰.

³⁷³ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 324-330, §7.34-7.47.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 173, §4.65, p. 174-175, §4.67-4.68, p. 318-319, §7.15-7.16, ou encore p. 328, §7.44.

³⁷⁵ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 39-40, §103, p. 45, §114, p. 49, §123, p. 53-54, §131, p. 58, §143, ou encore p. 62, §151.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 65, §157.

³⁷⁷ Etats-Unis – *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS344/AB/R, 30 avril 2008, p. 73, §161.

³⁷⁸ *Id.*

³⁷⁹ Compte rendu de la réunion du 20 mai 2008, WT/DSB/M/250, §53.

³⁸⁰ Etats-Unis – *Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS350/AB/R, 4 février 2009, p. 164, §362. Cette « saga » jurisprudentielle est expliquée par H. RUIZ-FABRI et L. GRADONI (v. GRADONI L., RUIZ-FABRI H., « La hiérarchisation des précédents », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 200-201).

La CEDH, sans s'estimer liée par sa jurisprudence antérieure, « a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention »³⁸¹. Ainsi la Cour se réfère fréquemment à sa propre jurisprudence³⁸², tout comme ses homologues interaméricaine³⁸³ et africaine³⁸⁴. La CJUE agit pareillement³⁸⁵.

Dans le cadre du contentieux pénal, les chambres de première instance des TPI et de la CPI opèrent également des références à leurs décisions antérieures, tout en rappelant qu'elles n'y sont nullement contraintes³⁸⁶. Dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić*, les juges du TPIY énoncent que « des décisions judiciaires antérieures peuvent convaincre la Chambre qu'elle a pris la bonne décision, mais la seule force obligatoire du précédent ne saurait la contraindre à conclure en ce sens »³⁸⁷. Dans cette même affaire, plusieurs références sont opérées à des décisions antérieures du Tribunal³⁸⁸. Il en va de même pour

³⁸¹ CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt, 27 septembre 1990, §35.

³⁸² v. par exemple CEDH, *Svetina c. Slovénie*, arrêt, 22 mai 2018, §42, §48 ; CEDH, *Dimitras c. Grèce*, arrêt, 29 mai 2018, §36-38 et §56 ; CEDH, *Bagniewski c. Pologne*, arrêt, 31 mai 2018, §33, §43, §55-56 et §63.

³⁸³ v. par exemple CIADH, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment of March 11, 2005 (*Merits, Reparation and Costs*), p. 3, §7-10, p. 7, §37, p. 8-9, §40-42, p. 20, §59, p. 23-24, §69-70, p. 27, §81 ; CIADH, *Huilca-Tesce v. Peru*, Judgment of March 3, 2005 (*Merits, Reparation and Costs*), p. 13, §56 et §58, p. 22-23, §65-69, p. 27, §84-89 ; CIADH, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Judgment of November 28, 2003 (*Competence*), p. 19-21, §61-62 et §65, p. 24, §74.

³⁸⁴ v. par exemple CADH, *APDF et IHRDA c. République du Mali*, arrêt, 11 mai 2018, p. 14, §53 ; CADH, *George Maili Kemboge c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 11 mai 2018, p. 5-6, §19, p. 9, §33 et p. 12, §49 ; CADH, *Amiri Ramadhani c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 11 mai 2018, p. 7, §24, p. 8, §26, p. 11, §39.

³⁸⁵ CJUE, *Lucia Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 5 juin 2018, C-677/16, §39, §41, §44-53 et §56-61 ; CJUE, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 5 juin 2018, C-210/16, §26, §28, §47-60, §68-72, CJUE, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. Vlaams Gewest*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 29 mai 2018, C-426/16, §30-31, §38-48, §64, §71-74, §79, §83. v. également SIMON D., RIGAUX A., « Le "précédent" dans la jurisprudence du juge de l'Union », in BERROD F. et al., *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547-578.

³⁸⁶ Pour approfondir, v. TRACOL X., « The precedent of Appeals Chambers decisions in the International Criminal Tribunals », *LJIL*, 2004, p. 67-102 ; LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 429-432.

³⁸⁷ TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 224, §540.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 219, §532, p. 226, §543, p. 235, §565, p. 254, §602-603. v. également TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, IT-95-14-T, p. 69-70, §202, p. 257, §778, p. 261-262, §788, p. 264, §793, p. 266, §801 ; et TPIY, *Le Procureur c. Kordić & Čerkez (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001, IT-95-14/2-T, p. 10, §23, p. 74-75, §235-236.

le TPIR³⁸⁹, ainsi que pour les chambres d'appel. Dans l'affaire *Le Procureur c. Zlatko Aleskovski*, la Chambre d'appel du TPIY déclare 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 »³⁹⁰. Les TPI reconnaissent en outre une hiérarchisation interne en matière de précédents. Dans l'affaire *Le Procureur c. Zlatko Aleskovski* précitée, la Chambre d'appel affirme que les chambres de première instance doivent respecter ses décisions³⁹¹. Une position similaire a été adoptée par la Chambre préliminaire de la CPI dans l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*³⁹².

La question de savoir s'il existe une « jurisprudence arbitrale » (et *a fortiori* si celle-ci est *constante*) est débattue. Historiquement et classiquement, les décisions arbitrales ont tendance à être exclues des réflexions portant sur la jurisprudence. Ainsi que l'explique G. ABI-SAAB,

« [a]u début et jusqu'à la moitié du XIX^{ème} siècle, [les tribunaux arbitraux] étaient d'habitude appelés à appliquer le "droit" et la "justice", sans distinction claire entre les deux ; et la plupart de leurs sentences n'étaient pas motivées, ce qui leur ôtait toute valeur de précédent. Mais même plus tard, ces tribunaux sont d'ordinaire créés de manière *ad hoc*, sur la base de compromis très variables quant à leur composition et leur mandat et même

³⁸⁹ v. par exemple TPIR, *Le Procureur c. Aloys Simba*, Chambre de première instance I, jugement du 13 décembre 2005, ICTR-2001-76-T, p. 10, §15-16, p. 21, §46-47, p. 49, §135, p. 101, §300, p. 126, §386-387 ; TPIR, *Le Procureur c. Joseph Serugendo*, Chambre de première instance I, jugement du 12 juin 2006, ICTR-2005-84-I, p. 5-6, §9-10, p. 11, §33, p. 15, §48, p. 17, §55, p. 19, §66, p. 19-20, §72, p. 21, §77, p. 23, §83 ; TPIY, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, Chambre de première instance I, jugement du 13 décembre 2006, ICTR-2001-66-I, p. 71-73, §317-320, p. 77, §345, p. 84, §383.

³⁹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski* (« Vallée de la Lašva »), Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, IT-95-14/1-A, p. 48, §107. Pour des références par la Chambre d'appel à la jurisprudence du TPIY, v. TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija* (« Vallée de la Lašva »), Chambre d'appel, arrêt du 21 juillet 2000, IT-95-17/1-A, p. 93, §10 ; TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić* (« Srebrenica-Corps de la Drina »), Chambre d'appel, arrêt du 2 août 2001, IT-98-33-T, p. 205, §485, p. 283-284, §682, p. 288-289, §695-696 ; TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts* (« Camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje »), Chambre d'appel, arrêt du 28 février 2005, IT-98-30/1-A, p. 7, §14, p. 102, §259, p. 277-278, §697. Pour des exemples relatifs au TPIR, v. TPIR, *Protais Zigiranyirazo c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 16 novembre 2009, ICTR-01-73-A, p. 5, §11 et p. 16, §42 ; TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, Chambre d'appel, arrêt du 12 mars 2008, ICTR-2001-66-A, p. 34, §105, p. 37, §116, p. 53-54, §176, p. 58, §189-190 ; et TPIR, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 20 mai 2005, ICTR-97-20-A, p. 29-30, §67, p. 69, §159, p. 129-130, §315, p. 144-145, §357, p. 146, §361, p. 149, §368.

³⁹¹ TPIY, *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, *op. cit.*, §113. v. également DELLA MORTE G., « Les tribunaux pénaux internationaux et les références à leur propre jurisprudence : *auctoritas rerum similiter judicatarum* ? », in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (Dir.), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 216-218.

³⁹² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décision du 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06, p. 12, §41.

quant au droit applicable, et ils n'étaient jamais très fréquents. Circonstances qui ne permettent pas le développement d'une jurisprudence volumineuse et à effet cumulatif »³⁹³.

La situation évolue cependant. Aujourd'hui, les tribunaux arbitraux, particulièrement en matière économique (arbitrage commercial et arbitrage d'investissement), sont attentifs à promouvoir la publication des sentences et à la construction d'un corps de jurisprudence arbitrale cohérent³⁹⁴. Comme l'explique D. P. FERNANDEZ ARROYO, « le fait (...) que l'arbitrage soit devenu le mécanisme habituel et dominant pour résoudre les litiges relatifs à un large éventail de matières affectant le commerce mondial et l'économie internationale exige [d']admettre que la pratique de l'arbitrage international montre un degré surprenant d'harmonisation à une échelle pratiquement globale »³⁹⁵. Par exemple, le tribunal CIRDI statuant dans l'affaire *Salini c. Royaume du Maroc* dégage des critères permettant de définir l'investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington³⁹⁶. Ce fameux « *test de Salini* » sera repris dans de nombreuses décisions ultérieures³⁹⁷. Certaines difficultés demeurent néanmoins, la confidentialité de la plupart des procédures arbitrales³⁹⁸ rend plus complexes l'identification et l'analyse des principes jurisprudentiels dégagés.

³⁹³ ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 24.

³⁹⁴ v. AUDIT M., « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », in LEBEN C. (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 126-127, ainsi que l'analyse de BENTOLILA D., « Le précédent arbitral », *Revue de l'arbitrage*, 2017, p. 1167-1195, spéc. p. 1170-1180.

³⁹⁵ FERNANDEZ ARROYO D. P., « Les décisions arbitrales comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 115.

³⁹⁶ Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori S. p. A. et Italstrade S. p. A. c. Royaume du Maroc*, Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, ARB/00/4.

³⁹⁷ v. par exemple Tribunal CIRDI, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. Algérie*, Sentence, 10 janvier 2005, ARB/03/08, §14, §18 ; Tribunal CIRDI, *ABCI Investments N. V. c. Tunisie*, Décision sur la compétence, 18 février 2011, ARB/04/12, §53, §104 ; Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, Décision sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, ARB/07/02, §30-32, §38-40, §50.

³⁹⁸ Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (2014), la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (2015). Textes disponibles ici (consultés le 8/10/2018) : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-F.pdf> <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-f.pdf> v. également l'article 48, §4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI : « [l]e Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal » (les italiques sont de nous). Il s'agit d'autant d'efforts en faveur d'une meilleure transparence procédurale et d'une publication des sentences arbitrales. La confidentialité persiste cependant en matière d'arbitrage commercial (v. le Rapport « Confidentiality in International Commercial Arbitration » (2010), par le Comité sur l'arbitrage commercial international (ILA)). En outre, il n'est pas certain qu'une publication systématique des sentences arbitrales conduise à une véritable uniformité de la jurisprudence (FERNANDEZ ARROYO D. P., « Les décisions arbitrales comme précédent », *op. cit.*, p. 124).

Ainsi, les juridictions internationales, tout comme les tribunaux arbitraux, ont pour habitude de se référer à leurs propres décisions antérieures et à s'inscrire dans le respect de celles-ci. Cette considération pour les précédents conduit à la construction d'une jurisprudence constante malgré l'absence de règle du *stare decisis* en droit international. Les juridictions internationales se réfèrent en outre, de plus en plus, à des décisions juridictionnelles antérieures émanant d'autres juridictions. Un véritable « dialogue des juges » se met en place.

2- Les références croissantes des juridictions aux décisions antérieures d'autres juridictions : l' « exoprécedent »

L'expression « dialogue des juges » désigne le fait, pour une juridiction, d'utiliser des précédents émanant d'une autre juridiction³⁹⁹. Les « facteurs gouvernant [un tel] usage »⁴⁰⁰ ont fait l'objet, à l'aube du XXIème siècle, d'une étude sociologique dirigée par D. TERRIS, C. ROMANO et L. SWIGART⁴⁰¹. La doctrine internationaliste s'est également intéressée, dans la période récente, à ce dialogue inter-juridictionnel⁴⁰².

³⁹⁹ Selon la définition précitée, fournie par L.-A. SICILIANOS, il s'agit de « l'utilisation par une juridiction internationale de précédents émanant d'une autre juridiction internationale [dialogue horizontal], mais aussi nationale [dialogue vertical] » (SICILIANOS L.-A., « Le précédent et le dialogue des juges : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 225).

⁴⁰⁰ FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.*, p. 105.

⁴⁰¹ Les auteurs « en ont tiré cinq conclusions : les juges internationaux seraient réticents à utiliser la jurisprudence des autres juridictions et ne le feraient que si aucune autre source d'inspiration n'est disponible ; si une juridiction estime qu'un précédent d'une autre juridiction contredit sa position, elle ne le citerait pas ; ce qui compte serait seulement le raisonnement tenu par une autre juridiction, et pas le type d'acte qui le contient (arrêt, avis, etc.) ; les juges internationaux découperaient le monde de la justice entre les juridictions généralistes et les juridictions spécialisées, et entre les universelles et les régionales, ce qui conduit à une certaine asymétrie dans les références croisées (les secondes citant plus facilement les premières sur les questions de droit international général) ; les juridictions universelles, en particulier, éviteraient de citer les juridictions régionales. Selon ces auteurs, cependant, ces facteurs ne seraient pas des directives explicites » (*Id.* pour consulter l'étude, l'auteur renvoie à TERRIS D., ROMANO C. P. R., SIGWART L., *The international Judge : An Introduction to the Men and Women who decide the World's Cases*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 315 p. ; ainsi que pour une analyse de celle-ci, à BORDA A. Z., « The Direct and Indirect Approaches to Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Melbourne Journal of International Law*, 2013, p. 608-642 ; BORDA A. Z., « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 287-313 ; et BORDA A. Z., « The Notion of "Persuasive Value" of External Precedent in International Criminal Law », *Nordic Journal of International Law*, 2015, p. 29-58).

⁴⁰² v. par exemple ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, 335 p. ; TREVES T., « Cross-fertilization between different international courts and tribunals : the Mangouras Case », in HESTERMEYER H. P. (Dir.), *Coexistence, cooperation and solidarity : liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leyde, Nijhoff, 2012, p. 1787-1796 ; MILLER N., « An International Jurisprudence ? The Operation of "Precedent" across International Tribunals », *LJIL*, 2002, p. 483-526, spéc. p. 489-498.

Le dialogue des juges sur lequel se concentrent ces développements est celui qui s'opère entre juridictions internationales (dialogue horizontal)⁴⁰³. Divers exemples d'« exopécédents » doivent être fournis afin de démontrer le caractère global et croissant de cette pratique. Celle-ci contribue à l'unité du droit international et a, dès lors, diverses conséquences sur la communauté internationale : la pratique de l'exopécédent renforce la sécurité et la prévisibilité juridiques, et permet aux justiciables d'envisager l'invocation, dans un litige, de décisions antérieures d'autant plus diverses.

Les juridictions internationales ont tout d'abord tendance à se référer à la jurisprudence de la CIJ, qui en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies et d'héritière de la CPJI, jouit d'une autorité particulière pouvant amener à la qualifier de « *primus inter pares* »⁴⁰⁴.

Dès 1995, dans l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce*, la CEDH trouvait dans la jurisprudence de la CPJI « une source d'inspiration très appréciable »⁴⁰⁵ pour l'aider à statuer en matière de réparation suite à une expropriation. Plus récemment, la Cour de Strasbourg s'est référée à la jurisprudence de la CIJ sur la question des immunités juridictionnelles étatiques dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, car les arrêts de la Cour « f[ont] autorité à ses yeux quant à la teneur du droit international coutumier »⁴⁰⁶. Egalement, dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, la CEDH s'appuie sur la jurisprudence de la CIJ s'agissant des liens entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'Homme⁴⁰⁷ pour rejeter la thèse britannique selon laquelle ces deux branches

⁴⁰³ Pour approfondir la question du « dialogue vertical », v. CASTELLARIN E., « L'emploi du précédent jurisprudentiel international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg, op. cit.*, p. 405-418 ; DUCOULOMBIER P., « Le sort des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme devant le juge britannique », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg, op. cit.*, p. 419-430 ; EL BOUDOUHI S., « Le précédent étranger relatif au droit international devant les juridictions indiennes et sud-africaines », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg, op. cit.*, p. 431-444 ; KINSCH P., « La méthode de la reconnaissance et le précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg, op. cit.*, p. 213-224 ; MAUREL R., « Le précédent jurisprudentiel international dans les conclusions des Rapporteurs publics », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg, op. cit.*, p. 459-473.

⁴⁰⁴ « *Being regarded as the international judge par excellence, the ICJ indirectly promotes unity and uniformity in the interpretation of the law. It performs something – in some respect – similar to a Cour de cassation, acting in the framework of a legal order characterized instead by an inorganic and decentralized production of rules and fragmented into a plurality of juridical subsystems having particular aims or scope* » (AGNELLO F., « Dialogue between ICJ and specialized bodies in human rights matters », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique, op. cit.*, p. 31).

⁴⁰⁵ CEDH, *Papamichalopoulos c. Grèce*, arrêt, 31 octobre 1995, §36.

⁴⁰⁶ CEDH, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 14 janvier 2014, §198.

⁴⁰⁷ CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 16 septembre 2014, §35-37.

du droit seraient mutuellement exclusives dans leur application. Pour la CEDH, la jurisprudence de la CIJ est une aide précieuse pour l'éclairer sur les règles de droit international avec lesquelles l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme doit être conciliée⁴⁰⁸. La CIADH se réfère également à la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire *Caesar v. Trinidad and Tobago*, sur des points de l'affaire portant sur les réserves aux traités⁴⁰⁹ ainsi que sur la non-comparution de l'Etat défendeur⁴¹⁰. La CADH s'appuie quant à elle sur la jurisprudence de la CIJ sur la question procédurale de la charge de la preuve⁴¹¹.

Le TIDM se réfère également à la jurisprudence de la CIJ⁴¹², par exemple pour rappeler le principe *kompetenz-kompetenz*⁴¹³, s'agissant des négociations préalables à la saisine du juge⁴¹⁴, ou encore relativement à la non-comparution d'une partie à la procédure⁴¹⁵. Les références à la jurisprudence de la Cour sont en outre extrêmement fréquentes dans les affaires de délimitation maritime tranchées par le Tribunal. Dans son arrêt rendu en l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale*, le Tribunal s'appuie sur la jurisprudence de la Cour sur le caractère contraignant que peuvent revêtir les procès-verbaux⁴¹⁶, ou encore sur les principes qui régissent la délimitation maritime, notamment « le principe selon lequel la terre domine la mer du fait de la projection des côtes ou des façades côtières »⁴¹⁷. En tout,

⁴⁰⁸ « [L]a Convention ne peut s'interpréter dans le vide mais doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante » (*Ibid.*, §77).

⁴⁰⁹ CIADH, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, *op. cit.*, p. 7, §21, p. 9, §27.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 21-24, §73, §76-77 et §81.

⁴¹¹ CADH, *Kennedy Owino Onyachi et autres c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 28 septembre 2017, p. 40, §143 et CADH, *Nguza Viking, Johnson Nguza c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 23 mars 2018, p. 21-22, §72.

⁴¹² Ainsi qu'occasionnellement, à celle de la CPIJ : v. TIDM, *Affaire du navire « Saiga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 52, §120 ; et TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »*, *op. cit.*, p. 71, §226.

⁴¹³ TIDM, *Affaire du « Grand Prince »* (Belize c. France), arrêt, 20 avril 2001, p. 41, §78.

⁴¹⁴ TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, *op. cit.*, p. 20, §52.

⁴¹⁵ TIDM, *Affaire de l'« Artic Sunrise »* (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), ordonnance (mesures conservatoires), 22 novembre 2013, p. 242-243, §48 et §51-52.

⁴¹⁶ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale*, *op. cit.*, p. 35, §90. Le Tribunal reconnaît qu'un procès-verbal peut constituer un accord, respectant ainsi la décision rendue par la CIJ en l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, à laquelle il s'était déjà référé dans l'affaire *Hoshinmaru* (CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt, 1^{er} juillet 1994, p. 120, §23 et TIDM, *Affaire du « Hoshinmaru »*, *op. cit.*, p. 46, §86).

⁴¹⁷ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale*, *op. cit.*, p. 56, §185, citant CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire* (Roumanie c. Ukraine), arrêt, 3 février 2009, p. 89, §77 ; puis CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p. 51, §96.

le Tribunal opère cent quarante-huit références à la jurisprudence de la Cour dans son arrêt⁴¹⁸. Dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique*, les références à la jurisprudence de la CIJ sont au nombre de vingt-six et portent, entre autres, sur la valeur probatoire des éléments liés aux activités halieutiques s'agissant de la détermination de la frontière⁴¹⁹ et sur le suivi de « la méthode en trois étapes » (côtes pertinentes, équidistance, circonstances pertinentes)⁴²⁰.

Dès son premier rapport rendu dans l'affaire *Etats-Unis – Essence*, l'Organe d'appel estimait qu'« il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public »⁴²¹ et se référait à des fins interprétatives à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Inscrivant le droit international du commerce tel que régi par les Accords de l'OMC dans la discipline plus générale du droit international public, l'Organe d'appel s'appuie également sur la jurisprudence de la CIJ lorsque sont en jeu des questions générales de droit international. Par exemple, dans l'affaire *Etats-Unis – Essence* précitée, l'Organe d'appel s'appuie sur les principes dégagés par la Cour en matière d'interprétation des traités dans les affaires du *Détroit de Corfou* et du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne / Tchad)*⁴²². Pareille démarche est suivie dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, dans laquelle l'Organe d'appel fait référence à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1971 dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*⁴²³. En outre, dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, l'Organe d'appel se réfère à l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* pour estimer que le principe de précaution « n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité »⁴²⁴.

⁴¹⁸ Ce nombre inclut également les références faites par les parties à la jurisprudence de la Cour, qui sont retranscrites par le Tribunal dans son traitement des conclusions. De nombreuses références sont également issues de l'arbitrage international et le TIDM « ne semble (...) pas opérer de hiérarchie dans le recours qu'il fait aux *exopécédents*, ce qui renforce encore davantage l'impression d'unité du contentieux du droit de la délimitation maritime » (BELKAHLA M., « Le précédent jurisprudentiel international dans le contentieux de la délimitation maritime : entre cohérence et développement du droit », *op. cit.*, p. 277).

⁴¹⁹ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique* (Ghana / Côte d'Ivoire), arrêt, 23 septembre 2017, p. 75, §226.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 107, §360.

⁴²¹ *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 18-19.

⁴²² *Ibid.*, pp. 19 et 26.

⁴²³ *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 52, §130.

⁴²⁴ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, p. 52-53, §123.

Tout en affirmant son indépendance par rapport à la CIJ⁴²⁵, le TPIY a eu l'occasion de se référer à sa jurisprudence⁴²⁶. La CPI a fait de même, sur des questions de procédure⁴²⁷ comme de fond (qualification des éléments constitutifs du génocide⁴²⁸, qualification du caractère international d'un conflit armé⁴²⁹, par exemple).

Les tribunaux CIRDI ont également utilisé la jurisprudence de la Cour, notamment en matière d'interprétation des traités internationaux⁴³⁰.

Bien qu'elle ait pu sembler réticente à cet égard⁴³¹, la CIJ se réfère elle aussi aux décisions antérieures d'autres juridictions, s'inscrivant ainsi dans les pas de sa

⁴²⁵ TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, Chambre d'appel, décision du 25 mai 2001, IT-98-30/1-AR73.5, §17 : « no legal basis exists for suggesting that the International Tribunal must defer to the International Court of Justice such that the former would be legally bound by decisions of the latter » ; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre d'appel, arrêt du 2 octobre 1995, IT-94-I, §11. Le TPIY n'a d'ailleurs pas hésité à s'écarter de la jurisprudence de la CIJ sur la question du critère de contrôle afin de déterminer si des personnes privées agissent au nom du gouvernement d'un Etat (contrôle « effectif » selon la CIJ, « global » selon le Tribunal. v. notamment TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre de première instance I, jugement du 7 mai 1997, IT-94-I-T, p. 231-234, §585-588).

⁴²⁶ TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelisić (« Brčko »)*, Chambre de première instance I, jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10-T, p. 19-20, §60 (sur le caractère coutumier des dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le caractère de *jus cogens* de l'interdiction du génocide ainsi que la définition de ce crime) ; TPIY, *Le Procureur c. Mucić et consorts (« Camp de Čelebić »)*, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, IT-96-21-Ap. 94, §76-77 (sur l'effet du droit interne sur le plan international) ; TPIY, *Le Procureur c. Milan Martić (« RSK »)*, Chambre d'appel, arrêt du 8 octobre 2008, IT-95-11-A, p. 108, §297 (sur les règles d'interprétation des textes internationaux).

⁴²⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, Chambre préliminaire III, décision du 3 mars 2009, ICC-01/05-01/08, p. 13, §30.

⁴²⁸ CPI, *Le Procureur c. Oman Hassan Ahmad al Bashir*, Chambre préliminaire I, décision du 4 mars 2009, ICC-02/05-01/09, p. 44, §114, p. 50-51, §135, p. 51-53, §138-140, p. 54-57, §142-146.

⁴²⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.*, p. 63-65, §212-220, spéc. §212-217. Pour approfondir la question des rapports entre la CIJ et la CPI, v. HAMULI KABUMBA Y., « Incidence de la jurisprudence de la CIJ sur les règles d'interprétation du Statut de Rome, sur la qualification des faits et sur la preuve devant la CPI », *RGDIP*, 2010, p. 779-810.

⁴³⁰ v. Tribunal CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.*, §391 ; Tribunal CIRDI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*, Decision on Bifurcation, 5 mars 2013, ARB/11/28, §47 ; Tribunal CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Sentence, 27 juin 1990, ARB/87/3, §40 (v., pour d'autres exemples, PELLET A., « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *ICSID Review*, 2013, p. 223-240, spéc. p. 231-239).

⁴³¹ AGNELLO F., « Dialogue between ICJ and specialized bodies in human rights matters », *op. cit.*, p. 32 : « in a first very long phase (...) the ICJ never referred to the case law of the specialized jurisdictions, neither for taking advantage of it, nor for distancing itself from it » (v. *Ibid.*, p. 32-38 pour des exemples d'affaires dans lesquelles la Cour ignore les décisions rendues par d'autres juridictions sur des questions juridiques et factuelles pourtant semblables). v. également PELLET A., « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 225 : « [t]he Court – mindful of its prestige – seems to ignore the case law of other international courts and tribunals » ; MIGAZZI C., « Vers un dialogue des juridictions dans le domaine de l'énergie ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 280 : « [d]e leur côté, la CPJI et la CIJ se sont montrées plus réticentes à l'importation de jurisprudences extérieures » ; RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 392-393 : notant une référence par la Cour à une sentence arbitrale, l'auteur remarque : « [c]'est un phénomène plutôt rare dans la jurisprudence de la Cour, qui était toujours très réticente de tenir compte des instances judiciaires indépendantes ».

devancière⁴³². Dans l'affaire *Nottebohm* par exemple, la Cour se réfère à la sentence arbitrale de l'*Alabama* pour rappeler qu'« un tribunal international est juge de sa propre compétence, et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci »⁴³³. En matière d'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a eu recours à la jurisprudence des TPI : dans l'affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie-et-Monténégro, elle s'appuie notamment sur le jugement *Kupreškić* pour apprécier la teneur de l'élément intentionnel qui caractérise le crime international de génocide⁴³⁴, ainsi que sur « la jurisprudence constante du TPIY et du TPIR » s'agissant de la caractérisation d'une « intention de détruire au moins une partie substantielle » d'un « groupe »⁴³⁵. Dans l'affaire opposant la Croatie à la Serbie, la Cour se réfère au jugement rendu en l'affaire *Stakić* pour « rappelle[r] que le viol et d'autres actes de violence sexuelle sont susceptibles de constituer l'élément matériel du génocide »⁴³⁶. En matière de délimitation territoriale, la Cour se réfère à certaines sentences arbitrales⁴³⁷, ainsi qu'à la jurisprudence du TIDM⁴³⁸. En outre, dans l'affaire *Diallo*, s'agissant du calcul de la réparation à octroyer à l'individu faisant l'objet de la protection diplomatique, la Cour affirme expressément qu'elle :

« tient compte de la pratique d'autres juridictions et commissions internationales (telles que [le TIDM, la CEDH, la CIADH], le Tribunal des réclamations Etats-Unis / Iran, la Commission des réclamations entre l'Erythrée 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 indemnité,

⁴³² Par exemple, v. CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 30 : la Cour se réfère à la sentence arbitrale rendue par la CPA en l'affaire des *Fonds pieux de Californie* le 14 octobre 1902 ; CPJI, *Jaworzina*, avis consultatif, 6 décembre 1923, Série B, p. 42 : la Cour se réfère à la sentence arbitrale rendue par le Tribunal arbitral en l'affaire du lac *Meerauge* le 13 septembre 1902 ; et CPJI, *Lotus*, arrêt, 27 septembre 1927, Série A, p. 26 : la Cour se réfère à la sentence arbitrale rendue en l'affaire *Costa Rica Packet* le 4 mars 1897.

⁴³³ CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt (exception préliminaire), 18 novembre 1953, p. 119.

⁴³⁴ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, 26 février 2007, p. 121-122, §188.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 126, §198.

⁴³⁶ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt, 3 février 2015, p. 70, §158. v. également, pour une analyse des « échanges » entre la CIJ et le TPIY, AGNELLO F., « Dialogue between ICJ and specialized bodies in human rights matters », *op. cit.*, p. 39-42.

⁴³⁷ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, *op. cit.*, p. 405, §205 ; p. 433, §272 ; p. 445, §297 ; p. 447, §304 ; et CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012, p. 691, §178 ; p. 698, §198 ; p. 705, §220 ; p. 706, §223 ; p. 707, §227 ; p. 708-709, §231 ; p. 715-716, §241 ; et p. 716-717, §244.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 668, §125 ; p. 691, §178 ; et p. 715-716, §241.

notamment à raison du préjudice découlant d'une détention ou d'une expulsion illicites »⁴³⁹.

Indépendamment de la CIJ, les juridictions internationales se livrent elles aussi à un dialogue inter-juridictionnel. La CEDH et la CJUE, par exemple, ont « dialogué » s'agissant de la protection des droits fondamentaux des individus face aux sanctions ciblées adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre de la lutte contre le terrorisme⁴⁴⁰. Dans l'affaire « *Kadi II* », la CJUE se réfère à l'arrêt *Nada c. Suisse* rendu par la CEDH⁴⁴¹. Cette dernière se référera à l'arrêt *Kadi* dans l'affaire *Al-Dulimi*⁴⁴². La CEDH s'est également appuyée sur des décisions antérieures rendues par d'autres juridictions, notamment la CIADH et les juridictions pénales internationales (TPIY, TPIR, CPI), lorsqu'elle a eu à traiter des questions liées à l'interdiction de la peine de mort⁴⁴³, ou encore à l'interdiction de la torture⁴⁴⁴. La CIADH se réfère également à la jurisprudence de

⁴³⁹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 331, §13 (v. en outre p. 333, §18 ; p. 335, §24 ; p. 337, §33 ; p. 339-340, §40 ; p. 342, §49 ; et p. 343-344, §56 pour des références à des décisions de la CEDH, de la CIADH et du TIDM). v. également, pour une analyse doctrinale, AGNELLO F., « Dialogue between ICJ and specialized bodies in human rights matters », *op. cit.*, p. 42-49.

⁴⁴⁰ Pour une analyse doctrinale, v. ARCARI M., « En guise de... complément. Dialogue, dialectique ou conflit des juridictions ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 319-335, spéc. p. 320-327).

⁴⁴¹ CJUE, *Commission européenne, Royaume-Uni et Conseil de l'Union européenne c. Yassin Abdullah Kadi*, arrêt, Grande Chambre, 18 juillet 2013, C-584/10P, §133. La Cour de Luxembourg s'est également référée à celle de Strasbourg en matière d'égalité de traitement s'agissant des personnes transgenres (CJUE, *P c. S et Cornwall County Council*, arrêt, 30 avril 1996, C-13/94, §16) et homosexuelles (CJUE, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*, arrêt, 17 février 1998, C-249/96, §34). Pour approfondir les relations entre ces deux juridictions, v. DOBOZI V., « Les rapports entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme : peuvent-elles avoir un avenir commun ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 91-129 ; SIMON D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus ?" », *Pouvoirs*, 2001, p. 31-49.

⁴⁴² CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management c. Suisse*, arrêt, Grande Chambre, 21 juin 2016, §152-153. v. également, pour d'autres références par la CEDH à la jurisprudence de la CJUE : CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, arrêt, Grande Chambre, 30 juin 2005, spéc. §73-76, §85-99 ; CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 7 juillet 2011, §51-53 ; CEDH, *Nada c. Suisse*, arrêt, Grande Chambre, 12 septembre 2012, §82-87 (v. plus largement §82-92 s'agissant des références à « la jurisprudence internationale pertinente », qui incluent également l'affaire *Sayadi et Vinck c. Belgique* portée devant le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies) et §175-176 ainsi que §212 ; CEDH, *Kapetanios et autres c. Grèce*, arrêt, 30 avril 2015, §73 ; CEDH, *Delfi AS c. Estonie*, arrêt, Grande Chambre, 16 juin 2015, §43, §52-56 et §147).

⁴⁴³ CEDH, *Öcalan c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 12 mai 2005, §60 et §166 : la Cour se réfère à la jurisprudence de la CIADH.

⁴⁴⁴ CEDH, *Gäfgen c. Allemagne*, arrêt, Grande Chambre, 1^{er} juin 2010, §66 : la Cour se réfère à la jurisprudence de la CIADH ; CEDH, *Zontul c. Grèce*, arrêt, 17 janvier 2012, §59-65 et §91 : références à la jurisprudence de la CIADH et des TPI (TPIY et TPIR), ainsi qu'au Statut de Rome ; CEDH, *Marguš c. Croatie*, arrêt, Grande Chambre, 27 mai 2014, §60-65 et §55 : références à la jurisprudence de la CIADH et à celle du TPIY sur les effets des lois d'amnistie et leur compatibilité avec l'obligation pour les Etats d'enquêter sur des actes de torture.

la CEDH et du TPIY en matière de torture et de mauvais traitements⁴⁴⁵. La CADH s'est appuyée sur la jurisprudence de la CEDH sur la question des recours nationaux effectifs dont dispose le requérant⁴⁴⁶.

Le TIDM s'est référé à plusieurs occasions à des sentences arbitrales. Dans l'affaire du navire *Virginia G*, il fait référence à l'affaire franco-canadienne concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, sur la question du pouvoir de réglementation de l'Etat côtier⁴⁴⁷. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins procède également à des références à des décisions juridictionnelles antérieures rendues par d'autres cours et tribunaux. Dans l'avis consultatif *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, elle se réfère à un arrêt du TIDM, à des arrêts de la CIJ, à la sentence arbitrale portant sur la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, ainsi qu'au rapport rendu par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Essence* pour rappeler que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités établissant les règles générales d'interprétation des conventions internationales sont considérés comme ayant une valeur coutumière⁴⁴⁸.

A l'OMC, l'Organe d'appel s'est référé à l'arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni* sur la question de la valeur coutumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁴⁹, ainsi qu'à des décisions rendues par le

⁴⁴⁵ CIADH, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, *op. cit.*, p. 22-23, §64-68, p. 33, §110. v. également, pour des références à la jurisprudence de la CEDH en matière de droit à la vie, CIADH, *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, Judgment of January 31, 2006 (*Merits, Reparation and Costs*), p. 95-96, §124 ; p. 99, §133 ; p. 103, §147 ; p. 112, §171 ; et p. 120-121, §207-208. Pour des références à la jurisprudence de la CEDH en matière de libertés d'expression et d'association, v. CIADH, *López Lone et al. v. Honduras*, Judgment of October 5, 2015 (*Preliminary objection, Merits, Reparation and Costs*), p. 55, §167, p. 56, §170.

⁴⁴⁶ CADH, *APDF et IHRDA c. République du Mali*, *op. cit.*, p. 14, §51. v. également CADH, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, arrêt, 24 novembre 2017, p. 37, §136 et CADH, *Wilfred Onyango et autres c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 18 mars 2016, p. 42-43, §136-141, p. 45, §148, p. 46, §153-154, p. 51-52, §172-174, p. 53, §177-178 (références à la jurisprudence de la CEDH). v. également CADH, *Kennedy Owino Onyachi et autres c. République-Unie de Tanzanie*, *op. cit.*, p. 40, §142 ; CADH, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, *op. cit.*, p. 39, §142 ; et CADH, *Wilfred Onyango et autres c. République-Unie de Tanzanie*, *op. cit.*, p. 53-54, §179 (références à la jurisprudence de la CIADH).

⁴⁴⁷ TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »*, *op. cit.*, p. 68, §214. v. également TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »*, *op. cit.*, p. 101-102, §359 : le Tribunal se réfère aux sentences rendues dans les affaires *I'm alone* et *The Red Crusader* sur la question de l'usage de force pour l'arraisonnement en mer.

⁴⁴⁸ TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, p. 28, §57.

⁴⁴⁹ *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 19.

TPIY et par un Tribunal CIRDI, sur la question de la jurisprudence constante à des fins de sécurité juridique⁴⁵⁰.

Le TPIY utilise les décisions de la CEDH⁴⁵¹, la jurisprudence du TPIR⁴⁵² et celle de la CPI⁴⁵³ ; et réciproquement⁴⁵⁴. Les tribunaux CIRDI procèdent également à des références à plusieurs décisions antérieures émanant de juridictions diverses, telles que l'Organe d'appel⁴⁵⁵, la CEDH, la CIADH⁴⁵⁶, la CJUE⁴⁵⁷, ou encore les TPI⁴⁵⁸.

⁴⁵⁰ Etats-Unis – *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 72-73, §160.

⁴⁵¹ TPIY, *Le Procureur c. Bošković & Tarčulovski*, Chambre de première instance II, jugement du 10 juillet 2008, IT-04-82-T, p. 91-93, §178-179 ; TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar (« Dubrovnik »)*, Chambre d'appel, arrêt du 17 juillet 2008, IT-01-42-A, p. 21-22, §47 ; TPIY, *Le Procureur c. Popović et consorts (« Srebrenica »)*, Chambre de première instance II, jugement du 10 juin 2010, IT-05-88-T, p. 19, §62.

⁴⁵² v. par exemple TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre d'appel, arrêt du 3 juillet 2008, IT-03-68-A, p. 83-84, §17 ; TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar (« Dubrovnik »)*, *op. cit.*, p. 5, §10, p. 19, §45 ; p. 73-74, §138 ; TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre d'appel, arrêt du 28 février 2013, IT-04-81-A, p. 10-13, §29-31, p. 15-16, §36.

⁴⁵³ TPIY, *Le Procureur c. Prlić et al.*, Chambre de première instance III, jugement du 29 mars 2013, IT-04-74-T, p. 90, §4 ; TPIY, *Le Procureur c. Šainović et consorts (Milutinović et consorts)*, Chambre d'appel, arrêt du 23 janvier 2014, IT-05-87-A, p. 666-667, §1648 ; TPIY, *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, Chambre d'appel, arrêt du 8 avril 2015, IT-05-88/2-A, p. 119, §283.

⁴⁵⁴ Le TPIR se réfère constamment à la jurisprudence du TPIY (v., pour quelques exemples, TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Chambre de première instance III, jugement et sentence du 15 mai 2003, ICTR-97-20-T, p. 90, §329 ; p. 94-95, §341-347 ; p. 137, §506 ; p. 140, §517 ; TPIR, *Le Procureur c. Vincent Rutaganira*, Chambre de première instance III, jugement du 14 mars 2005, ICTR-95-1C-T, p. 16, §63-64 ; p. 32, §129 ; p. 37-38, §161 ; TPIR, *Georges Anderson Nderubmwe Rutaganda c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 26 mai 2003, ICTR-96-3-A, p. 8-9, §19 ; p. 12, §29 ; p. 17-18, §40-43 ; p. 219-220, §570 ; p. 225-226, §582). Il se réfère à la jurisprudence de la CPI dans l'affaire *Butare* (TPIR, *Le Procureur c. Nyiramasuhuko et al. (Butare)*, Chambre de première instance II, jugement du 24 juin 2011, ICTR-98-42-T, p. 58, §204) ; à la jurisprudence de la CEDH dans l'affaire *Nahimana et al.* (TPIR, *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze*, Chambre de première instance I, jugement et sentence du 3 décembre 2003, ICTR-99-52-T, p. 337-341, §992-999, v. également TPIR, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 28 novembre 2007, ICTR-99-52-A, p. 32, §96, p. 35, §103, p. 36, §108, p. 45, §125, p. 47-48, §131). La CPI se réfère également à la jurisprudence des TPI (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.*, p. 30-31, §88 ; p. 38, §122 ; p. 62, §208-210, p. 82, §277-280, p. 84, §287, p. 93, §323 ; CPI, *Le Procureur c. Oman Hassan Ahmad al Bashir*, *op. cit.*, p. 37, §96, p. 45-46, §118-120, p. 60, §156, p. 61, §160) ainsi qu'à celle de la CEDH (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.*, p. 10-11, §38, p. 27, §75, p. 28, §79, p. 28-29, §81-82, p. 30, §86, p. 34, §102 ; CPI, *Le Procureur c. Oman Hassan Ahmad al Bashir*, *op. cit.*, p. 12, §32, p. 61-62, §160), ou encore de la CIADH (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.*, p. 36, §112-113 ; CPI, *Le Procureur c. Oman Hassan Ahmad al Bashir*, *op. cit.*, p. 12, §32, p. 61-62, §160).

⁴⁵⁵ Tribunal CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Sentence, 16 décembre 2002, ARB(AF)/99/1, §177.

⁴⁵⁶ Tribunal CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, Sentence, 29 mai 2003, ARB(AF)/00/2, §116 ; Tribunal CIRDI, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Sentence, 26 juin 2003, ARB(AF)/98/3, §165. v. également PUMA G., « Human Rights Law and Investment Law : Attempts at Harmonization Through a Difficult Dialogue Between Arbitrators and Human Rights Tribunals », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 193-243, spéc. p. 220-226.

⁴⁵⁷ Tribunal CIRDI, *Swisslion DOO Skopje v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Sentence, 6 juillet 2012, ARB/09/16, §261.

⁴⁵⁸ Tribunal CIRDI, *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*, Order Concerning the Participation of a Counsel, 6 mai 2008, ARB/05/24, §33.

Les références systématiques des juridictions internationales à diverses décisions antérieures établissent au fur et à mesure une jurisprudence constante à laquelle les tribunaux doivent se conformer afin de garantir la sécurité juridique, au bénéfice de l'ensemble des justiciables.

Pour autant, en faisant usage d'exopécédents, les cours et tribunaux internationaux n'ont pas dégagé de critères généraux permettant d'évaluer l'autorité des décisions des autres juridictions⁴⁵⁹. En se fondant sur l'observation empirique du phénomène du dialogue inter-juridictionnel préalablement exposée, il est cependant possible de suggérer certains de ces critères. Les décisions juridictionnelles peuvent voir l'autorité de leur motifs varier en fonction du domaine de compétence des juridictions : par exemple, les décisions de la CIJ font particulièrement autorité sur les questions de droit international général, tandis que les décisions des cours régionales de protection des droits de l'Homme sont éclairantes sur les questions relatives aux droits fondamentaux pouvant être tranchées par les autres cours et tribunaux, en matière d'indemnisation notamment. Le critère de la finalité (ou de l'enjeu) d'un aspect du différend – qui rejoint le critère de la compétence – peut également s'avérer pertinent. Il apparaîtra en effet logique de se tourner vers la jurisprudence de la CIJ lorsqu'une question de droit international général doit être tranchée aux fins de la résolution du litige, ainsi que l'a fait la CEDH confrontée à une question relative aux immunités juridictionnelles de l'Etat dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*⁴⁶⁰. En revanche, s'il faut trancher une question relative à l'indemnisation d'un individu, les juridictions interétatiques malhabituées à ces aspects auront tendance à se tourner vers la jurisprudence des cours transétatiques familières de ces difficultés, telles que la CEDH ou la CIADH⁴⁶¹. En outre, l'ancienneté de la juridiction est un facteur susceptible d'influer sur l'autorité de ses décisions. Une juridiction « ancienne » peut être légitimée par son expérience des questions contentieuses internationales, de procédure comme de fond. Un

⁴⁵⁹ Dans l'affaire du *Génocide*, sur la question particulière de la force probante des décisions émanant d'autres juridictions, la CIJ exprime néanmoins les critères sur lesquels elle se fonde pour déterminer quel poids accorder aux décisions rendues par les TPI (particulièrement le TPIY). Elle estime devoir « en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel », en raison de la juridicité et de la rigueur avec lesquelles est menée la procédure (CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *op. cit.*, p. 134, §223. v. plus largement p. 127-137, §202-230 ; et *Ibid.*, Opinion dissidente du Juge MAHIOU, p. 412-421, §50-63). La Cour confirme cette approche dans son arrêt de 2015 dans l'affaire opposant la Croatie à la Serbie (CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt, *op. cit.* p. 74-75, §182 et p. 136, §469 ; p. 143-144, §491).

⁴⁶⁰ CEDH, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, *op. cit.*, §198.

⁴⁶¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 331, §13.

nombre conséquent de décisions rendues laisse supposer que le travail des différents juges qui se sont succédé a permis l'élaboration d'une jurisprudence cohérente et « qualitative », ce postulat pouvant être renforcé par la confiance renouvelée que les justiciables souverains que sont les Etats ont placé dans l'institution. Ce critère peut alors en générer un nouveau : celui du prestige de la juridiction considérée.

En tout état de cause, le phénomène du dialogue inter-juridictionnel est indéniablement observable et s'inscrit dans une globalité qui contribue à l'unité du droit international. Comme l'écrit T. TREVES, « *different international courts and tribunals [rely] on each other and [contribute], through a process of cross-fertilization, to the development of international law* »⁴⁶². Par ailleurs, l'importance de l'autorité du précédent entraîne la rareté des revirements jurisprudentiels, qu'il faut le cas échéant dûment justifier.

B- L'encadrement des revirements de jurisprudence

Les nouvelles parties à un litige qui souhaitent obtenir un revirement de jurisprudence doivent mettre en exergue les « raisons impérieuses » (*sic.*) de nature à justifier qu'une juridiction s'écarte des décisions antérieures rendues dans des affaires semblables.

Dans l'affaire du *Génocide*, la CIJ rappelle en effet qu'elle « ne [s'écarte] pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des *raisons très particulières* »⁴⁶³. En d'autres termes, « [s]eules des *raisons impérieuses* pourraient conduire la Cour à s'écarter des solutions retenues dans ses décisions antérieures »⁴⁶⁴. Les revirements, dans la jurisprudence de la Cour, sont extrêmement rares. Le renoncement à une application systématique de la règle de l'équidistance en matière de délimitation maritime⁴⁶⁵ s'analyse davantage comme une évolution jurisprudentielle qui va dans le sens, non d'un désaveu de cette règle, mais d'une adaptation de la méthode de délimitation maritime à chaque

⁴⁶² TREVES T., « Cross-fertilization between different international courts and tribunals : the Mangouras Case », *op. cit.*, p. 1787.

⁴⁶³ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt (exceptions préliminaires), 18 novembre 2008, p. 428, §53. Les italiques sont de nous.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 429, §54. Les italiques sont de nous.

⁴⁶⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p. 23-27, §22-33 et p. 29-32, §37-46.

différend frontalier particulier⁴⁶⁶. H. LAUTERPACHT note cependant un revirement de jurisprudence dans le cadre des affaires du *Sud-Ouest africain* : en 1966, la Cour décide différemment qu'en 1962, sur la question du rôle des travaux préparatoires comme moyen d'interprétation des traités⁴⁶⁷.

Le TIDM évoque, dans l'affaire du navire *Louisa*, d'éventuelles « circonstances particulières [de] l'espèce » pour justifier de s'écarter de la jurisprudence internationale, en citant à l'appui des décisions antérieures rendues par la CPJI et la CIJ sur la question de l'objet du différend⁴⁶⁸.

Dans l'affaire concernant l'*Acier inoxydable*, l'Organe d'appel énonce qu'« [a]ssurer “la sécurité et la prévisibilité” du système de règlement des différends (...) suppose que, en l'absence de *raisons impérieuses*, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure »⁴⁶⁹.

Après avoir considéré, dans l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* précité, qu'il fallait des « *raisons impérieuses* »⁴⁷⁰ pour qu'elle envisage de modifier sa jurisprudence, la CEDH énonce plus souplement une dizaine d'années plus tard qu'elle « ne s'écarte pas sans *motif valable* des précédents »⁴⁷¹. Bien que la formulation ait changé, le critère d'évolution jurisprudentielle semble rester le même. Dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*, la Cour expliquait qu'un revirement de jurisprudence pouvait se justifier « s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société »⁴⁷². C'est le même motif qui est évoqué dans l'arrêt *Bayatyan c. Arménie*, lorsque la Cour déclare

⁴⁶⁶ v. CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, 24 février 1982, p. 78-79, §109-110 ; CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), *op. cit.*, p. 37, §43, p. 44-45, §56-57, p. 55-56, §77 ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (Canada / Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 12 octobre 1984, p. 297-298, §106-107 et p. 321, §180. v. également BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 152 ; et GUILLAUME G., « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 691-692.

⁴⁶⁷ v. l'interprétation du Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-ouest africain : CIJ, *Sud-Ouest africain* (Libéria et Ethiopie c. Afrique du Sud), arrêt (exceptions préliminaires), 21 décembre 1962, p. 330-332, et p. 336-342 (la Cour s'appuie essentiellement sur le sens ordinaire des mots, la pratique et les comportements des Etats et des organisations en cause, mais pas sur les travaux préparatoires) ; CIJ, *Sud-Ouest africain* (Libéria et Ethiopie c. Afrique du Sud), arrêt (deuxième phase), 18 juillet 1966, p. 23-30, §16-36, spéc. p. 23, §17 et p. 28-29, §33 (la Cour prend en considération les « textes et instruments pertinents » de l'époque à laquelle le système des mandats a été institué). v. également BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 152, citant LAUTERPACHT H., *The development of International Law by International Courts*, *op. cit.*, p. 18-19 ; et RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 395-398.

⁴⁶⁸ TIDM, *Affaire du navire « Louisa »*, *op. cit.*, p. 34-45, §95-147, spéc. p. 45, §147.

⁴⁶⁹ Etats-Unis – *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, *op. cit.*, p. 73, §160. Les italiques sont de nous.

⁴⁷⁰ CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §35. Les italiques sont de nous.

⁴⁷¹ CEDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 18 janvier 2001, §70. Les italiques sont de nous.

⁴⁷² CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §35.

« [qu'il] est certes dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents »⁴⁷³, et qu'un de ces « motifs valables » réside notamment dans la nécessité de mettre en œuvre une interprétation « dynamique et évolutive de la Convention » afin que celle-ci s'adapte au contexte social dans lequel il convient d'en faire application⁴⁷⁴. Le revirement de jurisprudence remplit ici une fonction « actualisatrice »⁴⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour procède à un revirement de jurisprudence, en revenant sur des décisions antérieures de la Commission européenne des droits de l'Homme, dans lesquelles cette dernière avait considéré que la Convention ne garantissait pas le droit d'invoquer une objection de conscience fondée sur des convictions religieuses pour se soustraire à l'obligation de service militaire⁴⁷⁶. Se fondant sur la théorie de « l'instrument vivant »⁴⁷⁷, après avoir constaté l'évolution du droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe et s'être référée au droit et à la pratique internationales pertinentes, la Cour décide que :

« l'opposition au service militaire, lorsqu'elle est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 »⁴⁷⁸.

Dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, la Cour revient également sur sa jurisprudence antérieure sur la question du caractère obligatoire des mesures provisoires⁴⁷⁹. Ayant précédemment affirmé que le « pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ayant un caractère obligatoire » ne « pouvait se déduire ni de l'article 34 [de la Convention] ni d'autres sources »⁴⁸⁰, la Cour va examiner la pratique ultérieure « d'autres instances internationales »⁴⁸¹. Elle se fonde notamment sur l'arrêt *LaGrand* à l'occasion duquel la

⁴⁷³ CEDH, *Bayatyan c. Arménie*, arrêt, Grande Chambre, 7 juillet 2011, §98.

⁴⁷⁴ *Id.* v. également CEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt, Grande Chambre, 19 avril 2007, §56 ; CEDH, *Sabri Güneş c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 29 juin 2012, §50.

⁴⁷⁵ LUCAS-ALBERNI K., « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la sécurité juridique », *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 487 (v. plus largement p. 486-497).

⁴⁷⁶ Il s'agit principalement des décisions *Grandrath c. Allemagne*, *G. Z. c. Autriche*, *X c. Allemagne* (v. l'exposé de l'état de la jurisprudence antérieure : CEDH, *Bayatyan c. Arménie*, *op. cit.*, §92-97).

⁴⁷⁷ *Ibid.*, §109.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, §110.

⁴⁷⁹ CEDH, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 4 février 2005, §99-129, spéc. §124-125.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, §109. La Cour se réfère à ses arrêts antérieurs rendus dans les affaires *Cruz Varas et autres c. Suède* et *Čonka c. Belgique*.

⁴⁸¹ *Ibid.*, §110-117.

CIJ affirme le caractère obligatoire des mesures conservatoires prises en vertu de l'article 41 de son Statut⁴⁸² et procède ainsi à un « revirement d'alignement »⁴⁸³.

Dans l'affaire *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, la Chambre d'appel du TPIY rappelle que « *the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interests of justice* »⁴⁸⁴.

Selon les tribunaux CIRDI, ce sont des « justifications impérieuses »⁴⁸⁵, des « *strong reasons* »⁴⁸⁶, des « *compelling reasons* »⁴⁸⁷ qui, seules, autorisent à s'écarter des précédents.

Ainsi, comme le souligne A. HAMANN, « [c]ette exigence pour la juridiction de justifier qu'elle s'écarte d'un jugement antérieur est omniprésente dans les motivations des décisions juridictionnelles quelle que soit au demeurant la formulation qu'elle prend »⁴⁸⁸.

⁴⁸² *Ibid.*, §117.

⁴⁸³ LUCAS-ALBERNI K., « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 496.

⁴⁸⁴ TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre d'appel, décision du 20 mars 2014, IT-04-81-A, p. 2. Nous soulignons. v. également TPIY, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 20 mai 2005, *op. cit.*, p. 153-154, §377 ; et LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 429-432.

⁴⁸⁵ Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, Sentence, 8 mai 2008, ARB/98/2, §119.

⁴⁸⁶ Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et InterAgua Servicios Integrales de Agua S. A. c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, ARB/03/17, §182 et Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, ARB/03/19, §189.

⁴⁸⁷ Tribunal CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. c. Pakistan*, Sentence, 27 août 2009, ARB/03/19, §145 et Tribunal CIRDI, *Bosh International, Inc. et B&P Ltd. Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, Sentence, 25 octobre 2012, ARB/08/11, §211.

⁴⁸⁸ HAMANN A., « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 188. Seule la CJUE semble ne pas s'embarrasser de justifications particulières, ainsi que l'illustre sa décision dans l'affaire *Keck et Mithouard*. Au paragraphe 17 de l'arrêt, la Cour énonce : « il y a lieu de considérer que, *contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici*, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres (...) l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres » (CJUE, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, arrêt, 24 novembre 1993, affaires jointes C-267/91 et C-268/91, §17. Les italiques sont de nous). *Contra.* : dans l'arrêt *Fantask* en revanche, c'est avec un « art consommé de la litote » que la Cour revient sur la jurisprudence dégagée dans l'arrêt *Emmott* (MEHDI R., « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », in BERR C. J. et al., *L'intégration européenne au XXIème siècle : en hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 116-117 ; v. CJUE, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare et Attorney General*, arrêt, 25 juillet 1991, C-208/90, §23 et CJUE, *Fantask A / S e. a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, arrêt, 2 décembre 1997, C-188/95, §45-52).

Pour M. FORTEAU,

« [l]es critères du revirement de jurisprudence sont assez clairement identifiés aujourd’hui par les tribunaux internationaux. Ils offrent d’ailleurs l’avantage de bien cibler ce qui est en réalité en jeu : non pas vraiment un “revirement de jurisprudence”, mais plutôt un changement de précédent pour tenir compte du fait que les circonstances ont changé depuis l’adoption de la précédente solution »⁴⁸⁹.

De fait, les revirements de jurisprudence sont assez rares et s’analysent plus volontiers sous l’angle du « changement de précédent », soit, une évolution de la jurisprudence pour s’adapter à un changement de circonstances juridique ou social. Lorsque le droit international change, il est attendu que les décisions de justice rendues par des tribunaux chargés « de régler, conformément au droit international, les différends qui [leur] sont soumis »⁴⁹⁰ changent adéquatement. Il en va également ainsi lorsque, dans l’exercice de son pouvoir d’interprétation du droit applicable au litige, le juge « se décide à tenir compte des aspirations profondes (et éventuellement nouvelles) du corps social »⁴⁹¹. L’« évolution du droit et de la pratique » comme « changement de circonstances », ainsi que de « nouveaux arguments avancés par les parties » sont également présentés dans le cadre de la jurisprudence arbitrale pour expliquer qu’un précédent soit délaissé⁴⁹².

Les juridictions internationales, en opérant des références systématiques à des décisions juridictionnelles antérieures (les leurs ou celles d’autres cours et tribunaux), et en en faisant application dans des cas similaires, procèdent à l’établissement d’une jurisprudence constante et cohérente à une échelle contentieuse globale. Les raisons d’être d’une pratique qui n’est nullement commandée par une règle du *stare decisis* contraignante, ainsi que ses conséquences sur les justiciables doivent être analysées.

⁴⁸⁹ FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹⁰ Expression empruntée à l’article 38 du Statut de la CIJ.

⁴⁹¹ MEHDI R., « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », *op. cit.*, p. 116.

⁴⁹² Tribunal CIRDI, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, Sentence, 22 août 2012, ARB/05/1, v. l’opinion séparée de l’arbitre D. BELLO JANEIRO, 16 août 2012 ; v. en outre l’analyse de RICHE D., « Ne pas suivre les précédents dans l’arbitrage international », *op. cit.*, p. 386.

Section II- La cohérence de la jurisprudence au service de la sécurité juridique

Les tribunaux internationaux se réfèrent systématiquement aux décisions antérieures et selon J. SALMON,

« [i]l y a, pour justifier cette pratique, de nombreuses et bonnes raisons. Si la Cour a dit précédemment le droit, on s'étonnerait qu'elle statue ensuite dans un sens différent. Le souci de certitude, de stabilité, de sécurité, voire de bonne administration de la justice tout comme le principe logique de non-contradiction imposent cette façon de faire. Psychologiquement, en outre, les juges sont peu enclins à se déjuger »⁴⁹³.

Expliquer que se référer à leurs propres décisions antérieures est pour les tribunaux internationaux quelque chose de « naturel »⁴⁹⁴, de pratique, d'instinctif, ou encore de logique⁴⁹⁵ apparaît tout à fait valable. Comme l'énonce Sir H. LAUTERPACHT, toute juridiction internationale « *follows its own decisions for the same reasons for which all courts – whether bound by the doctrine of precedent or not – do so, namely, because such decisions are a repository of legal experience to which it is convenient to adhere ; because they embody what the Court has considered in the past to be good law (...)* »⁴⁹⁶. Aux côtés de ces raisons pragmatiques, il est également possible de considérer que l'existence d'une jurisprudence constante s'impose aux fins d'une bonne administration de la justice ; plus précisément, elle se justifie par le besoin de sécurité juridique commun à l'ensemble des justiciables. Cette justification apparaît d'autant plus convaincante lorsque l'on considère le dialogue inter-juridictionnel. Satisfaire cet impératif de sécurité juridique et, ainsi, préserver les attentes légitimes des justiciables (I) permet à ces derniers de préparer leur argumentation processuelle en se fondant sur les actes juridictionnels antérieurs, qu'il s'agisse de renforcer l'autorité des précédents ou de tenter d'obtenir un revirement de jurisprudence (II).

⁴⁹³ SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 37.

⁴⁹⁴ FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.*, p. 94.

⁴⁹⁵ BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 149 (citant HAUT F., *Autorité de la chose jugée et effet directif des décisions de justice*, Thèse, Paris, 1979, p. 153) et BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁹⁶ FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.*, p. 95, citant LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, *op. cit.*, p. 14.

I- La satisfaction des attentes légitimes des justiciables

La sécurité juridique est définie par le *Dictionnaire de droit international public* comme une « [c]aractéristique comportant la stabilité, la prévisibilité et l’absence d’arbitraire que doit présenter un ordre juridique pour inspirer confiance aux sujets de droit »⁴⁹⁷. C’est une « valeur fondamentale à laquelle, selon la doctrine dominante, doit aspirer un ordre juridique »⁴⁹⁸. Appliquée au contentieux international, la sécurité juridique désigne la nécessité, pour la jurisprudence internationale, entendue comme l’« ensemble des solutions apportées par les juridictions internationales dans l’application du droit »⁴⁹⁹, d’être prévisible, stable et exempte de tout arbitraire de la part des juges ou arbitres dans la prise de décision. Comprise ainsi, la notion de sécurité juridique appliquée à la sphère juridictionnelle se rattache au principe de bonne administration de la justice, et inclut les notions d’égalité de traitement entre les parties, d’égalité des armes, ainsi que les droits de la défense.

L’enjeu est ici de préserver la confiance des justiciables dans le système juridictionnel international afin de favoriser le règlement pacifique des différends, qui sert l’objectif plus large de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Pour G. LE FLOCH, il y a un lien inextricable entre le principe de bonne administration de la justice et la confiance des justiciables dans la justice internationale :

« [u]ne justice bien administrée est de nature à donner confiance aux justiciables. Cette confiance est particulièrement importante pour la justice internationale en raison des spécificités de l’ordre juridique au sein duquel elle évolue. Une justice mal administrée risque très certainement de compromettre l’exécution des décisions juridictionnelles et surtout d’inciter les justiciables à s’en détourner »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1023.

⁴⁹⁸ *Id.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 629. v. également DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 437 : « [l]a jurisprudence est constituée de l’ensemble des décisions juridictionnelles (...). Considéré isolément, un arrêt ou un avis d’une juridiction internationale constitue un précédent ou un moyen de détermination du droit ; il n’est pas “la jurisprudence” ». v. en outre JOUANNET E., « La notion de jurisprudence internationale en question », *op. cit.*, p. 357 : la notion de jurisprudence revêt « deux sens fondamentaux » : un « ensemble de décisions » et des « principes jurisprudentiels interprétés ou créés ».

⁵⁰⁰ LE FLOCH G., « L’urgence et la bonne administration de la justice internationale », *L’Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 144. L’auteur s’appuie en outre sur l’opinion individuelle jointe par le Juge OWADA à l’arrêt rendu par la Cour en l’affaire des *Plates-formes pétrolières*. Selon le Juge, « la fonction essentielle [de la Cour,] en tant que cour de justice est la bonne administration de la justice » (CIJ, *Plates-formes pétrolières* (République Islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), arrêt (fond), 6 novembre 2003, Opinion individuelle du Juge OWADA, p. 321, §47).

Selon R. KOLB, la bonne administration de la justice impose, en ce sens, à la Cour « [non] seulement [de] trancher le litige entre deux parties, mais [de] développer une jurisprudence. [La CIJ] est au service des parties à l'instance autant que du droit international objectif »⁵⁰¹.

V. RÖBEN explique en outre que « [l]e respect du précédent est, sinon le seul, du moins le moyen le plus efficace qui soit à la disposition de la C[IJ] pour remplir cette dernière fonction [*i. e.*] assurer le maintien “abstrait” de la paix, c'est-à-dire comprenant tous les différends en dehors de l'affaire à trancher »⁵⁰². L'enjeu est d'autant plus crucial dans le système juridictionnel volontaire que connaît le droit international : la confiance que les Etats ont dans la justice internationale « n'existe que dans la mesure où ils croient pouvoir prévoir les décisions [des tribunaux]. Et c'est bien le respect du précédent qui assure cette prévisibilité »⁵⁰³.

Ce besoin de prévisibilité juridique ne concerne pas les seuls Etats, mais également les personnes privées. Selon M. AUDIT, « [à] défaut [d'une jurisprudence cohérente], la sécurité juridique des investisseurs, comme celle des Etats, serait compromise ; or, personne ne souhaite s'engager dans une procédure arbitrale pour laquelle il ne pourra bénéficier d'aucune visibilité »⁵⁰⁴.

Que la sécurité juridique ait été à l'origine du respect des précédents, ou qu'elle en soit une conséquence, en tout état de cause les tribunaux s'en soucient grandement. Par exemple, dans l'affaire *Diallo*, la CIJ se réfère à la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme quant à l'interprétation du Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, et elle déclare que, si elle n'est pas formellement tenue de consulter les décisions juridictionnelles émanant de cet organe et encore moins de s'y conformer, elle estime cela nécessaire à des fins de sécurité juridique. La Cour considère en effet qu'il existe un « droit à la sécurité juridique » au profit des individus, bénéficiaires de cet instrument de protection des droits de l'Homme, tout comme des Etats signataires : « [i]l en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va

⁵⁰¹ KOLB R., « La maxime de la “bonne administration de la justice” dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 11 (v. plus largement p. 11-12).

⁵⁰² RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 404.

⁵⁰³ *Id.*

⁵⁰⁴ AUDIT M., « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », *op. cit.*, p. 132.

aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles »⁵⁰⁵.

De son côté, le TIDM déclare, dans l'affaire consacrée à la *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar* : « [I]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 »⁵⁰⁶.

Quant au Tribunal CIRDI statuant dans l'affaire *Saipem c. République populaire du Bangladesh*, il considère qu'il doit, malgré l'absence d'obligation de suivre les décisions antérieures, veiller à préserver une jurisprudence constante :

« [t]he Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law »⁵⁰⁷.

La notion d'attentes légitimes des justiciables est également présente dans la jurisprudence de l'OMC. Selon le Groupe spécial statuant dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro*,

⁵⁰⁵ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (fond), *op. cit.*, p. 664, §66.

⁵⁰⁶ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, *op. cit.*, p. 64, §226.

⁵⁰⁷ Tribunal CIRDI, *Saipem S. p. A. c. République populaire du Bangladesh*, Décision sur la compétence et Recommandation mesures provisoires, 21 mars 2007, ARB/05/07, §67 (nous soulignons). Une position similaire est adoptée par le Tribunal CIRDI se prononçant dans l'affaire *City Oriente c. Equateur* : « [t]he Tribunal finds it appropriate to check its own conclusions against those reached in such cases [i. e. other cases in which the tribunals were faced with similar situations], as consistency across different awards will increase legal predictability and certainty » (Tribunal CIRDI, *City Oriente Ltd. c. Equateur*, Décision sur les mesures provisoires, 19 novembre 2007, ARB/06/21, §87). En revanche, dans l'affaire *Romak c. Ouzbékistan* portée devant la CPA, le Tribunal arbitral a estimé que la mission est « seulement » de résoudre le différend qui lui est soumis (CPA, *Romak S. A. c. Ouzbékistan*, Sentence, 23 novembre 2009, §170-171 ; v. également en ce sens CPA, *Eureka B. V. Slovaquie*, Décision sur la compétence, 26 octobre 2010, §218 ; Tribunal CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte*, Sentence, 6 août 2004, ARB/03/11, §80 ; Tribunal CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 19 mai 2014, ARB/07/29, §102).

« [i]l est bien établi que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont pas contraignants, sauf en ce qui concerne le règlement du différend particulier entre les parties au différend, mais que ces rapports créent des "attentes légitimes" parmi les Membres de l'OMC et qu'ils devraient donc être pris en considération lorsqu'ils sont pertinents pour un différend quelconque »⁵⁰⁸.

La doctrine relève aussi l'impératif de sécurité juridique qui se trouve au cœur du respect de la cohérence et de la constance de la jurisprudence. L'appréciation portée par E. JOUANNET sur l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire du *Timor oriental*, suite à la décision concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru* en témoigne : « [o]n sent bien que la Cour a une position définitivement établie sur [le principe de l'*Or monétaire*], ce qui pourrait permettre une meilleure stabilité de son système judiciaire et une plus grande prévisibilité pour les Etats des conditions dans lesquelles ils peuvent invoquer la thèse des parties indispensables »⁵⁰⁹. A. HAMMAN relève quant à elle les efforts déployés par les tribunaux internationaux pour satisfaire les « attentes légitimes » des justiciables, c'est-à-dire les attentes « des parties à un nouveau litige de voir la juridiction appliquer fidèlement à des faits identiques une solution dégagée antérieurement »⁵¹⁰. L'auteure note ainsi que « les juridictions sont réticentes à dévier frontalement de cet impératif de cohérence »⁵¹¹.

Les « attentes légitimes » sont en outre mises en avant par J. CASTELLO qui, analysant le précédent en matière d'arbitrage d'investissement⁵¹², considère que « c'est avant tout *pour* les parties – c'est-à-dire pour répondre à leurs attentes légitimes de cohérence et de sécurité juridique – que les arbitres acceptent de considérer et de s'appuyer sur d'autres sentences arbitrales, bien qu'ils n'en aient nullement l'obligation

⁵⁰⁸ Etats-Unis – *Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS322/R, 20 septembre 2006, p. 181, §7.99, note infrapaginale n°733.

⁵⁰⁹ JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *op. cit.*, p. 686.

⁵¹⁰ HAMANN A., « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 185.

⁵¹¹ L'auteure ajoute « [qu']on ne peut expliquer la force de l'impératif de cohérence autrement que, en amont, par une reconnaissance implicite de ce que les juridictions internationales, dans certaines conditions, forment bien de véritables précédents qui font autorité, au sens qu'ils posent de nouvelles règles. Et ce n'est alors pas tant la cohérence de la jurisprudence qui est en cause que la cohérence du *droit*, qui fait peser sur les juridictions non pas une obligation morale mais véritablement légale de ne s'écarter de leurs décisions antérieures que lorsqu'il existe des raisons de le faire » (*Ibid.*, p. 186. Cette fidélité aux décisions antérieures peut aller, « dans certains cas extrêmes », jusqu'à conduire l'organe juridictionnel à donner une solution différente de celle qu'il aurait retenue autrement. L'exemple d'une décision rendue par l'un des panels de l'OMPI est évoqué (*Ibid.*, p. 186-187)).

⁵¹² La notion d'« attentes légitimes » est par ailleurs présente en droit international des investissements, désignant ce que l'investisseur est en droit d'attendre de la part de l'Etat en termes de traitement juste et équitable (v., pour approfondir, CAZALA J., « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage », *RIDE*, 2009, p. 5-32).

juridique »⁵¹³. L'auteur met en exergue le rôle actif joué par les parties dans la construction des précédents, illustrant ainsi la valeur stratégique que représente la connaissance des décisions de justice pour l'ensemble des concernés : « les parties, en se référant de manière systématique à des décisions arbitrales antérieures au soutien de leurs positions, jouent un rôle primordial dans le développement de “précédents” en droit des investissements »⁵¹⁴. Le Tribunal CIRDI dans l'affaire *El Paso c. Argentine* semble conforter cet argument lorsqu'il déclare que les tribunaux CIRDI « *will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals* »⁵¹⁵ et qu'il « *will follow the same line, especially since both parties in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent* »⁵¹⁶.

La question de savoir si le recours à l'exoprécedent par les juridictions internationales favorise ou non le développement d'une jurisprudence cohérente ou constante se pose également. Dans son discours du 27 octobre 2000 devant l'Assemblée générale des Nations Unies, G. GUILLAUME, alors Juge et Président de la CIJ, estimait que la multiplication des tribunaux internationaux, qui se retrouvent parfois plusieurs compétents dans un même domaine augmente le risque de fragmentation du droit international :

« *the proliferation of international courts engenders serious risks of inconsistency within the case-law. Admittedly, the courts have shown themselves anxious to avoid such inconsistency. Thus, the International Court of Justice keeps careful track of the judgments rendered by other courts and tends increasingly to make reference to them (...). By the same token, certain specialized courts have frequently drawn on the jurisprudence of our Court or of its predecessor (...). Despite these efforts, the risks of inconsistency nonetheless remains substantial* »⁵¹⁷.

Commentant les décisions relatives à la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive depuis 1969, quand l'affaire *Plateau continental de la mer du*

⁵¹³ CASTELLO J., « Le précédent en arbitrage d'investissement : le rôle des parties », *op. cit.*, p. 246.

⁵¹⁴ *Id.*

⁵¹⁵ Tribunal CIRDI, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Décision sur la compétence, 27 avril 2006, ARB/03/15, §39.

⁵¹⁶ *Id.* Nous soulignons.

⁵¹⁷ Discours de S. Exc. M. Gilbert GUILLAUME, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 27 octobre 2000, p. 4-5. v. également GUILLAUME G., « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 698-703 et, plus largement, GATTINI A., « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, p. 303-336.

Nord consacre la finalité d'une solution équitable quelle que soit la méthode de délimitation choisie (finalité reprise par la CNUDM en 1982), G. GUILLAUME déclare : « la jurisprudence et le droit conventionnel en étaient parvenus à un tel degré d'imprévisibilité que la doctrine s'interrogea longuement sur la question de savoir s'il existait encore un droit des délimitations ou si, au nom de l'équité, on n'aboutissait pas à l'arbitraire »⁵¹⁸. Retraçant l'évolution jurisprudentielle ultérieure (de 1985 avec l'affaire du *Plateau continental (Libye / Malte)* à 2001 avec l'affaire opposant Qatar et Bahreïn)⁵¹⁹, le Juge estime, rassuré, qu'« il est heureux de constater que le droit des délimitations maritimes, à travers cette évolution jurisprudentielle, est parvenu à un degré nouveau d'unité et de certitude tout en consacrant la souplesse nécessaire »⁵²⁰. La création du TIDM en 1982 et la soumission à sa juridiction de différends portant sur la délimitation de frontières maritimes en 2009⁵²¹ et en 2014⁵²² ont renouvelé l'interrogation sur la fragmentation du droit international dans ce domaine, générée par un risque de *forum shopping* aboutissant à d'éventuelles décisions de justice contradictoires⁵²³. Les multiples références du TIDM aux décisions judiciaires et arbitrales antérieures en matière de délimitation maritime ont prouvé que ces craintes étaient injustifiées, ainsi que le relèvent les Juges du Tribunal comme de la Cour. Selon le Juge (et alors Président) de la CIJ P. TOMKA,

⁵¹⁸ Discours de S. Exc. M. Gilbert GUILLAUME, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 31 octobre 2001, p. 9.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 9-11.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 11. v. également le Discours de S. Exc. M. Peter TOMKA, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale, 2 novembre 2012, p. 1-13 ; ainsi que l'analyse de TANAKA Y., « Quelques observations sur deux approches jurisprudentielles en droit de la délimitation maritime : l'affrontement entre prévisibilité et flexibilité », *RBDI*, 2004, p. 419-455.

⁵²¹ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale* (Bangladesh / Myanmar), compromis notifié le 13 décembre 2009.

⁵²² TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique* (Ghana / Côte d'Ivoire), compromis notifié le 3 décembre 2014.

⁵²³ v. également les craintes autour de l'affaire de l'« Usine MOX » à l'occasion de laquelle le différend a été « disloqué », car soumis à quatre juridictions différentes (Tribunal institué en vertu de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (« Tribunal OSPAR »), Tribunal arbitral du droit de la mer, TIDM, CJUE), mettant en exergue une pratique de *forum shopping*, avec un risque de contradiction de jugements (MALJEAN-DUBOIS S., MARTIN J.-C., « L'affaire de l'Usine Mox devant les Tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, p. 437-471, spéc. p. 443 et p. 448). Pour d'autres auteurs, cette affaire illustre un dialogue des juges qui renforce la sécurité juridique (v. MIGAZZI C., « Vers un dialogue des juridictions dans le domaine de l'énergie ? », *op. cit.*, p. 282-286 ; PACCAUD F., « La protection de l'environnement passée au crible du juge : dialogue ou renvoi ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 303-306). Le dialogue des juridictions comme facteur d'unité du droit international et, partant, de sécurité juridique est également abordé par T. TREVES s'agissant de l'effet obligatoire des mesures conservatoires dans le contentieux international, relativement aux décisions de la CIJ, du TIDM et de la CEDH (v. TREVES T., « Cross-fertilization between different international courts and tribunals : the Mangouras Case », *op. cit.*, p. 1787-1796).

« [b]ien qu'il ait été, dans la doctrine de ces 15 dernières années, très en vogue de gloser sur la possible fragmentation du droit international public, le tout premier arrêt rendu par le TIDM en matière de délimitation maritime démontre clairement le contraire, ces craintes n'ayant été, semble-t-il, que beaucoup de bruit pour rien. En effet, comme l'atteste l'arrêt rendu par le TIDM en l'affaire du *Différend relatif à la délimitation maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans la baie du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, la jurisprudence internationale dans le domaine de la délimitation maritime s'est au contraire unifiée, et est devenue claire et cohérente. Dans l'exposé des motifs de sa décision précitée, le TIDM s'est spécifiquement fondé sur la jurisprudence de la Cour mondiale, mettant particulièrement l'accent sur la décision que celle-ci avait rendue à l'unanimité en 2009 dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire*, laquelle opposait la Roumanie à l'Ukraine. Par son arrêt, le TIDM a confirmé que cette décision de la Cour mondiale avait consacré la méthode de délimitation maritime fondamentale en droit international, dissipant ainsi les craintes exprimées quelques années auparavant à l'égard d'un ordre juridique international chaotique et fragmenté du fait de la multiplication des juridictions sur le plan international »⁵²⁴.

Selon le Juge (et alors Président) du TIDM R. WOLFRUM,

« le Tribunal n'a pas hésité à se référer dans ses arrêts, lorsqu'il y a eu lieu, aux précédents établis par la Cour. Le Tribunal 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. L'harmonisation de la jurisprudence offre également une réponse aux questions que soulèvent la création de nouvelles cours et de nouveaux tribunaux internationaux ainsi que la multiplication de régimes spéciaux, comme le droit de la mer »⁵²⁵.

Ou encore, selon le Juge (et alors Président) du TIDM S. YANAI,

« [l]e TIDM, la CIJ et les tribunaux arbitraux ont connu d'un nombre significatif de différends portant sur des questions relatives au droit de la mer depuis l'entrée en vigueur de la Convention, mais il semblerait que les juges et les arbitres aient soigneusement étudié les arrêts et les sentences arbitrales rendus dans des affaires semblables par d'autres cours ou tribunaux et que la "fragmentation" qui était crainte n'ait pas eu lieu. A mon avis, le système souple de règlement des différends de la Convention facilite la soumission par les Etats Parties de leurs différends aux procédures obligatoires de leur choix aboutissant à des décisions obligatoires, et encourage ainsi le règlement pacifique des différends portant sur des questions relevant du droit de la mer »⁵²⁶.

⁵²⁴ Allocution de S. Exc. M. Peter TOMKA, Président de la Cour internationale de Justice, prononcée à la table ronde intitulée « La Haye, ville internationale de la paix et de la justice », 16 mai 2013, p. 3-4.

⁵²⁵ Communication présentée par Son Exc. M. Rüdiger WOLFRUM, président du Tribunal international du droit de la mer, à la Réunion officieuse des conseillers juridiques des ministres des affaires étrangères, New York, 29 octobre 2007, p. 7.

⁵²⁶ Allocution prononcée par Son Exc. M. Shunji YANAI, président du Tribunal international du droit de la mer, à l'occasion de la Conférence internationale Yeosu, « Les 30 ans de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », Yeosu, République de Corée, le 12 août 2012, p. 3-4.

L'autorité du précédent juridictionnel, non imposée *de jure* mais établie *de facto*, trouve son fondement dans un besoin social de sécurité juridique. Le développement d'une jurisprudence internationale sinon constante, du moins cohérente, qui en découle permet à l'ensemble des justiciables, et particulièrement aux futures parties à un litige de « disposer d'un minimum de certitude juridique, de points de référence, d'indications impartiales qui soient susceptibles d'orienter la conduite des acteurs internationaux »⁵²⁷.

II- La prévisibilité juridique permise par l'autorité des précédents

L'autorité des précédents permet à l'ensemble de la communauté internationale de connaître l'état du droit international tel qu'il est interprété par les cours et tribunaux. Les Etats, les organisations internationales, les personnes privées physiques et morales qui prennent connaissance du droit positif ainsi « éclairé » par l'interprétation qu'en donnent et l'application qu'en font les juridictions compétentes peuvent ainsi mieux s'y conformer. C'est notamment ce que souligne G. COHEN-JONATHAN en analysant l'autorité des arrêts de la CEDH à l'égard d'Etats tiers à un litige mais signataires de la Convention : « n'est-il pas logique qu'un Etat contractant tienne compte de la Convention telle qu'elle est interprétée par la Cour, même si cette interprétation a été donnée à l'occasion de litiges concernant d'autres Etats Parties ? La jurisprudence bien établie de la Cour fait corps avec le texte du traité »⁵²⁸. L'autorité du précédent permet également d'élaborer stratégiquement l'argumentation processuelle des parties à un nouveau litige. Sur un point donné, le demandeur s'appuiera sur divers précédents pour démontrer l'existence ou la formation d'une jurisprudence constante et inciter la juridiction à s'y conformer. Au contraire, le défendeur s'emploiera à distinguer le cas d'espèce des précédents invoqués ou attaquera ces derniers, arguant de l'évolution du droit international sur les questions litigieuses ou démontrant l'incohérence de leur *ratio decidendi*.

Ainsi, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, chacune des parties invoque différemment le paragraphe 63 de l'arrêt rendu en

⁵²⁷ CONDORELLI L., « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, *op. cit.*, p. 312.

⁵²⁸ COHEN-JONATHAN G., « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 53.

l'affaire du *Différend frontalier* (Burkina Faso / Mali)⁵²⁹ sur le point de savoir lequel des deux Etats détient la souveraineté sur certaines îles et rochers dans la mer des Caraïbes. A l'audience, le Nicaragua déclare : « [a]insi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et la République du Mali, dans l'éventualité où il existe un conflit entre effectivités et titre, il y a lieu de préférer le titre »⁵³⁰. La Colombie, elle, cite le paragraphe 63 et affirme que les effectivités ont « un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique »⁵³¹. L'arrêt de la Cour ne revient pas sur cette utilisation contradictoire d'un même précédent par les parties et s'appuie sur le paragraphe 54 de l'arrêt de 1986, qui énonce que les titres, en l'espèce des cartes, « ne constituent jamais – à elles seules et du seul fait de leur existence – un titre territorial, c'est-à-dire un document auquel le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux »⁵³².

Par ailleurs, les opinions séparées présentent un intérêt stratégique précieux. En effet, elles sont assez fréquemment utilisées par les parties dans de nouvelles affaires similaires afin d'obtenir un revirement (ou du moins une évolution) de la jurisprudence⁵³³. Comme l'écrit N. CHAEVA qui étudie la normativité des opinions dissidentes dans l'arbitrage CIRDI,

« [e]n présence d'une sentence et d'une opinion dissidente, il n'est pas difficile d'imaginer que si une partie invoque la sentence, la partie adverse s'appuiera sur l'opinion dissidente. Il reviendra donc au tribunal arbitral de choisir entre la sentence et l'opinion. Son choix sera dicté essentiellement par les affinités doctrinales, mais aussi par la qualité de l'opinion dissidente mesurée à sa proximité au principe juridique en cause et au contexte juridique donné »⁵³⁴.

Ou encore, selon les termes de J. VAILHE, les opinions individuelles et particulièrement les opinions dissidentes « permettent d'entrevoir les résistances au sein d'une collégialité et les rapports de force entre les juges. A ce titre, elles permettent bien

⁵²⁹ CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / République du Mali), arrêt, *op. cit.*, p. 586-587, §63.

⁵³⁰ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), *op. cit.*, CR 2012/8, p. 48, §79.

⁵³¹ *Ibid.*, CR 2012/16, p. 29, §36.

⁵³² CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, *op. cit.*, p. 661, §100 (citant CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / République du Mali), arrêt, *op. cit.*, p. 582, §54).

⁵³³ KESSEDJIAN C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », *op. cit.*, p. 143 : « [l]'opinion séparée, quand elle est bien faite, charpentée et convaincante, va préparer un revirement de jurisprudence ou au moins une évolution ».

⁵³⁴ CHAEVA N., « Les opinions dissidentes des arbitres CIRDI et la production normative en droit international des investissements », *op. cit.*, p. 368.

souvent de préfigurer les revirements jurisprudentiels et d'expliquer leur construction »⁵³⁵. Les opinions séparées s'imposent ainsi comme un « réservoir d'arguments » pour les tiers qui deviendraient des futures parties à un différend et qui souhaiteraient faire évoluer la jurisprudence. Il apparaîtrait même que les opinions dissidentes soient « rédigées d'une manière plus logique et plus convaincante que la sentence elle-même, parce qu'elles sont le fait d'un seul juge ou d'une petite minorité et qu'elles n'ont nécessité aucun compromis »⁵³⁶. Dans certains cas alors, « [l]a dissidence d'un jour devient la majorité du lendemain »⁵³⁷.

Ainsi, dans l'affaire sur l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la Russie, qui obtiendra gain de cause sur ce point⁵³⁸, s'appuie sur l'opinion individuelle que le Juge FITZMAURICE a jointe à l'affaire du *Cameroun septentrional* s'agissant du « seuil à partir duquel on peut conclure à l'existence de négociations » préalables au règlement d'un différend entre Etats⁵³⁹. De même, dans l'affaire indo-pakistanaise de l'*Incident aérien du 10 août 1999*, le Pakistan se réfère à la déclaration commune signée des Juges BENGZON, ONYEAMA, DILLARD, JIMENEZ DE ARECHAGA et WALDOCK dans l'affaire des *Essais nucléaires*, sur le point de savoir si l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux du 26 septembre 1928, invoqué comme base de compétence de la Cour, est toujours en vigueur⁵⁴⁰. La Cour, qui finit par se déclarer incompétente pour connaître de l'affaire, ne se prononce pas sur cet argument⁵⁴¹. Egalement, dans l'affaire *Gabčikovo-Nagymaros*, la Slovaquie invoque le principe de « l'application par approximation » des conventions internationales, exprimé dans l'opinion individuelle du Juge LAUTERPACHT jointe à

⁵³⁵ VAILHE J., « Les opinions individuelles des juges devant les Tribunaux internationaux », in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (Dir.), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale*, op. cit., p. 445.

⁵³⁶ SERENI A. P., « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *RGDIP*, 1964, p. 853.

⁵³⁷ KESSEDIAN C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », op. cit., p. 144.

⁵³⁸ CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt, op. cit., p. 132-140, §156-184.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 131, §151. v. également CIJ, *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), arrêt (exceptions préliminaires), op. cit., opinion individuelle du Juge FITZMAURICE, p. 122-123.

⁵⁴⁰ CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999*, op. cit., p. 19, §15. v. également CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), arrêt (compétence et recevabilité), 20 décembre 1974, déclaration commune des Juges BENGZON, ONYEAMA, DILLARD, JIMENEZ DE ARECHAGA et WALDOCK, p. 273.

⁵⁴¹ CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde), arrêt, op. cit., p. 23-25, §26-28 (spéc. p. 25, §28).

l'affaire de l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*⁵⁴². L'argument est écarté par la Cour⁵⁴³.

En outre, dans l'affaire *Rompetrol c. Roumanie* portée devant le CIRDI, la Roumanie s'appuie essentiellement sur l'opinion dissidente émise par P. WEIL dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine* pour tenter, en vain, de faire échec à la compétence du Tribunal pour connaître de l'affaire considérant la double nationalité du demandeur, néerlandaise et roumaine, cette dernière étant la nationalité effective selon la Roumanie⁵⁴⁴. Dans l'affaire *Kiliç c. Turkménistan*, c'est le Tribunal qui s'appuie directement sur l'opinion dissidente de l'arbitre G. ABI-SAAB dans l'affaire *Abaclat et al. c. Argentine*, s'agissant du droit des Etats de conditionner la compétence du tribunal arbitral à la soumission préalable obligatoire du différend aux tribunaux internes⁵⁴⁵.

⁵⁴² CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie / Slovaquie), arrêt, 25 septembre 1997, p. 53, §75. v. également CIJ, *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, avis consultatif, *op. cit.*, opinion individuelle du Juge LAUTERPACHT, p. 46.

⁵⁴³ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie / Slovaquie), arrêt, *op. cit.*, p. 53, §76.

⁵⁴⁴ Tribunal CIRDI, *The Rompetrol Group N. V. v. Romania*, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 avril 2008, ARB/06/3, p. 16, §52, p. 27-28, §85 et Tribunal CIRDI, *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 avril 2004, ARB/02/18, Dissenting Opinion Attached to the Decision on Jurisdiction, 29 avril 2004, spéc. p. 248-258, §10-30.

⁵⁴⁵ Tribunal CIRDI, *Kiliç Insaat Ithalat Iharacat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi c. Turkménistan*, Sentence, 2 juillet 2013, ARB/10/1, p. 70-71, §6.3.4 ; et Tribunal CIRDI, *Abaclat et al. c. Argentine*, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, ARB/07/05, opinion dissidente du Juge ABI-SAAB, 4 août 2011, spéc. p. 46-49, §120-127, particulièrement p. 48, §126. v. également, pour d'autres exemples, PELLET A., « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 237-239.

Conclusion du Chapitre II

Au-delà du caractère obligatoire que la décision de justice revêt à l'égard des parties, l'autorité qui s'attache au précédent juridictionnel en droit international offre une protection contre l'arbitraire et l'imprévisibilité juridique aux tiers, entendus ici comme l'ensemble de la communauté internationale, et particulièrement, au sein de celle-ci, des justiciables.

En effet, d'un point de vue strictement formel, les cours et tribunaux internationaux ne sont pas liés par les décisions juridictionnelles antérieures : le principe du *stare decisis* n'est pas reconnu dans le contentieux international. Force est cependant de constater un phénomène global de références systématiques aux décisions juridictionnelles antérieures dans le cadre de litiges nouveaux. Les juridictions internationales se réfèrent à leurs propres décisions antérieures (*endoprécedent*) mais également à celles de leurs semblables (*exoprécedent*). Ces références répétées de manière systématique forgent une jurisprudence internationale constante, ce qui emporte pour conséquence la rareté des revirements jurisprudentiels qui s'avèrent, le cas échéant, justifiés.

Construire et veiller au respect de cette jurisprudence internationale s'explique par le besoin de sécurité juridique des justiciables. Afin de favoriser le recours (volontaire) au règlement pacifique des différends internationaux, il se révèle nécessaire de satisfaire leurs attentes légitimes et de préserver leur confiance dans la justice internationale. Sans être une contrainte juridique imposée par les textes, le respect du précédent devient cependant une « contrainte sociale »⁵⁴⁶ vis-à-vis des tiers. La prévisibilité juridique permise par l'existence d'une jurisprudence constante permet de clarifier l'état du droit positif ainsi que de favoriser sa bonne application. Au contentieux, le cas échéant, la valeur accordée aux précédents oriente l'argumentation processuelle des parties, qui peuvent s'appuyer sur les décisions antérieures rendues dans des instances diverses, y compris lorsqu'elles n'y ont pas participé. L'Organe d'appel de l'OMC explique très clairement l'importance que revêtent les décisions de justice à l'égard de l'ensemble des Membres de l'Organisation, y compris, donc, les tiers à l'instance :

⁵⁴⁶ Expression empruntée à BENTOLILA D., « Le précédent arbitral », *op. cit.* p. 1193.

« [l]a pratique de règlement des différends montre que les Membres de l'OMC attachent de l'importance au raisonnement exposé dans les rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés sont souvent cités par les parties à l'appui de leurs arguments juridiques dans les procédures de règlement des différends, et sont invoqués par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les différends ultérieurs. En outre, lorsqu'ils adoptent ou modifient des lois et réglementations nationales touchant à des questions de commerce international, les Membres de l'OMC tiennent compte de l'interprétation juridique des accords visés donnée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés. Ainsi, l'interprétation du droit consignée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés devient partie intégrante de l'acquis du système de règlement des différends de l'OMC »⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, Rapport de l'Organe d'appel, op. cit., p. 72-73, §160.

Conclusion du Titre I

Le dispositif d'une décision de justice constitue un énoncé normatif individuel qui n'est obligatoire qu'à l'égard des parties au litige et uniquement dans le cas qui a été décidé. Négativement, ce principe de l'autorité relative de la chose jugée signifie qu'une décision de justice ne peut avoir d'effet, ni favorable ni défavorable, à l'égard des tiers à l'instance. Ces derniers sont alors protégés par ce principe général du contentieux international qui revêt une importance d'autant plus fondamentale que la justice internationale demeure volontariste, c'est-à-dire fondée sur le consentement de l'Etat à être jugé (ou à permettre que des personnes privées placées sous sa juridiction le soient).

La protection offerte par ce principe, que les juges doivent s'efforcer de mettre en œuvre de manière effective, ne permet cependant aucunement d'affirmer que les tiers à l'instance ne sont pas concernés par les décisions de justice. En effet, les motifs, c'est-à-dire les raisons de droit ou de fait qui motivent la décision de justice et permettent d'en adopter le dispositif, jouissent d'une autorité de la chose interprétée et produisent ainsi des effets qui s'étendent au-delà de la sphère, généralement bilatérale, des parties au différend.

En effet, à l'occasion d'un litige factuellement similaire, ou soulevant des questions de droit semblables, le raisonnement contenu dans tout ou partie des motifs d'une décision antérieure peut, par analogie, être à nouveau utilisé. Cette technique du recours au précédent juridictionnel n'est nullement imposée (tout au plus est-elle suggérée) par les textes régissant la procédure des cours et tribunaux internationaux. Le contentieux international ne se voit pas appliquer la règle du *stare decisis* que connaissent les systèmes de droit interne dits de *common law*. La pratique de l'ensemble des juridictions internationales étudiées témoigne cependant d'un recours systématique au précédent, établi par le constat de références répétées aux décisions juridictionnelles antérieures. Les cours s'appuient sur les précédents qu'elles ont elles-mêmes formulé (*endoprécedent*) ainsi que sur les précédents établis par leurs pairs (*exoprécedents*) et ne s'écartent de la jurisprudence établie qu'en cas de « raisons impérieuses » (*sic.*).

Le souci d'une protection des parties, mais également des tiers (et particulièrement des potentiels justiciables) anime la préservation de la jurisprudence cohérente qui naît de

ce recours systématique aux précédents. Celle-ci est ainsi fondée sur le besoin social de sécurité juridique et de prévisibilité du droit. Les justiciables ne peuvent consentir à la juridiction internationale s'ils n'ont pas confiance dans le respect de leurs « attentes légitimes ». Le respect du précédent bénéficie dès lors à l'ensemble de la communauté internationale, et favorise le recours aux modes juridictionnels de règlement pacifique des différends, préservant une justice internationale qui ne peut être que consensuelle. Avoir connaissance de cette jurisprudence internationale constante et prévisible permet alors une meilleure appréhension de la teneur du droit positif, permet aux justiciables de construire une argumentation processuelle fondée sur l'invocation des précédents.

Ces développements ont abordé la protection complémentaire offerte aux tiers par les principes de l'autorité relative de la chose jugée, d'une part, et de l'autorité du précédent, d'autre part. Il est maintenant opportun d'aborder un autre aspect de la protection des tiers dans le contentieux international, en s'interrogeant sur les procédures contentieuses interétatiques à l'occasion desquelles l'Etat demandeur prend fait et cause pour une personne privée ; autorisant une protection des tiers *par* le contentieux international.

TITRE II – LES TIERS PROTÉGÉS PAR LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Ce deuxième titre interroge les procédures contentieuses à l'occasion desquelles le demandeur prend fait et cause pour un tiers. Le langage courant définit l'*endossement* comme correspondant à l'action d'*endosser*, désignant elle-même le fait de « prendre à son compte un acte »⁵⁴⁸, de « prendre ou [d'] accepter la responsabilité de »⁵⁴⁹. En recherchant une définition juridique, les termes de J.-C. WITENBERG nous apprennent que l'endossement « est une institution selon laquelle le tort subi par le particulier est relevé par l'Etat dont ce particulier est ressortissant pour faire l'objet d'une réclamation internationale »⁵⁵⁰. Le *Dictionnaire de droit international public* fournit une définition de l'endossement plus stricte, plus précise également :

« [l'endossement d'une réclamation correspond au] mécanisme par lequel un Etat prend fait et cause pour une personne privée, physique ou morale, qui a fait l'objet d'une violation du droit international et, ce faisant, fait valoir son propre droit, celui de voir respecter, dans le chef de cette personne, le droit international »⁵⁵¹.

Exprimée ainsi, la notion d'endossement renvoie à celle de *protection diplomatique*, c'est-à-dire au « droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat (ou d'une organisation internationale) lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier »⁵⁵². Cette réclamation internationale, comprise dans un sens large, désigne :

« [les] méthodes habituelles reconnues par le droit international, [c'est-à-dire, par exemple :] la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet »⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Dictionnaire *Larousse* en ligne : v. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/endosser/29384> (consulté le 21/09/2018).

⁵⁴⁹ REY-DEBOVE J., REY A. (Dir.), *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit., p. 866.

⁵⁵⁰ WITENBERG J.-C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale : traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 149.

⁵⁵¹ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 425.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 904. L'institution est ainsi décrite dans son sens le plus strict.

⁵⁵³ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, op. cit., p. 177.

En d'autres termes, on peut entendre, *lato sensu*,

« la protection diplomatique comme englobant toute la panoplie des démarches et des actions internationales, y compris de nature préventive, que les Etats peuvent entreprendre, en utilisant n'importe quel canal, moyen ou procédure, dans le but de protéger tant individuellement que collectivement leurs ressortissants touchés (ou risquant de l'être) par des mesures d'un autre Etat »⁵⁵⁴.

Dans le contentieux international, la notion, entendue *stricto sensu*, a été définie dès 1924 par la CPJI. Selon la Cour, la protection diplomatique correspond à :

« un principe élémentaire du droit international [...] qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »⁵⁵⁵.

Cette conception restrictive, que l'on peut qualifier d'historique⁵⁵⁶ semble également s'imposer comme conception classique : la « fiction *Mavrommatis* »⁵⁵⁷, bien que fortement nuancée, emporte l'adhésion de la doctrine majoritaire⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ GAJA G., « Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 9. Prise dans un sens aussi large, la protection diplomatique englobe également la protection consulaire, définie comme « [l'action] d'un poste consulaire auprès des autorités de l'Etat de résidence en vue de protéger les droits et intérêts des ressortissants de l'Etat d'envoi. A la différence de la protection diplomatique dans son sens général, la protection consulaire n'exige pas obligatoirement l'existence au préalable d'un fait internationalement illicite, encore moins l'épuisement des recours internes (...) » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 901).

⁵⁵⁵ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine, op. cit.*, p. 12.

⁵⁵⁶ Les origines de l'institution sont, elles, à rechercher dans le droit médiéval : historiquement, la protection diplomatique est « née d'une forme de nationalisation de l'ancien système des représailles privées ». Au Moyen Âge déjà, le système féodal autorisait l'individu lésé en pays étranger qui n'avait pas pu obtenir réparation de la part des autorités du pays hôte à se payer en nature sur les biens des étrangers établis dans son propre pays, sous le contrôle de son souverain qui s'assurait de la réalité du préjudice, de ce que l'on appellerait aujourd'hui l'épuisement des voies de recours internes et d'une proportionnalité entre le dommage et la réparation. Avec l'avènement de l'Etat nation, ce système dit des « lettres de représailles » disparaît au profit de l'institution de la protection diplomatique, qui reconnaît un droit subjectif à l'Etat de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants (v. DE VISSCHER P., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972, p. 154. v. également, pour des considérations historiques, TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, p. 3-6).

⁵⁵⁷ v. notamment, sur la notion de fiction juridique appliquée à la protection diplomatique, PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in ANGELET N., CORTEN O., DAVID E., KLEIN P. (Dir.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1359-1382, spéc. p. 1363.

⁵⁵⁸ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 902-911, §495-497, spéc. p. 910-911, §497 ; selon les termes du Prof. SANTULLI, « en 1924, dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour

Dans le cadre du contentieux, une conception élargie de l'institution de la protection diplomatique est néanmoins défendue. Il convient tout d'abord de mentionner l'extension de celle-ci à d'autres personnes que les ressortissants de l'Etat. Ici, la protection diplomatique revêt :

« [un] sens élargi quant aux *personnes protégées*, [en désignant alors le] fait pour un Etat d'exercer sa protection en faveur d'une personne physique ou morale à l'égard de laquelle il bénéficie d'une compétence particulière (apatride, réfugié, résident permanent, agent). Dans cette hypothèse, par définition, la condition de nationalité n'est plus alors exigée »⁵⁵⁹.

Il faut ensuite évoquer la situation à l'occasion de laquelle ce n'est pas un Etat, mais une organisation internationale qui procède à l'endossement d'une réclamation. Dans ce cas, il convient de parler non pas de protection diplomatique, mais de *protection fonctionnelle*, celle-ci désignant :

« [le] fait pour une organisation internationale de présenter une réclamation à l'encontre d'un Etat (ou d'une autre organisation internationale) responsable d'un fait illicite à l'égard d'un de ses agents. Cette protection est dite "fonctionnelle" car elle repose sur le rapport de fonction existant entre l'Organisation et son agent »⁵⁶⁰.

Enfin, comprise dans une acception d'autant plus large, la protection diplomatique peut désigner toute procédure contentieuse interétatique qui bénéficie à un tiers, uni au demandeur par un lien de rattachement. *A priori*, sont ici visées, d'une part, les affaires de prompt mainlevée traitées par le TIDM, à l'occasion desquelles « la protection du pavillon absorbe et remplace la protection diplomatique qu'auraient pu exercer, en faveur

permanente de Justice internationale ornaient la protection diplomatique d'un cadre qui ne l'a jamais quittée » (SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 85). Le projet de la CDI consacré à la protection diplomatique (2006), ne remet pas en cause cette fiction juridique, malgré les ambitions radicales du premier rapporteur BENNOUNA (v. PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 1365-1374, spéc. p. 1368).

⁵⁵⁹ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 904. Elle peut également désigner, dans un sens plus large, le « droit [dont dispose] une mission diplomatique d'intervenir auprès de l'Etat accréditaire en faveur des droits ou intérêts d'un ou de l'ensemble de ses ressortissants se trouvant sur le territoire de ce dernier » (*Id.*). Entendue dans ce sens, la protection diplomatique ne concerne pas le contentieux international.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 904-905. Ou encore, selon d'autres termes, « [l']Etat réalise cet endossement par l'exercice de sa protection diplomatique, une organisation internationale par l'exercice de sa protection fonctionnelle » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 425, citant DAILLIER P., PELLET A., QUOC DINH N., *Droit international public*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 771, §488. v. également CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, op. cit.*, spéc. p. 185).

de leurs ressortissants respectifs, les autres Etats intéressés »⁵⁶¹. Ainsi que l'énonce le Président du TIDM WOLFRUM dans sa communication présentée à la Commission du droit international en 2008, « "il est possible de comparer" la procédure de prompt mainlevée "à la protection diplomatique des personnes" »⁵⁶². D'autre part, semblent pouvoir entrer dans cette conception les affaires soumises au mécanisme de règlement des différends de l'OMC,

« puisque l'accès y est réservé, non pas aux particuliers intéressés, mais aux Etats (dans le cadre, donc, d'une relation strictement interétatique), et que ceux-ci sont appelés finalement à les utiliser dans le but d'obtenir que l'activité économique de leurs ressortissants (personnes physiques et morales) à l'étranger puisse se dérouler dans des marchés respectueux des règles établies par les instruments pertinents »⁵⁶³.

Face à la polysémie des concepts sus-évoqués et à la diversité des procédures pouvant être désignées par les termes « endossement » et « protection diplomatique », il convient d'opérer un choix terminologique. Dans le cadre des développements ultérieurs, la protection diplomatique sera entendue dans le sens restrictif que lui a donné la CPJI en 1924. C'est la notion d'endossement qui englobera, plus largement, toute procédure contentieuse portée devant une juridiction internationale au profit d'une entité tierce. En suivant cette définition, et dans les limites du corpus des juridictions étudiées dans la thèse, semblent alors relever de l'endossement la protection fonctionnelle, la procédure de prompt mainlevée, et les litiges traités dans le cadre de l'OMC.

Enfin, la notion de la *représentation*, qui correspond à l'« action pour une personne (le représentant), investie à cet effet d'un pouvoir, d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre (le représenté) des actes juridiques qui produisent directement leurs effets à l'égard du représenté »⁵⁶⁴, pourra également éclairer les interrogations soulevées dans ce titre. Le concept de représentation sera entendu *stricto sensu*, comme désignant des procédures contentieuses utilisant le mécanisme, dans lesquelles le tiers dans le contentieux au profit duquel la procédure est menée se confond avec le représenté.

⁵⁶¹ CONDORELLI L., « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales*, op. cit., p. 25. Notons d'ores et déjà que cette affirmation mérite des nuances, qui seront ultérieurement apportées.

⁵⁶² Communication présentée par S. E. le Juge Rüdiger WOLFRUM, Président du Tribunal international du droit de la mer devant la Commission du droit international, Genève, 31 juillet 2008, p. 6.

⁵⁶³ CONDORELLI L., « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales*, op. cit., p. 27.

⁵⁶⁴ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 981. v. également SERENI A. P., « La représentation en droit international », *RCADI*, 1948, p. 75-76.

Les développements suivants se proposent d'analyser la situation du tiers au profit duquel une réclamation contentieuse interétatique est portée. Suivant l'évolution historique et partant ainsi de l'institution de la protection diplomatique, l'étude examinera également ce qui semble relever de l'endossement, afin notamment d'apprécier les apparentes mutations de l'institution. La place du tiers, personne physique ou morale, dans ce type de procédures nous apparaît en effet variable, selon la conception que l'on choisit de retenir.

Dans une première vision, classique et volontariste, l'Etat fait « valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (*sic.*). L'Etat cherche ici à obtenir la réparation de son propre préjudice, né de l'offense faite à l'un des siens. L'individu n'est qu'*objet* de la violation d'une obligation qui est due à l'Etat.

Dans une seconde vision, en accord avec les tenants de l'objectivisme sociologique, l'Etat choisit d'endosser, en faveur de l'individu, une action procédurale afin de lui permettre de faire valoir les droits qui lui sont conférés par le droit international. Le tiers est alors un *sujet substitué* : un sujet dérivé auquel on a substitué l'Etat, sujet originaire du droit international, pour les nécessités du contentieux. Il s'agit de pallier les lacunes d'un ordre juridique qui confère des droits et des obligations à des entités sans nécessairement leur octroyer la capacité de les exercer. L'objet de l'instance aura pour ultime finalité de réparer le tort fait au tiers, qui se trouve ici *représenté* par son Etat.

Une troisième vision « mixte » propose de considérer que l'Etat qui endosse la réclamation privée fait à la fois valoir son droit propre et celui de son ressortissant. Il faudra analyser, au-delà des textes, la pratique jurisprudentielle et appréhender la place réservée au tiers dans les aspects de la procédure et du fond, afin d'apprécier cette apparente duplicité.

L'entité qui bénéficie de l'endossement exercé par son Etat est véritablement un tiers dans un contentieux qui pratique à son égard une politique d'exclusion. Comme l'exprimait la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, « du moment qu'un Etat prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul Etat »⁵⁶⁵. L'institution de la protection diplomatique s'inscrit donc dans un paradoxe, procédant d'un contentieux qui exclut le tiers protégé de l'instance – celui-ci ne pouvant ni la déclencher,

⁵⁶⁵ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p. 12.

ni y participer (Chapitre IV), alors même que les conditions classiques de recevabilité de la requête et l'argumentation au fond placent le tiers au centre de la démonstration (Chapitre III).

CHAPITRE III – LE TIERS PROTÉGÉ, « RAISON D’ÊTRE »⁵⁶⁶

DU DIFFÉREND

Le premier chapitre de ce titre appréhendera dans quelle mesure la situation du tiers est placée au centre de l’attention des parties et du juge, au centre de la démonstration qui fonde la décision de justice.

Analyser des caractéristiques propres au tiers protégé est tout d’abord essentiel afin de statuer sur la recevabilité de la requête : il faudra s’assurer qu’un lien juridique de rattachement unit le demandeur à l’instance au tiers dont il épouse la cause. Dans le cadre de la protection diplomatique, ce lien juridique de rattachement est un lien de nationalité. Dans le cadre de l’endossement, au sens où nous l’entendons, la nature de ce lien juridique de rattachement est variable, qu’il s’agisse d’identifier le pavillon d’un navire ou le lien fonctionnel unissant une organisation internationale à son agent. La recevabilité de l’action contentieuse peut en outre dépendre du comportement du tiers s’estimant lésé du fait de l’Etat défendeur : selon les cas, il peut être exigé que le tiers ait préalablement cherché à obtenir réparation auprès des tribunaux de ce dernier, comme l’impose la règle de l’épuisement des voies de recours internes. Si l’action est recevable et que l’affaire nécessite de statuer sur la question de la réparation, c’est le préjudice effectivement subi par le tiers qui fournira la mesure de toute ou partie de celle-ci. Il faudra donc, le cas échéant, s’intéresser de près à la situation et au comportement de ce dernier, la question de savoir s’il a contribué d’une manière ou d’une autre à son propre préjudice pouvant également se poser.

Dès lors, l’analyse du comportement du tiers, personne privée physique ou morale, est nécessaire pour statuer sur la recevabilité de l’action intentée par le demandeur à l’instance (Section I). Elle est également au cœur de la phase permettant, le cas échéant, de quantifier le préjudice afin de déterminer le montant des réparations (Section II).

⁵⁶⁶ Expression empruntée à C. SANTULLI (SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 86).

Section I – Une recevabilité de l’action conditionnée par des caractéristiques propres au tiers protégé

Selon J-C. WITENBERG, la procédure de recevabilité se distingue de la procédure au fond et revêt par rapport à cette dernière un caractère préliminaire. Elle permet au défendeur de soulever des moyens d’irrecevabilité tendant à dénier au demandeur le droit d’agir⁵⁶⁷. L’action contentieuse en protection diplomatique connaît deux conditions de recevabilité « traditionnelles » : la nationalité et l’épuisement des voies de recours internes. Ainsi qu’il a été antérieurement évoqué, il est admis que, dans certains cas, l’Etat puisse exercer la protection diplomatique à l’égard d’individus ne possédant pas sa nationalité. D’autres exceptions à cette condition traditionnelle sont également à remarquer dans le cadre de l’endossement. Nous étudierons donc cette première condition sous un prisme plus large qui est celui du lien de rattachement devant unir le tiers qui bénéficie de l’action contentieuse à l’Etat demandeur (I). Il conviendra ensuite d’apprécier l’étendue de l’obligation pesant sur le tiers de chercher, au préalable, à obtenir réparation auprès de l’Etat hôte par les voies ordinaires (II). A ces deux conditions de recevabilité classiques s’ajouterait une troisième, théorique et à la pertinence contestée, dite des *clean hands*. L’examen de cette condition se révèle inapproprié au stade préliminaire de la recevabilité, mais peut retrouver une certaine pertinence au moment de l’évaluation du montant des réparations, aussi cette notion sera-t-elle étudiée ultérieurement.

I- Le tiers protégé uni à l’Etat demandeur par un lien de rattachement

Classiquement, dans le cadre de la protection diplomatique, la nature du lien unissant le tiers protégé et l’Etat demandeur est un lien de *nationalité* (A). L’endossement des réclamations privées peut également se fonder sur des liens d’une autre nature (B). C’est le cas lorsque la protection fonctionnelle des fonctionnaires internationaux repose sur un lien de nature contractuelle, salariale, ou encore lorsque la saisine du TIDM aux fins de prompt mainlevée appartient à l’Etat du pavillon. L’examen de ces liens d’allégeance permet de mettre en exergue la nature variée des tiers protégés par ces procédures contentieuses.

⁵⁶⁷ v., pour plus de précisions, WITENBERG J-C., « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1932, p. 8-13.

A- La nature nationale du lien de rattachement dans le cadre de la protection diplomatique

Comme l'affirmait la CPJI dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, « en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique »⁵⁶⁸ (1). Grâce à certains accords particuliers, la protection diplomatique peut être exercée par l'Etat à l'égard d'individus n'ayant pas sa nationalité, tels que les réfugiés ou les apatrides, ce qui constitue une première exception au principe dans le cadre de son application aux personnes physiques. La détermination, complexe, de la nationalité des personnes morales (2), ainsi que les incertitudes relatives à la règle de la continuité de la nationalité (3) achèvent de relativiser l'application rigoureuse de ce principe.

1- L'individu protégé, ressortissant de l'Etat demandeur

Le principe : le tiers protégé est une personne physique ayant la nationalité de l'Etat demandeur. Dans l'affaire *Nottebohm*, la CIJ considérait que le moyen d'irrecevabilité tiré de la nationalité⁵⁶⁹ de celui pour la protection duquel le demandeur saisit la Cour est un moyen d'importance primordiale qu'il convient d'examiner prioritairement⁵⁷⁰. Se basant sur la pratique antérieure d'arbitres internationaux confrontés à des cas de double nationalité, la CIJ retient le critère de la nationalité effective, c'est-à-

⁵⁶⁸ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 28 février 1939, Série A/B, p. 16.

⁵⁶⁹ Le droit international coutumier offre à l'Etat la liberté de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux, et d'organiser les conditions de déchéance de sa nationalité : toute question relative à la possession par un individu de la nationalité d'un Etat doit ainsi être résolue conformément à la législation de cet Etat. Toutefois, pour que la possession d'une nationalité soit opposable aux autres Etats, les conditions d'octroi déterminées par le droit national doivent être conformes aux règles posées en la matière par le droit international. En d'autres termes, si l'octroi de la nationalité est un acte accompli dans l'exercice d'une compétence nationale, la question de savoir si cet acte produit un effet international relève du droit – et le cas échéant du juge – international. (v. à cet égard, notamment : CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif, 7 février 1923, Série B, p. 24 ; et CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, p. 20). Cette approche vaut également pour les personnes morales. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ a énoncé : « (...) le droit international a du reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles » (CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, p. 34-35, §38).

⁵⁷⁰ CIJ, *Nottebohm* (deuxième phase), arrêt, *op. cit.*, p. 12.

dire « celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause »⁵⁷¹. Un faisceau d'indices permettant d'identifier la nationalité la plus effective est indiqué, parmi lesquels le domicile de l'intéressé, le siège de ses intérêts, ses liens de famille, l'attachement manifesté à un pays⁵⁷². Ainsi, pour juger de l'effectivité de la nationalité liechtensteinoise de M. NOTTEBOHM, et, partant, de la recevabilité de la réclamation présentée par le Liechtenstein à son profit, la Cour a dû se pencher sur la situation de l'individu tiers à l'instance. Dans les motifs de l'arrêt, la Cour examine alors d'une part, la législation liechtensteinoise relative à l'attribution de la nationalité et, d'autre part, le comportement de l'individu vis-à-vis de l'acquisition de celle-ci⁵⁷³. Les juges reviendront ainsi sur la vie de ce citoyen allemand né à Hambourg en 1881 qui s'est installé au Guatemala à l'âge de vingt-quatre ans pour y résider et y travailler, continuant à se rendre parfois en Allemagne pour des raisons sociales, familiales ou professionnelles. L'individu demande la nationalité liechtensteinoise le 9 octobre 1939, dans des circonstances semblant hâtives, avant de retourner reprendre ses activités au Guatemala sitôt la nationalité obtenue. Les juges se demanderont si, « au moment de sa naturalisation, [il apparaissait] comme plus attaché par sa tradition, son établissement, ses intérêts, son activité, ses liens de famille, ses intentions proches, au Liechtenstein qu'à tout autre Etat ? »⁵⁷⁴. La Cour répondra par la négative observant qu'aux côtés des liens que le tiers entretient avec l'Allemagne, son pays d'origine, et le Guatemala, son pays de résidence, les liens entretenus avec le Liechtenstein sont extrêmement ténus. De ce fait, la Cour estime que la naturalisation ne reposant pas sur un attachement réel au Liechtenstein, « elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave » pour qu'il soit opposable au défendeur⁵⁷⁵. Cette décision n'a pas pour effet de dénaturaliser l'individu – la Cour n'en aurait pas le pouvoir – mais simplement de dénier au demandeur la capacité d'agir en protection diplomatique au profit de celui-ci. Un tel examen de la situation de l'individu témoigne d'une place véritable bien qu'incidente, accordée à celui-ci dans le contentieux international.

Cet examen n'est toutefois aussi poussé que lorsque le juge doit déterminer quelle est la nationalité la plus effective, en cas de pluripatrie. Ainsi dans l'affaire *LaGrand*, la

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁷² *Id.*

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 13-16, spéc. p. 15.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 24-26.

nationalité allemande des frères Karl et Walter n'étant pas contestée par le défendeur, la Cour s'est contentée de rappeler qu'ils « étaient nés en Allemagne respectivement en 1962 et 1963 et étaient ressortissants allemands (...). Bien qu'ils aient passé la plus grande partie de leur existence aux Etats-Unis et qu'ils aient été adoptés par un ressortissant des Etats-Unis, ils ont toujours conservé leur nationalité allemande et n'ont jamais acquis la nationalité américaine »⁵⁷⁶. En revanche, lorsqu'un individu possède deux ou plusieurs nationalités, des problèmes peuvent se poser à ce titre dans l'exercice de la protection diplomatique, et justifier un examen approfondi de la situation du tiers. Si la réclamation de l'individu est endossée par l'un de ses Etats de nationalité à l'encontre d'un Etat dont l'individu n'est pas le ressortissant, le contentieux pourra traiter l'individu comme s'il n'avait qu'une seule nationalité, celle de l'Etat demandeur. Nul besoin pour les autres Etats dont l'individu est le ressortissant de se joindre à l'instance ; néanmoins, les fondements coutumiers de la protection diplomatique reconnaissent également à ces Etats le droit de voir le droit international respecté en la personne de leur ressortissant. Ainsi auraient-ils un intérêt à agir⁵⁷⁷. L'introduction d'une instance ou d'une requête à fin d'intervention étant toutefois laissée à la discrétion de l'Etat, le juge international devra se contenter de s'assurer, pour déclarer la réclamation recevable, que le lien de nationalité qui unit le demandeur à l'instance et l'individu est véritablement effectif, cette condition étant nécessaire à l'opposabilité au défendeur de ce lien d'allégeance. Cette démarche, suivie par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*, est cependant rejetée par la CDI qui précise dans les commentaires sous les projets d'articles 4 et 6 que l'existence d'un lien effectif entre l'Etat de nationalité et le national qui aurait une ou plusieurs autres nationalités n'est pas une condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique lorsque celle-ci est exercée à l'encontre d'un Etat dont l'intéressé n'a pas la nationalité. Pour la Commission, l'affaire *Nottebohm* constitue un cas particulier qui contraste avec la pratique arbitrale antérieure, dont l'affaire *Salem* est symptomatique. En l'espèce, le tribunal arbitral avait conclu que

⁵⁷⁶ CIJ, *LaGrand*, *op. cit.*, p. 475, §13. Si les Etats-Unis ont relevé que les frères LaGrand « avaient l'allure et la manière de parler d'Américains plutôt que d'Allemands, qu'à la connaissance générale ni l'un ni l'autre ne parlait allemand et qu'ils semblaient à tous égards être des citoyens natifs des Etats-Unis » (*Id.*), c'est pour justifier le fait que la nationalité étrangère des individus ait été portée tardivement à la connaissance des autorités compétentes de l'Arizona, et non pour contester la possession de la nationalité allemande.

⁵⁷⁷ Ceci est confirmé par l'article 6 du Projet d'articles de la Commission du droit international (« CDI ») sur la protection diplomatique de 2006 : « 1. Tout Etat dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un Etat dont elle n'a pas la nationalité. 2. Deux ou plusieurs Etats dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité *peuvent* exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne » (les italiques sont de nous).

l’Egypte ne pouvait arguer que la nationalité effective de l’intéressé était la nationalité persane, pour faire échec à l’action en protection diplomatique introduite par les Etats-Unis : « la règle du droit international veut que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation de l’une des puissances dont l’intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l’autre puissance »⁵⁷⁸. Pour la Commission, la règle de l’effectivité de la nationalité ne joue qu’en cas de réclamation par l’Etat de nationalité à l’encontre d’un Etat dont l’intéressé est également le national⁵⁷⁹.

En effet, autrement problématique est l’hypothèse de l’exercice de la protection diplomatique du binational (ou plurinational) par l’un des Etats dont il est le ressortissant à l’encontre de l’autre Etat dont il est le ressortissant. La jurisprudence internationale nous laisse penser que les Etats ont pu choisir de s’abstenir d’exercer, dans un tel cas, la protection diplomatique. Ainsi la France déclare dans son Mémoire du 16 août 1922 présenté à la CPJI que « dans les cas de double nationalité d’origine si fréquents dans le droit international, c’est une règle généralement reçue de ne pas exercer la protection diplomatique en cas de contre-réclamation du souverain territorial »⁵⁸⁰. Dans le même ordre d’idées, la CIJ énonce dans son avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* que la pratique « selon laquelle un Etat n’exerce pas sa protection au profit d’un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national [est une] pratique généralement suivie »⁵⁸¹. Qu’en est-il toutefois lorsque les Etats ne font pas preuve d’autolimitation ? L’article 4 de la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de loi sur la nationalité du 12 avril 1930 prévoit qu’« un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d’un de ses

⁵⁷⁸ Sentence arbitrale, Tribunal arbitral (Etats-Unis / Egypte), *Salem*, Décision du 8 juin 1932, *RSA*, vol. II, p. 1188. Pour P. DE VISSCHER, la motivation de cette sentence, « fondée sur une référence inexacte à l’affaire *Mackenzie*, ne saurait emporter la conviction » (v. DE VISSCHER P., « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 161-165, spéc. p. 163, ainsi que Sentence arbitrale, Commission des réclamations Etats-Unis / Allemagne, *Mackenzie and others v. Germany*, Décision du 30 octobre 1925, *UN Reports*, vol. VII, p. 288).

⁵⁷⁹ Aux termes du projet d’article 7 : « [u]n Etat de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l’égard d’une personne contre un Etat dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier Etat en question, tant à la date du préjudice qu’à la date de la présentation officielle de la réclamation ».

⁵⁸⁰ CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸¹ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 186. v. par exemple CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *op. cit.*, p. 18, §7 et *Ibid.*, opinion individuelle du Juge PARRA-ARANGUREN, p. 87, §12-15 ; quoique la question de la double nationalité se posait ici également – et surtout – au regard du fond, relativement à l’applicabilité, vis-à-vis des doubles nationaux, de l’obligation d’information du droit à la protection consulaire en vertu de l’article 36, paragraphe 1, alinéa b) de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national »⁵⁸². Ce traité, entré en vigueur en 1937, ne compte aujourd'hui que très peu de parties⁵⁸³, et le caractère coutumier de cette disposition, affirmé dans un premier temps, fut rapidement contesté⁵⁸⁴. En effet, selon P. KLEIN, « si [cette règle, dite « de non-responsabilité »] présente une certaine constance, pour certains Etats tout au moins, les sentences du XIXème et du début du XXème siècle sont par contre loin d'être univoques »⁵⁸⁵. L'origine de la règle serait à rechercher dans l'affaire *Alexander* rendue par la Commission anglo-américaine dite de Newport. L'individu, américano-britannique, mourut aux Etats-Unis, ses héritiers demandèrent réparation⁵⁸⁶ à la Commission pour les dommages causés à la propriété du défunt durant la Guerre de Sécession. Pour rejeter la réclamation, la Commission s'appuie sur deux arguments : seules les voies de recours internes de l'Etat hôte sont ouvertes à un binational, qui ne saurait assigner son propre Etat devant un tribunal international ; le fait pour un Etat d'exercer la protection diplomatique pour un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont l'individu est également le ressortissant correspond à une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat défendeur. Dans l'affaire *Hammer et De Brissot* soumise à la Commission américano-vénézuélienne instituée par le Traité du 5 décembre 1885, et qui concernait deux plaignantes américano-vénézuéliennes qui demandaient réparation au Venezuela pour la mort de leurs époux américains, tués par des factions de l'armée nationale, un nouvel argument est avancé à l'appui du rejet de la réclamation. Celui-ci tient au principe de l'égalité souveraine des Etats : recevoir la plainte d'un binational reviendrait à admettre une supériorité de la nationalité, et donc de la loi, de l'Etat demandeur sur celle de l'Etat défendeur. Ce raisonnement fut réutilisé dans les affaires *Manina et Massiani* instruites par la Commission franco-vénézuélienne instituée par le Protocole de Paris du 19 février 1902. Cependant, dans de très nombreuses autres sentences, les arbitres se sont

⁵⁸² A la Conférence de La Haye pour l'élaboration de cette convention, huit Etats sur vingt-sept se sont expressément déclarés favorables à cette règle (l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande, la Pologne, la Suède, la Grande-Bretagne, l'Inde, la Nouvelle-Zélande). D'autres Etats, sans y être frontalement hostiles, souhaitaient que la possibilité d'exercer la protection diplomatique en cas de double nationalité fut conditionnée à l'effectivité de la nationalité (la Belgique, le Danemark, les Etats-Unis, la France, le Japon, les Pays-Bas, la Roumanie). L'article 4 fut finalement voté à vingt-neuf voix contre cinq.

⁵⁸³ *Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws*, 12 avril 1930, disponible ici : <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280046354> (consultée le 21/09/2018).

⁵⁸⁴ Pour une analyse détaillée de la pratique relative à cette règle avant et après 1930, concluant à l'absence de valeur coutumière et à la faible valeur conventionnelle de cette règle, v. KLEIN P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *RBDI*, 1988, p. 184-216.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 186.

⁵⁸⁶ Il s'agit d'une action contentieuse dans laquelle l'individu n'est pas un tiers mais le demandeur. Ces exemples demeurent pertinents pour dégager les règles applicables en cas de double nationalité.

livrés à un examen minutieux du comportement de l'individu aux fins de déterminer quelle était, de celle de l'Etat demandeur ou de l'Etat défendeur, la nationalité la plus effective. Il en fut ainsi dans l'affaire *Lebret* dans laquelle les membres de la Commission franco-américaine vont considérer que les liens entretenus par l'individu avec la France sont désormais trop ténus pour justifier que cet Etat puisse le protéger encore. Les commissaires retiendront notamment l'absence de retour et d'intention de retourner en France, l'absence « de service(s) rendu(s) à la mère patrie » par exemple par le paiement d'impôts. La nationalité la plus effective fut également recherchée dans la sentence *Canevaro* rendue par la CPA, pour conclure que celle-ci correspondait à celle du défendeur (le Pérou) et non du demandeur (l'Italie). Ainsi, E. de GERMINY relevait que « la conduite du sujet est toujours étudiée avec minutie et la nationalité de fait triomphe inéluctablement »⁵⁸⁷. Lorsque la nationalité la plus effective ne correspond pas à la nationalité de l'Etat demandeur – et *a fortiori* si elle correspond à celle du défendeur – l'action est déclarée irrecevable. *A contrario*, si la nationalité la plus effective est celle de l'Etat demandeur, l'action pourra être déclarée recevable, même si l'individu est également un ressortissant de l'Etat défendeur. P. KLEIN estime alors que la règle de l'article 4 de la Convention de La Haye ne présente pas un caractère coutumier, c'est plutôt la règle de la nationalité effective et dominante qui pourrait prétendre à un tel statut. Cette règle régit en effet les questions de double nationalité depuis 1930 et a su inspirer la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* et convaincre la doctrine majoritaire. En ce sens, l'article 7 du Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique s'analyse également comme une validation – timide – de cette règle dans le cas d'une pluripatridie et d'une réclamation à l'encontre d'un Etat de nationalité : « [u]n Etat de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier Etat en question, tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ». En formulant cette règle négativement, la CDI a entendu établir que l'exercice par un Etat de la protection diplomatique en faveur d'un individu qui est également un ressortissant de l'Etat défendeur doit être exceptionnel et doit s'appuyer sur une preuve de la prépondérance et de la continuité de la nationalité du demandeur, dont la charge incombe à

⁵⁸⁷ KLEIN P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non responsabilité », *op. cit.*, p. 200, citant GERMINY E., *Les conflits de nationalité devant les juridictions internationales*, Paris, Sirey, 1916, p. 307.

ce dernier. La règle de non-responsabilité, bien qu'elle ait charmé les arbitres du tribunal des différends irano-américains⁵⁸⁸, n'a été depuis cette date, que très peu appliquée.

L'exception : le tiers protégé est une personne physique n'ayant pas la nationalité de l'Etat demandeur. Les apatrides et les réfugiés résidant sur le territoire d'un Etat peuvent bénéficier de la protection diplomatique de ce dernier⁵⁸⁹. S'agissant des apatrides, cette liberté avait été niée à l'Etat par la Commission américano-mexicaine des réclamations dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, qui avait jugé qu'un Etat portant préjudice à un apatride « n'[était] pas en défaut sur le plan international » et qu'« aucun Etat n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage »⁵⁹⁰. Concernant les réfugiés, la proposition néerlandaise à la Conférence de La Haye de 1930 visant à faire reconnaître un droit de protection des réfugiés pour l'Etat d'accueil n'a pas été adoptée⁵⁹¹. Cependant, selon la CDI, le droit international porte aujourd'hui un intérêt particulier au statut des apatrides et des réfugiés comme le révèlent les conventions relative au statut des apatrides et sur la réduction des cas d'apatridie (1954 et 1961), et relative au statut des réfugiés (1951). Cela amène la Commission à introduire, dans son projet de 2006 sur la protection diplomatique, un article 8 qui se lit comme suit :

« 1. Un Etat peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un Etat peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié, conformément aux critères internationalement

⁵⁸⁸ KLEIN P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non responsabilité », *op. cit.*, p. 207.

⁵⁸⁹ Historiquement, ainsi en allait-il de la protection des communautés religieuses de l'Empire ottoman : selon une pratique bien établie et entérinée par le Traité de Berlin du 13 juillet 1878 (aux termes de l'article 62 du Traité : « [l]es droits acquis à la France sont expressément réservés, et il est bien entendu qu'aucune atteinte ne saurait être portée au *statu quo* dans les Lieux Saints »), la France pouvait protéger les communautés religieuses catholiques installées en territoire ottoman, quelle que soit la nationalité de leurs membres. En 1895, suite au massacre de religieux franciscains dans la province de Marache, l'ambassadeur français à Constantinople protesta contre le gouvernement impérial et demanda réparation (KISS A.-C., *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public (1962-1972)*, tome III, Paris, CNRS, 1965, p. 474).

⁵⁹⁰ Sentence arbitrale, Commission des réclamations Etats-Unis / Mexique, *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, Décision de juillet 1931, *RSA*, vol. IV, p. 678.

⁵⁹¹ AMERASINGHE C.F., « The Relevance of Nationality », in AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, Oxford, Oxford University Press : Oxford Scholarship Online, 2008.

acceptés, si cette personne, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire (...) »⁵⁹².

Cette disposition, qui relève du développement progressif du droit international, ne s'appuie sur aucune pratique conventionnelle ni coutumière. Le commentaire de la CDI recense une unique référence jurisprudentielle dans laquelle une juridiction anglaise a estimé que cette disposition devait être considérée comme relevant de la *lex ferenda*⁵⁹³. Néanmoins, dans l'hypothèse d'une mise en œuvre effective de cette disposition, l'analyse de la situation du tiers, personne physique, trouvera sa place dans le contentieux, d'une part si la qualité de réfugié ou d'apatride lui est contestée, d'autre part si la qualité à agir de l'Etat demandeur lui est niée pour défaut de lien d'allégeance avec l'intéressé, lien qui n'est plus ici caractérisé par la possession de la *nationalité* mais qui dépend de critères de nature *territoriale*.

A l'exception des cas particuliers relatifs aux réfugiés et aux apatrides, c'est un lien de nationalité qui unit le tiers protégé, personne physique, et l'Etat demandeur dans le cadre de la protection diplomatique. Un lien effectif de nationalité est également à rechercher au titre des conditions de recevabilité dans le cadre de la protection diplomatique exercée au bénéfice d'une personne morale.

2- La personne morale protégée, les actionnaires et salariés négligés

Le lien unissant la personne morale protégée et l'Etat demandeur est également un lien de *nationalité*. La protection diplomatique exercée ici, complexe en raison des difficultés dans la détermination de la nationalité des sociétés, est également insatisfaisante car le voile social empêche de se pencher sur la situation des actionnaires et des salariés, personnes physiques « concrètement » affectées par les difficultés de la société.

⁵⁹² Le commentaire sous l'article 8 précise que la définition du terme « apatride » doit être recherchée dans les conventions internationales régissant le statut de ceux-ci. Ainsi selon la Convention de 1954 relative au statut des apatrides, un apatride est « une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». En revanche, la CDI englobe par le terme « réfugié » une catégorie de personnes plus large que celle visée par la Convention de 1951 et son Protocole de 1967, laissant en dernier ressort le droit à l'Etat de considérer quiconque satisfait à des « critères internationalement acceptés » comme un réfugié.

⁵⁹³ Affaire *Al Rawi & Others v. Secretary of State for Foreign Affairs*, citée par le Commentaire 3) du projet d'article 8, note infrapaginale n°88.

Selon les exceptions préliminaires espagnoles dans l'affaire de la *Barcelona Traction*,

« la condition nécessaire de la protection diplomatique d'une personne morale, aussi bien que de celle d'une personne physique, est que la personne morale ait la nationalité de l'Etat réclamat. Ce n'est que pure spéculation que de discuter s'il s'agit ou non d'une "vraie" nationalité et si cette nationalité a ou n'a pas la même nature que celle des personnes physiques. Tout ce qui importe, c'est que par le mot "nationalité", l'on désigne, pour une personne morale comme pour une personne physique, un lien d'appartenance juridique de la personne à l'Etat, qui constitue pour ce dernier le titre à exiger, au profit de cette personne, un traitement déterminé de la part des autres Etats qui, le cas échéant, l'autorise à en assumer la protection diplomatique. (...) Exactement comme pour une personne physique, c'est par rapport à un Etat donné et sur la base des critères adoptés dans son système de droit, que l'on peut établir si telle personne morale a ou non la nationalité de cet Etat »⁵⁹⁴.

La Cour consacrera, d'une façon certes plus nuancée, cette position dans son arrêt du 5 février 1970, déclarant que :

« [L]orsqu'il s'agit d'établir un lien entre une société et tel ou tel Etat aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège »⁵⁹⁵.

Ainsi, lorsque le gouvernement belge exerce contre le gouvernement espagnol une action visant à réparer le préjudice qu'ont causé à ses ressortissants – actionnaires de la *Barcelona Traction* – les mesures prises par l'Espagne à l'égard de cette société anonyme de droit canadien, l'Etat espagnol ne lui reconnaît « aucune capacité pour assumer la protection de la "Barcelona Traction" et des intérêts qui y sont intégrés »⁵⁹⁶. Pour le gouvernement espagnol, la Belgique usurperait au Canada la compétence d'exercice de la

⁵⁹⁴ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), exceptions préliminaires présentées par le gouvernement espagnol, 15 mars 1963, p. 186.

⁵⁹⁵ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, *op. cit.*, p. 42, §70. Par analogie, il est permis de penser que cette règle s'applique à l'ensemble des personnes morales créées par un Etat ou conformément aux lois de celui-ci (entreprises publiques, universités, associations, organisations non-gouvernementales, etc.). v. à ce propos CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt (fond), 25 mai 1926, Série A, p. 73-75 : la Cour estime que la commune de Ratibor fait partie des « nationaux allemands » ; et CPJI, *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. Etat Tchécoslovaque)*, arrêt, 15 décembre 1933, Série A/B, p. 228-232 : pour la Cour, l'Université est un national hongrois. Dans ces deux affaires, la Cour examinait toutefois la qualité de national en interprétant des instruments conventionnels et non en se fondant sur le droit coutumier.

⁵⁹⁶ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Mémoires, vol. I., p. 17.

protection diplomatique⁵⁹⁷. La Belgique, se fondant sur le critère d'effectivité de la nationalité, estime que les intérêts canadiens « [que la Barcelona Traction] recouvre sont insignifiants, ce qui explique que le gouvernement canadien ait cessé d'exercer sa protection diplomatique »⁵⁹⁸, tandis que « les importants intérêts belges dans la société »⁵⁹⁹ autorisent la Belgique à agir par la voie diplomatique, y compris sur le plan judiciaire. Pour se prononcer sur la troisième exception préliminaire espagnole, niant le *jus standi* au gouvernement demandeur, la CIJ, dans son arrêt de 1970, commence par « indiquer les entités en jeu »⁶⁰⁰, « par souci de clarté »⁶⁰¹, et estime que la protection diplomatique exercée par le gouvernement belge l'est « pour le compte de personnes physiques et morales qui seraient ressortissantes belges et actionnaires de la Barcelona Traction »⁶⁰², et non pour le compte de la *Barcelona Traction* en tant que personne morale distincte. La Cour n'examinera donc pas la question du droit de la Belgique d'exercer la protection diplomatique au bénéfice d'une société de droit canadien, sur la base d'une nationalité belge « plus effective » acquise en raison d'intérêts belges dans la société, mais bien « la question du droit de la Belgique à exercer la protection diplomatique d'actionnaires belges d'une société, personne morale constituée au Canada, alors que les mesures incriminées ont été prises à l'égard non pas de ressortissants belges mais de la société elle-même »⁶⁰³. Puisque le fondement de la protection diplomatique réside dans le manquement, par le défendeur, à une obligation envers l'Etat national à l'égard de ses ressortissants, la Cour devra rechercher si en l'espèce, les droits des actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge ont été enfreints, lésant ainsi la Belgique dans son droit à voir le droit

⁵⁹⁷ Ainsi consacre-t-il de longs développements dans ses exceptions préliminaires à démontrer, analyse de la pratique arbitrale antérieure à l'appui, que « des actionnaires, même s'ils détiennent la totalité du capital-actions de la société, n'ont nullement le droit de se substituer à la société dans la défense des droits de cette dernière, au moins tant que celle-ci existe et peut assurer elle-même sa défense ; et que, par conséquent, l'Etat national des actionnaires n'a aucun titre, en pareil cas, à présenter une réclamation en faveur de ces derniers » ; et que « la protection des sociétaires par leur Etat national [envisagée] dans le cadre général de la protection diplomatique, est un phénomène exceptionnel (...) [qui] n'a jamais été admis pour les actionnaires d'une société anonyme, du moins tant que la société était elle-même en existence. (...) Finalement (...) on ne trouve pas, dans la jurisprudence et dans la pratique diplomatique, un seul cas où une réclamation ait été (...) seulement formulée en faveur de membres d'une société étrangère, sans que la société en question ait eu la nationalité de l'Etat contre lequel la réclamation était dirigée ». (v. CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), exceptions préliminaires présentées par le gouvernement espagnol, *op. cit.*, p. 190-235, spéc. p. 209 et p. 220-222).

⁵⁹⁸ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Mémoires, vol. I., p. 17.

⁵⁹⁹ *Id.*

⁶⁰⁰ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, 5 février 1970, *op. cit.*, p. 31, §28.

⁶⁰¹ *Id.*

⁶⁰² *Id.*

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 32, §32.

international respecté en la personne de ses ressortissants. Pour répondre par la négative, la Cour examinera, se référant au droit interne, le statut des sociétés anonymes (forme sociale de la *Barcelona Traction*), observant que dans ce type de sociétés, un voile social empêche l'actionnaire d'intenter une action en son nom propre ou au nom de la société tant que celle-ci subsiste⁶⁰⁴. Sur cette base, les actionnaires belges ayant vu leurs *intérêts* malmenés mais non leurs *droits* violés, le gouvernement belge n'est pas justifié à présenter une réclamation pour leur compte. Admettant néanmoins que le voile social puisse être levé à titre exceptionnel, par analogie en droit international puisqu'il peut l'être en droit interne lorsque des circonstances spéciales le justifient, la Cour recherchera dans un premier temps si la *Barcelona Traction* a cessé d'exister en tant que personne morale⁶⁰⁵, et dans un second temps si l'Etat national de celle-ci a ou non qualité à agir en sa faveur⁶⁰⁶. Ayant répondu par la négative à cette première question, les juges s'attachent ensuite à déterminer si le Canada est ou non l'Etat national de la société. En cas de prétentions concurrentes quant à l'exercice de la protection diplomatique, la Cour remarque que « sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale ». Refusant de s'inspirer directement de l'affaire *Nottebohm* en raison des différences de fait et de droit entre les deux affaires, la CIJ se borne à examiner la situation de la *Barcelona Traction* sous le prisme des liens entretenus avec l'Etat canadien. La Cour relève que :

« [n]on seulement la société a été formée (...) en vertu du droit canadien, mais encore elle est restée régie par le droit canadien depuis plus de cinquante ans. Elle a conservé au Canada son siège, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires. Des réunions du conseil d'administration s'y sont tenues pendant de nombreuses années. La société figure dans les dossiers du fisc canadien. Ainsi s'est créé un *lien étroit et permanent* (...) *nullement affaibli parce que la société a exercé dès le début des activités commerciales en dehors du Canada*, car tel était son objet déclaré »⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 34-35, §39-43.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 41-42, §65-68.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 42, §69.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 42, §71 (les italiques sont de nous). En l'espèce, un tel examen de la situation du tiers a toutefois été reproché à la Cour par les Juges PETREN et ONYEAMA dans leur déclaration jointe à l'arrêt. Pour eux, la nationalité canadienne de la société et, donc, le droit de protection du Canada étant reconnu par les deux parties au litige, « [il n'y avait] pas lieu pour la Cour d'aborder en l'espèce la question de savoir si le principe du lien effectif [doit s'appliquer] à la protection diplomatique des personnes morales et encore moins de faire des conjectures pour savoir si, dans l'affirmative, des objections valables auraient pu être faites contre l'exercice par le Canada de la protection diplomatique de la *Barcelona Traction* » (*Ibid.*, Déclaration des Juges PETREN et ONYEAMA).

La solution retenue par l'affaire de la *Barcelona Traction* n'est pas satisfaisante vis-à-vis de la protection des tiers. Derrière la société (personne morale n'existant, en droit, qu'à la faveur d'une fiction juridique) se trouvent des individus, personnes physiques « réelles » voyant leurs intérêts directement affectés : les actionnaires que la Belgique a tenté de protéger. Le fait que l'exercice de la protection diplomatique soit à la discrétion de l'Etat national de la personne morale ne peut leur garantir une quelconque forme de protection : si ce dernier ne souhaite pas exercer la protection diplomatique, ou s'il s'avère qu'il ne s'agit pas de l'Etat lié à la société par un lien de nationalité véritablement effectif, le litige ne pourra être traité. En outre, même si l'action est recevable, le tiers protégé sera la personne morale : il est possible que les préjudices causés aux actionnaires par les faits litigieux ne soient pas abordés, ou qu'ils le soient seulement indirectement.

Les travaux de la CDI ne remédient qu'imparfaitement à cette situation. La Commission, dans son projet d'articles, a tranché en faveur de l'application du lien effectif aux personnes morales – sans toutefois employer cette terminologie. Le projet d'article 9 consacre le principe dégagé par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en déclarant qu'« aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par Etat de nationalité l'Etat sous la loi duquel cette société a été constituée ». La Commission, procédant d'une interprétation *a contrario* et très extensive du principe dégagé par la Cour en 1970, entend toutefois conférer le droit d'exercer la protection diplomatique à l'Etat qui présente des éléments de rattachement substantiels à la société, lorsque l'Etat sous la loi duquel celle-ci a été constituée en est dépourvu :

« néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre Etat ou d'autres Etats et n'exerce pas d'activités importantes dans l'Etat où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre Etat, ce dernier est considéré comme l'Etat de nationalité ».

Le projet d'article 11 prévoit quant à lui le cas de la protection des actionnaires, autorisant l'Etat de nationalité de ceux-ci à exercer la protection diplomatique en leur faveur si la société a cessé d'exister pour un motif sans rapport avec le préjudice ou, si la société avait, au moment du préjudice, la nationalité de l'Etat réputé en être responsable et que la constitution de la société dans cet Etat était une condition exigée par ce dernier aux

fins d'y exercer les activités sociales⁶⁰⁸. Ces cas dans lesquels les actionnaires peuvent se voir défendus et protégés par l'exercice de la protection diplomatique sont donc extrêmement restreints et restrictifs. En outre, d'autres personnes physiques potentiellement affectées par les mesures prises à l'encontre d'une société, telles que des salariés, ne sont pas considérées. Afin de remédier à ces difficultés, il serait sans doute pertinent d'envisager l'exercice, au profit de ces personnes morales, de procédures d'endossement inspirées des procédures de prompt mainlevée (*v. infra*), qui permettraient de considérer la société comme une entité englobant les actionnaires et les salariés.

Plusieurs critères peuvent ainsi caractériser le rattachement juridique d'une société à un Etat et fonder la nationalité de la personne morale ; ni la jurisprudence ni la doctrine ne fournissant de réponse tranchée et unanime quant à cette détermination⁶⁰⁹. En tout état de cause, les hypothèses d'exercice de la protection diplomatique en faveur des actionnaires sont peu nombreuses, et leurs conditions de mise en œuvre strictes. Une autre incertitude réside dans la nécessité, contestée, d'établir aux fins de la recevabilité que la nationalité a été continue entre la date du préjudice et la date de la réclamation.

3- La règle incertaine de la continuité de la nationalité des personnes physiques et morales

La place faite dans le contentieux à l'analyse de la situation du tiers sera également importante si le juge doit s'assurer de l'existence d'une même nationalité tant à la date du

⁶⁰⁸ Le principe du voile social empêchant les actionnaires de voir leurs droits lésés en cas de préjudice causé à la société a été affirmé par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Est-il est judicieux de transposer ce principe, applicable aux sociétés anonymes, à toutes les formes sociales ? Dans leurs opinions jointes à l'arrêt du 5 février 1970, les juges FITZMAURICE (p. 72-75, §14-19), TANAKA (qui va plus loin en défendant la possibilité d'une double action, intentée à la fois par l'Etat national de la société et l'Etat national des actionnaires, p. 122-135, spéc. p. 130), et JESSUP (p. 191-194, §50-56, spéc. §50-52) se sont tous trois prononcés en faveur du droit d'agir de l'Etat national des actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société par l'Etat où elle a été constituée (*v. aussi* l'opinion dissidente du Juge RIPHAGEN, p. 347-352, §17-22). Les opinions des juges PADILLA NERVO (p. 245 et p. 250-265) et MORELLI (p. 235-237 et p. 241-242) défendaient quant à elles la thèse contraire.

⁶⁰⁹ *v.*, pour approfondir, MENJUCQ M., «Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in ANTAKI N. et al., *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 831-843.

préjudice qu'à la date de la réclamation, encore que cette dernière ne soit pas définie de façon homogène par la pratique⁶¹⁰.

Dans l'affaire des *Veuves du Lusitania*, les veuves des citoyens américains qui se plaignirent devant la Commission mixte de réclamations américano-allemandes du préjudice résultant de la mort de leurs maris dans l'accident s'étaient parfois remariées et avaient de ce fait perdu leur nationalité américaine. Leurs réclamations furent toutefois accueillies dans la mesure où elles avaient encore la nationalité américaine au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant la Commission de réclamations⁶¹¹. Par ailleurs, un tribunal CIRDI, dans une affaire dans laquelle la personne morale avait changé sa nationalité en cours d'instance pour celle de l'Etat défendeur, a quant à lui estimé que « la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée comme *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem* »⁶¹². Du côté de la CPJI, dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, l'Estonie reprochait à la Lituanie son refus de « reconnaître les droits de propriété et de concession revendiqués par la société *Esimene Juurdevo Raudteede Selts Venemaal* sur la ligne de chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, saisie et exploitée par le Gouvernement lithuanien »⁶¹³. Le défendeur souleva une exception préliminaire fondée sur « l'inobservation par le Gouvernement estonien de la règle du droit des gens qui veut que la demande soit nationale non seulement au moment de sa présentation, mais également au moment du préjudice subi »⁶¹⁴. Selon la Lituanie, le demandeur n'avait pas prouvé être l'Etat national, par l'effet de la succession d'Etats, de cette société, russe à sa création⁶¹⁵. La Cour reconnaît l'application de cette règle, estimant qu'il appartient effectivement à l'Estonie « de prouver qu'à l'époque où s'est produit le

⁶¹⁰ Pour approfondir la question, v. WYLER E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF, 1990, spéc. pp. 3-80 et 221-268 et TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, op. cit., p. 364-378.

⁶¹¹ Sentence arbitrale, Commission mixte de réclamations américano-allemandes, *Veuves du Lusitania*, Décision du 1^{er} novembre 1923, RSA, vol. VII, p. 34.

⁶¹² Tribunal CIRDI, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Sentence, 26 juin 2003, ARB(AF)/98/3, p. 442.

⁶¹³ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, op. cit., p. 5.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁶¹⁵ La société par actions au bénéfice de laquelle la protection diplomatique est exercée fut fondée à Saint-Petersbourg en 1892. Le 24 février 1918, l'Estonie se déclare indépendante, suite à la révolution russe (1917). Selon l'Estonie, le Traité de Tartu (1920) conclu entre elle et la République soviétique et portant sur le sort des biens privés se trouvant sur le territoire estonien (et notamment des sociétés par actions) a eu pour effet de transformer cette société russe en une société estonienne.

prétendu préjudice qui mettrait en jeu la responsabilité internationale de la Lituanie, la société lésée possédait la nationalité estonienne »⁶¹⁶.

Il n'est pas, à ce jour, certain que la règle d'une *continuité* de la nationalité entre la date du préjudice et celle de la réclamation soit exigée *de lege lata*. La CDI, constatant que l'Institut de droit international (« IDI ») a consacré la règle de l'identité de la nationalité à la date du préjudice et à celle de la réclamation⁶¹⁷, tout en laissant ouverte la question de la continuité, observe qu'« [il serait] toutefois incongru d'exiger que la nationalité soit la même à la date du préjudice et à celle de la réclamation officielle de la réclamation sans exiger que la nationalité soit continue entre ces deux dates »⁶¹⁸ et insère alors dans son Projet de 2006 un article 5 qui, « dans le cadre du développement progressif du droit »⁶¹⁹, préconise que l'individu doit avoir la nationalité de l'Etat demandeur de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation (l'article 10 du Projet applique, *mutatis mutandis*, la règle de la continuité aux sociétés). La continuité est présumée – de manière réfragable – si cette nationalité existait à ces deux dates. La CDI entendait toutefois « repenser le critère de la continuité »⁶²⁰ et, curieusement, « affranchir la protection diplomatique du joug [de celle-ci, en mettant en place] un régime souple, adapté au droit international contemporain mais sensible aux risques d'abus qui motivaient la règle »⁶²¹, ainsi les paragraphes 2 à 4 du projet d'article 5 prévoient des exceptions à la règle lorsque son application serait contraire à l'équité⁶²².

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 16. La Cour, estimant que cet aspect touche au fond de l'affaire, refusera de retenir cette exception comme étant préliminaire et rejettera la demande estonienne pour irrecevabilité sur la seule base du non-épuisement des voies de recours internes.

⁶¹⁷ « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations » (Rapporteur : M. Herbert Wittaker BRIGGS), Session de Varsovie de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 1965, p. 162-165.

⁶¹⁸ *v.* Commentaire 2) sous le projet d'article 5.

⁶¹⁹ *Id.* Paradoxalement, le Commentaire du Projet d'articles estime la règle « bien établie », et le premier rapport du Rapporteur DUGARD fait état de la pratique conventionnelle et juridictionnelle y relative, constatant néanmoins une incertitude quant au contenu de celle-ci, estimant que « le sens à donner aux termes “la date du dommage”, “la nationalité”, “la continuité” (...) n'a rien de clair » (« Premier rapport sur la protection diplomatique, par M. John DUGARD, rapporteur spécial », Cinquante-deuxième session, 7 mars et 20 avril 2000, Doc. A/CN.4/506 et Add. 1*, p. 257-260, §193-199 et p. 260-261, §200-205).

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 257, §189 et p. 262-263, §206-211.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 263, §212.

⁶²² Le paragraphe 2 concerne la succession d'Etats et le cas où le changement de nationalité est sans rapport avec la présentation de la réclamation, les paragraphes 3 et 4 précisant respectivement que « le nouvel Etat de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien Etat de nationalité et non du nouvel Etat de nationalité » ; et que « un Etat n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui, après la date de la présentation officielle de la réclamation, acquiert la nationalité de l'Etat contre lequel la réclamation est faite ».

Bien que certaines exceptions et incertitudes soient à dénombrer, il est clairement établi que l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice des tiers, personnes physiques et morales, se fonde sur le lien de nationalité, et que ce rattachement effectif doit, le cas échéant (notamment en cas de contestation entre les parties à l'instance), faire l'objet d'une démonstration. Une telle démonstration placera alors le tiers au centre de l'attention du juge et des parties qui se devront d'examiner en détail sa situation. Dans le cadre de l'endossement, la recevabilité de l'action est également conditionnée par l'existence d'un lien juridique de rattachement entre le tiers et l'Etat demandeur, la nature de ce lien étant variable.

B- La nature variable du lien de rattachement dans le cadre de l'endossement

Le lien entre l'agent d'une organisation internationale et l'organisation qui l'emploie est un lien fondé sur une relation de travail, sur la mise en œuvre d'une mission que l'organisation a confié à son agent. Il s'agit d'un lien de nature fonctionnelle qui donne le droit à l'organisation d'exercer la protection du même nom (1). Par ailleurs, l'immatriculation d'un navire auprès des autorités d'un Etat permet à ce dernier, dit « Etat du pavillon », de considérer que le navire a sa *nationalité*, et de se fonder sur ce lien d'allégeance dans le cadre d'une procédure de prompt mainlevée portée devant le TIDM (2). En outre, dans le cadre de l'OMC, les réclamations portées devant l'ORD par les Membres peuvent l'être au bénéfice d'opérateurs économiques privés, l'existence d'un lien de rattachement n'étant toutefois pas nécessaire à la recevabilité d'une plainte (3).

1- L'agent protégé par son organisation internationale : un lien de nature fonctionnelle

La protection fonctionnelle désigne : « [le] fait pour une organisation internationale de présenter une réclamation à l'encontre d'un Etat (ou d'une autre organisation internationale) responsable d'un fait illicite à l'égard d'un de ses agents. Cette protection est dite "fonctionnelle" car elle repose sur le rapport de fonction existant entre l'Organisation et son agent »⁶²³. Qualifiée en 1964 par le TAOIT de « principe général du

⁶²³ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 904-905.

droit de la fonction publique internationale »⁶²⁴, la question de la protection fonctionnelle des agents est posée à la CIJ par l'Assemblée générale des Nations Unies le 4 décembre 1948⁶²⁵, en ces termes :

« I. Au cas où un agent des Nations Unies subit, dans l'exercice de ses fonctions, un dommage dans des conditions de nature à engager la responsabilité d'un Etat, l'Organisation des Nations Unies a-t-elle qualité pour présenter contre le gouvernement *de jure* ou *de facto* responsable une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation des dommages causés a) aux Nations Unies, b) à la victime ou à ses ayants droit ?

II. En cas de réponse affirmative sur le point I b), comment l'action de l'Organisation des Nations Unies doit-elle se concilier avec les droits que l'Etat dont la victime est ressortissant pourrait posséder ? »⁶²⁶.

En rendant son avis consultatif, la Cour se limite à apprécier, exclusivement, la compétence de l'ONU pour présenter une réclamation internationale. Par la suite, le principe de la personnalité juridique internationale de l'Organisation dégagé dans l'avis⁶²⁷, qui inclut la possibilité d'exercer la protection fonctionnelle, a été étendu *mutatis mutandis* à l'ensemble des organisations internationales⁶²⁸. Dans sa décision, la CIJ précise qu'elle entend par « réclamation internationale introduite contre le gouvernement *de jure* ou *de facto* responsable » toute « réclamation dirigée contre un Etat »⁶²⁹. Quant au terme « agent », la Cour lui donne une signification large, « entendant par là quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'Organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celles-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit »⁶³⁰. C'est donc bien un lien de nature fonctionnelle qui doit exister pour donner le droit à une organisation d'exercer la protection fonctionnelle dans le cas où un de ses agents subit un dommage « dans des conditions de nature à engager la responsabilité d'un Etat »⁶³¹. Le lien fonctionnel, entendu largement, existe dès lors qu'une personne est investie par une organisation de compétence(s), fonction(s) ou mission(s) et agit pour le compte de cette dernière.

⁶²⁴ TAOIT, *Jurado*, Jugement n°70, 11 septembre 1964, §II-3.

⁶²⁵ Quelques précédents en la matière peuvent notamment être trouvés dans les observations du gouvernement français adressées à la Cour (CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Exposés écrits, 28 décembre 1948, p. 16-18).

⁶²⁶ CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Requête pour avis consultatif, 7 décembre 1948, p. 8.

⁶²⁷ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 178-180.

⁶²⁸ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 661, §385.

⁶²⁹ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 177.

⁶³⁰ *Id.*

⁶³¹ *Id.*

La Cour insiste sur la distinction entre le lien fonctionnel et le lien de nationalité : « [i]l n'est pas possible, par un recours exagéré à l'idée d'allégeance, d'assimiler au lien de nationalité qui existe entre l'Etat et son ressortissant le lien juridique qui, selon l'article 100 de la Charte, existe entre l'Organisation d'une part, et le Secrétaire général et le personnel du Secrétariat, d'autre part »⁶³². La protection fonctionnelle s'exerce ainsi indépendamment de la condition de nationalité ; *a fortiori*, elle peut s'exercer à l'égard d'un agent de l'organisation qui serait réfugié, apatride⁶³³, ou qui aurait la nationalité de l'Etat défendeur⁶³⁴. La compétence de l'Organisation pour demander la réparation des dommages qui ont été causés non seulement à elle mais également à la victime ou à ses ayant droits implique, si la victime possède également une nationalité, que « le droit de protection diplomatique appartenant à l'Etat et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation peuvent se trouver en concurrence »⁶³⁵. La Cour indique qu'« [e]n pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale »⁶³⁶.

Dans l'opinion individuelle qu'il joint à l'avis, le Juge AZEVEDO revient sur la diversité des personnes pouvant exercer des fonctions dans le cadre d'une organisation internationale : fonctionnaires internationaux, représentants des Etats membres, experts,

⁶³² *Ibid.*, p. 182 (l'article 100 de la Charte des Nations Unies se lit comme suit : « 1. Dans l'accomplissement de leurs devoirs, le Secrétaire général et le personnel ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Ils s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux et ne sont responsables qu'envers l'Organisation. 2. Chaque Membre de l'Organisation s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du Secrétaire général et du personnel et à ne pas chercher à les influencer dans l'exécution de leur tâche »).

⁶³³ *v. Ibid.*, p. 184. Selon les observations du gouvernement américain, ce n'est qu'à l'égard d'un « *stateless individual* » que la protection fonctionnelle peut s'exercer. Dès lors que l'individu lésé a une nationalité, la capacité d'élever sa réclamation au rang de litige international appartient à l'Etat de nationalité, dans le cadre de la protection diplomatique (CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Exposés écrits, *op. cit.*, p. 22).

⁶³⁴ *v. CIJ, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 186.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 185.

⁶³⁶ *Id.* Pour le Royaume-Uni, il existe bien une priorité, en faveur de l'Organisation : « *the party having the prior right to make a claim for compensation on the individual's behalf is the Organization rather than the national State concerned, given the circumstances out of which the claim arose and the predominant allegiance to the Organization owed at the time, and in respect of his work, by the injured person* » (CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Exposés écrits, *op. cit.*, p. 37-38). La Cour précise en outre que : « [b]ien que les bases des deux réclamations soient différentes, cela ne signifie pas que l'Etat défendeur puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage. Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs Etats nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'Etat défendeur » (CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 186).

témoins, conseils et avocats⁶³⁷. Afin de savoir qui, de l'organisation internationale ou de l'Etat de nationalité, peut exercer la protection fonctionnelle ou diplomatique, le Juge propose une solution fondée sur le critère du choix de l'agent :

« [s']il s'agit de fonctionnaires ou d'experts nommés directement par l'Organisation des Nations Unies, sans tenir compte de leur nationalité, la priorité appartiendra à l'Organisation, qui d'ailleurs pourra présenter la réclamation sans avoir besoin d'invoquer un déni de justice ni même d'établir l'épuisement préalable des voies de recours internes. Si, au contraire, ce sont des représentants des Etats membres ou même des experts désignés en considération de leurs pays, notamment si la désignation est confiée à ces derniers, l'action principale se conformera au principe de la nationalité »⁶³⁸.

Malgré le peu de pratique, il est établi que l'exercice de la protection fonctionnelle par une organisation internationale est possible et qu'il s'appuie sur un lien de rattachement *fonctionnel*, fondé sur l'octroi d'une mission que l'agent de l'organisation doit exécuter.

2- Le navire protégé par l'Etat du pavillon : un lien juridique de rattachement assimilé à la nationalité

Dans le cadre des procédures de prompt mainlevée, c'est le pavillon qui constitue le lien juridique de rattachement entre l'Etat et le navire. Le *Dictionnaire de droit international public* définit généralement⁶³⁹ le navire comme étant « toute construction flottante conçue pour naviguer en mer et y assurer, avec un armement et un équipage qui lui sont propres, le service auquel elle est affectée »⁶⁴⁰. L. LUCCHINI et M. VOELCKEL considèrent qu'un navire doit « se défini[r] d'abord et avant tout comme un engin évoluant en mer sous la responsabilité d'un Etat auquel il peut être rattaché par le lien de nationalité et qui peut récuser toute ingérence d'un autre Etat »⁶⁴¹. Le navire possède en effet une nationalité, qui est celle de l'Etat dont il est autorisé à battre le pavillon⁶⁴². A l'instar de la

⁶³⁷ Pour le Juge KRYLOV, les représentants gouvernementaux ne peuvent être qualifiés d'« agents de l'Organisation » (*Ibid.*, opinion dissidente du Juge KRYLOV, p. 218).

⁶³⁸ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge AZEVEDO, p. 195.

⁶³⁹ Des définitions plus précises (« navire auxiliaire », « navire de cartel », « navire de commerce », « navire de guerre », « navire d'Etat », « navire de plaisance », « navire de pêche », « navire ennemi », « navire-hôpital », « navire insurgé », « navire neutre », « navire privé », etc.) peuvent également être consultées : v. SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 729-732.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 729.

⁶⁴¹ *Id.*

⁶⁴² *Ibid.*, p. 812.

nationalité à laquelle il est assimilé, l'octroi du pavillon est une compétence qui relève du domaine réservé de l'Etat. En 1905, dans sa sentence consacrée aux *Boutres de Mascate*, la CPA admettait en effet que, sauf accords particuliers contraires, « il appartient à tout [Etat souverain]⁶⁴³ de décider à qui il accordera le droit d'arborer son pavillon et de fixer les règles auxquelles l'octroi de ce droit sera soumis »⁶⁴⁴. En revanche, tout comme la nationalité, pour que le pavillon d'un navire soit opposable aux autres Etats, un lien substantiel doit unir le navire à l'Etat dont il bat pavillon⁶⁴⁵. En outre, aux fins de contrôle et de protection, la CNUDM exige que les navires aient une – et une seule – nationalité⁶⁴⁶.

Les affaires de prompt mainlevée dont le TIDM a à connaître visent à « met[tre] fin aux effets de l'immobilisation ou de la saisie d'un navire »⁶⁴⁷, et correspondent à un différend interétatique entre l'Etat du pavillon et l'Etat qui a procédé à l'immobilisation du navire, et éventuellement à la détention de l'équipage. Le fait illicite susceptible d'engager la responsabilité ne réside cependant pas dans l'immobilisation du navire ni dans la détention de l'équipage *per se*, mais dans « tout manquement ultérieur de l'Etat

⁶⁴³ Comme le précise l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« CNUDM »), cela concerne tant les Etats côtiers que les Etats sans littoral.

⁶⁴⁴ CPA, *Boutres de Mascate* (France / Grande-Bretagne), Sentence, 8 août 1905, RSA, vol. XI., p. 93.

⁶⁴⁵ Selon les termes de l'article 91 de la CNUDM, « 1. Chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. *Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat le navire.* 2. Chaque Etat délivre aux navires auxquels il a accordé le droit de battre son pavillon des documents à cet effet » (les italiques sont de nous).

⁶⁴⁶ Ainsi que l'exprime l'article 92, « 1. *Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. Aucun changement de pavillon ne peut intervenir au cours d'un voyage ou d'une escale, sauf en cas de transfert réel de la propriété ou de changement d'immatriculation.* 2. Un navire qui navigue sous les pavillons de plusieurs Etats, dont il fait usage à sa convenance, ne peut se prévaloir, vis-à-vis de tout Etat tiers, d'aucune de ces nationalités et peut être assimilé à un navire sans nationalité » (les italiques sont de nous). Dans l'affaire *Saïga*, le TIDM estime que l'article 91 « codifie une règle bien établie du droit international général » (TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2) op. cit.*, p. 36-37, §63). Cependant, l'exigence d'un rattachement effectif du navire à l'Etat « n'est guère respectée dans la pratique, [et] il reste très difficile d'obtenir des Etats l'adoption de critères conventionnels de nature à concrétiser cette obligation » (DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 552, §325). La règle du lien substantiel est en outre relativisée par le TIDM, qui dans la même affaire *Saïga* considère que la Convention de Montego Bay (et particulièrement son article 94) ne permet pas « à un Etat, qui découvre la preuve de l'absence d'une juridiction et d'un contrôle appropriés par l'Etat du pavillon sur un navire, de refuser de reconnaître le droit qu'a le navire de battre le pavillon de l'Etat du pavillon » (TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2), op. cit.*, p. 41, §82).

⁶⁴⁷ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 677.

[immobilisateur] à satisfaire à ses obligations de procéder à la prompte mainlevée dès le dépôt d'une caution raisonnable »⁶⁴⁸. Selon les termes du Juge TREVES,

« [l']article 292 de la Convention établit, à des fins limitées, une forme de protection diplomatique. En présentant une demande de mainlevée, l'Etat du pavillon prend à son compte une prétention d'ordre privé de personnes ayant un lien avec l'Etat du pavillon par le biais de la nationalité du navire. Ceci devient encore plus évident lorsque l'on prend en considération le fait que la demande peut également être présentée directement par les personnes privées intéressées "au nom" de l'Etat du pavillon »⁶⁴⁹.

En effet, selon l'article 292, paragraphe 2, de la CNUDM, « la demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom » : l'Etat du pavillon est donc le seul titulaire du droit de saisir le Tribunal, il peut toutefois déléguer cette prérogative. Pour que la demande soit recevable, le navire immobilisé doit ainsi avoir la nationalité de l'Etat demandeur, c'est-à-dire battre son pavillon en toute régularité. Même en l'absence de contestation de ce lien d'allégeance par le défendeur, le Tribunal doit s'assurer que cette condition de recevabilité de la requête est satisfaite⁶⁵⁰. Ainsi que le Tribunal en a décidé dans l'affaire *Grand Prince*, l'absence de preuve du lien de nationalité, fondé sur le pavillon, unissant le navire immobilisé à l'Etat demandeur rend la requête irrecevable⁶⁵¹. Le Président du TIDM WOLFRUM a en outre reconnu l'applicabilité, aux navires, de la règle de la continuité de la nationalité : « [t]out comme pour les affaires relatives à la protection diplomatique, les procédures de prompt mainlevée exigent que la nationalité reste inchangée entre le moment du dépôt de la demande auprès du Tribunal et la commission de l'acte illicite sur laquelle se fonde la demande »⁶⁵².

La nationalité des personnes se trouvant à bord importe peu. Ainsi, dans l'affaire *Saïga*, « [l]e capitaine et les membres de l'équipage du navire étaient tous de nationalité

⁶⁴⁸ Communication présentée par S. E. le Juge Rüdiger WOLFRUM, Président du Tribunal international du droit de la mer devant la Commission du droit international, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁹ TIDM, *Grand Prince*, *op. cit.*, opinion individuelle de M. TREVES, p. 63, §1.

⁶⁵⁰ TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 30, §40 (v. la démonstration du Tribunal aux paragraphes 55 à 74 (s'agissant de l'immatriculation du navire) et aux paragraphes 75 à 88 (s'agissant du lien substantiel entre le navire et l'Etat)) ; et TIDM, *Grand Prince*, *op. cit.*, p. 41, §78-79.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 42-44, §83-94 (spéc. p. 44, §93).

⁶⁵² Communication présentée par S. E. le Juge Rüdiger WOLFRUM, Président du Tribunal international du droit de la mer devant la Commission du droit international, *op. cit.*, p. 7. v. également QUENEUDEC J.-P., « A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal international du droit de la mer », *Annuaire du droit de la mer*, 2002, p. 85-86, spéc. p. 85 : « il y a lieu de faire application du principe de l'immutabilité ou de la continuité de la nationalité, en tant que principe du droit international général applicable en matière de protection diplomatique des nationaux à l'étranger ».

ukrainienne. Il y avait également à bord trois ressortissants sénégalais employés comme peintres »⁶⁵³. Selon le Tribunal,

« la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] considère un navire comme constituant une unité, en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon à l'égard du navire, le droit qu'a un Etat du pavillon de demander réparation pour toute perte ou tout dommage subi par le navire à la suite d'actes d'autres Etats et le droit qu'a cet Etat d'introduire une instance conformément à l'article 292 de la Convention. Ainsi, le navire, tout ce qui se trouve sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'Etat du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence »⁶⁵⁴.

Pour cette raison (et pour d'autres évoquées dans les développements ultérieurs), les procédures contentieuses de prompt mainlevée ne peuvent être considérées comme relevant, *stricto sensu*, de la protection diplomatique. Cependant, étant donné que l'Etat du pavillon, demandeur, prend fait et cause pour le navire en élevant une réclamation internationale à l'encontre de l'Etat responsable de son immobilisation, cette procédure relève bien de l'endossement au sens où nous l'entendons⁶⁵⁵. Par ailleurs et surtout, le fait de considérer le navire comme une unité englobant « tout ce qui [s'y] trouve, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité » (*sic.*) permet de prendre en considération les tiers personnes physiques (membres de l'équipage ou toute autre personne) dans le cadre de la procédure. L'Etat de nationalité du navire est ainsi habilité à demander réparation pour tout dommage subi, non seulement par le navire mais également par les personnes se trouvant à bord.

Un lien juridique de rattachement clairement identifiable est donc exigé dans le cadre de l'endossement, tant en matière de protection fonctionnelle que s'agissant des demandes de prompt mainlevée adressées au TIDM. En revanche, les spécificités du

⁶⁵³ TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 27-28, §31.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 48, §106. A cet égard, le Projet d'articles sur la protection diplomatique de la CDI contient un projet d'article 18 intitulé « *Protection des équipages des navires* », disposant que « [l]e droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ses membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite ».

⁶⁵⁵ Comme l'affirme J.-P. QUENEUDEC, « [q]ue [l'Etat du pavillon] agisse lui-même directement devant le Tribunal international du droit de la mer, ou qu'il agisse indirectement en autorisant une personne à saisir en son nom le Tribunal, dans l'un et l'autre cas il est considéré comme ayant pris fait et cause pour un navire de sa nationalité et il apparaît toujours comme le requérant dans l'instance de prompt mainlevée ouverte par sa demande propre ou sur son autorisation expresse » (QUENEUDEC J.-P., « A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 85.).

contentieux de l'OMC font qu'en dépit de la « logique d'endossement » qui sous-tend la procédure, le lien de rattachement entre l'opérateur économique privé et le Membre demandeur est généralement indéterminé.

3- L'opérateur économique privé dans le cadre de l'ORD de l'OMC : un lien de rattachement indéterminé

Seuls les Membres de l'OMC ont accès à la procédure de règlements des différends de l'Organisation. L'Organe d'appel le « soulign[naît] d'emblée » dans son rapport rendu en l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* :

« seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'Accord sur l'OMC et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès »⁶⁵⁶.

Le contentieux à l'OMC est, dès lors, essentiellement interétatique⁶⁵⁷. Cependant, ce sont avant tout les opérateurs économiques privés qui bénéficient du droit de l'OMC et, conséquemment, qui pâtissent d'éventuelles violations⁶⁵⁸. Dès lors, sans occulter les intérêts économiques propres qu'ils y défendent, il est possible d'envisager que les réclamations portées devant l'ORD par les Membres de l'OMC sont endossées par ceux-ci au bénéfice des opérateurs économiques privés lésés⁶⁵⁹. Comme l'écrivent L. RUIZ-FABRI et L. BOY, « bien que réputés interétatiques au titre de la procédure dont relève leur traitement, bien des litiges économiques concernent de très près, voire se confondent avec, les intérêts d'acteurs économiques privés, au point qu'il est évident que l'Etat se fait en

⁶⁵⁶ Etats Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 38, §101.

⁶⁵⁷ Tout territoire douanier autonome peut être membre de l'OMC. Selon l'article XII de l'Accord instituant l'OMC, « [t]out Etat ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures (...) pourra accéder au présent accord (...) ». Dans leur immense majorité, les Membres de l'OMC sont des Etats (v. la liste des Membres sur le site de l'Organisation, https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm (consulté le 21/09/2018)).

⁶⁵⁸ v. à ce propos, CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 91 ; CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 21 ; RACINE J.-B., « Les entreprises et l'Organisation mondiale du Commerce », in GARCIA T., TOMKIEWICZ V. (Dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit. Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 231.

⁶⁵⁹ v. LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », in TOMKIEWICZ V., avec la collaboration d'HOEFFNER W., PAVOT D. (Dir.), *Organisation mondiale du commerce et responsabilité. Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49-66.

réalité le porte-parole de ces intérêts »⁶⁶⁰ ; en d'autres termes, les Membres de l'OMC « n'agissent que sous la pression de leurs entreprises »⁶⁶¹. Derrière celles-ci, ce sont les intérêts d'actionnaires, de salariés et de consommateurs qu'il s'agit de faire valoir. Dans ce cadre, D. CARREAU et P. JUILLARD estiment qu'« une forme de protection diplomatique » est « *de facto* ressuscitée »⁶⁶². Par l'endossement, le Membre de l'OMC prendrait alors fait et cause pour un opérateur économique privé, décidant discrétionnairement⁶⁶³ d'élever sa réclamation au rang de litige international. Selon les termes de G. LE FLOCH,

« [u]n opérateur économique privé qui souhaite qu'un Membre de l'OMC endosse sa réclamation contre un autre Membre doit lui transmettre une demande en ce sens. Celle-ci, comme n'importe quelle demande d'exercice de la protection diplomatique, est adressée à l'Etat par des canaux informels. Les demandes d'endossement de réclamation contre un Membre de l'OMC peuvent être alternativement adressées au Ministre des affaires étrangères, à la délégation auprès de l'OMC ou encore à l'ambassade située dans l'Etat visé par la demande de plainte »⁶⁶⁴.

Et de poursuivre en expliquant qu'« [a]ucune procédure spécifique n'encadre cette demande d'endossement »⁶⁶⁵. Aucune précision, ni dans les textes régissant la procédure ni dans les propos de l'auteur, ne permet de déterminer la nature du lien qui unit le Membre de l'OMC à l'origine de la plainte devant l'ORD et l'opérateur économique privé dont il épouserait la cause. Tout au plus, nous apprenons que le lien de nationalité n'est pas une condition de recevabilité de la plainte :

« (...) [a]ucun lien spécifique de nationalité n'est exigé entre le Membre qui introduit la plainte et l'opérateur économique privé au nom de laquelle cette dernière est présentée. En pratique, il est vrai que le Membre qui endosse la réclamation est celui de la nationalité de l'opérateur économique privé. Si l'on se fonde sur le contentieux des aéronefs civils, il n'étonnera personne que la réclamation de *Boeing* a été endossée par les

⁶⁶⁰ RUIZ-FABRI H., « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 897.

⁶⁶¹ BOY L., « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RIDE*, 2003, p. 487.

⁶⁶² CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁶³ Aux termes de l'article 3, §7 du MARD, « avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action (...) serait utile ». v. également LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 54-59. L'auteur traite notamment de considérations économiques pragmatiques pouvant dissuader, le cas échéant sous la pression d'autres opérateurs économiques privés, le Membre d'agir.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 51. v. également COTE C.-E., « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in BLIN O. (Dir.), *Regards croisés sur le Règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce : Actes de la Journée d'études du 1^{er} décembre 2006 organisée par l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC) à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 42.

⁶⁶⁵ LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 51-52.

Etats-Unis, celle d'Airbus par l'Union européenne, celle d'*Embraer* par le Brésil et enfin celle de *Bombardier* par le Canada. Cependant, il ne s'agit pas d'une condition de recevabilité de la demande comme cela l'est pour le mécanisme de la protection diplomatique. A titre d'illustration, un Etat A peut très bien chercher à vouloir défendre les intérêts d'une société de nationalité X contre un Etat Y parce que les actionnaires sont de nationalité A. Dans cette configuration, ainsi que le rappelle l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Etat A ne peut exercer sa protection diplomatique. Rien ne l'empêche en revanche d'introduire une plainte à l'ORD puisqu'il n'est pas nécessaire d'établir un lien de rattachement par le biais de la nationalité »⁶⁶⁶.

Il n'est même pas, à vrai dire, nécessaire qu'un lien d'allégeance d'aucune sorte unisse le demandeur et l'opérateur économique privé. Il suffit que ce dernier soit établi sur le territoire d'un Membre de l'OMC, et que ce Membre subisse ou risque de subir une « annulation ou une réduction des avantages découlant des accords » du fait d'un autre Membre. Il peut également s'agir d'actionnaires ou de commerçants étrangers exerçant leurs activités économiques sur le territoire d'un Membre qui adopte des législations contraires au droit de l'Organisation, conduisant ces personnes privées à demander l'endossement à l'Etat (ou aux Etats) dont elles ont la nationalité. Ces cas de figure peuvent encore permettre d'identifier, respectivement, un lien de nature *territoriale* ou un lien de *nationalité* entre l'opérateur économique lésé et le Membre qui prend fait et cause pour lui, rattachant ces plaintes aux titres de compétence dévolus classiquement à l'Etat par le droit international. Il est également possible d'imaginer, compte tenu de la conception extrêmement large de la notion d'intérêt à agir qui caractérise le contentieux à l'OMC, qu'un Membre soit sollicité pour un endossement sans qu'aucun lien de rattachement d'aucune sorte n'existe à l'égard de l'opérateur économique privé. En effet, dans le contentieux particulier de l'OMC, l'introduction d'une plainte est justifiée par le seul risque d'annulation ou de réduction des avantages résultant des accords de l'Organisation. Toujours selon G. LE FLOCH,

« (...) [a]ucune disposition du Mémoire d'accord ni des Accords de l'OMC n'exige la présence d'un "intérêt juridique" ou d'un "intérêt économique" pour introduire une requête devant l'Organe de règlement des différends. Ainsi, lorsqu'un Membre introduit une plainte au soutien d'une entreprise privée, il intervient juridiquement en son nom propre pour faire valoir ses propres intérêts et non au nom d'un opérateur économique privé même si en pratique l'objectif est de mettre un terme au préjudice éventuellement subi par ce dernier »⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 60.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 63.

Dès lors, l'intérêt pouvant être porté aux réclamations économiques privées dans le cadre de l'OMC ne saurait être assimilé à une forme de protection diplomatique (d'autant plus que le plaignant peut ne pas être un Etat, ainsi en est-il des plaintes introduites par l'Union européenne) ; il est également permis de douter qu'il s'agisse véritablement d'un endossement. En effet, la nature juridique du lien rattachant la personne privée lésée au Membre demandeur à l'instance demeure indéterminée. Plus encore, l'intérêt de cette détermination est tout relatif dans la mesure où l'existence même d'un tel lien n'est pas nécessaire pour que la plainte soit recevable. Cela présente l'avantage de pouvoir obtenir plus facilement le traitement juridictionnel de situations litigieuses liées à l'application du droit de l'OMC, ce qui bénéficiera *in fine* aux tiers que sont les opérateurs économiques privés, c'est-à-dire des actionnaires, des salariés, ou encore des consommateurs. Comme nous le développerons ultérieurement, la situation de ces tiers demeure cependant problématique car le contentieux de l'Organisation ne permet pas de leur octroyer une quelconque réparation.

Ainsi, sauf dans le cadre de l'OMC, l'examen d'un moyen d'irrecevabilité tiré du lien juridique de rattachement autorisant le demandeur à agir au bénéfice de la personne protégée peut justifier un examen approfondi – bien qu'incident – de la situation de cette dernière, tiers à l'instance, dès lors que les faits qui la concernent et qui sont pertinents pour prouver la recevabilité de la réclamation sont contestés entre les parties. Une telle analyse de la situation du tiers peut également survenir lorsqu'il s'agit de s'assurer qu'avant de bénéficier de la protection diplomatique de son Etat, celui-ci a au préalable cherché à obtenir réparation conformément aux lois de l'Etat hôte.

II- Le tiers protégé, tenu à l'épuisement préalable des voies de recours internes

L'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes est incertaine dans le cadre de l'endossement (A). Elle trouve en revanche à s'appliquer dans le cadre de la protection diplomatique (B).

A- Une exigence variable dans le cadre de l'endossement

La CIJ ne s'étant pas prononcée sur la question de savoir si l'agent d'une organisation internationale doit avoir épuisé les voies de recours internes disponibles avant que son organisation puisse exercer la protection fonctionnelle, la question reste en suspens (1). Il est en revanche admis que l'épuisement des voies de recours internes n'est pas une condition de recevabilité de la requête dans le cadre des procédures de prompt mainlevée (2), pas plus que dans le cadre des plaintes soumises à l'ORD (3).

1- L'agent d'une organisation internationale doit-il épuiser les voies de recours internes pour bénéficier de la protection fonctionnelle de celle-ci ?

Dans son avis consultatif consacré aux *Domages subis au service des Nations Unies*, la CIJ ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'agent de l'organisation internationale devait épuiser les voies de recours internes. Du point de vue des faits de l'affaire ayant conduit l'Assemblée générale des Nations Unies à soumettre ses questions pour avis consultatif à la Cour, la question de l'épuisement des voies de recours internes était superflue, car l'agent de l'ONU, le Comte BERNADOTTE, avait trouvé la mort à l'occasion de sa mission. D'un point de vue juridique, et plus particulièrement procédural, la Cour n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, que la requête ne lui posait pas. Les observations écrites émises par le Gouvernement américain envisageaient brièvement la question : « *[o]f course, there may exist certain local remedies in the tribunals of a respondent State which it may be*

necessary to exhaust to obtain reparation »⁶⁶⁸. Cependant, à l'audience, les représentant et conseil de l'ONU, MM. KERNO et FELLER, ont expliqué à la Cour que la question de l'épuisement des voies de recours internes par l'agent dépassait le cadre de la question posée par l'Assemblée générale⁶⁶⁹. En effet, la Cour, dans son avis de 1949, se désintéresse de la question de l'épuisement des voies de recours internes par l'agent de l'Organisation. Seul – mais sans se heurter à une quelconque contradiction de la part des autres juges – le Juge AZEVEDO considère dans son opinion individuelle que l'Organisation n'a pas besoin, pour présenter une réclamation, « d'invoquer un déni de justice ni même d'établir l'épuisement préalable des voies de recours internes »⁶⁷⁰.

On pourrait arguer que l'épuisement préalable des voies de recours internes est une règle coutumière bien établie du droit international, d'applicabilité générale, qui ne peut être écartée que sur la base d'arrangements particuliers⁶⁷¹ et que sauf à considérer de tels arrangements, l'agent d'une organisation internationale est tenu à son respect⁶⁷². Cependant et par analogie, l'agent d'une organisation internationale en mission est à rapprocher d'un agent étatique en mission, davantage que d'un particulier. Les réclamations interétatiques visant à réparer le tort subi par de tels agents en mission sont des réclamations considérées comme directes, pour la recevabilité desquelles il n'est pas nécessaire d'établir que les voies de recours internes ont préalablement été épuisées⁶⁷³.

Si la question de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre de la protection fonctionnelle reste en suspens, l'épuisement préalable des voies de recours

⁶⁶⁸ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Exposés écrits, observations du gouvernement américain, 28 décembre 1948, p. 21.

⁶⁶⁹ Selon M. KERNO, « [t]here is (...) no need for the Court to concern itself with such questions as denial of justice, exhaustion of local remedies, and various other questions of the same character (...). The question, in effect, is, assuming that a State is responsible of the injury, does the United Nations have the capacity to bring an international claim ? » (*Ibid.*, Procédure orale, Séance publique tenue le 7 mars 1949, Statement by Mr. KERNO (United Nations), p. 65). Et M. FELLER de renchérir : « (...) these issues do not come into consideration here, because the question submitted by the Assembly assumes, as a premise, that the State is responsible. In the discussion of any individual claim which the United Nations might present, there would be room for consideration as to whether these rules of denial of justice and exhaustion of local remedies are applicable » (*Ibid.*, Statement by Mr. FELLER (United Nations), p. 89).

⁶⁷⁰ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge AZEVEDO, p. 195.

⁶⁷¹ v. CIJ, *Interhandel* (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (exceptions préliminaires), 21 mars 1959, p. 25. Ces considérations sont développées *infra* (II, B, 1).

⁶⁷² L'article 45, paragraphe 2, du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (2011) conforte cette réflexion. Intitulé « *Recevabilité de la demande* », il dispose : « [L]orsqu'une règle exigeant l'épuisement des voies de recours internes est applicable à une demande, l'Etat ou l'organisation internationale lésés ne peuvent pas invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si toute voie de recours disponible et efficace n'a pas été épuisée ».

⁶⁷³ v. *infra*, Chapitre IV, Section I, I, A.

internes n'a pas à être établi ni dans le cadre des procédures de prompt mainlevée devant le TIDM, ni dans le cadre du règlement des différends à l'OMC.

2- Les personnes se trouvant à bord du navire ne sont pas tenues d'épuiser les voies de recours internes avant la saisine du TIDM

L'épuisement préalable des voies de recours internes n'a pas à être établi dans le cadre d'une procédure de prompt mainlevée portée devant le TIDM. Cette procédure, « indépendante, rapide et prioritaire »⁶⁷⁴, permet la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire et/ou la prompt libération de son équipage. C'est là le seul objet de la procédure, contre le dépôt d'une caution raisonnable ou autre garantie financière, et « sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée »⁶⁷⁵. L'épuisement des voies de recours internes n'a donc pas lieu d'être dans le cadre de ce contentieux. Cela a été confirmé par le TIDM, et sa jurisprudence sur la question n'a pas été remise en cause à ce jour. Délaissée dans la première affaire de prompt mainlevée dont a connu le Tribunal (l'affaire *Saiga*), la question est abordée dès la deuxième affaire, portant sur l'immobilisation du navire *Camouco*. La France, défendeur, allègue que la règle de l'épuisement des voies de recours internes « [ne devrait pas être] considérée comme étant une condition nécessaire à l'introduction d'une action au titre de l'article 292 »⁶⁷⁶. C'est également ce qu'estime le Tribunal :

« il ne serait pas logique de lire dans l'article 292 l'exigence d'une application de la règle des recours internes ou de toute autre règle analogue. L'article 292 de la Convention vise à obtenir la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la mise en liberté de son équipage après une immobilisation et une arrestation prolongées dues à l'imposition de cautions déraisonnables par des juridictions internes, qui infligent ainsi des pertes – pouvant être évitées – au propriétaire du navire ou à d'autres personnes affectées par cette immobilisation et cette arrestation. (...) L'article 292 prévoit une procédure indépendante mais non un recours en appel contre une décision rendue par une juridiction interne. Aucune limitation ne doit être lue dans l'article 292, qui irait à l'encontre de l'objet et du but mêmes de cet article. De fait, l'article 292 autorise la soumission d'une demande de mainlevée après une courte période à compter du moment de l'immobilisation et, dans la

⁶⁷⁴ v. AKL J., « La procédure de prompt mainlevée du navire ou de prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », *Annuaire du droit de la mer*, 2001, p. 223-232.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁶⁷⁶ TIDM, *Affaire du « Camouco »*, *op. cit.*, p. 28-29, §55.

pratique, les recours internes ne peuvent normalement pas être épuisés dans un délai aussi court »⁶⁷⁷.

Superflu dans le cadre des procédures de prompt mainlevée soumises au TIDM, l'épuisement des voies de recours internes ne constitue pas non plus une condition de recevabilité des plaintes soumises à l'ORD.

3- Les opérateurs économiques privés ne sont pas tenus d'épuiser les voies de recours internes avant la saisine de l'ORD

Dans le cadre de l'OMC, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas non plus une condition de recevabilité de la plainte. Pour G. LE FLOCH, cela découle logiquement du fait que le droit de l'OMC est dépourvu d'effet direct⁶⁷⁸, et l'application de la règle « risquerait en outre de porter atteinte à l'objectif d'efficacité et de rapidité du mécanisme de règlement des différends »⁶⁷⁹. Des arguments contraires sont avancés par R. S. MARTHA⁶⁸⁰. Ce dernier rappelle avec raison que l'épuisement des voies de recours internes est une règle coutumière, d'application générale dans le contentieux international. S'il est vrai qu'elle peut être écartée par des règles spécifiques, notamment conventionnelles, une telle dérogation ne se présume pas. Les textes régissant la procédure contentieuse de l'OMC (et auparavant du GATT) sont muets quant à l'application de la règle. Etant admis qu'« il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public »⁶⁸¹, rien ne permet de conclure que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, ni expressément requise ni expressément exclue par les textes,

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 29, §57-58. L'opinion individuelle du Juge NELSON, jointe à l'arrêt, défend la même position. Les opinions dissidentes des juges ANDERSON et VUKAS introduisent une nuance, considérant que l'épuisement des voies de recours internes n'est certes pas une condition préalable pour présenter une demande de prompt mainlevée devant le Tribunal, mais que dans l'hypothèse où une action contentieuse ayant le même objet et les mêmes parties (*litispendants*) est déjà engagée devant une juridiction interne, le Tribunal ne devrait pas être saisi avant l'issue de cette instance.

⁶⁷⁸ LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 60. v. également LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, *op. cit.*, p. 798.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 62. v. en outre, Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, Rapport du Groupe spécial adopté par le Comité des subventions et des mesures compensatoires, SCM/153, 28 avril 1994, p. 8-13, §22-34. v. également le rapport du groupe spécial, Argentine – *Mesures affectant les importations de chaussures, textiles vêtements et autres articles*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS56/R, 25 novembre 1997, p. 120, §6.68.

⁶⁸⁰ v. MARTHA R. S., « World Trade Dispute Settlement and the Exhaustion of Local Remedies Rule », *Journal of World Trade*, 1996, p. 107-130.

⁶⁸¹ Etats-Unis – *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 19.

n'est pas exigée dans le cadre de la procédure contentieuse de l'Organisation⁶⁸². Ainsi, selon l'auteur, l'épuisement des voies de recours internes est – théoriquement, du moins – exigé dans le cadre des plaintes soumises à l'ORD.

La pratique de ce contentieux particulier tranche cette controverse doctrinale en faveur de l'absence de nécessité d'épuiser les voies de recours internes. Les parties au différend ne cherchent pas à endosser les réclamations privées afin de redresser un tort subi par leurs ressortissants (ou par elles-mêmes, en la personne de leurs ressortissants, selon la « fiction *Mavrommatis* »), mais à préserver un système multilatéral fondé sur la concession d'avantages réciproques : ainsi que nous le verrons dans nos propos ultérieurs, le contentieux à l'OMC est uniquement prospectif et se désintéresse de la réparation au sens où l'entend, classiquement, le droit de la responsabilité internationale.

Si la question reste à trancher s'agissant de la protection fonctionnelle, il est établi que les voies de recours internes n'ont pas à être épuisées avant de saisir le TIDM d'une affaire de prompt mainlevée, ni avant de soumettre une plainte à l'ORD. Ces solutions procédurales s'expliquent par le caractère particulier de la procédure de prompt mainlevée, ainsi que par les spécificités qui caractérisent le contentieux à l'OMC ; deux domaines juridictionnels en outre soucieux de respecter une promptitude quant au traitement des réclamations. Dans ces contentieux, la protection des tiers ne repose donc sur aucune démarche préalable de leur part. Il n'en va pas ainsi dans le cadre de la protection diplomatique.

B- Une exigence certaine dans le cadre de la protection diplomatique

Avant de bénéficier de la protection diplomatique de son Etat, la personne privée physique ou morale se doit d'épuiser les voies de recours internes (1). Si l'existence de cette obligation est clairement établie, sa teneur est plus complexe à saisir et met en exergue une jurisprudence casuistique (2).

⁶⁸² MARTHA R. S., « World Trade Dispute Settlement and the Exhaustion of Local Remedies Rule », *op. cit.*, p. 107-109. v. également LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique, op. cit.*, p. 797 (v. plus généralement sur la question, p. 797-802).

1- L'épuisement préalable des voies de recours internes, « règle bien établie du droit international coutumier »⁶⁸³

La règle de l'épuisement des voies de recours internes exige que l'individu (ou la personne morale) cherche tout d'abord à obtenir réparation devant les juridictions internes de l'Etat hôte, avant de solliciter ou de bénéficier de la protection diplomatique de son Etat de nationalité⁶⁸⁴. Comme le précisait la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, « c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires »⁶⁸⁵. La règle trouverait son fondement dans la souveraineté de l'Etat hôte, qui se voit offrir la possibilité de redresser les torts conformément à sa législation, avant que des mécanismes internationaux ne soient invoqués à cet effet. Au contentieux, l'épuisement des voies de recours internes est une condition de recevabilité de l'action du demandeur⁶⁸⁶.

Le comportement du tiers, personne physique ou morale, au regard de la satisfaction de cette condition de recevabilité sera au centre de la démonstration des parties et de l'analyse effectuée par le juge. C'est en effet à la personne dont la réclamation sera éventuellement endossée par l'Etat demandeur de tenter de trouver d'abord une solution dans l'ordre juridique de l'Etat hôte, comme le montre la pratique juridictionnelle pertinente. Ainsi, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la troisième exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis tendait à obtenir de la CIJ une décision d'incompétence⁶⁸⁷,

⁶⁸³ Expression empruntée à la Cour internationale de Justice (CIJ, *Interhandel*, *op. cit.*, p. 25).

⁶⁸⁴ Sur les origines de la règle, v. CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *op. cit.*, opinion dissidente du Juge VAN EYSINGA, p. 36-37.

⁶⁸⁵ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p. 12 (les italiques sont de nous). Selon J. FAWCETT, la règle ne peut s'appliquer qu'en présence d'une double violation, c'est-à-dire d'une violation concurrente du droit interne et du droit international. En effet, selon l'auteur, en cas de violation du seul droit international « *since there has been nothing done contrary to the local law, there can be no local remedies to exhaust* ». v. FAWCETT J., « The Exhaustion of Local Remedies : Substance or Procedure », *British Yearbook of International Law*, 1954, p. 454-458.

⁶⁸⁶ Il est cependant possible d'écarter cette règle non impérative par traité, ou le cas échéant par le jeu de l'*estoppel* (v. AMERASINGHE C.F., « The Exhaustion of Local Remedies », in AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, *op. cit.*, v. « Waiver of the Rule », p. 161-173). Toutefois, la renonciation tacite à la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne semble pas avoir la faveur de la CIJ, qui a considéré dans l'affaire *ELSI* qu'on « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée » (CIJ, *Eletronica Sicula S.p.A (ELSI)*, (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, 20 juillet 1989, p. 42, §50).

⁶⁸⁷ CIJ, *Interhandel*, *op. cit.*, p. 24 : la Cour considèrera que « bien que visant la compétence de la Cour, cette exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête » (v. *contra.*, *Ibid.*, déclaration du Juge KOJEVNIKOV) et l'examinera à ce titre en dernier.

« pour le motif que l'Interhandel, dont le Gouvernement suisse épouse la cause, n'a pas épuisé les recours internes dont il disposait devant les tribunaux des Etats-Unis »⁶⁸⁸. Dans cette affaire, la Cour affirme qu'en effet, « la règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier »⁶⁸⁹. La Cour examinera alors le parcours judiciaire, aux Etats-Unis, de la société anonyme dont la Suisse endosse la réclamation, pour constater qu'une procédure est, à cet égard, toujours en cours sur le sol américain⁶⁹⁰. Sur cette base, elle retient le défaut d'épuisement préalable des voies de recours internes et rejette la réclamation suisse⁶⁹¹. Egalement, dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, l'Italie soulevait à l'encontre de la requête américaine une exception d'irrecevabilité tirée du non-épuisement des voies de recours internes par les deux sociétés américaines contrôlant la société italienne ELSI, Raytheon et Machlett, au nom desquelles les Etats-Unis ont introduit la demande. La Chambre constituée pour connaître du différend examine la situation des tiers au regard de l'épuisement des voies de recours internes et précise que la preuve du non-épuisement des voies de recours internes incombe à celui qui se prévaut de ce moyen d'irrecevabilité – classiquement, le défendeur à l'instance : « l'Italie devait démontrer qu'il existait néanmoins un quelconque recours interne qui n'avait pas été tenté ou du moins tenté mais pas épuisé »⁶⁹². Après un examen détaillé de la situation du tiers⁶⁹³, la Chambre rejette d'ailleurs, à l'unanimité, l'exception d'irrecevabilité fondée sur le non-épuisement des voies de recours internes, pour défaut de preuve par l'Italie qu'il subsistait des recours non tentés ou non épuisés.

⁶⁸⁸ CIJ, *Interhandel*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 25. La règle a également pu trouver son fondement dans le droit conventionnel (v. par exemple Article 10, alinéa 3 de l'Accord de coopération franco-américain du 28 juin 1948 : « (...) aucun des deux gouvernements ne présentera (...) de réclamations d'un de ses ressortissants avant que celui-ci n'ait épuisé les voies de recours qui lui sont ouvertes devant les tribunaux administratifs et judiciaires du pays où la réclamation prend naissance »).

⁶⁹⁰ v. l'examen de la situation du tiers, *Ibid.*, p. 14-17 et p. 24-25.

⁶⁹¹ Le gouvernement suisse, sans parvenir à convaincre la Cour, argumenta en faveur d'exceptions à la règle dans le cas d'espèce, d'une part car la mesure lésant la société était une mesure émanant du gouvernement des Etats-Unis et non d'une autorité subalterne, et d'autre part, car le litige n'était pas approprié pour la justice interne en ce qu'il présentait de multiples aspects de droit international. (*Ibid.*, p. 25-27).

⁶⁹² CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, *op. cit.*, p. 46, §59. v. également p. 47-48, §63.

⁶⁹³ Pour un compte-rendu de la situation générale du tiers, v. *Ibid.*, p. 23-40, §13-45. Pour un compte-rendu ciblé sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, v. *Ibid.*, p. 44-48, §56-63. Sur la question de l'épuisement des voies de recours internes dans la procédure écrite : v. CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, mémoire des Etats-Unis d'Amérique, 15 mai 1987, p. 64-67 et p. 359-389 ; *Ibid.*, contre-mémoire de l'Italie, 16 novembre 1987, p. 9-25 et p. 264-267 ; *Ibid.*, réplique des Etats-Unis d'Amérique, 18 mars 1988, p. 374-377 ; *Ibid.*, duplique de l'Italie, 18 juillet 1988, p. 450-456 ; et *Ibid.*, procès-verbaux des audiences publiques, CR/1987, p. 12-15, p. 81-92, p. 147, p. 156-166, p. 194, p. 283-291 et p. 379-381.

L'obligation d'épuiser préalablement les voies de recours internes s'impose également à la personne physique, avant que son Etat national ne prenne le cas échéant fait et cause pour elle. Ainsi, dans l'affaire *Diallo*, la Guinée ne contestait pas l'application de la règle mais estimait qu'elle « ne [pouvait] être opposable à M. Diallo », invoquant l'inefficacité et l'inaccessibilité des recours, notamment car « [l]a détention arbitraire et [l']expulsion immédiate [du tiers l'avaient] placé dans l'impossibilité d'intenter des recours internes au Congo »⁶⁹⁴. L'argumentation guinéenne dans cette affaire suggère l'exigibilité variable de l'obligation, dont la teneur doit dès lors être précisée.

2- La teneur de l'obligation : que signifie « épuiser les voies de recours internes » ?

Il s'agit de se demander ce que doit faire, concrètement, l'individu ou la personne morale lésée sur le territoire de l'Etat hôte : quels types de recours doivent être épuisés ? Jusqu'où faut-il aller dans le processus juridictionnel ? Nos éléments de réponse mettent en exergue le caractère casuistique des solutions retenues par les tribunaux.

Comme l'exprimait le Juge DE VISSCHER dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, « il est reconnu que la règle de l'épuisement préalable des recours internes doit être appliquée non d'une manière automatique, mais en tenant compte des circonstances de l'espèce et tout particulièrement des limitations que ces circonstances peuvent opposer à l'efficacité du recours »⁶⁹⁵. La jurisprudence internationale permet néanmoins de dégager certains critères généraux relatifs à la teneur de la règle. L'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* nous enseigne que tous les recours doivent être épuisés, « y compris ceux devant la Cour de Cassation, laquelle peut, soit – en cassant la sentence de la cour d'appel – renvoyer l'affaire pour un nouvel examen, soit – en rejetant le pourvoi – rendre la sentence définitive »⁶⁹⁶. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI limite toutefois les exigences de la règle aux recours disponibles et efficaces en précisant qu'« il ne peut (...) y avoir lieu de recourir aux tribunaux internes, si ceux-ci ne sont pas à

⁶⁹⁴ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, *op. cit.*, Requête introductive d'instance, 28 décembre 1998, p. 34.

⁶⁹⁵ CPJI, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt (exception d'incompétence), 4 avril 1939, Série A/B, opinion individuelle du Juge DE VISSCHER, p. 138.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 79.

même de pouvoir statuer ; il n'est pas non plus nécessaire de recourir encore une fois aux tribunaux internes, si le résultat doit être la répétition d'une décision déjà rendue »⁶⁹⁷. Dans l'affaire relative aux *Forêts du Rhodope Central*, l'arbitre a fait application du critère de l'utilité des recours, suivant l'argumentation du Gouvernement hellénique qui estimait que la règle de l'épuisement préalable des moyens internes ne lui était pas opposable, notamment car « l'accès aux tribunaux internes n'offrirait aux réclamants aucune possibilité d'obtenir justice, ces tribunaux étant liés par la législation nationale [litigieuse] »⁶⁹⁸. L'arbitre ira plus loin, énonçant plus qu'un assouplissement, une véritable exception à la règle, qu'il semble toutefois falloir lier au critère plus classique de la *disponibilité* des recours :

« [e]n outre, la règle de l'épuisement des recours locaux ne s'applique pas, en général, lorsque le fait incriminé consiste en des mesures prises par le Gouvernement ou par un membre du Gouvernement, dans l'exercice de ses fonctions officielles. Il est rare qu'il existe des remèdes locaux contre les actes des organes les plus autorisés de l'Etat »⁶⁹⁹.

Des précisions quant à la teneur de la règle sont également apportées par la jurisprudence de la CIJ. Notamment, dans l'affaire *ELSI*, la Cour précise que :

« la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties : *pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès* »⁷⁰⁰.

Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée, en sa qualité de demandeur, faisait valoir plusieurs exceptions à la règle pour justifier le non-épuisement des voies de recours internes par son national : les recours étaient inefficaces ou futiles (notamment en raison d'une interférence

⁶⁹⁷ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *op. cit.*, p. 18. Dans l'opinion individuelle qu'il joint à cette même affaire, le Juge ERICH insiste sur le caractère efficace et utile des recours qui doivent être épuisés pour satisfaire à la règle : « du caractère même de la règle, il découle que, pratiquement, l'épuisement peut se trouver accompli bien que la partie intéressée elle-même ne soit pas allée jusqu'à la dernière instance accessible. Il se peut, dans la réalité des choses, soit que le parcours de toutes les instances jusqu'à la dernière ne soit d'aucune utilité réelle ni d'aucune efficacité, soit que les autorités compétentes se soient prononcées, au moins implicitement, sur des points essentiels de l'affaire de telle manière que, au point de vue matériel, il ne reste plus rien à "épuiser" » (*Ibid.*, opinion individuelle de M. ERICH, p. 52-53).

⁶⁹⁸ Sentence arbitrale, *Forêts du Rhodope central* (question préalable) (Grèce c. Bulgarie), Décision du 4 novembre 1931, *RSA*, vol. III, p. 1419.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 1420.

⁷⁰⁰ CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, *op. cit.*, p. 46, §59 (les italiques sont de nous).

de la puissance de l'Etat), les délais d'administration de la justice étaient excessivement longs, l'éloignement du territoire a constitué un obstacle à la poursuite de procédures existantes et à l'introduction de nouveaux recours, et, enfin, la spoliation ne permettait pas à la victime de soutenir des actions judiciaires⁷⁰¹. Les exceptions préliminaires congolaises estiment que l'absence du territoire ne constituait pas un obstacle à la poursuite de procédures déjà entamées, et, qu'en pareil cas, il est possible de se faire représenter pour en introduire de nouvelles⁷⁰². Le Congo considère également que la pauvreté n'est pas une « nouvelle exception au principe fondamental de l'épuisement préalable des voies de recours internes »⁷⁰³. La Cour n'accueillera pas l'argumentation congolaise pour défaut de preuve qu'il existait, dans l'ordre juridique interne congolais, des voies de recours disponibles et efficaces, qui auraient notamment permis au tiers de contester son expulsion du territoire⁷⁰⁴. Sur l'étendue de l'obligation,

« [l]a Cour [rappelle] que si les recours internes qui doivent être épuisés comprennent tous les recours de nature juridique, aussi bien les recours judiciaires que les recours devant des instances administratives, les recours administratifs ne peuvent être pris en considération aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes que dans la mesure où ils visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure »⁷⁰⁵.

La jurisprudence dégagée par les organes du Conseil de l'Europe peut également se révéler précieuse pour déterminer la teneur de la règle de l'épuisement des voies de recours internes⁷⁰⁶. Selon la Commission européenne des droits de l'Homme, chargée de l'examen de la recevabilité des requêtes dans le système juridictionnel initial du Conseil de l'Europe,

⁷⁰¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, *op. cit.*, observations de la République de Guinée sur les exceptions préliminaires de la République démocratique du Congo, Livre I, 7 juillet 2003, p. 61-90.

⁷⁰² CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, *op. cit.*, exceptions préliminaires présentées par la République démocratique du Congo, vol. 1, 1^{er} octobre 2002, p. 113-119.

⁷⁰³ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 607 §70.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 601, §48 et p. 609-610, §74-75.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 601, §47 (*v. contra* : le Juge MAMPUYA, dans son opinion jointe à l'arrêt, estime qu'« [i]l n'est pas vrai (...) que les recours gracieux soient à exclusion de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes parce qu'ils ne traduiraient qu'une pure pitié ou faveur comme le laisse entendre l'arrêt (...). Cela est important car, si, comme le prétend la Guinée, « la doctrine s'est toujours montrée hostile » au recours gracieux, une autre doctrine, tout aussi crédible, estime que le recours à l'autorité administrative est une voie de recours qui est généralement (...) admise comme l'une des voies de recours efficaces à propos desquelles l'épuisement des voies de recours internes est exigé (...) » (*Ibid.*, opinion individuelle du Juge MAMPUYA, p. 645-646).

⁷⁰⁶ Dans le système de protection des droits de l'Homme mis en place par le Conseil de l'Europe, c'est le demandeur et non le tiers qui doit satisfaire à l'épuisement des recours locaux, qu'il s'agisse d'une requête

« la règle de l'épuisement exige en principe (...) que soient employées toutes les ressources judiciaires, ordinaires ou non, offertes par la législation nationale, pourvu qu'elles apparaissent capables de fournir un moyen vraisemblablement efficace et suffisant de redresser les griefs articulés, sur le plan international, contre l'Etat mis en cause »⁷⁰⁷.

Selon la jurisprudence européenne, la satisfaction de la condition de l'épuisement des voies de recours internes requiert l'épuisement de tous les recours prévus par la loi de l'Etat hôte : les recours ordinaires, mais aussi les recours extraordinaires, y compris devant les tribunaux administratifs et pénaux, les cours constitutionnelles, les juridictions spécialisées et les instances internes compétentes. Les recours doivent avoir été introduits valablement c'est-à-dire dans le respect des délais et conditions de forme imposés. L'épuisement des voies de recours internes n'est pas exigible, en revanche, s'il est évident que le recours aurait vraisemblablement été *inefficace*, *insuffisant*, ou *inutile*, ou si l'affaire n'avait, devant les instances nationales, *aucune chance de succès*, par exemple si elle se heurterait à une jurisprudence bien établie ou si le requérant fait face à des délais indus de procédure⁷⁰⁸. La CEDH précise en outre que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, dans le cadre des recours interétatiques, ne vaut que quand ceux-ci relèvent de la protection diplomatique, et non quand il s'agit d'attaquer une pratique administrative contraire à la Convention⁷⁰⁹. La règle de l'épuisement des voies de recours internes permet ainsi de distinguer, parmi les requêtes interétatiques soumises à la CEDH, celles qui relèvent de la protection diplomatique (le demandeur cherchera alors à établir la preuve d'un épuisement des voies de recours internes par le tiers, ou du moins d'une tentative en ce sens) et celles qui relèvent d'un « simple » contentieux interétatique cherchant à faire

individuelle ou étatique. Un bref examen des critères dégagés par la jurisprudence est toutefois pertinent afin d'apprécier les contours *ratione materiae* de la règle.

⁷⁰⁷ GUINAND J., « La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'Homme », *RBDI*, 1968, p. 480, citant Commission européenne des droits de l'Homme, Décision du 29 septembre 1965 sur la recevabilité de la requête n°1191/61.

⁷⁰⁸ Pour une analyse détaillée de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme en la matière, v. WIEBRINGHAUS H., « La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme », *AFDI*, 1959, p. 685-704.

⁷⁰⁹ Selon les termes de la Cour : « la règle de l'épuisement des voies de recours internes telle que la consacre l'article 35, §1 de la Convention vaut pour les affaires interétatiques (article 33) comme pour les requêtes individuelles (article 34) quand l'Etat demandeur se borne à dénoncer une ou des violations prétendument subies par des particuliers auxquels il se substitue en quelque sorte. En revanche, elle ne s'applique en principe pas s'il attaque une pratique administrative en elle-même, dans le but d'en empêcher la continuation ou le retour sans inviter la Cour à statuer sur chacun des cas qu'il cite à titre de preuves ou exemples de cette pratique » CEDH, *Géorgie c. Russie (I)*, décision sur la recevabilité, 30 juin 2009, p. 20, §40 (v. également p. 20-23, §41-51, notamment p. 22-23, §48-51 ; ainsi que la décision rendue au fond : CEDH, *Géorgie c. Russie (I)*, arrêt, 3 juillet 2014 (spéc. p. 44, §159)). v. en outre CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 57-58, §159 ; CEDH, *Géorgie c. Russie (II)*, décision sur la recevabilité, 13 décembre 2011, p. 30-31, §84-85 et p. 32-33, §91-94.

cesser une pratique générale de l'Etat défendeur, contraire aux droits garantis par la Convention.

Ainsi, les recours internes devant être épuisés sont ceux de nature juridictionnelle, à l'exclusion des actions exclusivement diplomatiques, ou politiques, telle que la grâce présidentielle. Les recours visés par la règle sont, en outre, ceux qui sont efficaces et utiles, en d'autres termes ceux qui offrent à la personne lésée une opportunité d'obtenir *effectivement* réparation en application du droit interne de l'Etat hôte⁷¹⁰. Il est possible de conforter ces conclusions en se référant à l'article 15 du Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Consacré aux exceptions à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, il précise que les recours locaux :

« n'ont pas à être épuisés lorsque : a) il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation ; b) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'Etat prétendument responsable (...) »⁷¹¹.

Les conditions de recevabilité (lien juridique de rattachement unissant l'Etat demandeur au tiers et épuisement des voies de recours internes par ce dernier) sont susceptibles de donner lieu à un examen minutieux de la situation du tiers⁷¹². Une fois l'affaire jugée au fond, si la responsabilité de l'Etat hôte est engagée⁷¹³, le demandeur pourra se voir octroyer réparation. La pratique judiciaire a su démontrer que le dommage effectivement subi par le tiers, personne physique ou morale, est au centre de la détermination de la réparation.

⁷¹⁰ Cette souplesse tendant à limiter les recours à épuiser à ceux qui sont disponibles et efficaces n'est pas soutenue par tous. Aussi, dans son opinion jointe à l'affaire des *Emprunts norvégiens*, le Juge LAUTERPACHT considère qu'« une tentative [doit] être faite pour épuiser [I]es recours, si éventuels et théoriques qu'ils [puissent] être » (CIJ, *Certains emprunts norvégiens*, *op. cit.*, opinion individuelle du Juge LAUTERPACHT, p. 39).

⁷¹¹ v. à cet égard le commentaire 3) sous le projet d'article 15 qui critique le critère de « l'absence de perspective raisonnable de succès de la requête » dégagé par la Commission européenne des droits de l'homme. Considéré comme « trop généreux pour le demandeur » par la CDI, il est remplacé par le critère de « l'absence de perspective raisonnable d'obtenir une réparation efficace ».

⁷¹² Cet examen peut être tellement poussé qu'il est alors nécessaire d'opérer une jonction au fond (v. à ce propos, CIJ, *Interhandel*, *op. cit.*, opinion dissidente du Président KLAESTAD, p. 80-82 et *Ibid.*, opinion dissidente du Juge SPIROPOULOS, p. 124-125).

⁷¹³ La détermination de l'engagement de la responsabilité de l'Etat hôte se fait selon les règles classiques du droit de la responsabilité internationale : il faut déterminer que la *violation d'une obligation internationale*, en la personne du ressortissant de l'Etat demandeur, est *attribuable* à l'Etat défendeur. Le comportement analysé est ici celui de l'Etat, partie au différend, aussi nous ne consacrerons pas de plus amples développements à cette question. Pour plus de précisions, v. AMERASINGHE C.F., « Attribution of Conduct as the Act of the State », in AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, *op. cit.*, p. 225-281.

Section II - Une réparation évaluée sur la base de caractéristiques propres au tiers

Se pencher sur l'évaluation de la réparation permet également de questionner la place réservée à l'analyse de la situation du tiers dans le contentieux. Les différentes procédures révèlent à cet égard des résultats contrastés : tandis que le préjudice subi par le tiers fournit la mesure de la réparation en matière de protection diplomatique (I), ce n'est, globalement, pas le cas dans le cadre de l'endossement (II).

I- Le préjudice subi par le tiers au centre de l'évaluation de la réparation dans le cadre de la protection diplomatique

Le contentieux de la protection diplomatique prenant la forme d'une réclamation interétatique, l'Etat responsable d'une violation du droit international – « en la personne [d'un] ressortissant » de l'Etat demandeur – se verra appliquer les conséquences juridiques découlant de l'attribution à son égard d'un fait internationalement illicite. Comme le prévoit le Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat de 2001, ces conséquences consistent tout d'abord dans un maintien du devoir d'exécuter l'obligation (article 29), dans une obligation de cessation si la violation est continue et, le cas échéant, dans une offre d'assurances et de garanties de non-répétition (article 30). En outre, l'Etat responsable devra, le cas échéant, réparer le préjudice causé. La réparation est accordée à l'Etat demandeur. Néanmoins, la détermination de son étendue est fondée sur l'analyse de la situation du tiers au bénéfice duquel la protection diplomatique est exercée : quel préjudice a-t-il effectivement subi ? (A). En outre, le comportement préalable du tiers peut être de nature à avoir une influence sur l'étendue de de la réparation (B).

A- L'étendue de la réparation calculée sur la base du préjudice subi par le tiers

Le droit international général de la responsabilité prévoit que la réparation du préjudice, qui doit être intégrale et peut être assortie d'intérêts, se fait par restitution, et lorsque cela n'est pas possible ou insuffisant, par indemnisation. Subsidiairement, lorsque le préjudice n'est pas évaluable pécuniairement, la réparation prendra la forme d'une satisfaction. Ces règles générales s'appliquent tant au contentieux de la protection

diplomatique qu'aux réclamations directes. La CIJ, comme la CPJI avant elle, connaît des différends interétatiques. Elle n'est pas compétente pour octroyer directement réparation aux personnes physiques et morales. Dès lors, la réparation à fournir, lorsqu'elle est définie par un arrêt du « Juge des Etats » dans le cadre d'une action en protection diplomatique, est due à l'*Etat* demandeur. Percevant la réparation, ce dernier pourra ensuite la reverser à la personne ou l'entité dont il a épousé la cause. Ainsi, si les particularités du contentieux interétatique requièrent l'application de la « fiction *Mavrommatis* » pour la réparation, il convient de remarquer que l'étendue de celle-ci n'en est pas moins déterminée sur la base du préjudice effectivement subi par la personne dont le demandeur épouse la cause. Les comportements des Etats parties à plusieurs affaires le mettent en lumière.

Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour n'eût pas le loisir de se prononcer sur les questions relatives à la réparation car la demande fut déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes. Néanmoins, la requête estonienne demandait « [q]ue le Gouvernement lithuanien [soit] tenu à la réparation du préjudice subi (...) par la Société *Esimene Juurdeveo Raudteede Selts Venemaal* et évalué, à la suite du retrait par ladite société de ses propositions transactionnelles, à la somme de lits-or 14.000.000 avec intérêts à 6% l'an à compter du 1^{er} janvier 1937 »⁷¹⁴. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, le Gouvernement allemand demandait réparation au Gouvernement polonais pour le préjudice souffert par des sociétés allemandes lors de la prise de possession par la Pologne de ladite usine ; comportement jugé contraire à la Convention de Genève germano-polonaise du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie par la Cour dans son arrêt du 25 mai 1926. La réparation demandée par l'Allemagne se basait sur le préjudice subi par les personnes morales pour lesquelles elle avait pris fait et cause. Selon les conclusions allemandes, « (...) le montant des indemnités à payer par le Gouvernement polonais est de 58.400.000 Reichsmarks pour le dommage causé à l'*Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G.* et de 20.179.000 Reichsmarks pour le dommage causé à la *Bayerische Stickstoffwerke A.-G.* (...). [À] partir de l'arrêt, des intérêts à raison de 6% l'an seront payés par le Gouvernement polonais ». De surcroît, la modalité de réparation suggérée à titre de *locus solutionis* correspond à un versement en la faveur des tiers effectivement lésés : « (...) les paiements visés (...) seront effectués sans aucune déduction au compte des deux Sociétés près la Deutsche Bank à Berlin »⁷¹⁵.

⁷¹⁴ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, op. cit., p. 5.

⁷¹⁵ CPJI, *Usine de Chorzów*, op. cit., p. 8-9. et p. 29.

Si l'Allemagne avait – prudemment – plaidé que la réparation ne doit pas nécessairement consister en un dédommagement des personnes lésées, le calcul de celle-ci n'est pas envisagé indépendamment du préjudice effectivement subi par les tiers protégés par l'action diplomatique :

« [c]'est, en effet, de son propre droit, du droit du Gouvernement allemand, qu'il s'agit. Le Gouvernement allemand n'intervient pas en qualité de représentant des individus qui ont souffert le dommage, mais il peut mesurer le dommage dont il réclame la réparation en son propre nom, *d'après l'échelle des pertes subies par les sociétés pour lesquelles il a pris fait et cause* »⁷¹⁶.

La CPJI ne renie pas ce principe lorsqu'elle considère que, si les réclamations allemandes situées dans les conclusions s'interprétaient comme « visant une indemnisation due directement aux deux Sociétés pour les dommages subies par elles », l'objet de la requête du demandeur, consistant en une réparation pour violation du traité germano-polonais du 15 mai 1922, ne peut viser qu'une réparation due à l'Allemagne « en sa qualité de Partie contractante de la Convention »⁷¹⁷. Il s'agit donc bien d'une protection des tiers et non d'une action en représentation. Face au désaccord des parties sur le montant et les modalités de paiement, la Cour considère qu'il lui incombe « d'examiner d'abord s'il y a eu, non seulement pour la *Bayerische*, mais aussi pour l'*Oberschlesische*, un dommage susceptible de donner lieu à réparation »⁷¹⁸.

Dans l'affaire des *Forêts du Rhodope Central*, la Grèce prend fait et cause pour ses ressortissants et estime que « les réclamants » possèdent sur les forêts litigieuses des droits de propriété et d'exploitation acquis conformément au droit conventionnel antérieurement à l'annexion à la Bulgarie des territoires où ces forêts sont situées. Le Gouvernement hellénique suggère à titre de *locus solutionis* la restitution des forêts aux individus dont il a épousé la cause. L'Arbitre n'accueillera ni la théorie de la représentation par mandat, ni la réparation par restitution : « (...) l'attitude du Défendeur à l'égard des réclamants n'a pas été conforme, en ce qui concerne certaines des forêts en question, à l'article 10 du Traité de Constantinople et à l'article 181 du Traité de Neuilly. Vu le préjudice infligé ainsi *au*

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 25-26 (les italiques sont de nous).

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 30.

Demandeur par le Défendeur, celui-ci doit être tenu de *payer une indemnité* »⁷¹⁹, qui sera calculée sur la base du dommage subi par les ressortissants helléniques.

L'affaire *ELSI* ne donne pas lieu à l'octroi d'une réparation, la CIJ ayant jugé au fond que le défendeur n'avait commis aucune des violations alléguées dans la requête. Néanmoins, les Etats-Unis d'Amérique estimaient que la réparation leur était due (« *compensation due to the USA* »), pour autant celle-ci était calculée sur la base du préjudice effectivement subi par les tiers (« *compensation may be measured by the injury to Raytheon and Machlett* », « *all of the injuries suffered by Raytheon and Machlett should be included in the measure of compensation* »)⁷²⁰. L'Italie, sans contester cette démarche d'évaluation de la réparation, réfutait sur le fond les allégations américaines tendant à ce qu'elle soit déclarée responsable, et, subsidiairement, l'existence d'un lien de causalité entre sa conduite et le dommage causé aux sociétés⁷²¹.

Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée, exerçant la protection diplomatique pour son ressortissant incarcéré, spolié et expulsé par les autorités congolaises, demandait réparation à la République démocratique du Congo. Dans sa requête, le demandeur considère que les mêmes faits illicites, attribuables au défendeur, ont été de nature à causer un dommage tant à l'Etat national qu'à l'individu dont il épouse la cause⁷²². La réparation demandée consiste notamment en des excuses publiques d'Etat à Etat, ainsi qu'en une « remise par le Congo à la victime de toute la fortune dont elle disposait avant l'expulsion »⁷²³. La Cour, ayant jugé au fond que les obligations violées par la République démocratique du Congo sont des obligations relatives aux droits de l'homme de caractère fondamental (en particulier découlant de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples), estime que « la réparation *due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo* doit prendre la forme d'une indemnisation »⁷²⁴. A l'issue de son arrêt sur le fond, la Cour, faisant droit à la demande des parties, prévoit de rendre une ultime décision portant sur la réparation si – et

⁷¹⁹ Sentence arbitrale, *Forêts du Rhodope Central* (fond) (Grèce c. Bulgarie), Décision du 29 mars 1933, *RSA*, vol. III, p. 1431-1432 (les italiques sont de nous).

⁷²⁰ CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, mémoire des Etats-Unis d'Amérique, *op. cit.*, p. 102-115. v. également *Ibid.*, réplique des Etats-Unis d'Amérique, p. 392-398.

⁷²¹ *Ibid.*, duplique de l'Italie, p. 472-479.

⁷²² Selon la requête : « ces différents fait illicites ont causé un dommage réel à M. Ahmadou Sadio Diallo, le dommage est d'abord moral au regard du fait que ledit sieur a été expulsé (...) [et] l'Etat guinéen a ressenti ce préjudice moral que lui ont causé l'injustice et le traitement inhumain et dégradant infligés à son ressortissant, le dommage est aussi matériel au regard des énormes biens et investissements perdus par [l'individu] et partant par la Guinée qui se voit ainsi privée de devises qui auraient pu être injectées dans son secteur productif » (CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, requête introductive d'instance, *op. cit.*, p. 30).

⁷²³ *Ibid.*, p. 34.

⁷²⁴ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 691, §161 (les italiques sont de nous).

seulement si – les parties ne parviennent pas à trouver un accord sur cette question dans les six mois suivant l'arrêt. Ce point du dispositif a été vivement critiqué par le Juge CANÇADO TRINDADE, qui estime, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, qu'une telle décision est « particulièrement préoccupante si l'on tient compte du temps qu'il a fallu à la Cour pour examiner cette affaire [douze ans entre le dépôt de la requête et le jugement au fond] »⁷²⁵. Si, au contentieux, *l'Etat* est demandeur à l'instance et peut, en cette qualité, requérir et obtenir réparation, c'est en réalité *l'individu* qui est victime d'une violation de ses droits et le véritable titulaire du droit à réparation. Défendant une conception tendant à placer l'Etat en représentant et mandataire de l'individu, le Juge CANÇADO TRINDADE estime que :

« [L]a Cour ne peut continuer à raisonner dans les paramètres hermétiques de la dimension exclusivement interétatique. La reconnaissance du préjudice subi par l'individu (...) rend indéfendable la vieille théorie de l'affirmation par l'Etat de ses "droits propres", avec l'approche volontariste qui la sous-tend. Le titulaire du droit à réparation est l'individu qui a subi le préjudice et l'action de l'Etat dans le cadre de la protection diplomatique vise à obtenir la réparation due à l'individu concerné »⁷²⁶.

Lors de la phase contentieuse consacrée à la réparation, la Guinée s'est fondée exclusivement sur les dommages subis par son ressortissant pour évaluer le montant à réclamer. Dans la section 2 de son mémoire, intitulée symptomatiquement « [L]es éléments économiques d'appréciation des préjudices subis par Monsieur Ahmadou Sadio Diallo », elle examine successivement l'indemnisation due pour le préjudice psychologique et le dommage moral résultant de l'emprisonnement de son ressortissant, pour la perte de revenus, pour les autres dommages (expropriation et spoliations de biens matériels parmi lesquels, par exemple « des costumes [émanant] de grands couturiers français »), pour la perte du potentiel de gain⁷²⁷. A l'exception du remboursement des frais de procédure, réclamés pour elle, la République de Guinée demande paiement « pour le compte de son ressortissant »⁷²⁸. Aux fins de l'évaluation d'un montant à même de couvrir l'intégralité du préjudice souffert par celui-ci, le demandeur se livre à un examen détaillé des pertes subies par l'individu, analyse ne pouvant être menée à bien que par une étroite collaboration avec

⁷²⁵ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE, p. 797, §201.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 799, §206.

⁷²⁷ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (indemnisation), mémoire de la République de Guinée du 6 décembre 2011, p. 7-21.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 21. La somme totale réclamée, hors intérêts légaux moratoires, s'élève à 11 590 148 dollars américains.

ce dernier⁷²⁹. Le Congo ne conteste pas la réclamation d'une réparation pour le compte du particulier, et n'argumente dans son contre-mémoire que dans le sens d'une excessivité ou d'un défaut de fondement du montant sollicité⁷³⁰. Pour la CIJ, la réparation, bien que calculée sur la base du préjudice subi par M. DIALLO, est due au demandeur : « [la Cour] [f]ixe à 85.000 dollars des Etats-Unis le montant de l'indemnité due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice immatériel subi par M. Diallo ; [et] à 10.000 dollars des Etats-Unis le montant [dû pour le préjudice matériel] »⁷³¹. Un montant grandement revu à la baisse par la Cour par rapport à celui sollicité par le demandeur, essentiellement pour défaut ou insuffisance de preuves apportées par ce dernier à l'appui de ses allégations. Cette rigueur dans l'application du « jeu classique de la preuve » a été critiquée par certains membres de la Cour, eu égard à l'objet de l'affaire. Comme l'exprime le Juge GREENWOOD,

« [m]ême si c'est dans l'exercice de sa protection diplomatique que la Guinée a saisi la Cour, la présente espèce concerne essentiellement les droits de l'homme de M. Diallo. Les dommages-intérêts que la Cour a ordonnés à la République démocratique du Congo (RDC) de verser à la Guinée, et dont le montant a été établi en fonction de la perte subie par M. Diallo, *sont destinés à indemniser ce dernier, et non l'Etat auquel il ressortit* »⁷³².

Il est ainsi démontré que la phase de la réparation est, dans le cadre d'une réclamation indirecte, centrée sur la détermination du préjudice subi par la personne physique ou morale pour le compte de laquelle l'indemnisation est demandée. Le préjudice effectivement subi par un tiers à l'instance sert de base pour le calcul d'une réparation accordée, par la décision rendue, à l'Etat demandeur dont il est le ressortissant. Le caractère central de la place du tiers dans la détermination de l'étendue de la réparation s'illustre aussi par l'influence que peut avoir le comportement préalable de l'individu (ou de la personne morale) sur celle-ci.

⁷²⁹ Le demandeur ira jusqu'à mentionner « une montre Cartier comportant 16 petits diamants », « un porte-monnaie de marque Louis Vuitton », « deux tableaux de Salvador Dali » (...), v. *Ibid.*, p. 18-19.

⁷³⁰ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (indemnisation), contre-mémoire de la République démocratique du Congo du 21 février 2012, v. en particulier p. 7-15 et p. 22-38.

⁷³¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 345, §61.

⁷³² *Ibid.*, déclaration de M. le Juge GREENWOOD, p. 391, §1, v. également p. 392-394, §3-6, et *Ibid.*, opinion individuelle de M. le Juge YUSUF. *Contra*, v. *Ibid.*, opinion individuelle du Juge MAMPUYA, p. 409-413, §16-27 et p. 417-420, §40-47.

B- L'influence du comportement préalable du tiers sur l'étendue de la réparation

Selon la théorie des *clean hands* appliquée à la protection diplomatique⁷³³, « la personne physique ou morale étrangère doit avoir eu une conduite correcte envers l'Etat territorial, s'en tenant à ses lois et ne se mêlant pas de ses affaires politiques internes pour pouvoir se réclamer de la protection diplomatique de son propre Etat »⁷³⁴. La conduite correcte d'un national lésé serait une condition de recevabilité d'une réclamation présentée par l'Etat dont il ressortit, s'ajoutant aux conditions traditionnelles que sont la nationalité et l'épuisement des voies de recours internes. Selon l'analyse de J. SALMON, la thèse des mains propres en tant que condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique réunit toutefois peu de partisans. La doctrine envisage trois implications de la théorie⁷³⁵ : *premièrement*, l'Etat de nationalité serait en droit de refuser d'endosser la réclamation d'un individu dont la conduite a été blâmable. Cette idée procède d'une forme de courtoisie internationale, mais n'a que peu de pertinence si l'on admet le caractère discrétionnaire de la mise en œuvre de la protection diplomatique. *Deuxièmement*, le juge – ou l'arbitre – peut considérer que le comportement incorrect de la personne dont la cause est épousée par le demandeur fait échec à la recevabilité de la demande. Cette conception a trouvé un certain écho dans la pratique conventionnelle (Convention franco-américaine du 15 janvier 1880, Convention de Santiago du 7 août 1892 entre les Etats-Unis et le Chili, Convention du 2 juillet 1860 entre les Etats-Unis et le Costa Rica, etc.), et un écho moindre dans la pratique jurisprudentielle. Dans l'affaire *Ben Tillet*, souvent citée en exemple d'application de la théorie des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales⁷³⁶, l'arbitre avait en réalité débouté le demandeur sur le fond pour défaut de preuve, sans déclarer la demande irrecevable pour violation par le ressortissant britannique de la loi belge⁷³⁷. La CIJ n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la valeur de la théorie des mains propres en tant que condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique, même si celle-ci a pu être invoquée par les plaideurs. Dans l'affaire de la

⁷³³ Cette théorie a également été invoquée dans le cadre de réclamations directes. v. AMERASINGHE C.F., « The Clean Hands Doctrine », in AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, op. cit., p. 213-216.

⁷³⁴ GARCIA-ARIAS L., « La doctrine des “clean hands” en droit international public », *Annuaire des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, 1960, p. 17.

⁷³⁵ SALMON J. A., « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, 1964, p. 229-233.

⁷³⁶ TCHIKAYA B., *Mémento de la jurisprudence « Droit international public »*, 4^{ème} éd., Paris, Hachette, Collection : Les fondamentaux Droit, 2007, p. 21.

⁷³⁷ SALMON J. A., « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », op. cit., p. 244.

Barcelona Traction, les exceptions préliminaires espagnoles déposées lors de la première phase consacrent d'amples développements historiques destinés à révéler « l'absence de « mains propres » et de bonne foi [de la société] »⁷³⁸, arguments de nouveau soumis à l'occasion de la seconde phase, lors de la procédure orale, par P. REUTER. Au nom du Gouvernement belge, H. ROLIN répliquait qu'« [il n'appartient pas] aux juges internationaux de contrôler la décision prise par le gouvernement de l'Etat demandeur quant au point de savoir si les ressortissants qui sollicitent sa protection sont ou non dignes »⁷³⁹. Dans le mémoire annexé à la requête en l'affaire *Diallo*, la République de Guinée précisait, affirmant que son ressortissant satisfait à cette condition, que « l'individu protégé doit avoir les « mains propres », c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir violé le droit interne de l'Etat auteur du dommage »⁷⁴⁰. Pour le demandeur, ce principe, dégagé dans l'affaire *Ben Tillet*, « a été réitéré dans l'affaire du navire *Virginius* dans laquelle le juge international a accordé des circonstances atténuantes à l'Espagne [car] les marins anglais et américains qu'elle a exécutés se livraient à un trafic internationalement illicite »⁷⁴¹. La « propreté des mains » de M. DIALLO comme condition à la recevabilité de la requête guinéenne n'a pas fait l'objet d'un débat entre les parties, les exceptions préliminaires congolaises se fondant sur la qualité à agir d'une part, et le non épuisement des voies de recours internes, d'autre part. Si, dans la pratique arbitrale, la conduite blâmable de l'individu a pu permettre de déclarer l'action en protection diplomatique irrecevable, ce fut rare et ce fut lorsque la violation du droit international par l'individu constituait la cause unique de son dommage, sans qu'une intervention illicite de l'Etat hôte ne s'y ajoute. L'examen de la conduite de l'individu aux fins de déterminer s'il a les mains propres appelle en réalité une analyse du fond de l'affaire et « n'a rien d'un débat d'irrecevabilité »⁷⁴². Prise dans son acception de condition de recevabilité, la théorie des mains propres est en réalité « dangereuse dans son principe car (...) contraire à une bonne administration de la justice »⁷⁴³. Troisièmement et enfin, une conduite condamnable du ressortissant protégé serait de nature à entraîner un rejet des prétentions du demandeur au

⁷³⁸ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (première phase), exceptions préliminaires présentées par le gouvernement espagnol, 21 mai 1960, p. 142 et p. 147-302.

⁷³⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (nouvelle requête : 1962), procédure orale (deuxième phase) (suite et fin), réplique de M. ROLIN, p. 11.

⁷⁴⁰ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, requête introductive d'instance, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 33-34.

⁷⁴² SALMON J. A., « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, p. 266.

⁷⁴³ *Id.*

fond, ou une diminution de l'indemnité allouée à ce dernier au titre de la réparation. Dans ce cadre, la plume de J. SALMON la qualifiait avec pertinence d'« inutile car ce n'est (...) qu'un cas d'application des principes généraux relatifs à la condition d'illicite ou au calcul des dommages et intérêts »⁷⁴⁴.

En effet, les dispositions du Projet d'articles de 2001 sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite consacrées à la réparation du préjudice contiennent un article 39 qui se lit comme suit : « [p]our déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé *ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée* »⁷⁴⁵. Comme le précise le commentaire de cette disposition, la dernière partie de la phrase vise à couvrir – entre autres – « les situations où un Etat introduit une réclamation au nom d'un de ses nationaux dans le cadre de la protection diplomatique ». Pour l'élaboration de son Projet d'articles consacré à la protection diplomatique, la CDI s'est interrogée sur l'opportunité d'inclure la théorie des mains propres. Estimant que l'absence de mains propres ne constituait pas une condition de recevabilité des réclamations, ses membres ont considéré qu'il pouvait toutefois s'agir d'un facteur d'évaluation de l'indemnité due en cas de réparation. Aucune disposition spécifique n'est toutefois insérée dans le Projet à ce propos ; l'évaluation de la réparation obéit aux règles de droit commun de la responsabilité internationale entre Etats et est à ce titre traitée dans le Projet de 2001.

Dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la CPJI était saisie au sujet de l'empêchement, par les autorités du Reich allemand, du passage dans le Canal de Kiel du navire qui donna son nom à l'arrêt. La Cour, reconnaissant que l'Etat allemand s'est à tort opposé au passage du bateau *Wimbledon* dans le Canal de Kiel, devait se prononcer sur la réparation due au Gouvernement français pour le compte de sa Société « Les Affréteurs réunis », affrétant et louant le navire et ayant subi des dommages résultant de ce refus de passage. S'agissant de la réparation due pour l'immobilisation et le déroutement du navire, l'Allemagne estimait qu'elle devait être revue à la baisse par rapport à la demande française (111.956 francs et 20 centimes pour l'immobilisation, 20.355 francs et 65 centimes pour le déroutement) car le navire, après s'être vu opposer un refus, était volontairement resté quelques jours au port de Kiel avant d'opter pour une autre route. La

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 265.

⁷⁴⁵ Les italiques sont de nous.

Cour, sans contester le principe selon lequel le comportement de la personne pour le compte de laquelle la réparation est demandée peut influencer sur celle-ci, a estimé que « le navire qui désirait faire reconnaître son droit, était fondé à attendre, pendant un délai raisonnable avant de poursuivre son voyage, le résultat des négociations diplomatiques entamées à ce sujet »⁷⁴⁶. Quant à la CIJ, elle n'a eu à statuer que sur une seule indemnisation dans le cadre de la protection diplomatique, accordée à la Guinée dans le cadre de l'affaire *Diallo* déjà évoquée. Dans cette affaire, la Cour a rejeté de multiples aspects de la demande d'indemnisation, mais toujours sur la base d'un défaut de preuve : la conduite de l'individu n'a pas été utilisée pour justifier un refus d'indemnisation ou une réduction de son montant.

Ainsi, même s'il s'agit pour l'heure d'une considération essentiellement théorique, la conduite de la personne au titre de laquelle réparation est demandée pourra, si elle a contribué au préjudice subi, justifier l'octroi d'une indemnisation moindre. L'appréciation du caractère blâmable de la conduite de l'individu justifiera alors qu'il soit accordé à ce dernier une attention particulière dans le contentieux. En tout état de cause, le dommage médiateur⁷⁴⁷, c'est-à-dire le préjudice effectivement subi par le tiers, fournit la mesure de la réparation éventuellement octroyée à l'Etat demandeur. Dans le cadre de l'endossement, on retrouve en matière d'évaluation de la réparation des particularités liées à la spécificité des procédures étudiées.

II- Le préjudice subi par le tiers délaissé dans l'évaluation de la réparation dans le cadre de l'endossement

Dans le cadre de l'endossement, la question de l'évaluation de la réparation ne permet pas de se focaliser sur la situation du tiers. Les modalités de réparation restent à préciser dans le cadre de la protection fonctionnelle (A). Il n'est pas question de réparation,

⁷⁴⁶ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt, 17 août 1923, Série A, p. 31.

⁷⁴⁷ Le *Dictionnaire de droit international public* définit le dommage médiateur comme « résultant de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé de personnes privées qui se mue en un dommage affectant un sujet de droit international – Etat ou organisation internationale – par le biais de la protection diplomatique ou fonctionnelle » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 361). Le dommage immédiat, lui, est défini comme « résultant de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé d'un sujet de droit international – Etat ou organisation internationale (...) » (*Ibid.*, p. 360).

à proprement parler, s'agissant des procédures de prompt mainlevée (B), et c'est une réparation particulière, prospective, qui est mise en œuvre dans le cadre de l'OMC (C).

A- L'imprécision des modalités de réparation dans le cadre de la protection fonctionnelle

A priori, la question de la réparation semble se trouver au cœur de l'avis rendu par la CIJ en 1949. Intitulé symptomatiquement *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'avis part du postulat fourni par les questions de l'Assemblée générale, selon lequel la victime était un agent de l'Organisation, un dommage lui a véritablement été causé dans l'exercice de ses fonctions, et un Etat en est responsable. Néanmoins, la seule question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si, oui ou non, l'Organisation *peut* agir en *réparation*. La Cour répond positivement et, paradoxalement peut-être, délaisse les questions relatives aux modalités, à l'évaluation, et à l'étendue de la réparation :

« [l]a Cour n'est pas appelée à déterminer la mesure précise de la réparation que l'organisation sera fondée à obtenir. On peut dire cependant que le montant de la réparation dépendra de l'étendue du dommage subi à raison de l'acte illicite ou de l'omission imputable à l'Etat défendeur, ce montant étant calculé conformément aux règles du droit international. Dans l'évaluation de ce dommage interviendrait, entre autres éléments, le remboursement de toute indemnité raisonnable que l'organisation aurait eu à verser à son agent ou à ses ayants droit. En outre, le décès ou l'invalidité d'un agent accomplissant une mission lointaine pourrait entraîner des dépenses considérables lorsqu'il s'agirait de le remplacer. Ce ne sont là que des exemples, et la Cour n'entend pas prévoir toutes les catégories de dommages que pourrait subir l'organisation elle-même »⁷⁴⁸.

Certaines choses sont tout de même précisées. Tout d'abord, la Cour énonce que toute hypothèse de concurrence entre le droit de protection diplomatique, qui appartient à l'Etat, et celui de protection fonctionnelle qui appartient à l'Organisation, « ne signifie pas que l'Etat défendeur puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage. Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs Etats nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'Etat défendeur »⁷⁴⁹. Ensuite, la Cour revient sur la nature des dommages visés par la question de l'Assemblée générale : « [l]es dommages

⁷⁴⁸ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 181-182.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 186.

visés par la question I a) sont exclusivement les dommages causés aux intérêts propres de l'Organisation, à ses moyens de fonctionnement, à son patrimoine et aux intérêts dont elle a la garde. Il est évident que l'Organisation a qualité pour présenter une réclamation pour ces dommages »⁷⁵⁰. Aux côtés de ces dommages immédiats, sur la question de savoir si, en présentant une réclamation internationale de cette sorte, l'Organisation peut « obtenir la réparation des dommages causés à la victime »⁷⁵¹, c'est-à-dire des dommages médiats, la Cour répond en deux temps, dans le respect de la fiction *Mavrommatis* consacrée par sa devancière en matière de protection diplomatique. La Cour estime qu'en demandant réparation des dommages, immédiats comme médiats, l'Organisation :

« invoque son propre droit, le droit de voir respecter les obligations assumées envers elle. Sur cette base, l'Organisation demande réparation du préjudice subi, car “c'est un principe du droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate (...)”. En demandant une réparation fondée sur le préjudice subi par son agent, l'Organisation ne représente pas cet agent ; elle affirme son propre droit, le droit de garantir le respect des engagements contractés envers l'Organisation »⁷⁵².

Cela n'empêche en rien l'Organisation « de faire figurer le dommage subi par la victime ou par ses ayants droit [dans l'évaluation du montant de cette réparation] »⁷⁵³.

Si la pratique contentieuse manque, il apparaît néanmoins que l'évaluation de la réparation en matière de protection fonctionnelle procéderait, *mutatis mutandis*, des mêmes méthodes qu'en matière de protection diplomatique. Ce n'est pas, en revanche, une réparation proprement dite qui est octroyée dans le cadre des procédures de prompt mainlevée, qui ont un objet particulier et limité : le Tribunal ne se prononce

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 181.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 184. Cette vision est partagée par les professeurs DAILLIER, FORTEAU et PELLET qui estiment que dans le cadre de la protection fonctionnelle, « c'est indiscutablement son droit propre [que l'Organisation] fait respecter en la personne qui a subi un dommage en agissant en son nom. En conséquence, la protection fonctionnelle des organisations internationales ne s'apparente que partiellement à la protection diplomatique et n'en est pas exclusive (...). La protection fonctionnelle ne peut donc jouer que pour la *sauvegarde des intérêts de l'Organisation en la personne de ses agents (...)* » (DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 884-885, §487 (les italiques sont de nous)). Dans ses observations écrites transmises à la Cour, le gouvernement français estimait qu'« en prenant fait et cause pour [son agent, l'Organisation] ne le défend pas personnellement, elle fait respecter le service public international que les Etats signataires de la Charte ont donné mission à ses organes de constituer » (CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, exposés écrits, *op. cit.*, p. 15).

⁷⁵³ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 184.

éventuellement que sur le caractère raisonnable de la caution exigée en échange de la mainlevée du navire et de la libération de l'équipage.

B- La détermination du montant de la caution raisonnable dans le cadre des procédures de prompt mainlevée

La procédure de prompt mainlevée portée devant le TIDM a pour seul objet la mainlevée du navire et/ou la mise en liberté de l'équipage, contre le dépôt d'une caution raisonnable ou autre garantie financière. Cette procédure est « sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée »⁷⁵⁴. Pour autant, la procédure de prompt mainlevée n'est ni une procédure préliminaire, ni une procédure incidente. C'est une procédure définitive et spécifique, qui statue sur le fond bien que l'expression doit ici revêtir un sens particulier. Selon les termes du Juge MENSAH, la procédure :

« a pour objet de vider au principal l'unique point à trancher dans le cadre de l'article 292, c'est-à-dire la question de savoir si l'allégation de non-observation est bien fondée et, partant, s'il y a lieu de procéder à la mainlevée ou à la mise en liberté dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière. En ce sens, la procédure est, aux fins de l'article 292, une procédure au fond »⁷⁵⁵.

Ainsi, dans le cadre des procédures de prompt mainlevée, il n'est pas question d'une « réparation » calculée sur la base d'un préjudice subi par un tiers, ni versée à son profit. Le Tribunal examinera « si l'allégation du demandeur selon laquelle l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas respecté une des dispositions de la Convention concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, est ou non bien fondée » (article 113, paragraphe 1, du Règlement du TIDM). Le cas échéant, une fois établi que l'allégation du demandeur est bien fondée, le Tribunal établit le montant, la nature et la forme de la caution ou autre garantie financière à déposer pour obtenir la mainlevée de

⁷⁵⁴ Article 292, paragraphe 3, de la CNUDM. v. également AKL J., « La procédure de prompt mainlevée du navire ou de prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 231. En ce sens, le fait que le Tribunal procède, le cas échéant, à un examen détaillé d'éléments de fond afin de déterminer le montant d'une caution ou le caractère raisonnable de celle-ci ne lie pas les tribunaux qui statueront véritablement sur le fond (*Ibid.*, p. 232 ; v. également TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 1)* (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, 4 décembre 1997, pp. 31 et 27, §§62 et 49).

⁷⁵⁵ *Ibid.*, opinion dissidente de M. MENSAH, Président, p. 39, §5.

l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage (article 113, paragraphe 2, du Règlement). Le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière est une nécessité, « eu égard à la nature de la procédure de prompt mainlevée et de prompt libération », dans la mesure où la mainlevée et la libération de l'équipage doivent intervenir dès lors que la caution ou la garantie est déposée⁷⁵⁶. Ladite caution ou garantie doit présenter un caractère « raisonnable » (article 292, paragraphe 1, de la CNUDM). Selon le Tribunal, le critère du raisonnable « englobe le montant, la nature et la forme de la caution ou de la garantie financière. L'équilibre global à établir entre montant, forme et nature de la caution doit être raisonnable »⁷⁵⁷. Dans le cadre de la détermination d'une caution voulue raisonnable,

« [l]e Tribunal considère qu'un certain nombre d'éléments sont pertinents (...). Au nombre de ces éléments, il y a : la gravité des infractions imputées, les sanctions imposées ou pouvant l'être en vertu des lois de l'Etat qui a immobilisé le navire, la valeur du navire immobilisé et celle de la cargaison saisie, le montant de la caution imposée par l'Etat qui a immobilisé le navire, ainsi que la forme sous laquelle la caution est exigée »⁷⁵⁸.

Dans l'affaire du *Monte Confurco*, le Tribunal précise en outre que « [c]ette énumération ne saurait nullement être considérée comme exhaustive. [II] n'entend pas non plus déterminer des règles rigides concernant l'importance relative qui doit être attachée à l'un ou à l'autre de ces éléments »⁷⁵⁹. Ainsi que le souligne le Juge NELSON dans l'opinion individuelle qu'il joint à l'arrêt du TIDM en l'affaire du *Camouco*, « c'est au Tribunal que revient la tâche de déterminer ce qui est raisonnable (...), raisonnable au sens de juste et équitable, [ce qui dépend des circonstances] »⁷⁶⁰. Afin d'appréhender au mieux la notion, le Juge LAING se réfère au *Black's Law Dictionary*, et souligne que « l'expression a une connotation de proportionnalité, d'équilibre, d'équité, d'opportunité, de modération, et évoque aussi le caractère d'à propos, de tolérable et de non excessif. Parmi les synonymes que l'on peut ajouter figure la cohérence »⁷⁶¹. Ce caractère raisonnable de la caution ou de la garantie financière doit s'apprécier au regard du droit international, et non du droit

⁷⁵⁶ TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 1)*, *op. cit.*, p. 35, §81.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, §82.

⁷⁵⁸ TIDM, *Affaire du « Camouco »*, *op. cit.*, p. 31, §67. En l'espèce, le Tribunal considérera que la caution imposée par le tribunal français ne présentait pas un caractère raisonnable (v. p. 31-32, §66-70, spéc. §68-69).

⁷⁵⁹ TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »*, *op. cit.*, p. 109, §76.

⁷⁶⁰ TIDM, *Affaire du « Camouco »*, *op. cit.*, opinion individuelle de M. NELSON, p. 48.

⁷⁶¹ *Ibid.*, déclaration de M. LAING, p. 43.

interne⁷⁶². Le Tribunal est donc amené à se pencher sur les conditions factuelles de l'immobilisation d'un navire (que faisait le navire ? où était-il ?), et sur les conditions factuelles du dépôt éventuel d'une caution ou autre garantie financière par l'Etat du pavillon ou le propriétaire (ou affréteur) du navire. Parmi les critères – non exhaustifs et non hiérarchisés⁷⁶³ – d'appréciation du caractère raisonnable de la caution dégagés par le Tribunal, on retrouve donc des éléments touchant au navire, à sa cargaison, à son équipage : un examen de la situation de ces tiers peut donc avoir lieu.

Ainsi dans l'affaire du *Juno Trader*, le Tribunal doit résoudre l'opposition entre les parties « sur le point de savoir si l'équipage (...) est en détention ». En effet, « [d']après le demandeur, certains passeports ont été restitués mais, à la date du 7 septembre 2004, leurs passeports n'avaient pas été restitués à six membres de l'équipage », allégations démenties par le défendeur⁷⁶⁴. La situation et le comportement des tiers au bénéfice desquels le contentieux est porté devant le Tribunal (à savoir, les membres de l'équipage du navire immobilisé) seront donc examinés, tant pour vérifier que les allégations du demandeur sont fondées que pour établir le montant de la caution. A cet effet sont, notamment, pris en compte : les activités du navire arraisonné, les circonstances de l'arraisonnement et les justifications avancées à cet effet, la gravité des infractions alléguées (commises par le navire immobilisé), la valeur du navire et de sa cargaison, le montant et la forme de la caution ; l'équilibre entre les intérêts en jeu. La caution ou la garantie financière est « déposée auprès de l'Etat qui a immobilisé le navire à moins que les parties n'en décident autrement » (article 113, paragraphe 3, du Règlement du Tribunal). Dans la deuxième phase, particulière⁷⁶⁵, de l'affaire *Saïga*, réparation est accordée à Saint-Vincent-et-les-Grenadines « pour les dommages subis directement par elle, ainsi que pour les dommages

⁷⁶² v. en ce sens *Id.*, et *Ibid.*, opinion dissidente de M. TREVES, p. 74, §4. v. *contra*, *Ibid.*, déclaration de M. NDIAYE, p. 45. v. également GALLALA I., « La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer », *RGDIP*, 2001, p. 943-946).

⁷⁶³ QUENEUDEC J.-P., « A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 89. v. plus largement sur cette question, GALLALA I., « La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 946-966 et CORTEN O., « L'interprétation de "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP*, 1998, p. 4-53.

⁷⁶⁴ TIDM, *Affaire du « Juno Trader »*, *op. cit.*, p. 39, §78-80, spéc. p. 39, §78.

⁷⁶⁵ La deuxième phase de l'affaire ne relève pas *stricto sensu* de la prompt mainlevée : la demande de mainlevée est traitée dans la première phase, l'affaire est ici jugée au fond. Ce différend ne peut, non plus, s'apprécier comme étant, *stricto sensu* une affaire de protection diplomatique : la nationalité des réclamations (s'agissant des individus) et l'épuisement des voies de recours internes font défaut. Cette deuxième phase de l'affaire s'inscrit directement dans le prolongement de la première, c'est une demande fondée sur le lien de rattachement issu du pavillon, puisant sa source dans le non respect de l'arrêt rendu en 1997 (première phase) et dans la continuation de l'illicite (immobilisation du navire et détention de l'équipage).

ou autres pertes subies par le *Saïga*, y compris toutes les personnes impliquées dans l'activité du navire ou qui ont des intérêts liés à cette activité »⁷⁶⁶.

Bien qu'il ne s'agisse pas véritablement d'une réparation, quantifier et apprécier le caractère raisonnable de la caution permet, le cas échéant, de procéder à un examen incident de la situation des tiers, *i.e.* le navire, sa cargaison et son équipage. Des particularités, différentes, caractérisent par ailleurs le contentieux de l'OMC en matière de réparation.

C- La réparation prospective mise en œuvre dans le cadre de l'OMC

Ainsi que l'écrit G. LE FLOCH,

« que l'on considère que par la protection diplomatique l'Etat fait jouer un droit propre, ou qu'il fait valoir celui de la personne protégée voire qu'il intervient en représentation de la personne privée, il s'agit dans tous les cas de lui reconnaître un titre à agir à la suite d'un préjudice médiat. A l'OMC, rappelle Charles-Emmanuel Côté, la violation des accords "a pour effet de toujours léser tous les Membres, en raison de la présomption d'annulation ou de réduction des avantages découlant des accords. Ils ont donc tous toujours intérêt à introduire une plainte". C'est ce que confirme le rapport du groupe spécial dans l'affaire des *Bananes III*. Selon lui, "vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, [...] les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux". Aucune disposition du Mémoire d'accord ni des Accords de l'OMC n'exige la présence d'un "intérêt juridique" ou d'un "intérêt économique", pour introduire une requête devant l'Organe de règlement des différends. Ainsi, lorsqu'un Membre introduit une plainte au soutien d'une entreprise privée, il intervient juridiquement en son nom propre pour faire valoir ses propres intérêts et non au nom d'un opérateur économique privé même si en pratique l'objectif est de mettre un terme au préjudice éventuellement subi par ce dernier »⁷⁶⁷.

Cette longue citation permet de rappeler le caractère particulier du contentieux de l'OMC, qui a une vision extensive de l'intérêt à agir, se rapprochant d'une forme d'*actio*

⁷⁶⁶ TDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 65, §172. Le Tribunal poursuit : « [I]es dommages ou autres pertes subies par le navire et toutes les personnes se trouvant impliquées dans son activité ou ayant intérêt liées à cette activité comprennent les dommages aux personnes, l'arraisonnement, l'immobilisation, la détention illicites ou d'autres formes de mauvais traitements, les dommages aux biens ou la saisie de biens et d'autres pertes économiques, y compris la perte de revenus ». Le calcul de la réparation fait directement référence aux préjudices subis par les particuliers (*Ibid.*, p. 67, §175).

⁷⁶⁷ LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 63 (v. plus largement, p. 62-64).

popularis. Cette particularité permet d'observer que, si une forme d'endossement peut être envisagée dans ce contentieux, cela est confiné à une sphère pré-contentieuse. En effet, une fois la procédure enclenchée, les mécanismes de l'endossement ne sont plus observables : aucun lien de rattachement particulier entre les opérateurs économiques privés concernés et le Membre demandeur n'est à démontrer, la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne trouve pas application, et la conception extensive de l'intérêt à agir rend superflue tout recours à la « fiction *Mavrommatis* », car il ne s'agit pas de savoir quels sont les droits en cause (ceux du Membre demandeur et / ou ceux de l'opérateur économique privé) mais de préserver un système multilatéral d'avantages réciproques établi au bénéfice de tous les membres. La spécificité du mécanisme est justifiée par sa finalité. L'OMC est une organisation internationale ayant pour mission d'assurer la libéralisation des échanges commerciaux au niveau mondial : elle est limitée par sa fonction, conformément au principe de spécialité des organisations internationales⁷⁶⁸. Par voie de conséquence, le mécanisme de responsabilité spécifique qu'elle introduit ne peut fonctionner que pour les seuls besoins de cette finalité. Cela permet d'expliquer la particularité d'un contentieux qui n'a pas pour but d'obtenir la réparation d'un préjudice causé par un fait internationalement illicite attribuable à l'Etat. Il s'agit d'un contentieux de la légalité qui se désintéresse tant de l'attribution des mesures litigieuses que de la réparation d'un éventuel préjudice. Pour donner lieu à une action de nature à engager la responsabilité d'un Membre de l'Organisation, il faut que le Membre demandeur considère qu'un avantage se trouve annulé ou compromis par une mesure adoptée par le Membre défendeur. Cette mesure peut apparaître illicite au regard des accords de l'OMC (plainte en situation de violation), ou bien licite (plainte en situation de non-violation). Le préjudice correspondrait alors à cette annulation ou compromission d'un avantage. Selon H. LESAFFRE, ce préjudice « dématérialisé » réside ainsi « dans une atteinte actuelle, ou future, certaine, ou potentielle, à des rapports compétitifs commerciaux »⁷⁶⁹. Il est alors très difficile de caractériser, et *a fortiori* d'évaluer et de quantifier un préjudice, ces difficultés étant intrinsèquement et inextricablement liées à la variabilité et au caractère aléatoire des flux et des échanges commerciaux. Le préjudice étant difficilement appréciable, la réparation adéquate le serait aussi, serait-elle rétrospective. Cependant, la spécificité du système de responsabilité de l'Organisation réside encore dans l'absence d'obligation de réparer.

⁷⁶⁸ CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, *op. cit.*, p. 78, §25.

⁷⁶⁹ LESAFFRE H., *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 316, §726.

Cette affirmation doit être nuancée, car le MARD fait expressément référence à la réparation en son article 23. Il n'en demeure pas moins que la réparation n'emporte pas les mêmes conséquences qu'en droit international général de la responsabilité : le contenu de la responsabilité à l'OMC se confond avec un contentieux de la légalité, qui ne s'ajoute pas (comme en droit international général) à un contentieux de la réparation, mais qui vient s'y substituer⁷⁷⁰. La réparation prend alors essentiellement la forme d'une mise en conformité avec le droit de l'OMC⁷⁷¹, éventuellement assortie de garanties de non-répétition⁷⁷². Cette nature prospective du contenu de la responsabilité montre l'importance du rétablissement de la légalité : ce qui importe, c'est d'une part la cessation de l'illicite, et d'autre part sa non-répétition. Dans cette logique contentieuse particulière, l'examen de la situation du tiers aux fins de la réparation est donc superflu – résiduel, tout au plus.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 266, §612.

⁷⁷¹ Article 19.1 du MARD. L'obligation de mise en conformité est une obligation de résultat qui laisse libre choix quant aux moyens (Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, arbitrage au titre de l'article 21:3 c), Décision de l'arbitre, WT/DS48/13, 29 mai 1998, p. 16, §38). Celle-ci peut prendre la forme d'un retrait des mesures litigieuses (article 3.7. du MARD).

⁷⁷² L'affaire *Canada – Aéronefs* fournit un exemple d'illustration, le Groupe spécial ayant considéré que l'obligation s'imposait au Canada de *garantir* la cessation à l'avenir des subventions à l'exportation prohibées dans le secteur des aéronefs de transport régional (*v. Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, recours à l'article 21:5, Rapport du Groupe spécial, WT/DS70/RW, 9 mai 2000, spéc. p. 24, §5.66).

Conclusion du Chapitre III

L. CONDORELLI défend une acception extensive de la notion de protection diplomatique. Selon lui, il faut voir la trace de cette institution dès lors que, dans un contentieux réservé aux Etats, la procédure est en réalité utilisée au bénéfice (même partiel) de particuliers (personnes physiques et morales). Selon l'auteur, « la protection diplomatique doit être (...) vue comme l'expression d'un régime général flexible, c'est-à-dire capable de supporter toutes sortes d'adaptations et de modulations moyennant des dérogations apportées à telle ou telle des règles qui le composent »⁷⁷³. Nous avons fait le choix de nous écarter quelque peu de cette conception extensive de la protection diplomatique, en considérant comme relevant de l'endossement les procédures qui semblent comparables. Ce chapitre a abordé, dans une perspective comparative, non seulement les procédures relevant de la protection diplomatique, mais également celles relevant de la protection fonctionnelle, de la prompt mainlevée et du règlement des différends de l'OMC. La finalité poursuivie par cette étude a été de faire ressortir les caractéristiques communes de ces procédures, et de tenter d'expliquer leurs divergences, s'agissant de la manière dont le tiers est placé au centre de l'analyse.

Ainsi, le contentieux en matière de protection diplomatique et d'endossement prend la forme d'une réclamation exclusivement interétatique. Pour autant, la procédure se focalise sur l'analyse de la situation du tiers. Au stade de la recevabilité de la requête, dès lors qu'il y a un doute sur le point de savoir si le tiers est véritablement rattaché par un lien juridique à l'Etat demandeur, conférant ainsi à ce dernier qualité à agir, ou si les voies de recours internes ont bien été épuisées lorsque cela est requis, le tiers sera au centre de l'argumentaire développé par les parties, et le juge devra se pencher sur la situation de celui-ci, afin de trancher les prétentions de ces dernières. De manière symptomatique, l'examen du comportement du tiers pourra se révéler si développé qu'il apparaîtra nécessaire de joindre au fond les exceptions préliminaires tirées de la nationalité ou de l'épuisement des voies de recours internes. Si le jugement au fond admet l'existence d'une violation du droit international attribuable à l'Etat défendeur, la phase de détermination de la réparation à octroyer au demandeur sera également de nature à placer le tiers, victime

⁷⁷³ CONDORELLI L., « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 26.

directe, au centre de cette opération. En effet, la réparation sera calculée sur la base du dommage effectivement subi par lui, et sa contribution au préjudice pourra être de nature à réduire l'étendue de celle-ci. Le tiers est ainsi « le *début* et la *fin* de la (...) procédure »⁷⁷⁴.

Ceci est particulièrement observable s'agissant de la protection diplomatique. En matière d'endossement, les procédures relevant de la protection fonctionnelle et de la prompt mainlevée accordent une place plus variable au tiers, ce qui s'explique par les particularités qui les caractérisent. Notamment, le lien juridique de rattachement doit être établi mais l'épuisement préalable des voies de recours internes n'apparaît pas nécessaire. Dans le cadre de l'OMC, en revanche, la place du tiers n'est pas un élément d'analyse déterminant. Ainsi, la procédure ne relève pas véritablement d'une forme d'endossement juridique des réclamations privées, dans la mesure où toutes les conditions et caractéristiques qui permettent d'identifier un tel endossement font défaut : le demandeur n'a pas besoin d'être lié à un opérateur économique privé par un lien juridique de rattachement, ce dernier n'a pas besoin d'épuiser les voies de recours internes, le préjudice subi par lui n'est pas utilisé pour quantifier le montant d'une réparation qui est essentiellement prospective.

Hormis ce contentieux spécifique, les procédures étudiées ont permis de mettre en évidence la place qui est accordée au tiers dans la résolution d'un différend élevé au rang de réclamation internationale. Cette place, incidente mais loin d'être négligeable, contraste avec la politique d'exclusion pratiquée vis-à-vis du tiers protégé aux divers stades d'une procédure qui demeure structurellement interétatique.

⁷⁷⁴ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (fond), *op. cit.*, opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE, p. 798, §205.

CHAPITRE IV – LE TIERS PROTÉGÉ, « ÉTRANGER »⁷⁷⁵ AU DIFFÉREND

Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la CPJI se prononce pour la première fois sur la protection diplomatique en tant qu'institution et affirme qu'« [e]n prenant fait et cause pour l'un des siens (...) l'Etat fait à vrai dire valoir son droit propre », et « [qu'à partir de ce moment, la Cour] ne connaît comme plaideur que le seul Etat »⁷⁷⁶. Ce faisant, la Cour « [ornait-elle] la protection diplomatique d'un cadre qui ne l'a jamais quittée »⁷⁷⁷ ? Les juges, soutenus par la doctrine, ont remis en cause la conception classique de la protection diplomatique. Comme l'écrit le Juge BENNOUNA :

« il n'est plus concevable aujourd'hui de maintenir intacte la nature juridique de la protection diplomatique, telle que formulée par la jurisprudence Mavrommatis. On doit, au contraire, l'adapter à l'évolution du droit international contemporain qui fait de l'individu le destinataire de normes internationales et rend l'Etat responsable, à son égard, de leur violation. En effet, en prenant fait et cause pour son ressortissant, la personne privée reprend ainsi la place qui doit être la sienne, dans la procédure de mise en œuvre de la responsabilité, puisqu'elle a subi un préjudice immédiat en conséquence d'un acte de violation du droit international. Quant à l'Etat, il intervient sur la base du lien de nationalité, d'une relation privilégiée qui l'autorise à agir en faveur de son ressortissant afin que justice lui soit rendue »⁷⁷⁸.

En définissant la protection diplomatique comme « consist[ant] en l'invocation par un Etat (...) de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité », la CDI admet, certes de manière peu limpide⁷⁷⁹, que le procédé a pour but de faire valoir des droits

⁷⁷⁵ V. SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 86.

⁷⁷⁶ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷⁷ SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 85.

⁷⁷⁸ BENNOUNA M., « La protection diplomatique : un droit de l'Etat ? », in VASAK K. et al., *Paix, développement, démocratie, Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber, Tome I*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 249.

⁷⁷⁹ PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 1376.

individuels. C'est bien la personne privée qui est lésée, et non (ou non *seulement*)⁷⁸⁰ l'Etat à travers elle : la conception vattélienne est remise en cause, et « “[à] vrai dire” – pour citer l'arrêt *Mavrommatis* – l'Etat ne fait pas seulement valoir son propre droit. “A vrai dire”, il fait aussi valoir le droit de son national lésé »⁷⁸¹. Ainsi la thèse mixte, ou « des deux droits », selon laquelle l'Etat fait *à la fois* valoir le droit de la personne privée *et* son droit propre semble aujourd'hui la plus appropriée pour décrire le droit positif, la réalité juridique de la protection diplomatique. En ce sens, S. TOUZE propose une approche *fonctionnelle* du droit de l'Etat à exercer l'action en protection diplomatique : il s'agit de permettre l'existence d'un « régime spécifique d'invocation de la responsabilité internationale »⁷⁸², en l'absence d'accès direct de l'individu à la justice internationale⁷⁸³. Force est cependant de constater que la mise à l'écart de la fiction vattélienne quant à la nature des droits défendus au procès ne remet pas en cause le caractère discrétionnaire (au profit de l'Etat) de l'exercice de la protection diplomatique, pas plus qu'elle n'ouvre aux individus le prétoire des juridictions interétatiques. Malgré les évolutions de l'institution, près d'un siècle après l'affaire *Mavrommatis*, la personne protégée ne bénéficie d'aucun droit individuel à la protection diplomatique (Section I), et ne peut participer à l'instance (Section II).

⁷⁸⁰ Le commentaire sous l'article 1^{er} précise que « la question de savoir si l'Etat qui exerce la protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux, est laissée ouverte ».

⁷⁸¹ PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 1376.

⁷⁸² TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁸³ v. *Ibid.*, pp. 135-153 et 158-171.

Section I – Le tiers protégé, privé d’un droit individuel à la protection diplomatique

En 1962, s’inscrivant dans la ligne jurisprudentielle tracée par sa devancière, la CIJ admet que par le jeu d’une fiction juridique, le tort causé à la personne privée devienne un tort causé à l’Etat⁷⁸⁴. En conséquence, la Cour mondiale estime que :

« l’Etat doit être considéré comme seul maître de décider s’il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice peut dépendre de considérations, d’ordre politique notamment, étrangères au cas d’espèce. Sa demande n’étant pas identique à celle du particulier dont il épouse la cause, l’Etat jouit d’une liberté d’action totale »⁷⁸⁵.

Ainsi, c’est bien l’adoption de la fiction vattélienne en tant que fondement de la protection diplomatique qui a pour conséquence de priver la personne protégée de tout droit individuel à la protection diplomatique. La demande de l’Etat est-elle cependant si distincte de celle du particulier dont il épouse la cause ? La pratique contentieuse en matière de protection diplomatique a mis en exergue la défense et la revendication, par les Etats, de droits conférés à leurs nationaux, octroyant ainsi à une juridiction interétatique comme la CIJ la qualité de défenseur des droits individuels (I). Le phénomène n’est pas, toutefois, de nature à faire évoluer les règles procédurales relatives au déclenchement de la protection diplomatique. L’individu demeure en effet tributaire des caractères discrétionnaire et exclusif, au profit de l’Etat, qui caractérisent l’exercice de l’action contentieuse (II).

I- Les droits protégés : droits étatiques et droits individuels

Certaines réclamations, quand bien même elles concerneraient des comportements ayant causé un préjudice à des individus, sont toujours relatives à des demandes propres de l’Etat, et en cela elles diffèrent de celles du particulier dont il n’épouse, en réalité, pas la

⁷⁸⁴ CIJ, *Nottebohm* (deuxième phase), *op. cit.*, p. 4-27 ; CIJ, *Interhandel*, *op. cit.*, p. 6-30 ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, *op. cit.*, p. 3-51 et CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, *op. cit.*, p. 15-82. v. en outre GARIBIAN S., « Vers l’émergence d’un droit individuel à la protection diplomatique ? », *AFDI*, 2008, p. 122-125.

⁷⁸⁵ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, *op. cit.*, p. 44, §79.

cause⁷⁸⁶. Il s'agit de *réclamations directes* (A) visant notamment la violation d'obligations en matière de relations diplomatiques et consulaires, ou encore en matière d'immunités. En revanche, la CIJ a eu l'occasion d'affirmer que dans le cadre de la protection diplomatique, des droits individuels peuvent être en cause, à côté des droits étatiques : on parlera alors de *réclamations mixtes* (B). En outre, l'Etat demandeur, parfois, va jusqu'à ne rien réclamer pour lui-même, se plaçant au service d'une réclamation exclusivement *indirecte* (C).

A- Le respect des droits étatiques : les réclamations directes

Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la République démocratique du Congo expliquait, par la voix de Maître VERGES,

« [que la requête] qui l'oppose au Royaume de Belgique n'a nullement pour objet de prendre fait et cause au titre de la protection diplomatique pour l'un de ses ressortissants. (...) La République met en cause le mandat d'arrêt du juge belge en tant qu'il vise non pas la personne de M. Yerodia Ndombasi, mais la fonction de ministre des affaires étrangères de l'Etat souverain qu'elle est »⁷⁸⁷.

Egalement, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* opposant ce dernier à l'Ouganda, le défendeur déposait deux demandes reconventionnelles. Dans la seconde, l'Ouganda réclamait à la Cour de juger que le Congo est responsable d'une série de violations du standard de traitement minimum dû aux étrangers, consistant d'une part en plusieurs atteintes contre les locaux et les biens de sa mission diplomatique à Kinshasa, d'autre part, en un incident à l'aéroport de Ndjili, ayant causé des dommages à des agents et à d'autres citoyens ougandais. La Cour déclare recevable la partie de la demande alléguant les violations du droit diplomatique et consulaire. Elle jugera effectivement que le Congo a violé les obligations qui lui incombent, envers l'Ouganda, en vertu de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. En revanche, la demande reconventionnelle a été déclarée irrecevable en ce qu'elle concerne les dommages subis par les individus n'étant pas membres du corps diplomatique. La Cour a estimé qu'ici,

⁷⁸⁶ Dans ce cadre, le contentieux ne procèdera pas d'une analyse centrée sur le tiers, ni vis-à-vis de son comportement aux fins de statuer sur la recevabilité de la requête (nationalité, épuisement des voies de recours internes), ni vis-à-vis du préjudice effectivement subi par lui aux fins de statuer sur la réparation.

⁷⁸⁷ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, Audience publique tenue le lundi 20 novembre 2000, Plaidoirie de Maître J. VERGES, p. 10.

l'Ouganda souhaite exercer son droit de protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants sans avoir fourni la preuve que ceux-ci possèdent sa nationalité⁷⁸⁸.

Le TIDM s'inscrit également dans cette conception des droits en cause. Dans l'affaire *Saïga*, il rejette l'exception préliminaire du défendeur fondée sur le non-épuiement des voies de recours internes :

« [l]a règle qui requiert l'épuisement des recours internes est applicable lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers. Aucune des violations des droits dont se prévaut Saint-Vincent-et-les-Grenadines⁷⁸⁹, ne peut être présentée comme une violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des étrangers. Elles sont toutes des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découle de ces violations. De ce fait, les demandes présentées au sujet de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle qui requiert l'épuisement des recours internes »⁷⁹⁰.

Le Tribunal conclut que les droits en cause « sont tous des droits que reconnaît à [l'Etat] la [CNUDM] ou le droit international »⁷⁹¹. La requête formulait pourtant ce qui semblait être une réclamation mixte, c'est-à-dire mêlant des réclamations étatiques et individuelles, intrinsèquement liées et interdépendantes. En effet, Saint-Vincent-et-les-Grenadines alléguait que les actions guinéennes violaient *son droit et celui des navires battant son pavillon* « de jouir de la liberté de navigation (...) »⁷⁹². Ainsi, la décision du Tribunal sur ce point a été vivement critiquée par certains juges. Le Juge WOLFRUM rappelle le critère d'analyse, qui ne réside pas dans la formulation des réclamations mais dans « la nature du préjudice subi et des droits violés »⁷⁹³ ; or, « [les] dispositions de la Convention indiquent que, pour ce qui est de la liberté de navigation, les droits reconnus aux Etats et ceux des individus se trouvent intimement liés »⁷⁹⁴. Pour le Juge WARIOBA, le cas d'espèce « relève de la protection diplomatique et [il] ne s'agit pas d'un préjudice

⁷⁸⁸ v. FORLATI S., « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice : quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo / Ouganda », *RGDIP*, 2007, p. 89-116.

⁷⁸⁹ *i. e.* le droit de jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites ; le droit de ne pas être soumis à la législation en matière douanière et de contrebande de la Guinée ; le droit de ne pas être soumis à une poursuite illicite ; le droit d'obtenir une prompte exécution de l'arrêt rendu par le Tribunal le 4 décembre 1997 ; le droit de ne pas être cité à comparaître devant les juridictions pénales de la Guinée.

⁷⁹⁰ TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 45-46, §98.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 45, §97.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 22, §28.

⁷⁹³ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge WOLFRUM, p. 108, §48.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 110, §53 (v. pour l'ensemble de la démonstration avancée par le Juge, p. 107-111, §46-55).

direct subi par Saint-Vincent-et-les-Grenadines »⁷⁹⁵. Ces contestations ne semblent pas avoir modifié la position du Tribunal. Dans l'affaire du *Monte Confurco*, il estime que les articles 73 et 292 de la CNUDM protègent deux intérêts *étatiques*, ceux de l'Etat côtier d'une part – qui doit pouvoir prendre « toutes mesures qui lui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés » et, le cas échéant, les faire appliquer en procédant à l'immobilisation du navire, à la représentation en justice du capitaine et au paiement des sanctions imposées – et ceux de l'Etat du pavillon d'autre part – qui doit pouvoir obtenir « sans délai [la] mainlevée de l'immobilisation de ses navires et [la] libération de leurs équipages »⁷⁹⁶.

Les réclamations directes portent ainsi sur les droits propres de l'Etat. En matière de protection diplomatique et d'endossement, en revanche, la pratique reconnaît les liens plus ou moins étroits entretenus par la réclamation du particulier et celle de l'Etat demandeur.

B- Le respect des droits individuels et étatiques : les réclamations mixtes

L'interdépendance des droits individuels et des droits étatiques, qui fonde la notion de réclamation mixte, a notamment été consacrée dans les affaires *LaGrand* et *Avena* soumises à la CIJ. Dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne estimait que, « en n'informant pas les frères LaGrand de leur droit de communiquer avec les autorités allemandes, les Etats-Unis [l'avaient empêchée] d'exercer les droits [conférés par le paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963] »⁷⁹⁷. Outre la violation de ses droits propres, l'Allemagne soutenait que :

« en méconnaissant leur obligation d'information, les Etats-Unis [avaient] également violé les droits individuels que [le paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention confère] aux personnes détenues (...). [E]n conséquence, [l'Allemagne affirme qu'elle] “a subi un préjudice en la personne de ses deux ressortissants”, grief qu'elle invoque au titre

⁷⁹⁵ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge WARIOBA, p. 216-217, §59-61 (spéc. p. 217, §61). v. également *Ibid.*, opinion individuelle du Juge CHANDRASEKHARA RAO, p. 130, §14-15.

⁷⁹⁶ TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »*, *op. cit.*, p. 108 § 70-71. v. également AKL J., « La procédure de prompt mainlevée du navire ou de prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 246 : « [c]et article [292 de la CNUDM] reflète le compromis atteint à la IIIème Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer en vue de concilier les droits et intérêts des Etats côtiers avec ceux des Etats du pavillon ».

⁷⁹⁷ CIJ, *LaGrand*, *op. cit.*, p. 481, §38.

de la procédure de protection diplomatique engagée au nom de Karl et Walter LaGrand »⁷⁹⁸.

Certaines des conclusions allemandes faisaient état de réclamations étatiques. Notamment, l'Allemagne exigeait « réparation, sous la forme d'une indemnisation ou de satisfaction, pour l'exécution de Karl LaGrand le 24 février 1999 », ainsi que des assurances et garanties de non-répétition de la part des Etats-Unis⁷⁹⁹. Aux côtés de ces réclamations « personnelles », l'Allemagne formulait des demandes pour le compte de son ressortissant survivant : « les Etats-Unis doivent restaurer le *statu quo ante* dans le cas de Walter LaGrand, c'est-à-dire rétablir la situation qui existait avant les actes de détention, de poursuite, de déclaration de culpabilité et de condamnation de ce ressortissant allemand commis en violation des obligations juridiques des Etats-Unis »⁸⁰⁰. De la même manière, la demande en indication de mesures conservatoires présentée par l'Allemagne était présentée pour le compte de son ressortissant, le seul intérêt propre de l'Etat allemand invoqué à l'appui de cette requête étant l'intérêt indirect et « primordial », « que l'Allemagne attache à la vie et à la liberté de ses ressortissants »⁸⁰¹. Au stade du fond, l'Allemagne faisait valoir que l'exercice de sa protection diplomatique, aux côtés de sa réclamation directe, était nécessaire car « la violation de l'article 36 par les Etats-Unis ne porte pas seulement atteinte [à ses] droits (...) en tant qu'Etat partie à la convention, mais

⁷⁹⁸ *Id.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 471, §10.

⁸⁰⁰ *Id.*

⁸⁰¹ CIJ, *LaGrand*, Demande en indication de mesures conservatoires présentée par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, 2 mars 1999, §7. Pour le Juge ODA, la démarche de l'Allemagne témoigne qu'en saisissant la Cour en l'affaire, celle-ci « [cherche] avant tout à sauver la vie de Walter LaGrand » (CIJ, *LaGrand*, arrêt, *op. cit.*, opinion dissidente du Juge ODA, p. 529, §9), et il est à déplorer que la Cour « [intervienne] *directement* dans le sort d'un individu, [ce qui revient pour elle] à s'écarter dans une certaine mesure de sa fonction d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, qui est essentiellement celle d'une juridiction créée pour régler les différends opposant les Etats » (CIJ, *LaGrand*, *op. cit.*, ordonnance (mesures conservatoires), 3 mars 1999, déclaration de M. le Juge ODA, p. 19, §6). A l'occasion de l'affaire *Avena*, opposant le Mexique aux Etats-Unis pour des faits similaires, le Juge ODA réaffirme que l'institution de la protection diplomatique est dans ces situations instrumentalisée pour, en réalité, obtenir de la Cour qu'elle sauve la vie des individus ressortissants de l'Etat demandeur : « (...) la présente affaire constitue en substance une tentative du Mexique visant à sauver la vie de ses ressortissants condamnés à mort par des juridictions internes des Etats-Unis. Cette instance porte en effet sur les droits de l'homme, plus particulièrement les droits de ressortissants mexicains condamnés à la peine capitale, mais il n'y a pas de différend quant à l'interprétation ou à l'application de la convention de Vienne » (CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *op. cit.*, ordonnance (mesures conservatoires), 5 février 2003, déclaration de M. le Juge ODA, p. 93. v. également CIJ, *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance (mesures conservatoires), 9 avril 1998, déclaration de M. le Juge ODA, p. 260-261, §2-4, spéc. p. 261 §4 : « [q]uelle est la décision que le Paraguay demande à la Cour de rendre dans sa requête du 3 avril 1998 ? Le Paraguay la prie principalement de statuer sur la situation personnelle de M. Breard, à savoir sur son exécution imminente par les autorités compétentes de l'Etat de Virginie »).

constitue également une violation des droits individuels des frères LaGrand »⁸⁰². Les Etats-Unis, soutenus sur ce point par les opinions des Juges ODA et SHI⁸⁰³, estimaient quant à eux que « même si les individus peuvent bénéficier [des droits reconnus par la convention en matière de notification consulaires], ce sont les Etats et non les individus [qui en sont titulaires] »⁸⁰⁴. La Cour n'accueillera pas l'argumentation américaine. Comme l'exprime le paragraphe 77 du jugement au fond, celle-ci « conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 [de la Convention de Vienne sur les relations consulaires] crée des droits individuels *qui peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité* »⁸⁰⁵. Tout en maintenant cette interprétation dans l'affaire *Avena*⁸⁰⁶, la Cour considèrera qu'en raison de l'interdépendance des droits étatiques et individuels dans le cadre de l'article 36, paragraphe 1, de la Convention de Vienne, l'Etat peut utiliser la réclamation directe pour faire valoir ses droits propres (en toute logique), mais également (plus curieusement) les droits individuels de ses ressortissants :

« toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et (...) toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu. *Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants (...).* [P]our les motifs qui viennent d'être exposés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des demandes mexicaines concernant lesdites violations sous l'angle distinct de la protection diplomatique »⁸⁰⁷.

La critique de cette interprétation proposée par le Juge VERESHCHETIN est intéressante dans la mesure où elle suggère, en cas de réclamation mixte, d'appliquer un critère de prépondérance afin de savoir si la demande doit être traitée comme une réclamation directe – ce qui dispense de s'assurer de l'épuisement des voies de recours internes par les tiers éventuels – ou comme relevant de la protection diplomatique. Relativement au cas d'espèce, le Juge estime que :

⁸⁰² CIJ, *LaGrand*, arrêt, *op. cit.*, p. 492, §75.

⁸⁰³ *Ibid.*, opinion individuelle de M. SHI, Vice-Président, p. 518-524 et *Ibid.*, opinion dissidente du Juge ODA, p. 535-536.

⁸⁰⁴ CIJ, *LaGrand*, arrêt, *op. cit.*, p. 493, §76.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 494, §77. v. également p. 497, §89 (les italiques sont de nous).

⁸⁰⁶ CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, *op. cit.*, p. 36, §40.

⁸⁰⁷ *Id.* (les italiques sont de nous). Cela dispense notamment la Cour de se pencher sur la condition de recevabilité relative à l'épuisement des voies de recours internes. *Contra*, v. *Ibid.*, opinion individuelle de M. le Juge TOMKA, p. 95, §7.

« les réparations demandées mettent principalement l'accent sur les préjudices causés aux nationaux concernés. Si l'on applique le critère de la "prépondérance" (...), la réclamation du Mexique n'aurait pas été portée devant la Cour n'eût été du désir du Mexique de protéger certains de ses nationaux. Il apparaît donc à l'évidence que la réclamation mixte présentée par le Mexique est, de façon prépondérante, une réclamation au titre de la protection diplomatique, à travers laquelle le Mexique fait siennes *les prétentions de ses nationaux* »⁸⁰⁸.

Tout en soutenant que la requête mexicaine relève, de façon prépondérante, de la protection diplomatique⁸⁰⁹, l'opinion individuelle du Juge PARRA-ARANGUREN se déclare hostile à la distinction entre réclamation directe et réclamation indirecte dans le cadre de la protection diplomatique (et *a fortiori* à la notion de réclamation mixte) :

« les demandes soumises par le Mexique dans le cadre de l'exercice de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants sont des demandes que le Mexique formule en son nom propre, ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a reconnu dans le célèbre *dictum* de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* »⁸¹⁰.

Selon cette interprétation, la réclamation est toujours directe, et c'est le préjudice qui est indirectement souffert dans le cadre de la protection diplomatique. Cette conception est certainement à même de concilier l'inadéquation procédurale entre un procès centré sur les droits d'une personne physique ou morale et la fiction *Mavrommatis*, qui s'impose face à une juridiction qui ne reconnaît aucun *jus standi* au bénéfice de la personne protégée. Néanmoins, elle ne résiste pas à l'analyse dès lors que l'on se penche sur le contenu et la portée des réclamations qui sont faites dans le cadre de la protection diplomatique. La plupart, en ce qu'elles demandent que réparation soit accordée pour le préjudice subi par le tiers protégé qui est le destinataire final de l'indemnisation, présente nécessairement un caractère *indirect*. La « deuxième phase » de l'affaire *Avena* en témoigne. Quatre ans après le rendu de l'arrêt au fond, le Mexique prie la Cour d'interpréter la portée et le sens des obligations qui incombent aux Etats-Unis à titre de réparation. Cette saisine découle du constat qu'« [à] ce jour, des refus répétés ont été opposés à des *demandes soumises par des ressortissants mexicains en vue du réexamen et de la révision de leur cas, prescrits par*

⁸⁰⁸ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le Juge VERESHCHETIN, p. 81-82, §7.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le Juge PARRA-ARANGUREN, p. 91, §28.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 89, §21.

l'arrêt Avena »⁸¹¹. La demande en interprétation s'accompagne d'une requête en indication de mesures conservatoires tendant à ce qu'aucun ressortissant mexicain ne soit exécuté tant que la Cour ne se sera pas prononcée sur le jugement en interprétation. Dans cette requête, le Mexique désigne nommément les cinq ressortissants qui, selon lui, se trouvent en « danger immédiat » vis-à-vis de la mise en œuvre de la peine capitale.

Le demandeur, parfois, va jusqu'à ne rien réclamer pour lui même, ou, plus prudemment et plus fréquemment, fusionne sa demande et celle du particulier dont il épouse la cause. Il s'agit alors de réclamations indirectes, pouvant timidement être rapprochées de la notion de représentation.

C- Le respect des droits individuels : les réclamations indirectes

Dès la genèse, le Juge BUSTAMANTE, en critiquant le caractère artificiel de la fiction *Mavrommatis*, remarque que dans cette affaire le gouvernement hellénique ne demande rien pour lui-même, ni la reconnaissance de droits, ni l'indemnisation. Toutes les réclamations sont faites pour son ressortissant. Dès lors « nous ne sommes pas en présence de relations juridiques [interétatiques] mais [dans un cas de] représentation des tiers par un Membre de la Société des Nations »⁸¹². Selon le Juge, l'action en représentation, destinée à pallier l'absence de *jus standi* de l'individu devant un « Tribunal d'Etats » est conceptuellement valable, mais inopérante en l'espèce car le Mandat sur la Palestine – base de compétence soumise à la Cour – ne prévoit pas l'action en représentation⁸¹³. La théorie de la représentation, connue du droit international par ailleurs⁸¹⁴, n'a néanmoins

⁸¹¹ CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), Requête introductive d'instance, 5 juin 2008, p. 11, §4 (les italiques sont de nous).

⁸¹² CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, opinion dissidente de M. BUSTAMANTE, p. 81-82.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 82 : « [p]our que les réclamations des tiers faites en leur nom par un Etat Membre de la Société des Nations soient soumises à la compétence de la Cour en vertu du Mandat, il serait nécessaire de le dire expressément ». Le Juge précise que pareille démarche a été suivie pour le Mandat sur l'Est africain dont l'article 13 dispose « (...) Les Etats Membres de la Société des Nations pourront (...) soumettre au jugement de la Cour, au nom de leurs nationaux, toutes plaintes émanant de ces derniers et signalant une atteinte portée à leurs droits [tels que définis par le Mandat] » (cité p. 82, les italiques sont de nous).

⁸¹⁴ v. Sentence arbitrale, *William A. Parker* (U.S.A v. United Mexican States), Décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol. IV, p. 36, §4 ; Sentence arbitrale, *Affaire Junghans* (première partie) (Allemagne c. Roumanie), Décision du 7 juillet 1939, *RSA*, vol. III., p. 1845-1859 et Sentence arbitrale, *Affaire Junghans* (deuxième partie) (Allemagne c. Roumanie), Décision des 21-29 octobre 1940, *RSA*, vol. III., p. 1885-1891 ; ainsi que SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 90-93 ; et GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *op. cit.*, p. 125-127.

pas su convaincre la majorité des juges. Tout en prenant acte des demandes grecques tendant à ce que le gouvernement britannique, qui a refusé à tort de reconnaître les droits de son ressortissant en matière de concessions de travaux publics à exécuter sur le territoire palestinien, répare « le préjudice subi de chef par ledit sujet »⁸¹⁵, la CPJI estime que l'Etat, faisant valoir son droit propre, « ne se substitue point à son ressortissant »⁸¹⁶. Près d'un siècle plus tard, la réclamation formulée par la requête guinéenne dans l'affaire *Diallo* vient alors illustrer la prudente attitude des Etats consistant à opérer une « fusion » des réclamations individuelles et étatiques, aussi sera-t-elle à nouveau citée :

« ces différents fait illicites ont causé un dommage réel à M. Ahmadou Sadio Diallo, le dommage est d'abord moral au regard du fait que ledit sieur a été expulsé (...) [et] l'Etat guinéen a ressenti ce préjudice moral que lui ont causé l'injustice et le traitement inhumain et dégradant infligés à son ressortissant, le dommage est aussi matériel au regard des énormes biens et investissements perdus par [l'individu] et partant par la Guinée qui se voit ainsi privée de devises qui auraient pu être injectées dans son secteur productif »⁸¹⁷.

En ce qu'elle se fonde essentiellement sur des conjectures s'agissant de l'argument économique des devises perdues, on est tenté d'interpréter cette « fusion » comme relevant de la pure stratégie contentieuse, le demandeur ne voulant pas manquer de s'inscrire dans le cadre de la « fiction vattélienne » qui demeure chère à la Cour.

Le lien de nationalité conférant à l'Etat national un droit de suite, il est juridiquement concevable de considérer, en application de la fiction *Mavrommatis*, que l'Etat fait valoir son droit propre en exigeant le respect du droit international en la personne de son ressortissant. Conséquemment, l'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le déclenchement de l'action judiciaire internationale qui demeure à ce jour incontesté. La conception de la fiction est néanmoins, dans une certaine mesure, en contradiction avec les réalités de l'objet du procès, qui porte tant sur les droits étatiques que sur les droits individuels. La protection diplomatique permet à l'Etat de réclamer, par une action contentieuse unique, réparation pour deux préjudices distincts causés par le(s)

⁸¹⁵ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p. 7.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 13. v. également SERENI A. P., « La représentation en droit international », *op. cit.*, p. 81 : « [i]l n'y a pas représentation internationale lorsqu'un Etat exerce sa protection diplomatique vis-à-vis d'un autre Etat en faveur de l'un de ses citoyens, parce que ces derniers n'ont pas la qualité de sujet du droit international ». v. également, pour une critique plus contemporaine de la théorie de la représentation appliquée à la protection diplomatique, TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 153-158.

⁸¹⁷ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, Requête introductive d'instance, *op. cit.*, p. 30.

même(s) fait(s) internationalement illicite(s) attribuables à l'Etat défendeur. L'un de ces préjudices est celui causé *directement* à l'Etat du fait du non-respect du droit international vis-à-vis d'un de ses nationaux ; tandis que l'autre réside dans la violation des droits que la personne protégée tire du droit international, la protection diplomatique permettant de pallier l'incapacité de les faire valoir au contentieux. Ce dédoublement de l'objet du procès, expressément admis par la CIJ dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, n'est cependant pas de nature à faire évoluer les règles d'exercice de la protection diplomatique : le déclenchement de l'action est toujours laissé à la discrétion de l'Etat.

II- La protection des droits : l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et exclusif de l'Etat

« L'Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »⁸¹⁸ : il s'agit d'un *droit*, et non d'une obligation qui s'imposerait à l'Etat de chercher réparation, dès lors qu'un de ses nationaux est lésé par des actes contraires au droit international commis à l'étranger. Pour E. VATTEL, l'Etat « doit protéger » le citoyen⁸¹⁹. Il semblerait néanmoins que le droit international ne pose pas d'obligation pour l'Etat de chercher à obtenir réparation. Selon E. M. BORCHARD, « [i]f it is a duty internationally, it is only a moral and not a legal duty (...). [T]he State may determine in its discretion whether the injury to the citizen is sufficiently serious (...) »⁸²⁰. L'absence d'obligation faite à l'Etat de rechercher réparation nous paraît en accord avec le caractère de souveraineté et le droit international général de la responsabilité, qui laisse à l'Etat le loisir de renoncer au droit d'invoquer la responsabilité⁸²¹. Il en découle que les renonciations volontaires à la protection diplomatique émanant de personnes privées sont invalides (A). Le caractère discrétionnaire de l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat en droit international général ne

⁸¹⁸ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹⁹ VATTEL E., « *Le droit des gens* », ou *Principes de la loi naturelle : appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), Buffalo, New York, The classics of international law, 1995, p. 71 (les italiques sont de nous).

⁸²⁰ BORCHARD E. M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law, 1915, p. 29.

⁸²¹ v. le projet d'article 45 élaboré par la CDI dans le cadre du Projet d'articles de 2001. Intitulée « Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », cette disposition se lit ainsi : « 1. La responsabilité de l'Etat ne peut pas être invoquée si : a) l'Etat lésé a valablement renoncé à la demande ; ou b) l'Etat lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ».

s'oppose cependant pas à ce que des règles spéciales (de droit international ou interne) consacrent une telle obligation. Force est de constater qu'il n'en existe pas, ou peu, en droit positif (B).

A- L'invalidité des renonciations individuelles à la protection diplomatique

L'on trouve dans l'organisation de l'Empire ottoman les premières velléités de renonciation à la protection diplomatique⁸²². C'est néanmoins tout au long du XIX^{ème} siècle et durant la première moitié du XX^{ème} siècle que s'est développée, sur le continent sud-américain, une véritable tendance de renonciation à la protection diplomatique par les individus et les personnes morales, ainsi qu'une promotion de ce mécanisme, face à une institution jugée injustement interventionniste. La « clause Calvo » porte le nom de l'homme d'Etat argentin qui a développé, au XIX^{ème} siècle, une théorie basée sur la possibilité pour la personne protégée de renoncer au bénéfice de la protection diplomatique dans les contrats entre individus et l'Etat hôte. La clause aurait pour effets principaux de prévoir, tout d'abord, que tout litige concernant l'interprétation ou l'exécution du contrat doit se régler devant les tribunaux de l'Etat du for. En ce sens, elle a pu être utilisée pour mettre en exergue l'importance de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Ensuite, le but d'une telle clause serait d'exclure par avance, totalement ou partiellement, le bénéfice de la protection diplomatique exercée par l'Etat national. Elle s'analyse ainsi, selon les termes de J.-C. WITENBERG, comme une « stipulation de non-endossabilité des réclamations d'origine contractuelle »⁸²³. Fréquemment utilisée, et souvent consacrée au niveau législatif voire constitutionnel en Amérique latine, la clause Calvo y était considérée comme une coutume régionale. La pratique arbitrale internationale lui a offert une timide consécration. Les sentences rendues dans les affaires *Dredging Co.*⁸²⁴ et *Mexican Union Railway*⁸²⁵ estiment que chaque clause Calvo doit être traitée *in concreto*, et qu'il est possible de leur reconnaître une validité dans la mesure où la renonciation porte

⁸²² Les étrangers se trouvant en territoire ottoman et souhaitant y créer une imprimerie impériale étaient tenus de « [renoncer] à tirer profit des immunités et privilèges » conférés aux étrangers, incluant le recours à la protection de leur Etat national (TENEKIDES C-G., « Considérations sur la clause Calvo, essai de justification du système de la nullité intégrale », *RGDIP*, 1936, p. 270-284).

⁸²³ WITENBERG J-C., « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 60-63.

⁸²⁴ Sentence arbitrale, Commission générale des réclamations Etats-Unis / Mexique, *North American Dredging Company of Texas*, Décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol. IV., p. 26-35.

⁸²⁵ Sentence arbitrale, Commission de réclamations Royaume-Uni / Mexique, *Mexican Union Railway (Ltd.)*, Décision du 21 février 1930, *RSA*, vol. V., p. 115.

sur les droits privés, dérivés du contrat. Toute renonciation qui touche au droit – discrétionnaire et souverain – de l’Etat national quant au déclenchement de la protection diplomatique doit être considérée comme nulle. Les Etats-Unis ont toujours contesté la validité de telles clauses, ralliés, à la Conférence de La Haye de 1930, par l’Afrique du Sud, l’Australie et l’Autriche. Sans être opposés à la possibilité, pour l’individu, de renoncer aux droits individuels qui lui sont conférés par le droit international, de nombreux autres Etats ont dénié la validité des clauses Calvo en ce qu’elles permettraient de renoncer au déclenchement de la protection diplomatique par l’Etat de nationalité (Belgique, Danemark, Hongrie, Inde, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pologne, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie). Le Canada estimait qu’une telle renonciation n’était valide qu’avec l’accord de l’Etat en droit d’exercer la protection diplomatique⁸²⁶. Cette impopularité de la clause Calvo en dehors des frontières du continent sud-américain s’explique, juridiquement, par la nature du droit d’exercer la protection diplomatique. Ce droit appartient à l’Etat dans la mesure où l’institution est basée sur la fiction juridique théorisée par VATTEL, selon laquelle quiconque offense le citoyen offense l’Etat. L’individu n’étant pas titulaire du droit d’exercer la protection diplomatique, il ne peut valablement y renoncer, puisque l’on ne peut renoncer qu’à ce que l’on possède. *A contrario*, admettre que l’individu puisse renoncer à la faculté de bénéficier de la protection diplomatique de son Etat reviendrait à admettre l’existence d’un droit individuel à la protection diplomatique, et donc à remettre en cause les caractères exclusif et discrétionnaire de ce droit étatique. La CIJ, attachée à la fiction vattélienne, a considéré qu’une renonciation au bénéfice de la protection diplomatique émanant de la personne protégée est sans incidence sur le droit qu’a l’Etat national de la mettre en œuvre⁸²⁷.

La CDI avait envisagé d’insérer dans son Projet d’articles consacré à la protection diplomatique un article 16 qui se lisait comme suit :

« 1. Toute stipulation d’un contrat conclu entre un étranger et l’Etat dans lequel il exerce ses activités selon laquelle :

- a) L’étranger se satisfera des recours internes ; ou
- b) Aucun différend né du contrat ne sera réglé par voie de réclamation internationale ; ou

⁸²⁶ v. AMERASINGHE C.F., « The Effet of a Calvo Clause », in AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, op. cit., p. 193-194.

⁸²⁷ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), op. cit., p. 23-24.

c) Aux fins du contrat, l'étranger sera considéré comme un national de l'Etat contractant,

Vaut au regard du droit international, renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat. Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'Etat de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'Etat contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son Etat de nationalité (...) »⁸²⁸.

Cet article peut sembler, en première lecture, reconnaître la validité de la clause Calvo, s'opposant ainsi aux opinions étatique et doctrinale majoritaires. A mieux y regarder, puisqu'une stipulation par laquelle « l'étranger » s'engage à ne pas voir son litige réglé par voie de réclamation internationale « n'affecte en rien le droit de l'Etat de nationalité d'exercer sa protection diplomatique », l'article 16 ne vise qu'à permettre à l'individu, dans une formulation porteuse de contradictions, de renoncer à solliciter la protection diplomatique de son Etat. La sollicitation de la protection diplomatique est effectivement une prérogative de l'individu, qui n'a pas pour effet d'imposer à l'Etat une compétence liée en la matière – sauf si cela est prévu par le droit national ou toute autre disposition spéciale. En vertu du droit international, l'Etat demeure libre d'exercer son droit à la protection diplomatique au bénéfice de son national lésé, il demeure également libre de refuser de l'exercer, quand bien même il serait sollicité en ce sens. Le projet d'article 16 précité n'a pas été adopté, « [l]a tentative faite par le Rapporteur spécial afin de trouver un compromis venant consacrer d'une certaine manière la clause, au regard des objections (...) au principe *Mavrommatis* [ayant suscité] une vigoureuse opposition de la part de certains membres de la Commission, [elle est donc restée] sans suite »⁸²⁹. Dans la version finale du Projet, outre l'article premier qui précise d'emblée que « [l]'Etat en *droit* d'exercer la protection diplomatique est l'Etat de nationalité »⁸³⁰, l'article 19 a), intitulé de manière symptomatique « Pratique recommandée » et relevant du développement progressif du droit international, énonce les suggestions suivantes : « [u]n Etat en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait [p]rendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé ». Le commentaire

⁸²⁸ « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-quatrième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Doc. A/CN.4/SER.A/2004/Add. 1 (Part 2), Nations Unies, New York et Genève, 2012, p. 68-70, §253-273.

⁸²⁹ DUGARD J., « Articles sur la protection diplomatique », *United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations*, 2014, p. 6 (www.un.org/law/avl).

⁸³⁰ Les italiques sont de nous.

de cette disposition précise que celle-ci se contente de formuler des recommandations car le caractère discrétionnaire du droit de l'Etat d'exercer sa protection diplomatique est bien établi.

La renonciation à l'exercice de la protection diplomatique n'est dès lors possible que lorsqu'elle émane de l'Etat, *titulaire* de ce droit. Le cas échéant, cette renonciation s'imposera à l'individu, qui n'en est que le *bénéficiaire*. Ainsi, l'article 27 de la Convention de Washington instituant le CIRDI dispose, par exemple,

« [qu'aucun] Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend ».

Ainsi, le droit international confère toujours à l'Etat un droit discrétionnaire d'exercice de la protection diplomatique. La discrétionnarité de cette prérogative n'a pas été remise en cause, malgré certaines pratiques nationales tendant à reconnaître, au niveau *interne*, un droit subjectif à la protection diplomatique.

B- L'absence de droit individuel au déclenchement de l'action contentieuse en protection diplomatique

La possibilité, pour l'Etat, de se contraindre à la protection de ses nationaux à l'étranger et de conférer à ceux-ci un droit *exigible* corrélatif, qu'il s'agisse d'une assistance diplomatique et consulaire et/ou d'actions contentieuses en protection diplomatique, est reconnue par la CIJ⁸³¹ ainsi que par la CDI. Selon cette dernière, « le droit interne d'un Etat peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux »⁸³². De multiples constitutions nationales⁸³³ prévoient en effet que les nationaux

⁸³¹ Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour déclare que : « [l]e législateur national peut imposer à l'Etat l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions. Mais toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international » (CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), arrêt, 5 février 1970, *op. cit.*, p. 44, §78).

⁸³² Paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 2 (« Droit d'exercer la protection diplomatique »).

⁸³³ L'ensemble des dispositions constitutionnelles citées ici a été consulté sur le site www.constituteproject.org (consulté le 21/10/2018). Un premier précédent, l'article 112 de la Constitution allemande de Weimar (1919) est évoqué par G. BERLIA (v. BERLIA G., « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*, 1957, p. 70).

à l'étranger jouissent de la protection de leur Etat de nationalité. Selon l'article 17 de la Constitution roumaine (1991), « *Romanian citizens abroad shall enjoy the protection of the Romania state (...)* », ou encore selon les termes de l'article 25, paragraphe 5, de la Constitution bulgare (1991) : « *[a]ny Bulgarian citizen abroad shall be accorded the protection of the Republic of Bulgaria* »⁸³⁴. Ces formulations générales⁸³⁵ consacrant un « droit à la protection de l'Etat » ne signifient cependant pas qu'est ici reconnu un droit individuel à la protection diplomatique entendue au sens *contentieux* du terme. Il s'agit plus vraisemblablement de la reconnaissance de droits individuels à l'assistance et à la protection diplomatique et consulaire, tels que consacrés par les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires de 1961 et 1963. La formulation de l'article 28 de la Constitution du Nicaragua est à cet égard éloquente : « *Nicaraguans who are out of the country are entitled to amparo and the protection of the State, which is implemented through its diplomatic and consular representations* »⁸³⁶. Nous remarquons alors, avec J.-F. FLAUSS, « qu'aucune de ces constitutions ne se réfère *proprio motu* à la "protection diplomatique" (au sens technique du terme) et *a fortiori* n'est complétée par une réglementation d'exécution ouvrant un recours juridictionnel contre les décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique ! »⁸³⁷. La seule Constitution évoquant le droit à la protection diplomatique au sens *technique*, c'est-à-dire *contentieux*, est la Constitution de la République Dominicaine (2015), dont l'article 25, paragraphe 3, dispose :

« *[f]oreigners have the same rights and duties as nationals in the Dominican Republic with the exceptions and limitations that this Constitution and the laws establish ;*

⁸³⁴ v. également l'article 13 de la Constitution estonienne (1992) : « *[e]veryone has the right to the protection of the state and of the law. The Estonian state shall also protect its citizens abroad* » ; l'article 27, paragraphe 2, de la Constitution de la Guinée-Bissau (1984) : « *[c]itizens resident in foreign nations enjoy the care and protection of the State* » ; l'article 22, paragraphe 2, de la Constitution de l'Angola (2010) : « *Angolan citizens residing or finding themselves abroad shall enjoy the rights, freedoms and guarantees and the protection of the state and shall be subject to the duties established in the Constitution and the law* » ; l'article 15, paragraphe 2, de la Constitution de Sao-Tomé-Et-Principe (1975) : « *Sao Tomean citizens resident overseas enjoy the care and protection of the State* » ; l'article 16 de la Constitution du Tadjikistan (1994) : « *[a] citizen of Tajikistan outside of the country border is under the protection of the State* » ; l'article 35, paragraphe 3, lettre *a*) de la Constitution du Zimbabwe (2013) : « *[a]ll Zimbabwean citizens are entitled to (...) the protection of the State wherever they may be* ».

⁸³⁵ v. sur ce point MALENOVSKY J., « La pratique de la protection diplomatique dans les pays d'Europe centrale et orientale, en République tchèque en particulier », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, op. cit., p. 97-103, spéc. p. 98 : « [I]es dispositions constitutionnelles en question sont délibérément formulées afin de ne pas établir des droits justiciables ».

⁸³⁶ Nous soulignons.

⁸³⁷ FLAUSS J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *RGDIP*, 2005, p. 412. v. également TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, op. cit., p. 271-280.

consequently (...) [t]hey may resort to diplomatic protection after having exhausted the resources and processes before the national jurisdiction, except as provided in international conventions »⁸³⁸.

En prévoyant la *possibilité* de se tourner vers la protection diplomatique, cette disposition ne semble pas remettre en cause le caractère discrétionnaire du droit de l'Etat de nationalité quant à son exercice. Il faut en revanche dénombrer au moins trois cas, l'un en Espagne, l'un en Allemagne⁸³⁹ et en Afrique du Sud⁸⁴⁰, d'indemnisations octroyées par les tribunaux nationaux internes à des individus lésés à l'étranger, dont les Etats de nationalité ont refusé d'exercer la protection diplomatique. Il faut également relever que l'Allemagne, et la Suisse depuis 2004, admettent la recevabilité de recours directs (respectivement, constitutionnel et administratif) contre une décision relative à l'exercice de la protection diplomatique⁸⁴¹. Cela va à l'encontre de la tendance générale – notamment celle du Conseil d'Etat français, qui considère qu'une telle décision est injusticiable, en application de la théorie de l'acte de gouvernement⁸⁴². Aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, au Portugal et en Israël, les juridictions adoptent des positions similaires en refusant de contrôler la légalité des décisions étatiques quant à l'exercice de la protection diplomatique, renforçant le caractère discrétionnaire de celles-ci⁸⁴³. Ces précédents

⁸³⁸ Nous soulignons. Il est à noter que l'article 71 de la Constitution péruvienne (1993) retire, aux étrangers sur son territoire, la possibilité de bénéficier de la protection diplomatique (« *[w]ith respect to property, foreign nationals, whether they are persons or corporate entities, fall under the same conditions as Peruvians. Therefore, they may in no instance invoke exception or diplomatic protection* »). Etant donné que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'Etat de nationalité des individus étrangers résidant au Pérou, cette disposition constitutionnelle semble être frappée d'invalidité au regard du droit international, sauf à considérer des engagements interétatiques spécifiques de renoncement à la protection diplomatique.

⁸³⁹ FLAUSS J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 413-415 ; v. également TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 290-295.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 295-297. L'auteur note également des évolutions encourageantes en ce sens au Canada (p. 297-301).

⁸⁴¹ FLAUSS J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 415-417. v. également PASTOR RIDRUEJO J., « La pratique espagnole de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op. cit.*, p. 109-113 ; RESS G., « La pratique allemande de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op. cit.*, p. 121-151 ; CALFISCH L., « La pratique suisse de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op. cit.*, p. 73-86.

⁸⁴² v. BERLIA G., « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 71 ; DUBOIS L., « La distinction entre le droit de l'Etat réclameur et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique », *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 635 ; TOUZE S., « L'affaire des emprunts russes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 286. Quelques arrêts de la haute juridiction française sont cités à titre d'exemple en note infrapaginale n°12 : CE, *Dupuy*, 12 janvier 1866 ; CE, *Groupement national de défense des porteurs de titres russes*, 3 novembre 1999 ; CE, *M. Jean-Claude U.*, 21 mars 2003 ; CE, *M. Romain X. et autres*, 31 mars 2003. v. également TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 281-283.

⁸⁴³ v. *Ibid.*, p. 284-290.

d'importance demeurent dès lors isolés et marginaux, ainsi « [e]n l'état actuel du droit international la reconnaissance d'un droit à la protection diplomatique érigé en droit individuel, *a fortiori* en droit de l'homme, constitue une hypothèse d'école »⁸⁴⁴.

Dans le cadre des différends en matière commerciale, certains Membres de l'OMC ont « [institué] des procédures spécifiques permettant aux opérateurs économiques privés de demander aux institutions nationales de saisir l'ORD »⁸⁴⁵. C'est par exemple le cas de la section 301 du *Trade Act* américain (1974) et du Règlement sur les obstacles au commerce (« ROC ») de l'Union européenne (1994)⁸⁴⁶. Cependant, ces deux mécanismes ne doivent pas être considérés comme allant dans le sens de la reconnaissance d'un droit individuel à bénéficier de la protection diplomatique. Tout d'abord, le contentieux à l'OMC n'est pas assimilable à l'exercice de la protection diplomatique. En outre, les mécanismes de pré-saisine évoqués demeurent l'exception : seuls les Etats-Unis, l'Union européenne, et, dans une moindre mesure, l'Australie et la Chine⁸⁴⁷ y ont eu recours.

Des débats doctrinaux ont également porté sur la question de savoir si un droit individuel à la protection diplomatique pouvait être consacré par le droit européen. Du côté du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'Homme ne garantit pas un tel droit. Il a cependant été avancé dans certaines affaires que celui-ci découlerait d'une interprétation extensive de la notion de « juridiction » telle qu'évoquée à l'article 1 ou du « droit au juge » garanti par l'article 6, paragraphe 1⁸⁴⁸. La CEDH consacre cependant le « principe international bien établi de la protection diplomatique [comme] compétence discrétionnaire de l'Etat », considérant qu'il relève de la marge d'appréciation des Etats de décider s'ils souhaitent ou non exercer leur droit à la protection diplomatique⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ FLAUSS J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 407.

⁸⁴⁵ LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », *op. cit.*, p. 52.

⁸⁴⁶ *v. Ibid.*, p. 52-54 et p. 56-59.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴⁸ *v. FLAUSS J.-F.*, « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 409-412, ainsi que les cas jurisprudentiels évoqués, spéc. Commission EDH, *Bertrand Russel Peace Foundation Ltd c. Royaume-Uni*, Décision sur la recevabilité, 2 mai 1978, p. 131 : « la Convention ne garantit, en tant que tel, aucun droit à la protection diplomatique ou autre mesure de ce genre ». *v. également FLAUSS J.-F.*, « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique », *in AMSELEK P. et al., Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Tome I*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 814 et p. 832-834.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 411.

Du côté de l'Union européenne, les affaires *Ayadi* et *Hassan*⁸⁵⁰ ont permis de s'interroger sur :

« [la consécration] d'un "droit" pour les personnes visées par les règlements communautaires mettant en œuvre les sanctions économiques du Conseil de sécurité des Nations Unies (dans le cadre de la lutte anti-terroriste), de soumettre une demande de réexamen de leur cas à l'Etat membre dans lequel elles résident, ou dont elles sont ressortissantes, en vue de la saisine du Comité des sanctions. C'est-à-dire que tout Etat membre aurait en la matière une obligation d'agir en faveur de nationaux, ou de non-nationaux résidant sur son territoire, à défaut pour les particuliers d'avoir le droit de se faire entendre directement par le Comité des sanctions »⁸⁵¹.

La portée de ces jurisprudences « circonstancielles »⁸⁵² est immédiatement relativisée⁸⁵³, dès lors que le Comité des sanctions (qui n'est, en tout état de cause, pas une juridiction)⁸⁵⁴ admet la recevabilité des plaintes individuelles à cet égard⁸⁵⁵, et que la Cour de Justice se reconnaît compétente, dans les affaires « *Yusuf et Kadi* »⁸⁵⁶, pour contrôler la légalité au regard des droits fondamentaux des règlements de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de lutte contre le terrorisme⁸⁵⁷.

⁸⁵⁰ TPICE, *Ayadi c. Conseil*, arrêt, 12 juillet 2006, T-253/02 (spéc. §§§141, 149, et 152) ; et TPICE, *Hassan c. Conseil et Commission*, arrêt, 12 juillet 2006, T-49/04 (spéc. §§§111, 119, et 122).

⁸⁵¹ GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *op. cit.*, p. 137. v. également les références citées par l'auteure en note infrapaginale n°118, notamment STANGOS P., GRYLLOS G., « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 429-481.

⁸⁵² GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *op. cit.*, p. 139.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 137-140. Assimiler la saisine, par l'Etat de nationalité ou de résidence des individus concernés, à de la protection diplomatique a en outre été contesté. v. notamment sur ce point FLORENT J.-L., « Les destinataires non étatiques des résolutions du Conseil de sécurité », in SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, *op. cit.*, p. 114 : la procédure est qualifiée de recours gracieux.

⁸⁵⁴ Par sa résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, le Conseil de sécurité crée un Comité chargé de superviser l'application des « sanctions ciblées » visant, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, des individus (ou encore des entités et des aéronefs).

⁸⁵⁵ v. sur ce point les résolutions 1730 (19 décembre 2006, S/RES/1730 (2006)) ; 2083 (17 décembre 2012, S/RES/2083 (2012)) ; et 2161 (17 juin 2014, S/RES/2161 (2014)) du Conseil de sécurité. Le régime juridique des sanctions et de leur supervision par le Comité a évolué (v. les résolutions 1333 (2000), 1390 (2002), 1988 (2011), 1989 (2011), 1526 (2004), 1904 (2009) et 2253 (2015)) ; v. http://www.un.org/fr/sc/repertoire/subsidiary_organes/sanctions_and_other_committees.shtml (consulté le 21/09/2018).

⁸⁵⁶ CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, arrêt, 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 et C-415/05.

⁸⁵⁷ Par ailleurs, l'article 20 du Traité sur l'Union européenne prévoit que tout citoyen de l'Union – c'est-à-dire, selon l'article 17, toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre – bénéficie sur le territoire d'un pays tiers, où l'Etat membre dont il est le ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat (la même disposition se trouve à l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Il s'agit d'une assistance diplomatique et consulaire élargie aux citoyens européens, et non d'un

Les quelques exemples illustrant l'incitation faite à l'Etat quant à l'exercice de la protection diplomatique au profit de l'individu constituent une tendance marginale ; l'on ne saurait y voir l'émergence de règles coutumières. C'est effectivement la conclusion tirée par la CDI dans son Projet d'articles sur la protection diplomatique, lorsqu'elle énonce qu'« [il] existe certaines pratiques, [souhaitables], des Etats dans le domaine de la protection diplomatique qui n'ont pas encore acquis le statut de règles coutumières et qui ne peuvent être transformées en règles juridiques dans le cadre du développement progressif du droit »⁸⁵⁸. La Commission, sur proposition du Rapporteur DUGARD, avait envisagé de consacrer *de lege ferenda* une obligation internationale, à la charge de l'Etat, d'agir dans le cas où un de ses ressortissants serait victime « d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre Etat »⁸⁵⁹. Cette proposition avait été finalement abandonnée, la notion même de *jus cogens* posant des difficultés d'appréhension et étant contestée par plusieurs Etats, notamment la France⁸⁶⁰. *In fine*, le Projet d'articles contient un article 19, symptomatiquement intitulé « *Pratique recommandée* », qui se lit comme suit :

« [u]n Etat en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait :

- a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé ;
- b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer ; et
- c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'Etat responsable, sous réserve de déductions raisonnables ».

droit conféré aux vingt-huit d'exercer, au contentieux, la protection diplomatique au profit de tout ressortissant de l'Union (v. GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *op. cit.*, p. 138. v. également TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 310-320. L'auteur y voit bien « l'émergence progressive d'un droit subjectif à la protection consulaire » (p. 315) et non d'un droit subjectif à l'exercice de la protection diplomatique).

⁸⁵⁸ Commentaire 1) sous le projet d'article 9.

⁸⁵⁹ v. également LE BRIS C., « Vers la "protection diplomatique" des non-nationaux victimes de violation des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2012, p. 329-347. L'auteure envisage la possibilité de fonder l'exercice de la protection diplomatique sur la violation d'obligations *erga omnes* en matière de respect des droits de l'Homme, quelle que soit la nationalité des individus victimes. v. en outre FLAUSS J.-F., « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op. cit.*, pp. 47-48 et 55-61.

⁸⁶⁰ GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *op. cit.*, p. 135-137.

Ainsi, du point de vue du droit international général, l'exercice de la protection diplomatique demeure un pouvoir discrétionnaire et exclusif de l'Etat ; le caractère individuel des droits pouvant être défendus au procès n'influe pas sur le caractère strictement étatique du droit de déclencher une action judiciaire. Le contentieux ainsi soulevé pourra ensuite inclure l'examen de droits reconnus à l'individu, sans pour autant lui ouvrir le prétoire.

Section II - Le tiers protégé, privé d'une participation active à l'instance

Selon une conception fonctionnelle, le fait pour l'Etat de « prendre fait et cause » pour une personne privée permet de pallier l'absence de *jus standi* de celle-ci devant les juridictions internationales concernées. Il en résulte que le prétoire lui demeure ostensiblement fermé (I). Il est alors envisageable de s'interroger, de manière essentiellement prospective, sur des potentielles voies d'accès (II).

I- Un prétoire fermé aux tiers

Dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel de l'ORD rappelait que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'est ouvert qu'aux Membres de l'Organisation⁸⁶¹. L'Organe d'appel insistait également sur la fermeture de son prétoire aux personnes privées en ces termes :

« [L]es particuliers et les organisations, qui ne sont pas Membres de l'OMC, ne sont pas fondés en droit à présenter des communications ni à être entendus par l'Organe d'appel. L'Organe d'appel n'a pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas Membres de l'OMC. L'Organe d'appel a l'obligation juridique de n'accepter et de n'examiner que les communications émanant de Membres de l'OMC qui sont parties ou tierces parties à un différend donné »⁸⁶².

Il est ainsi clair que le prétoire, à l'OMC, n'est ouvert qu'aux « territoires douaniers autonomes », *i. e.* à cent soixante-trois Etats ainsi qu'à l'Union européenne. La principale voie d'accès indirecte pour les entités privées demeure celle du dépôt d'un mémoire d'*amicus curiae*⁸⁶³.

⁸⁶¹ Etats Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 38, §101 : « seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'Accord sur l'OMC et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès ».

⁸⁶² Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminé à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/138/AB/R, 10 mai 2000, p. 17, §41.

⁸⁶³ Peu usités comme palliatif à l'absence d'accès au prétoire des entreprises privées à l'origine des réclamations, ces aspects de participation des tiers au contentieux international sont traités ultérieurement dans la thèse (v. Partie II, Titre III, Chapitre VI, Section II).

Bien que son Statut prévoie certaines exceptions à cela, le TIDM est également un « juge des Etats »⁸⁶⁴. Pour l'heure, l'ensemble des affaires contentieuses traitées et inscrites au rôle du Tribunal concerne des Etats Parties à la Convention⁸⁶⁵.

Au contentieux, le prétoire de la CIJ n'est ouvert qu'aux seuls Etats. Comme le précise l'article 34, paragraphe 1, du Statut, « [s]euls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour ». Si le paragraphe 2 autorise la Cour à solliciter et à recevoir des renseignements de la part d'organisations internationales publiques, celles-ci ne peuvent se placer en qualité de *demandeur* à l'instance. Les critiques de cette disposition se concentrent sur l'absence de *jus standi* reconnu aux organisations internationales intergouvernementales, sans s'émouvoir du fait que les personnes privées physiques ou morales au bénéfice desquelles la protection diplomatique est exercée ne jouissent d'aucun accès au prétoire⁸⁶⁶. Un constat qui n'est pas de nature à choquer si l'on considère que l'institution de la protection diplomatique revêt, partiellement (ou officieusement) au moins, le caractère d'une action en représentation visant à pallier l'incapacité à agir qui handicape les personnes privées dans la revendication de leurs droits conférés par le droit international. Selon R. KOLB, l'action en représentation est parfaitement valable et ne constitue pas un contournement de la limite *ratione personae* posée par le paragraphe 1 de l'article 34, dans la mesure où « [l]'accord de représentation ou la relation juridique de représentation, offrant les pleins pouvoirs à l'Etat représentant, est une *res inter alios acta*, qui ne concerne en rien la Haute Juridiction »⁸⁶⁷. Si l'article 34 paragraphe 1 du Statut de la Cour n'a pas pour but « d'interdire qu'une affaire affectant d'autres personnes que des Etats puisse être portée devant la Cour ; la protection diplomatique en [étant] d'ailleurs la preuve »⁸⁶⁸, cette disposition impérative⁸⁶⁹ a pour effet de fermer le prétoire de la Cour à toute entité autre qu'un Etat.

⁸⁶⁴ Selon l'article 20 du Statut réglementant l'accès au Tribunal, « 1. Le Tribunal est ouvert aux Etats Parties. 2. Le Tribunal est ouvert à des entités autres que les Etats Parties dans tous les cas expressément prévus à la partie XI ou pour tout différend soumis en vertu de tout autre accord conférant au Tribunal une compétence acceptée par toutes les parties au différend ».

⁸⁶⁵ Ainsi que l'Union européenne (partie à l'*Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-Est* (Chili / Union européenne)) ; il est également à noter que le Royaume-Uni a simplement adhéré à la Convention (Etat partie à l'*Affaire de l'Usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni)). Ces vérifications ont été opérées à l'aide du site du Tribunal (<https://www.itlos.org/fr/affaires/affaires-contentieuses/>) et de la base de données des traités des Nations Unies (<https://tinyurl.com/y9lekube>), consultés le 21/09/2018.

⁸⁶⁶ DUPUY P.-M., « Article 34 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, op. cit., p. 554-556.

⁸⁶⁷ KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 369.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 370.

Dès lors, le fait que l'Etat soit le seul – ou du moins, le principal – acteur du contentieux emporte diverses conséquences procédurales : l'Etat dispose à cet égard de prérogatives qui sont toutes déniées à la personne protégée. Il peut notamment se désister de l'instance (A) et demeure non contraint s'agissant du reversement des indemnités à la personne privée (B).

A- Le désistement d'instance, prérogative exclusive de l'Etat

Comme l'observe P. DE VISSCHER,

« [l]e caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique s'observe non seulement au stade de l'endossement de la réclamation mais à toutes les étapes de la procédure, que celle-ci soit diplomatique, arbitrale ou judiciaire. Véritable *dominus litis*, l'Etat peut seul limiter l'objet de la demande, il peut transiger et se désister et, sauf disposition conventionnelle en sens contraire, c'est à l'Etat qu'est éventuellement allouée la réparation sans que le droit international lui fasse obligation d'en affecter le montant à la victime »⁸⁷⁰.

Ainsi que nous l'avons vu antérieurement, aucune règle contentieuse d'application générale ne prescrit aux Etats d'exercer la protection diplomatique. Aucune règle ne les oblige non plus à *poursuivre* la procédure au motif que celle-ci serait engagée au bénéfice d'un tiers au procès, pour pallier son incapacité en matière de saisine de la Cour. L'Etat peut donc se désister et demander à ce qu'une affaire relevant de la protection diplomatique, comme toute autre affaire, soit rayée du Rôle. Le désistement correspond en effet à « l'acte volontaire par lequel notification est faite à la Cour de l'abandon de l'instance »⁸⁷¹. Pour être valable, le désistement ne doit pas réunir d'autres conditions que celle de l'accord des parties à l'instance. Comme le précise l'article 88, paragraphe 1, du Règlement, « [s]i, à un moment quelconque avant l'arrêt définitif sur le fond, les parties, conjointement ou séparément, notifient à la Cour par écrit qu'elles sont convenues de se désister de l'instance, la Cour rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant que l'affaire soit rayée du rôle ». Dans le cas d'une affaire soumise par requête et tant que la procédure n'a pas commencé, le désistement peut résulter d'une initiative du

⁸⁶⁹ Pour le caractère impératif (disposition « d'ordre public », « *the Court's jus cogens* »), de l'article 34 paragraphe 1 du Statut, v. *Ibid.*, p. 374-377.

⁸⁷⁰ DE VISSCHER P., « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 158.

⁸⁷¹ KOLB R., *La Cour internationale de justice*, *op. cit.*, p. 269.

demandeur et être valable dès lors que le défendeur ne s'y oppose pas. Ainsi que l'énonce l'article 89 du Règlement,

« 1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, le demandeur fait connaître par écrit à la Cour qu'il renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, le défendeur n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier au défendeur.

2. Si, à la date de la réception du désistement, le défendeur a déjà fait acte de procédure, la Cour fixe un délai dans lequel il peut déclarer s'opposer au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis (...). S'il est fait objection, l'instance se poursuit ».

Les articles 88 et 89 du Règlement, qui traitent respectivement du désistement d'un commun accord et du désistement unilatéral, s'appliquent indifféremment quel que soit l'objet de l'instance. Ainsi, pour ordonner en 1961 que l'affaire de la *Barcelona Traction* soit rayée du Rôle de la Cour, la CIJ s'est contentée de constater que le Gouvernement belge avait informé le Greffier qu'il renonçait à poursuivre l'instance, et que le Gouvernement espagnol avait fait savoir qu'il ne formulait pas d'opposition à ce désistement⁸⁷², sans prendre en considération les intérêts des tiers à l'instance.

Il en va également ainsi devant le TIDM⁸⁷³ : dans l'affaire du *Chaisiri Reefer 2*, les deux parties, le Panama et le Yémen, conviennent de se désister de l'instance suite à un règlement du différend relatif à l'immobilisation du navire, après que le Yémen a procédé à la mainlevée de l'immobilisation du navire, à celle de la saisie de sa cargaison et à la libération de son équipage, et a de surcroît fourni des garanties quant au volume de cargaison à charger à nouveau à bord du navire. Conformément à l'article 105 de son Règlement, le Tribunal prend acte de ce désistement par ordonnance et l'affaire est rayée du rôle⁸⁷⁴.

Comme le montre en outre l'affaire *LaGrand*, un changement de situation personnelle du tiers aussi radical qu'un décès n'est pas non plus de nature à influencer sur le déroulement de l'instance : la mort, en cours de procédure, de W. LAGRAN n'a pas remis

⁸⁷² CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, Ordonnance du 10 avril 1961, p. 9-11.

⁸⁷³ v. les articles 105 et 106 du Règlement qui sont consacrés au désistement.

⁸⁷⁴ TIDM, *Affaire du « Chaisiri Reefer 2 »* (Panama c. Yémen), ordonnance, 13 juillet 2001, v. également AKL J., « La procédure de prompt mainlevée du navire ou de prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », *op. cit.*, p. 221.

en cause la poursuite de l'instance opposant l'Allemagne aux Etats-Unis devant la Cour de La Haye.

Concernant, *in fine*, la réparation, sa transmission à l'individu n'est pas non plus imposée à l'Etat par une règle d'application générale.

B- Le reversement des indemnités, prérogative exclusive de l'Etat

Si les juges ont bien conscience que la réparation est demandée pour le tiers, objet de la protection diplomatique, ils l'octroient, le cas échéant, à l'Etat demandeur, et se désintéressent des modalités de reversement à l'individu⁸⁷⁵. L'exclusivité de la compétence étatique en la matière est illustrée par l'article 19 du Projet de la CDI dont les lettres *b)* et *c)* précisent respectivement que l'Etat *devrait* « [t]enir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer » ; et « [t]ransférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'Etat responsable, sous réserve de déductions raisonnables ». Comme le précise le commentaire de la lettre *c)* de cette disposition, la liberté d'action de l'Etat quant au reversement des indemnités trouve sa justification dans la fiction *Mavrommatis*, qui implique que l'Etat est « le seul plaideur » :

« [L]a logique veut donc qu'il ne soit assujéti à aucune restriction, dans l'intérêt de l'individu concerné, pour ce qui est du règlement de la réclamation ou du versement de l'indemnisation éventuellement reçue (...). Bien que la logique de la règle *Mavrommatis* soit battue en brèche par la pratique consistant à calculer le montant de l'indemnité demandée d'après le préjudice subi par la personne lésée (...), l'opinion persiste que l'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu, s'agissant d'affecter l'indemnité reçue »⁸⁷⁶.

Si en pratique, l'Etat agit « généralement » sur demande de la victime et prévoit de lui reverser l'indemnité⁸⁷⁷, c'est par application de règles spéciales (règles conventionnelles ou nationales de compétence liée en matière de protection diplomatique)⁸⁷⁸ ou encore par l'effet du bon sens et de la courtoisie.

⁸⁷⁵ Il faut néanmoins mentionner que dans l'affaire *Diallo*, la CIJ a « [t]enu à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci » (CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 344, §57).

⁸⁷⁶ Commentaire 5) sous l'article 19.

⁸⁷⁷ DE VISSCHER P., « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 158-159.

⁸⁷⁸ G. BERLIA aborde à cet égard les pratiques française, britannique et américaine de l'après Seconde Guerre mondiale quant au reversement des indemnités aux individus : v. BERLIA G., « Contribution à l'étude de la

Afin de limiter ce qui peut être ressenti comme la confiscation d'une procédure qui, bien que conçue comme étant interétatique, concerne l'individu, il est possible d'envisager la participation de la personne privée à l'instance. Les dispositions statutaires des juridictions internationales relatives au témoignage peuvent, notamment, offrir une base juridique adéquate.

II- Vers un prétoire plus accessible aux personnes privées ?

Les dispositions des statuts et règlements prévoyant l'audition de témoins peuvent éventuellement permettre d'entendre le tiers dont la réclamation est endossée par l'Etat demandeur. L'article 44, paragraphe 3, du Règlement du TIDM est consacré à l'audition de témoins par le Tribunal⁸⁷⁹. Dans les affaires de prompt mainlevée, la participation à l'instance de témoins a pu être occasionnellement observée (A). Les bases juridiques du Statut et du Règlement permettant à la CIJ d'entendre des témoins sont, en revanche, très peu utilisées dans le cadre de la protection diplomatique (B).

A- L'audition occasionnelle de témoins par le TIDM dans le cadre de la prompt mainlevée

Sur les neuf affaires⁸⁸⁰ de prompt mainlevée traitées par le TIDM, trois sont particulièrement pertinentes quant à l'audition de témoins. Avant d'évoquer le contenu des témoignages, il convient d'écarter toute crainte quant au caractère potentiellement dilatoire de l'audition des témoins. La célérité requise par cette procédure particulière n'est pas mise en danger par l'éventuelle participation de tiers à l'instance. Dans la première phase de l'affaire *Saïga*, l'audition de témoins se tient dans le cadre d'une demi-journée, sur trois demi-journées consacrées aux audiences⁸⁸¹. Dans la seconde phase de l'affaire, qui dépasse la problématique de la prompt mainlevée (justifiant des délais de procédure plus longs), plusieurs autres témoins sont entendus, notamment sur des questions de réparation, et leur

nature de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 66-70. v. également TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p. 322-336, spéc. p. 327-330.

⁸⁷⁹ v. également les articles 47, 72, 73, et 77 à 80 du Règlement.

⁸⁸⁰ Le recensement exclut l'affaire du *Chaisiri Reefer 2* qui a été rayée du rôle.

⁸⁸¹ v. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/pv_97_271197_pm_fr.pdf et https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/minutes_case1.pdf.

audition occupe une partie de treize demi-journées d'audience, sur dix-huit demi-journées de procédure orale⁸⁸². Dans l'affaire consacrée à la prompte mainlevée du navire *Camouco*, l'armateur du navire présenté par le Panama (demandeur) est entendu à l'occasion d'une demi-journée d'audience sur quatre⁸⁸³. Enfin, dans l'affaire *Juno Trader*, une demi-journée sur six demi-journées d'audiences est nécessaire pour entendre le capitaine du navire, cité à l'initiative du demandeur⁸⁸⁴. La deuxième phase de l'affaire *Saïga* devant être mise à part, aucune de ces affaires ne se distingue par un traitement juridictionnel plus long : la demande de prompte mainlevée du navire *Saïga* (première phase) est déposée au Tribunal le 11 novembre 1997, la décision est rendue le 4 décembre. Ce délai, inférieur ou égal à un mois, pour le traitement de la demande est également observable dans les affaires du *Camouco* (requête introductive d'instance en date du 17 janvier 2000 et arrêt rendu le 7 février) et du *Juno Trader* (18 novembre 2004 – 18 décembre 2004).

Dans l'affaire *Saïga*, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, demandeur, décide de faire comparaître plusieurs témoins⁸⁸⁵. Dans la première phase de l'affaire, deux personnes témoignent devant le Tribunal, dont l'officier en second du navire⁸⁸⁶. Dans la deuxième phase, déposent devant la juridiction, sur citation par le demandeur : le capitaine du navire, un peintre se trouvant à bord de celui-ci au moment des faits litigieux, l'inspecteur des services maritimes ainsi que l'administrateur délégué de la société gestionnaire de ce pétrolier, la *Seascot Shipmanagement Ltd*⁸⁸⁷. Le défendeur, la Guinée, cite également plusieurs témoins : le commandant adjoint au chef de la brigade mobile nationale des douanes, un sous-lieutenant inspecteur des douanes, un lieutenant officier de la marine nationale⁸⁸⁸. Tous ces témoins sont, classiquement, interrogés, contre-interrogés, et font l'objet d'un nouvel interrogatoire ; deux répondent aux questions posées par le Président du Tribunal. Leur audition s'accompagne de la présentation de plusieurs pièces, notamment des photographies des dommages subis par le navire, l'équipement et

⁸⁸² v. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Minutes.Case2-merits.pdf

⁸⁸³ v. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Vrf27.01.am.pdf

et https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Minutes.Case5.pdf

⁸⁸⁴ v. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_13/vrf-0612mat2.04-02.pdf

et https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_13/Minutes.Case13.pdf

(consultés le 21/09/2018).

⁸⁸⁵ TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 1)*, *op. cit.*, p. 19, §14.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 19-20, §17. v. également TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »*, *op. cit.*, p. 92-93, §23 : ici, le capitaine de la marine marchande et inspecteur maritime est cité par le demandeur, les Seychelles.

⁸⁸⁷ TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 20, §22.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 21, §24.

l'équipage⁸⁸⁹. Ces témoignages permettent notamment de quantifier le montant de la réparation due au demandeur⁸⁹⁰.

L'audition de témoins permet, le cas échéant, d'éclaircir certains points quant à l'établissement des faits. Cependant, compte tenu du nombre d'affaires traitées sans y avoir recours, et considérant le peu de références aux témoignages de la part du Tribunal dans les autres affaires, il faut convenir qu'il ne semble pas y avoir en matière probatoire des difficultés de nature à rendre indispensable l'audition de témoins. Néanmoins, permettre aux personnes concernées par une procédure d'endossement de leurs réclamations de participer à l'instance peut contribuer à la bonne administration de la justice, en ancrant la procédure dans sa véritable finalité. S'il peut arriver que le TIDM entende à l'audience les personnes directement impliquées dans les faits litigieux et au bénéfice desquelles la procédure de prompt mainlevée est exercée, devant la CIJ en revanche, l'audition de personnes privées en qualité de témoins constitue une situation exceptionnelle.

B- L'audition exceptionnelle de témoins par la CIJ dans le cadre de la protection diplomatique

L'article 43 paragraphe 5 du Statut, qui prévoit que la procédure orale devant la Cour consiste dans l'audition des *témoins*, experts, agents, conseils et avocats, peut offrir une base juridique adaptée s'agissant de la participation à la procédure des personnes privées au bénéfice desquelles la protection diplomatique est exercée. L'article 51 précise en outre que la Cour peut poser des questions aux témoins et aux experts dans les conditions fixées par le Règlement. L'article 57 du Règlement de la Cour consacre la possibilité, pour les parties, de fournir à la Cour « la liste des noms, prénoms, nationalités, qualités et domiciles des témoins (...) qu'[elles désirent] faire entendre »⁸⁹¹. La procédure orale sert ainsi à l'audition de témoins aux fins de l'administration de la preuve. Ceux-ci

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 21-22, §26.

⁸⁹⁰ L'arrêt précise le montant total dû au demandeur en détaillant les dommages alloués pour chaque préjudice, y compris ceux causés aux membres de l'équipage. 17.750 dollars des Etats-Unis sont ainsi dus à *Saint-Vincent-et-les-Grenadines, au titre du préjudice subi pour la détention du capitaine*. 76.000 dollars des Etats-Unis sont dus pour la détention de divers membres de l'équipage et des peintres se trouvant à bord : en annexe figure la liste de ces individus et le montant de l'indemnité devant être accordée à chacun (*Ibid.*, p. 66, §175).

⁸⁹¹ v. également articles 62 à 65, et articles 68, 70 et 71 du Règlement de la Cour.

feront l'objet d'une *examination* et d'une *cross-examination* et doivent jurer de dire la vérité, en formulant un serment prévu à l'article 64 lettre a) du Règlement. N'ayant à ce jour jamais usé de cette faculté, la Cour peut, de sa propre initiative, appeler des témoins à se présenter devant elle. Les parties à l'instance, elles, ont eu l'occasion de faire usage de cette prérogative dans plusieurs affaires⁸⁹². L'exercice de ce droit procédural est laissé à la discrétion des parties et s'impose à la Cour, sous réserve des règles d'admissibilité et de pertinence des preuves⁸⁹³.

Cette prérogative ne fut que très peu utilisée dans le cadre de la protection diplomatique. Des témoins-experts furent certes entendus par la CPJI dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* afin de prouver les allégations de l'Allemagne, qui prenait fait et cause pour deux sociétés anonymes allemandes, mais il ne s'agissait pas ici d'un accès au prétoire de la Cour mondiale offert, par le biais de la citation de témoins, au tiers dont la cause est épousée par l'Etat demandeur. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula*, les Etats-Unis ont cité plusieurs témoins. Un grand nombre d'affidavits sont en outre annexés au mémoire américain, notamment celui du Directeur de la société *Raytheon* protégée, qui fait état de son parcours au sein de ladite société et apporte un éclairage certain sur les relations commerciales et juridiques entretenues par les deux sociétés *Raytheon* et *ELSI*, ainsi que sur les circonstances ayant entraîné la faillite de celles-ci⁸⁹⁴ ; également, celui de l'ancien Vice-Président de la société *Raytheon* qui renseignera la Cour sur les investissements placés dans la société *ELSI*⁸⁹⁵.

⁸⁹² v. par exemple les affaires *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre-celui ou encore Sud-Ouest africain*.

⁸⁹³ TALMON S., « Article 43 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, op. cit., p. 1018-1019.

⁸⁹⁴ CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Mémoire des Etats-Unis d'Amérique, op. cit., Annexe 9, « Affidavit of Charles F. Adams, Finance Committee Chairman and Director, Raytheon Company, Dated April 17 1987 », p. 119-123.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, Annexe 13, « Affidavit of Arthur Schene, Former Vice President-Controller of Raytheon Company, Dated April 17 1987 », p. 130-134. v. également Annexe 14, « Affidavit of Herbert Deitcher, Vice-President and Treasurer, Raytheon Company, Dated 6 January 1987 », p. 152-153 ; Annexe 15, « Affidavit of John D. Clare, Former Chairman, Raytheon Europe International Company, Dated 10 January 1987 », p. 164-171 ; Annexe 17, « Affidavit of Joseph A. Scopelliti, Former Chief Financial Officer and Controller, Raytheon Company, Dated 1 April 1987 », p. 184-187 ; Annexe 21 : « Affidavit of Rico A. Merluzzo, Former Director of Planning, Raytheon-ELSI, S.p.A., Dated 17 April 1987 », p. 197-200 ; Annexe 26, « Affidavit of Avv. Giuseppe Bisconti, Studio Legale Bisconti, Rome, Dated 11 December 1986 », p. 236-241 ; Annexe 27, « Affidavit of Joseph Oppenheim, Former Chairman of the Board, Raytheon-ELSI, S.p.A., Dated 22 September 1971 », p. 242-243 ; Annexe 28, « Affidavit of Charles H. Resnick, General Counsel, Raytheon Company, Dated 8 September 1971 », p. 244 ; Annexe 29, « Affidavit of Avv. Giuseppe Bisconti, Studio Legale Bisconti, Rome, Dated 20 August 1971 », p. 245-247 ; Annexe 30, « Affidavit of Dominic A. Nett, Former Controller, Raytheon-ELSI, S.p.A., Dated 17 April 1987 », p. 250-253 ; Annexe 40, « Affidavit of Charles H. Resnick, General Counsel, Raytheon Company, Dated 19 January 1987 », p. 300-301.

Le défendeur, l'Italie, a également agréementé ses pièces de procédure écrite d'affidavits et autres déclarations. Dans le contre-mémoire, on trouve ainsi la déposition d'un ingénieur employé chez *Raytheon-ELSI* puis licencié en raison des difficultés économiques de l'entreprise⁸⁹⁶. A l'audience, seuls deux témoins ont été appelés à la barre⁸⁹⁷, par le demandeur : MM. ADAMS et CLARE, respectivement Président du Comité des Finances et Directeur de la société, et ancien Directeur de la *Raytheon Europe International Company*. Les témoins ont fait l'objet d'un interrogatoire, d'un contre-interrogatoire et se sont vus poser des questions par les Juges SCHWEBEL et SIR ROBERT JENNINGS ainsi que par le Président de la Cour⁸⁹⁸. Malgré l'utilité, pour la Cour, de la citation de témoins sur le plan probatoire⁸⁹⁹, l'affaire *ELSI* n'est pas véritablement concluante s'agissant de l'accès des tiers au prétoire de la Cour dans le cadre de la protection diplomatique. Tout d'abord, les Etats-Unis demandaient dans cette affaire réparation *pour leur propre compte* et non pour les sociétés pour lesquelles ils avaient pris fait et cause. Ensuite, quand bien même réparation aurait été expressément demandée dans le chef de celles-ci, les personnes privées appelées à la barre n'auraient pas été directement concernées par l'issue de l'affaire en raison du voile social faisant écran entre elles et la société. Enfin, la citation de témoins dans le cadre de la protection diplomatique opérée dans l'affaire *ELSI* représente un cas tout à fait isolé dans la jurisprudence de la Cour de La Haye.

Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée demandait réparation pour le compte de son ressortissant – à l'exception du remboursement des frais de procédure demandé pour son propre compte. Elle s'est basée sur les dommages subis par celui-ci pour évaluer le montant réclamé à la Cour et s'est livrée à cette fin à une analyse approfondie des pertes subies par l'individu, qui a à cet égard – nécessairement – collaboré étroitement avec son

⁸⁹⁶ CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, contre-mémoire de l'Italie, *op. cit.*, Document 44, « *Affidavit of Ingegnere Busacca, Dated 30 October 1987* », p. 230-231. v. également, dans la duplique, *Ibid.*, duplique de l'Italie, *op. cit.*, Document 1, « *Affidavit of Ing. Cavalli, Dated 29 April 1988* », p. 481-482 ; Document 2, « *Affidavit of Dr. Bevilacqua, Dated 29 October 1987* », p. 482-483 ; Document 3, « *Affidavit of Avv. Maggio, Dated 29 October 1987* », p. 484 ; Document 8, « *Affidavit of Dr. Ravalli, Dated 18 December 1987* », p. 488-489 ; Document 13, « *Affidavit of Dr. Cammarata, Dated 26 May 1988* », p. 490-491 ; Document 14, « *Affidavit of Rag. Ravalico, Dated 26 May 1988* », p. 491-492 ; Document 32, « *Statement by Professor Pier Giusto Jaeger, Dated 17 June 1988* », p. 503-505.

⁸⁹⁷ La Cour a accédé à la demande italienne tendant à ce que M. Giuseppe BISCONTI, qui s'est adressé à la Cour au nom des Etats-Unis en tant qu'avocat de la société *Raytheon*, soit également considéré comme témoin en ce qu'il avait eu l'occasion de se référer à des points de faits à l'audience. CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 19, §8.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, Procès-verbaux des audiences publiques, *op. cit.*, p. 25-31 (*examination* de M. ADAMS) ; p. 37-47 (*cross-examination* de M. ADAMS et questions) ; p. 48-64 (*examination* et *cross-examination* de M. CLARE et questions).

⁸⁹⁹ v. CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 34, §33 ; p. 55, §83 ; p. 56-57, §88.

gouvernement. Malgré le caractère détaillé du mémoire guinéen déposé lors de la phase de la réparation, il manquait à la Cour de nombreux éléments de preuve, ce qui l'a conduit à rejeter plusieurs conclusions, ou du moins à revoir à la baisse les ambitions financières du demandeur à de multiples reprises⁹⁰⁰. Il aurait pu être opportun que M. DIALLO comparaisse comme témoin, cité par la Guinée ou convoqué par la Cour elle-même. En ce sens, l'opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE considère que :

« [L]a fiction vattelienne de 1758 (...) a déjà joué son rôle dans l'histoire et l'évolution du droit international. Le défi que doit aujourd'hui relever la Cour mondiale est d'une nature différente et dépasse de loin cette dimension interétatique. Pour le relever, la Cour doit être prête à explorer les moyens d'incorporer dans son *modus operandi* – à commencer par son propre raisonnement – la reconnaissance de la consolidation de la personnalité juridique internationale de l'individu et l'affirmation graduelle de sa capacité juridique internationale – de défendre les droits qui sont les siens et non ceux de l'Etat – en tant que sujet de droit et porteur d'obligations émanant directement du droit international »⁹⁰¹.

Le Juge encourage l'accès de l'individu au prétoire afin d'y être entendu :

« [L]'individu continue de souffrir une *capitis diminutio*, puisqu'il doit continuer de s'appuyer sur [l'instrument traditionnel de la protection diplomatique] pour arriver jusqu'à la Cour, alors qu'il a déjà *locus standi in judicio* et même *jus standi* devant d'autres tribunaux internationaux contemporains. Il n'existe donc, du point de vue épistémologique, aucun obstacle à la qualité d'agir ou au droit d'agir des individus devant la Cour mondiale également ; le seul élément manquant est le désir de faire en sorte que cela soit possible, étant donné l'inertie qui continue de prévaloir dans les mentalités »⁹⁰².

Une réforme de la Cour qui autoriserait sa saisine par l'individu semble bien improbable, l'immense majorité des critiques adressées à sa compétence *ratione personae* étant concentrée sur l'absence de droit de saisine pour les organisations internationales intergouvernementales. Néanmoins, s'agissant de l'accès de l'individu au prétoire en tant que témoin et pour des fonctions probatoires dans le cadre d'un contentieux qui le concerne directement, la pratique contentieuse suivie par le TIDM dans l'affaire *Saïga* pourrait inspirer tant les plaideurs devant la Cour mondiale que la Cour elle-même. La

⁹⁰⁰ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (indemnisation), *op. cit.*, p. 337, §31-32 ; p. 337-338, §34 ; p. 338, §35-36 ; p. 341, §44-46 ; p. 342, §49.

⁹⁰¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (fond), *op. cit.*, opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE, p. 804-805, §221.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 808 §173. v. également CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt (indemnisation), *op. cit.*, opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE, p. 384, §101 : « l'individu demeure privé de la capacité juridique internationale, du *locus standi in judicio*, qui lui aurait sinon permis – comme cela devrait être le cas (...) – de comparaître directement devant cette Cour ».

solution de l'appel aux témoins trouvera ses limites lorsque ceux-ci sont nombreux, et causent de ce fait « de graves problèmes d'alourdissement de la procédure et d'explosion des coûts »⁹⁰³.

Du reste, le contentieux de la protection diplomatique n'est pas la seule procédure dans laquelle l'individu, bien qu'étant concerné, trouvera fermée la porte du prétoire de la Cour mondiale. Lorsque la CIJ se place en tant que juge « d'appel »⁹⁰⁴ dans le cadre des avis consultatifs obligatoires rendus en matière de fonction publique internationale, l'individu subit également une *capitis diminutio*. Lorsque la décision d'un tribunal administratif international (TAOIT ou TANU) connaissant des litiges entre les fonctionnaires internationaux et l'organisation internationale pour laquelle ils travaillent est contestée, la CIJ peut être saisie par la voie d'une demande d'avis émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à l'article 96 de la Charte. Le fonctionnaire, pourtant partie au différend devant le tribunal, ne possède pas le pouvoir de saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif et est ainsi privé de tout droit de recours⁹⁰⁵. Progressivement abandonné pour le TANU⁹⁰⁶, ce mécanisme de recours demeure s'agissant des jugements rendus par le TAOIT. En matière de procédure consultative, l'article 66, paragraphe 1 du Statut de la Cour prévoit que tous les Etats admis à ester devant elle reçoivent automatiquement une notification lors de la saisine. Le paragraphe 2 prévoit que les Etats et les organisations internationales « susceptibles de fournir des renseignements » font l'objet d'une communication spéciale et directe. Si la politique judiciaire de la Cour quant à l'admission de renseignements fournis par des Etats et des organisations internationales intergouvernementales est très libérale dans le cadre de

⁹⁰³ v. KOLB R., *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, p. 1282. Pour l'auteur en effet, « [l]a procédure devant la Cour est basée sur les pièces écrites. Les témoignages de personnes privées sont le plus souvent marginaux et n'ont que peu d'impact. (...) En somme, il serait utile que les parties ne se lancent pas dans une surenchère de témoignages et d'expertises. La Cour doit donner des indications claires dans sa pratique afin de décourager cette manière de défendre un dossier » (*Id.*).

⁹⁰⁴ Ou, plus vraisemblablement, en tant que juge de cassation, en ce qu'elle contrôle généralement les seules erreurs de droit et « ne substitue pas son appréciation à celle de l'organe inférieur ; si l'acte juridique contrôlé s'avère invalide ou entaché d'une erreur juridique donnant lieu à censure, la Cour le constate et laisse à l'organe requérant le soin d'en tirer les conséquences de droit » (*Ibid.*, p. 1140 ; pour la qualification du contrôle de « deuxième instance » effectué par la Cour, v. *Ibid.*, p. 1139-1141).

⁹⁰⁵ Cette inégalité entre les parties n'étant que faiblement compensée par la création, par la résolution 957 (X) prise par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 novembre 1955, d'un Comité des demandes de réformations des jugements du TANU chargé de filtrer les requêtes émanant des fonctionnaires contre les jugements rendus.

⁹⁰⁶ Résolution A/RES/50/54 prise le 29 janvier 1996 par l'Assemblée générale des Nations Unies et résolution A/RES/62/228 prise le 22 décembre 2007 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

sa mission consultative, elle ne va pas jusqu'à ouvrir son prétoire à des personnes privées. Un tel accès fut accordé à de rares occasions à des organisations internationales non gouvernementales⁹⁰⁷ ; il n'en a jamais été question s'agissant des fonctionnaires internationaux dans le cadre de la procédure « d'appel » visant les jugements du TANU ou du TAOIT. Dans ces affaires,

« toute la documentation des fonctionnaires est transmise par le truchement de l'Organisation internationale en cause. En tout état de cause, les fonctionnaires ou d'autres individus agissant à titre privé n'ont jamais été admis au stade de la procédure orale (...). [L]a Cour est et veut rester avant tout une juridiction interétatique »⁹⁰⁸.

Dans l'affaire des *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, le Conseil exécutif de l'UNESCO, agissant en vertu de l'article XII du Statut du TAOIT, contestait les jugements rendus dans le cadre de quatre affaires opposant des personnes privées à l'UNESCO⁹⁰⁹ à propos du renouvellement de leurs contrats de travail à durée définie. La demande d'avis consultatif remet en cause la validité de ces décisions, notamment s'agissant de la compétence du Tribunal pour connaître des requêtes introduites contre l'Organisation. La Cour reconnaît qu'« en contestant les quatre jugements et en s'adressant à [elle], le Conseil exécutif a exercé un droit qui est à la disposition de lui seul. Les fonctionnaires ne disposent d'aucun droit semblable à l'égard des jugements du Tribunal administratif »⁹¹⁰. Il en résulte ainsi « une certaine inégalité entre l'UNESCO et les fonctionnaires » puisqu'en vertu de l'égalité des parties et « [s]elon une pratique généralement acceptée, les voies de recours contre un jugement sont ouvertes également à l'une et à l'autre parties. Chacune de celles-ci dispose de facultés égales pour la présentation de ses moyens devant le juge appelé à en connaître »⁹¹¹. Pour la Cour, cette inégalité « n'est pas, en réalité, une inégalité devant [elle car l'inégalité] est antérieure à l'examen de la question »⁹¹². En revanche, une inégalité

⁹⁰⁷ KOLB R., *La Cour internationale de justice, op. cit.*, p. 1455-1457 (v. également l'Instruction de procédure XII).

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1457.

⁹⁰⁹ Jugements n°17, 18, 19 et 21 rendus sur requêtes présentées par Messieurs DUBERG et LEFF et Mesdames WILCOX et BERNSTEIN.

⁹¹⁰ CIJ, *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, avis consultatif, 23 octobre 1956, p. 85.

⁹¹¹ *Id.*

⁹¹² *Id.*

entre l'Organisation et les personnes privées découle de certaines dispositions du Statut de la Cour. En effet,

« la Cour se trouve en présence d'une contestation dont la solution affectera le droit des fonctionnaires au bénéfice des jugements qu'ils ont obtenus, et l'obligation pour l'UNESCO de se conformer à ces jugements. Le caractère judiciaire de la Cour exige que, d'un côté et de l'autre, ceux qu'affecte directement cette procédure soient admis à soumettre à la Cour leurs vues et leurs arguments. Pour l'UNESCO, le Statut et le Règlement de la Cour n'y font nul obstacle et pourvoient même à lui offrir les facilités nécessaires. Pour les fonctionnaires il en est autrement »⁹¹³.

Sans s'estimer liée pour l'avenir par les solutions adoptées en l'espèce, la Cour a, dans cette affaire, choisi de pallier cette inégalité en faisant parvenir les observations des fonctionnaires par le biais de l'Organisation, d'une part, et en renonçant à la procédure orale, d'autre part. Ainsi, conformément à l'article 66 du Statut, tous les Etats admis à ester en justice devant la Cour ont reçu notification de la requête demandant l'avis. En outre, ont fait l'objet de la notification directe et spéciale prévue au paragraphe 2 de l'article 66 plusieurs Etats et organisations internationales susceptibles, selon le Président de la Cour, de fournir des renseignements : les Etats membres de l'UNESCO, l'OIT, l'OMS, l'Union internationale des Télécommunications, l'Organisation météorologique mondiale (...). Aucune notification n'a été transmise aux personnes privées à l'origine de la saisine initiale du TAOIT⁹¹⁴. Cette inégalité est critiquée dans de nombreuses opinions séparées jointes à l'avis consultatif. Selon le Juge KLAESTAD, « [l]es dispositions de l'article 66 n'ont pas donné aux quatre anciens fonctionnaires de l'UNESCO l'occasion de défendre leurs intérêts ; et cependant, ils sont directement intéressés à la matière dont la Cour traite et ils seront directement affectés par son avis [qui aura force obligatoire] »⁹¹⁵. Le fait de permettre que les observations et renseignements émanant des personnes privées soient communiqués à la Cour par le biais de l'Organisation « n'assure pas l'égalité de statut nécessaire, en droit et en fait, entre l'Organisation, d'une part, et des personnes privées intéressées, de l'autre, étant donné que les personnes privées auraient forcément à dépendre de l'Organisation »⁹¹⁶.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 86.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 79-80.

⁹¹⁵ CIJ, *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, op. cit., opinion individuelle de M. KLAESTAD, p. 110.

⁹¹⁶ *Id. v. également Ibid.*, opinion dissidente de M. CORDOVA, p. 166-168.

Dans l'affaire du *Jugement n°2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, le Conseil d'administration du FIDA contestait devant la CIJ la décision rendue par le TAOIT dans le cadre d'une instance opposant le Fonds et une personne physique (membre du personnel du Mécanisme mondial de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et / ou la désertification, en particulier en Afrique) à propos du renouvellement du contrat de travail de la requérante. Là encore, ont été notifiés les Etats admis à ester devant la Cour ; la FIDA et ses Etats membres admis à ester devant la Cour, les Etats parties à la Convention sur la désertification et admis à ester devant la Cour, et les institutions spécialisées des Nations Unies ayant reconnu la compétence du TAOIT ont fait l'objet d'une notification spéciale. Conformément aux solutions décidées dès 1956, l'opinion de la requérante dans la procédure devant le Tribunal administratif a été transmise à la Cour par le biais du Président du FIDA, et la phase orale de la procédure a été supprimée⁹¹⁷. Le Greffe a expressément rappelé à l'occasion de cette affaire « que, dans le cadre d'une procédure de réformation du jugement d'un tribunal administratif, il n'était pas loisible au requérant devant un tel tribunal d'adresser directement à la Cour des communications pour examen et que toute communication émanant de [l'individu] devait être transmise à la Cour par l'intermédiaire [de l'Organisation] »⁹¹⁸. Toutefois, malgré la nécessité de passer par l'Organisation, la requérante a pu faire connaître ses vues à la CIJ, en déposant un exposé écrit, d'une part, en répondant aux questions posées par les membres de la Cour, d'autre part⁹¹⁹. La Cour, liée par les dispositions de son Statut s'agissant de sa compétence *ratione personae*, a ainsi tenté tant bien que mal d'assurer une certaine égalité entre les parties et exprime sa « préoccupation face à l'inégalité d'accès [à son prétoire] découlant de la procédure de réformation prévue [par le Statut] du TAOIT »⁹²⁰.

⁹¹⁷ La suppression de la phase orale est officialisée par cet avis consultatif qui précise que la limitation de la procédure à une phase écrite est « une pratique constante » (CIJ, *Jugement n°2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, avis consultatif, 1^{er} février 2012, p. 18, §11). v. également, à cet égard, CIJ, *Demande de réformation du jugement n°158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif, 12 juillet 1973, p. 179-181.

⁹¹⁸ CIJ, *Jugement n°2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, *op. cit.*, p. 18, §10.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 27-28, §40.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 31, §48. v. également *Ibid.*, déclaration du Juge GREENWOOD, p. 95-96, §3-4 et *Ibid.*, opinion individuelle du Juge CANÇADO TRINDADE, spéc. p. 81-83, §82-87.

Dans le cadre de la protection diplomatique comme de l'endossement, ouvrir un tel accès *indirect* au prétoire au bénéfice de la personne protégée pourrait être pertinent, celle-ci étant, comme les parties, concernée par la procédure et affectée par la décision, en particulier en matière de réparation. L'adoption d'une telle solution paraît toutefois difficilement envisageable : s'agissant de la CIJ, en dépit de son inadéquation avec la fiction vattélienne qui prévaut toujours dans le raisonnement de la Cour, l'accès indirect offert à l'individu dans le cadre de la réformation des jugements d'un tribunal administratif est exclusivement justifié par la nécessité de garantir au mieux – ou plus justement, de malmener le moins possible – « le principe de l'égalité entre les parties [qui] découle des exigences d'une bonne administration de la justice »⁹²¹. Dans le cadre de la procédure contentieuse déclenchée par l'exercice de la protection diplomatique, la personne protégée est exclue du champ d'application du principe de l'égalité entre les parties, qui s'appliquera à l'égard des Etats demandeur et défendeur. Ainsi, les individus protégés par l'institution de la protection diplomatique ne jouissent d'aucun *jus standi* devant la CIJ, l'article 34 paragraphe 1 du Statut faisant de celle-ci un tribunal d'Etats. Conséquemment, l'individu est privé de toutes les prérogatives procédurales dont jouissent les parties à l'instance. Cette situation peut s'avérer, en pratique, paradoxale voire inéquitable dans la mesure où la personne protégée devient la spectatrice impuissante d'un contentieux qui la concerne pourtant directement. Sans songer à réformer la compétence *ratione personae* de la Cour, la pratique d'une politique judiciaire favorisant la reconnaissance au profit de la personne protégée d'un *locus standi in judicio* dans le cadre de la protection diplomatique serait pertinente pour deux raisons : d'une part, aux fins de la preuve, d'autre part, afin de satisfaire davantage les exigences d'une bonne administration de la justice. A cet égard, la Cour et les plaideurs pourraient trouver une inspiration dans la pratique suivie par le TIDM et faire appeler à la barre le tiers protégé, en tant que témoin. Il est également envisageable que les Etats demandeurs désignent un représentant du tiers, au sein de leur équipe de plaideurs. En outre, il est possible d'encourager l'accès indirect du tiers au prétoire dans le cadre de la procédure écrite : ses observations peuvent être intégrées aux pièces soumises par les parties sous la forme d'affidavits, ou sous la forme d'une « admission de renseignements » semblable à celle des individus parties à l'instance devant le TAOIT,

⁹²¹ CIJ, *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, *op. cit.*, p. 86. v. également KOLB R., « La maxime de la "bonne administration de la justice" dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 9-10.

lorsque la Cour statue sur la réformation des jugements de celui-ci dans le cadre de sa fonction consultative⁹²².

⁹²² L'admission d'un mémoire d'*amicus curiae* déposé par le tiers est, en revanche, une hypothèse difficilement envisageable ; la Cour étant réfractaire à cette pratique (*v. infra*, Partie II, Chapitre VI, Section II, spéc. pp. 358 et 377).

Conclusion du Chapitre IV

L'action contentieuse en protection diplomatique a pour objet la défense de droits individuels, en plus de l'exercice du droit dont jouit l'Etat de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants. Cela ne change cependant pas la nature du contentieux, qui demeure structurellement interétatique. Ce caractère est reflété premièrement par le fait que l'individu ne tire du droit international général aucun droit individuel à la protection diplomatique, malgré la tendance qui se développe au niveau national d'inciter l'Etat à son exercice. Secondement, la CIJ, tant en raison des règles régissant sa compétence *ratione personae* qu'en vertu d'une politique judiciaire centrée sur l'interétatisme, n'admet dans son prétoire que le seul Etat. Les moyens permettant d'octroyer à l'individu un *locus standi in judicio* ne sont – quasiment – pas exploités, la Cour ne semblant pas inspirée, sur ce point, par la pratique (occasionnelle) du TIDM consistant à entendre les personnes concernées en qualité de témoins. Comme le résumait C. SANTULLI, en matière de protection diplomatique, « [s]i l'Etat a subi un dommage, c'est bien à travers le mauvais traitement dirigé contre "son" national ; mais dans le contentieux qui en résulte, le protégé n'est qu'un spectateur – captivé cependant par une scène où il est étranger, et raison d'être. Bref, si les droits du particulier sont en jeu, seuls ceux de l'Etat sont en cause »⁹²³.

⁹²³ SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 86.

Conclusion du Titre II

L'endossement et la protection diplomatique élèvent au rang de réclamation internationale un contentieux opposant initialement une personne privée, lésée à l'étranger, à un Etat. Historiquement, la protection diplomatique est fondée sur une fiction juridique qui considère que l'Etat demandeur redresse un tort qui lui est fait directement en demandant à ce que soit respecté le droit international en la personne de son ressortissant. La fiction *Mavrommatis* est datée. Selon les termes d'A. PELLET, « [c']est le chantre du positivisme juridique et de la souveraineté de l'Etat qui est à l'origine d'une construction juridique à l'évidence destinée à barrer aux individus la voie de la personnalité juridique internationale »⁹²⁴. L'évolution de la discipline, et les progressives mutations quant aux sujets et acteurs du droit international nous imposent désormais de considérer l'individu en tant que tel : le droit international lui confère de plus en plus de droits⁹²⁵. Il est alors sage d'admettre qu'en prenant fait et cause pour la personne privée, l'Etat fait valoir le droit de celle-ci, en même temps qu'il exerce cette prérogative procédurale. Dans ces conditions, l'action de l'Etat peut être analysée comme l'exercice d'un droit *fonctionnel* visant à pallier l'absence de *jus standi* des personnes privées devant certaines juridictions internationales. La spécialisation du droit international, et corrélativement celle de son contentieux, amène également à s'interroger sur ce qui constitue possiblement de « nouvelles formes » de protection diplomatique (protection fonctionnelle, procédure de prompt mainlevée, défense des intérêts commerciaux des entreprises privées devant l'ORD de l'OMC). Inclues dans notre étude, particulièrement dans le premier chapitre de ce titre, ces procédures ont été questionnées sous le prisme de l'« endossement ».

Exiger devant la justice internationale le respect de droits individuels fait de la personne privée concernée la raison d'être d'un contentieux qui s'intéressera de près à sa situation. En effet, aux fins de recevabilité de la requête, il faut s'assurer qu'un lien de rattachement unisse l'Etat demandeur au tiers protégé. Le cas échéant, il est également essentiel d'établir que celui-ci a épuisé les voies de recours internes. C'est en outre en établissant la mesure du préjudice effectivement subi par lui que l'indemnité dont le

⁹²⁴ PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 1365.

⁹²⁵ Dès le début du XXème siècle, la jurisprudence internationale admet que le droit international peut conférer des droits aux individus : v. CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, 3 mars 1928, Série B, p. 17-18.

défendeur devra s'acquitter sera déterminée. Cette place du tiers dans le contentieux, essentielle bien qu'incidente, n'a toutefois pas été à même de faire évoluer ni le caractère discrétionnaire, au profit de l'Etat, du déclenchement de l'action contentieuse en protection diplomatique, ni le caractère structurellement interétatique du contentieux qui en résulte. Devant la CIJ notamment, où l'individu ne bénéficie d'aucun *jus standi*, les dispositions statutaires et réglementaires qui seraient à même de lui offrir un *locus standi in judicio* ne sont pas utilisées.

Considérant l'évolution du contentieux international, il nous faut observer que les personnes privées physiques et morales traditionnellement protégées par la protection diplomatique ont désormais un accès direct au prétoire de nombreuses juridictions internationales (notamment, les cours européenne, interaméricaine et africaine des droits de l'Homme, le CIRDI, la CJUE). Les personnes privées peuvent ainsi faire valoir les droits qu'elles tirent du droit international, à l'occasion d'un contentieux les opposant directement à l'Etat prétendument responsable de violations du droit international à leur égard. Ces procédures « d'action directe » font du sujet « interne » un sujet « capable » du droit international⁹²⁶. De fait, un certain déclin du recours à la protection diplomatique a pu être observé, par exemple, dans les relations entre Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme⁹²⁷. Est-ce à dire que l'institution de la protection diplomatique a vocation à devenir obsolète ? Il conviendra de répondre par la négative et ce pour trois raisons, qui se conjuguent pour justifier non seulement la survivance, mais encore la pertinence de cette technique contentieuse de défense des droits individuels. La première de ces raisons tient à la *complémentarité*. La protection diplomatique a été, pendant des décennies, quasiment le seul recours contentieux adéquat aux fins de la garantie des droits conférés aux personnes privées. Aujourd'hui concurrencée par d'autres mécanismes, la protection diplomatique demeure un moyen supplémentaire de protection des droits individuels. La deuxième raison consiste dans la *subsidiarité* de l'action en protection diplomatique. Celle-ci, pouvant être boudée au profit d'autres recours, retrouve tout son à propos dans les cas non couverts par la compétence, *ratione materiae, personae* ou *loci*,

⁹²⁶ SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », *op. cit.*, p. 87. Les premiers balbutiements de ce type de procédure datent de la première moitié du XXème siècle avec le Tribunal pour la Haute Silésie, puis les Tribunaux arbitraux mixtes ; plus récemment le Tribunal des différends irano-américain (v. *Ibid.*, p. 87-90).

⁹²⁷ FLAUSS J.-F., « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique », *op. cit.*, p. 835-836.

des juridictions régionales et spéciales. Comme l'écrit A. PELLET, « l'intervention de l'Etat aux droits de ses ressortissants lésés par une violation du droit international demeure un utile filet de sécurité [lorsqu'un mécanisme de réclamation directe permettant à la personne privée de faire valoir directement ses droits au plan international] n'existe pas »⁹²⁸. Enfin, la troisième raison réside dans la *spécificité* de l'institution. La protection diplomatique est la seule modalité autorisant l'Etat à formuler, par une action contentieuse unique, une réclamation visant à réparer deux préjudices : l'un indirect, celui subi par son national, dans le cadre d'une action qui présente les caractères matériels d'une action en représentation s'il lui en manque les caractères formels ; l'autre direct, résultant de la violation du droit international en la personne de ses ressortissants.

⁹²⁸ PELLET A., « Le projet d'articles sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », in KOHEN M. G. (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Calfisch*, Brill, Leyde, 2007, p. 1136, §8.

Conclusion de la Partie I

Cette première partie a examiné les aspects qui concernent la protection des tiers dans le contentieux international. C'est la protection complémentaire offerte par les principes de l'autorité relative de la chose jugée et de l'autorité du précédent qui a tout d'abord été étudiée. L'autorité relative de la chose jugée est un principe général du droit international en vertu duquel le dispositif d'une décision de justice n'est obligatoire que pour les parties au litige et uniquement dans le cas d'espèce. Ce principe voit son caractère fondamental renforcé par la nature consensuelle de la justice internationale : les tiers à un litige doivent être protégés contre tout effet – favorable ou défavorable – des décisions de justice tranchant des litiges auxquels ils ne sont pas parties, en raison du fait que leur consentement à la résolution internationale du différend n'a pas été établi. Si l'effet obligatoire du dispositif de la décision rendue se limitera aux parties, les motifs (qu'ils soient adoptés au titre de la *ratio decidendi* ou qu'il s'agisse d'*obiter dicta*) jouissent d'une autorité de la chose interprétée qui dépasse la sphère restreinte des parties au litige. Cette autorité n'est pas prévue *de jure*, mais elle s'impose *de facto* et se généralise à l'ensemble du contentieux par le biais d'un dialogue des juges. Loin de remettre en cause la protection que tirent les tiers du principe de l'effet relatif des jugements, l'autorité *de facto* des motifs bénéficie à l'ensemble de la communauté internationale et particulièrement aux justiciables. Elle permet en effet de clarifier l'état du droit positif et d'appréhender au mieux les modes juridictionnels de règlement pacifique des différends en anticipant les décisions futures. La sécurité et la prévisibilité juridiques complètent la protection permise par l'autorité relative de la chose jugée. Ces mécanismes protègent les tiers *du* contentieux international, en empêchant les juges de se prononcer sur leurs droits et intérêts sans leur consentement, d'une part ; en respectant leurs attentes légitimes quant à la préservation d'une jurisprudence stable, d'autre part.

L'endossement des réclamations privées, perçu comme un moyen de protéger les tiers *par* le contentieux international (interétatique) a par la suite été analysé. Historiquement conçu pour pallier l'absence de *jus standi* des personnes privées devant le juge international, et vestige du volontarisme étatique le plus strict, l'endossement a évolué au fur et à mesure du développement de la discipline, qui reconnaît aujourd'hui, dans une

certaine mesure, une personnalité juridique internationale aux personnes privées, s'exprimant notamment dans la reconnaissance de droits individuels justiciables. L'endossement des réclamations privées doit alors être envisagé comme l'exercice d'un droit procédural fonctionnel permettant de porter devant le juge international des réclamations mixtes : il s'agit de réparer à la fois le tort causé à la personne privée et à l'Etat qui, en vertu d'un lien de rattachement variable, élève la réclamation à l'encontre d'un autre Etat. Pour autant, la personne privée n'est ni associée en qualité de « co-demandeur » à cette réclamation, ni strictement représentée par son Etat qui se doit d'agir aussi, au moins formellement, pour son propre compte. La personne privée demeure ainsi un tiers à une procédure qui, bien qu'étant focalisée sur son cas et n'étant justifiée que par elle, continue de l'exclure. En effet, le droit international ne permet pas à la personne protégée de déclencher la procédure, ne lui assure pas de percevoir tout ou partie de la réparation pécuniaire éventuellement accordée, et ne lui garantit pas de participer à l'instance.

Dans le cadre de la protection des tiers dans le contentieux international étudiée dans cette première partie, ces derniers, bien qu'au cœur de l'analyse, demeureraient exclus du prétoire. Il conviendra ainsi, dans une seconde partie, de s'intéresser à la participation des tiers dans le contentieux international.

PARTIE II – LA PARTICIPATION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

La participation désigne le fait de prendre part à quelque chose⁹²⁹ ; ici, à l'instance juridictionnelle. Cette seconde partie approfondit divers aspects relatifs à la participation des tiers dans le contentieux international.

C'est l'*intervention* des tiers dans un litige qui doit tout d'abord retenir notre attention (Titre III). En effet, « [s]ous des formes variées, tous les systèmes juridiques ont fait place à l'intervention d'un tiers dans la procédure »⁹³⁰. Définie par la doctrine de manière « relativement uniforme », l'intervention serait :

« un moyen de procédure dont l'objet et le but consistent à faciliter la participation d'un tiers (l'intervenant) dans un procès ou une instance concernant un litige déterminé *pendante* entre d'autres personnes (les parties), soit en vue de la protection d'intérêts propres audit tiers, soit pour la sauvegarde des principes généraux de justice ou d'efficacité protégés par le système juridique en cause, soit aux fins d'une combinaison variable de ces deux motifs »⁹³¹.

C'est sous le prisme de la finalité recherchée par le tiers intervenant que cet aspect de la participation des tiers dans le contentieux international est abordé. Une première forme d'intervention, que nous qualifions d'« intervention-protection », permet au tiers de poursuivre un but essentiellement défensif : le tiers intervenant fait valoir ses droits et intérêts propres, en cause dans le différend principal. Il cherche à se protéger de tout effet indésirable causé par la décision à rendre. L'intervention s'inscrit ici dans une défense « active » des droits et intérêts du tiers (là où la relativité de la chose jugée offre une protection « passive »). Une seconde forme d'intervention, qualifiée d'« intervention-influence », permet à l'intervenant de poursuivre un but informatif : le tiers cherche à peser sur le rendu de la décision et place son argumentation au service de la défense de l'intérêt général ou d'intérêts collectifs ou particuliers qui ne le concernent pas directement, qui ne le menacent pas immédiatement. Cette intervention-influence prend deux formes.

⁹²⁹ REY-DEBOVE J., REY A. (Dir.), *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, *op. cit.*, 2011, p. 1815.

⁹³⁰ DECAUX E., « L'intervention », *op. cit.*, p. 219.

⁹³¹ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 223.

L'intervention en interprétation d'une convention internationale, d'une part, est formelle et institutionnalisée. Il s'agit pour un Etat partie à une convention internationale dont l'interprétation est en cause dans le différend principal d'intervenir afin d'exposer au juge le sens qu'il convient de donner aux dispositions litigieuses. L'intervention en qualité d'*amicus curiae*, d'autre part, permet à divers sujets et acteurs du droit international de fournir au juge des éléments d'information sur tout point de droit ou de fait. Cette forme d'intervention est englobante, et relativement généralisée dans le contentieux international. Son institutionnalisation continue cependant de faire défaut : l'*amicus curiae* ne peut défendre ses intérêts dans le prétoire que si le juge l'y invite, ou du moins le tolère.

Aux côtés de ces intervenants, participent au contentieux international des tiers « coopérateurs », qui vont aider le juge et les parties dans la recherche de la vérité légale. Cette *coopération* à la preuve est le fait des experts et des témoins (Titre IV), qui s'avèrent indispensables lorsque la vérité aux fins du procès est difficile à établir, soit en raison de questions scientifiques ou techniques particulièrement complexes, soit en raison d'un standard de preuve élevé (preuve au-delà de tout doute raisonnable dans le contentieux international pénal). Le recours à l'expert est en effet nécessaire (ou du moins préférable) pour éclairer le juge sur des aspects spécifiques d'un différend qui dépassent sa sphère de compétence afin de lui permettre de prendre sa décision au mieux, avec une compréhension du litige aussi complète que possible, en toute connaissance de cause. Quant au témoignage, s'il est vrai qu'il ne s'agit pas d'un mode de preuve privilégié pour la plupart des juridictions internationales (il est notamment rare d'y avoir recours dans le contentieux interétatique), le fonctionnement de la justice pénale internationale repose en revanche essentiellement sur ce moyen d'administration de la preuve. Il conviendra alors de s'attarder sur la participation des témoins en se focalisant sur ce contentieux particulier.

Intervenants, experts, témoins : la participation à l'instance de ces tiers fait l'objet d'un régime juridique particulier, plus ou moins institutionnalisé, qui permet de s'interroger sur leur(s) statut(s), en recherchant leurs spécificités ainsi que leurs traits communs.

TITRE III – LA TIERCE INTERVENTION

Dans le cadre d'une instance juridictionnelle, l'intervention est définie comme un « [i]ncident de procédure par lequel une personne juridique souhaite prendre part à une instance arbitrale ou judiciaire engagée entre deux autres personnes juridiques parties à cette instance »⁹³². D'apparition relativement récente en droit international en ce qu'elle suppose un certain perfectionnement du système juridictionnel,

« il fallut attendre les Conventions de La Haye pour qu'une première brèche s'ouvre, au niveau des principes, dans l'exclusivité de la relation procédurale entre les parties à un litige international. Puis vinrent le Statut de la Cour permanente de 1920, l'Acte général de 1928 et le Statut de la Cour internationale de Justice en 1945. Ce n'est que par la suite que l'intervention des tiers trouvera une certaine généralisation dans les textes des procédures internationales de règlement judiciaire des différends »⁹³³.

Aujourd'hui, la tierce intervention est prévue dans les textes de base de l'ensemble des juridictions étudiées dans la thèse, sous des formes diverses. La procédure présente néanmoins d'irréductibles traits communs, dont les plus éminents sont au nombre de trois : *le volontariat, l'incidence, la défense*. En effet, la première condition *sine qua non* repose sur la volonté de l'intervenant qui doit effectuer les démarches nécessaires à l'admissibilité de son intervention. Celle-ci doit en outre se greffer sur une affaire pendante : l'intervention est une procédure incidente qui ne saurait exister en l'absence d'un différend principal attendant d'être tranché, pas plus qu'elle ne doit viser au changement de l'objet du différend. Comme l'exprime le Règlement de procédure de la CJUE, « l'intervenant accepte le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention »⁹³⁴. Enfin, l'intervention représente un moyen de défense, par la participation au procès, d'intérêts propres – et chers – à l'intervenant.

Il aurait été possible de classer les procédures d'intervention d'après la *qualité* du tiers intervenant (un Etat, un individu, une association, une organisation internationale, etc.), ou encore selon la *nature* de l'intervention (« accessoire », « principale »),

⁹³² SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 612.

⁹³³ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 224.

⁹³⁴ Article 129, paragraphe 3, du Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'Union européenne, disponible ici : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_fr.pdf (consulté le 25/09/2018).

« adhésive », etc.)⁹³⁵. Il était également envisageable d'étudier le régime de l'intervention juridiction par juridiction. C'est toutefois le critère de la *fonction*, du but poursuivi par l'intervention qui est retenu. Comme l'écrit C. SANTULLI,

« [L]e droit du contentieux international connaît deux types d'intervention. La première, traditionnelle, permet au tiers intéressé de faire valoir ses intérêts dans une procédure qui les "met en cause". La seconde, plus originale, lui permet de faire valoir son interprétation d'un texte qui lui est applicable, et qui est invoqué dans la procédure. Une troisième institution, plus souple, est parfois admise dans l'ordre international. Elle permet à un tiers "sans intérêt" de présenter des observations dans une affaire qui le concerne : l'*amicus curiae* »⁹³⁶.

Si l'on ne peut, au-delà des traits communs sus-évoqués, fondre les multiples formes d'intervention aujourd'hui autorisées dans le contentieux international en un régime unique, on peut certainement les rassembler en s'interrogeant sur le but poursuivi par le tiers intervenant. Dans le dessein premier recherché par le tiers intervenant – l'autoprotection de ses intérêts – deux finalités, plus précises, doivent être distinguées : elles formeront l'objet de nos deux chapitres. Dans un premier temps, sera étudiée l'intervention décrite comme étant « traditionnelle » et autorisant l'intervenant à « faire valoir ses intérêts dans une procédure qui les "met en cause" ». Par cette « intervention-protection » (Chapitre V), l'intervenant cherche à se préserver d'un effet préjudiciable de l'autorité de la chose jugée sur ses droits ou intérêts. Le second chapitre sera consacré à l'intervention autorisant le tiers à « faire valoir son interprétation d'un texte qui lui est applicable », dans le but d'influencer l'interprétation du juge, et à celle accordant à l'intervenant de participer à la procédure en qualité d'*amicus curiae*. Par ces deux formes d'intervention, relevant de l'« intervention-influence » (Chapitre VI), l'intervenant cherche à peser sur les motifs de la décision future.

⁹³⁵ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 230.

⁹³⁶ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, Collection : Domat Droit public, 2005, p. 299.

CHAPITRE V - L'INTERVENTION-PROTECTION

Le premier chapitre de ce titre étudiera la tierce intervention lorsque celle-ci a pour but revendiqué de permettre à l'intervenant de se présenter devant une juridiction pour défendre ce qu'il estime être un intérêt personnel, en cause dans une affaire pendante. L'intervention constitue ici un « moyen de défense active » (par opposition à l'effet relatif du jugement qui offre une protection « passive »)⁹³⁷. Elle permet au tiers soucieux de « s'auto-défendre ». Symptomatiquement, c'est l'Etat, entité souveraine gardant la mainmise sur le contentieux international dans son ensemble, qui est le premier bénéficiaire de cette modalité procédurale. Une telle mesure s'avère d'autant plus nécessaire dans un système contentieux international régi par le principe du consensualisme : en l'absence d'une généralisation de la juridiction obligatoire, l'Etat tiers inquiet de voir un de ses intérêts affectés par une affaire pendante n'a ni la garantie de pouvoir introduire une instance contre les parties à l'affaire, ni la possibilité d'exercer une forme de tierce opposition⁹³⁸.

Devant la CIJ, l'institution de l'intervention en défense d'un intérêt particulier, prévue par l'article 62 du Statut et complétée par les articles 81, 83, 84 et 85 du Règlement de procédure, est restée lettre morte jusqu'au début des années 1980. Depuis lors, quinze requêtes à fin d'intervention ont été déposées dans dix affaires différentes, la plupart dans le cadre de différends territoriaux. Trois Etats se sont vus accorder l'autorisation d'intervenir dans une affaire pendante devant la Cour mondiale sur le fondement de l'article 62 : le Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* opposant El Salvador et le Honduras, la Guinée équatoriale dans le différend concernant la délimitation de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, et la Grèce, dans le litige italo-allemand concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. L'intervention se heurte néanmoins « à des obstacles

⁹³⁷ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 227.

⁹³⁸ Connue du droit national, la tierce opposition constitue une voie de recours ouverte à un tiers, à l'encontre d'une décision juridictionnelle rendue qui porte préjudice à ses droits, lorsque le tiers n'a pas eu la possibilité de participer à l'instance en cause. A titre d'exemple, l'article R-832-1 du Code de justice administrative français consacre une telle procédure et dispose : « [t]oute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision ».

infranchissables tant la Cour est soucieuse de conserver aux litiges dont elle est amenée à connaître un caractère bilatéral »⁹³⁹.

Le TIDM est la seconde juridiction prévoyant le droit, pour un Etat craignant qu'une décision future ne porte atteinte à l'un de ses intérêts juridiques, de solliciter une intervention. L'article 31 de son Statut et les dispositions de son Règlement qui organisent la procédure reprennent *mutatis mutandis* les textes de la CIJ, en prenant soin de s'en éloigner sur certains points significatifs, notamment sur la question de l'effet de l'arrêt rendu à l'égard du tiers ayant pris part à la procédure grâce à l'intervention. Le contentieux du TIDM n'a cependant connu aucune intervention à ce jour.

Egalement, la CADH prévoit l'intervention en défense d'un intérêt particulier⁹⁴⁰, en s'inspirant du Statut de la Cour mondiale. Pour l'heure, aucun cas d'intervention n'est à dénombrer devant cette juridiction.

Dans le cadre du contentieux de l'OMC, l'intervention est possible à divers stades de la procédure⁹⁴¹ et la pratique est indéniablement développée. Brièvement évoquées à des fins comparatives lorsque l'intérêt juridique devant être « en cause » pour l'Etat désireux d'intervenir devant la CIJ sera abordé⁹⁴², ces procédures d'intervention ne feront cependant pas l'objet d'une étude approfondie. L'intérêt d'une telle étude apparaît moindre dans le cadre d'un chapitre qui étudie la tierce intervention lorsque celle-ci poursuit un but de défense des intérêts personnels de l'intervenant, en cause dans une instance pendante. En effet, le contentieux à l'OMC obéit à une conception extrêmement large de l'intérêt à

⁹³⁹ GONZALEZ G., « Règlement territorial et effets à l'égard des tiers », in WECKEL P. (Dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace : la spécificité du contentieux territorial*, Paris, Pedone, 1998, p. 181. Pour l'auteur, « un différend [porté devant la Cour internationale de Justice] est bilatéral ou il n'est pas » (*Ibid.*, p. 201).

⁹⁴⁰ v. l'article 49, paragraphes 1 et 2, du Protocole de la Cour de justice et des droits de l'Homme, et l'article 53 du Règlement intérieur, disponibles ici :

http://fr.africancourt.org/images/Basic%20Documents/Protocole_de_la_Cour_de_Justice_et_des_Droits_de_lHomme.pdf

<http://fr.africancourt.org/images/Basic%20Documents/Reglement%20interieur%20de%20la%20Cour%20africaine.pdf> (consultés le 25/09/2018).

⁹⁴¹ L'intervention de tierces parties est possible durant la phase pré-contentieuse des *consultations* si ces dernières ont été engagées en vertu de l'article 22 du GATT 94 (et non en vertu de l'article 23) ou de l'article 22:1 de l'AGCS (et non 23:1) ; et uniquement avec l'accord du défendeur. Au contentieux, les tierces parties peuvent intervenir dans le cadre de la procédure devant le Groupe spécial si elles font état d'un « intérêt substantiel » dans l'affaire – qui, en pratique, n'est pas contesté. Elles notifient à cet effet l'ORD par écrit, par le biais du Secrétariat de l'OMC. Les tierces parties ont le droit de recevoir les communications écrites présentées par les parties au Groupe spécial et d'exposer leurs vues oralement à celui-ci lors de la réunion de fond (article 10:3 du MARD). Les tierces parties ne peuvent faire appel d'un rapport de groupe spécial. Les membres de l'OMC peuvent participer à la procédure devant l'Organe d'appel en tant que « participant tiers » s'ils avaient la qualité de tierce partie devant le Groupe spécial. Ils peuvent à ce titre présenter des communications à l'Organe d'appel et se faire entendre par lui (article 17:4 du MARD).

⁹⁴² v. *infra*, p. 286-293.

agir – proche de l'*actio popularis*. Le MARD ne prescrit pas de détenir un quelconque « intérêt juridique » pour introduire une plainte devant l'ORD et demander l'établissement d'un groupe spécial. L'intervention doit certes être fondée sur un « intérêt substantiel », mais cette notion n'est véritablement définie ni par les textes, ni par la pratique contentieuse, et ne constitue aucunement un obstacle à l'intervention (dans l'immense majorité des différends, on peut constater l'intervention de tiers). Cela s'explique par la nature particulière du système de l'OMC qui a pour finalité de préserver les avantages et les concessions réciproques que les Membres s'octroient dans un cadre multilatéral. Dès lors, tous les Membres ont, *par définition*, un intérêt substantiel à la résolution du différend. La qualité de tiers intéressé ne pose ainsi que peu de difficultés d'identification : formellement, l'instance désigne le(s) demandeur(s) (plaignant(s)) et le(s) défendeur(s). *A contrario*, les tiers sont identifiables et par suite, les potentielles tierces parties : il s'agit de tous les autres Membres de l'OMC. Il résulte de la nature du système qu'ils sont tous *ipso facto* intéressés par l'issue de l'instance, et ils n'auront aucune difficulté, s'ils le désirent, à intervenir dans la procédure contentieuse. L'expression « tierces parties » qui désigne les tiers intervenant à l'OMC est à cet égard symptomatique et suggère cet intérêt systématique automatique : formellement, ce sont des tiers à l'instance ; ce sont, au surplus, des parties au différend dans cette logique systémique de concessions réciproques.

Ainsi, en l'absence de pratique dans le contentieux africain des droits de l'Homme et dans le contentieux du TIDM, l'étude de l'intervention-protection portera essentiellement sur le contentieux devant la CIJ. L'examen des dispositions statutaires et réglementaires, couplée à l'analyse de la pratique de la Cour, permettra d'appréhender l'intervention en défense d'un intérêt particulier dans ses contours procéduraux (Section I) et substantiels (Section II).

Section I - La recevabilité de la requête à fin d'intervention

L'article 62 du Statut de la CIJ énonce :

- « 1. Lorsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention.
2. La Cour décide ».

Cette disposition n'a pas fait l'objet de modifications dans sa formulation par rapport au Statut de sa devancière. Les travaux préparatoires du Statut de la CPJI révèlent que le Comité des juristes chargé de sa rédaction estimait que l'intervention pouvait être motivée par plusieurs considérations. L'intervenant pouvait souhaiter « se ranger » près de l'une des parties à l'instance (« intervention-assistance »), ou encore faire valoir des droits qui lui sont propres (« intervention-revendication »), ou enfin souhaiter la « disparition » de l'une des parties au motif qu'elle n'est pas le *dominus* du droit revendiqué par elle (« intervention-exclusion »). Quelles que soient les raisons de l'intervention, les rédacteurs s'accordaient pour conditionner celle-ci par la légitimité et la juridicité de l'intérêt de l'intervenant – les interventions strictement politiques sont ainsi exclues – et affirmaient la compétence de la Cour pour juger de la compatibilité de la requête avec ces exigences. Plusieurs questions restaient néanmoins sans réponse, en particulier s'agissant de la nature de l'intérêt juridique : doit-il présenter un caractère matériel et concret au regard de l'espèce, ou un intérêt de principe sur les droits en cause suffit-il ? La Cour permanente n'a pas eu l'occasion de fournir des réponses en interprétant son Statut : elle n'a connu aucun cas d'intervention fondée sur l'article 62. La Pologne, ayant souhaité intervenir sur ce fondement dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, modifia finalement la base juridique à l'appui de sa demande, optant pour l'article 63⁹⁴³.

L'article 31 du Statut du TIDM s'est clairement inspiré de l'article 62 du Statut de la CIJ. Il dispose :

- « 1. Lorsqu'un Etat partie estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser au Tribunal une requête aux fins d'intervention.

⁹⁴³ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt (question d'intervention de la Pologne), 28 juin 1923, Série A, p. 12-13. L'article 63 du Statut prévoit que « [l]orsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le greffier les avertit sans délai. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès (...) ». Cette procédure d'intervention sera étudiée dans le chapitre suivant (v. *infra*, Chapitre VI, Section I).

2. Le Tribunal se prononce sur la requête.
3. Si le Tribunal fait droit à la requête, sa décision concernant le différend est obligatoire pour l'Etat intervenant dans la mesure où elle se rapporte aux points faisant l'objet de l'intervention ».

Les dispositions des règlements viennent classiquement compléter le cadre posé par le Statut et régissent les conditions de recevabilité de l'intervention. L'article 81 du Règlement de la CIJ⁹⁴⁴ se lit comme suit :

- « 1. Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 du Statut, qui doit être signée comme il est prévu à l'article 38, paragraphe 3, du présent Règlement⁹⁴⁵, est déposée le plus tôt possible avant la clôture de la procédure écrite. Toutefois dans des circonstances exceptionnelles, la Cour peut connaître d'une requête présentée ultérieurement.
2. La requête indique le nom de l'agent. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et spécifie :
 - a) l'intérêt juridique qui, selon l'Etat demandant à intervenir, est pour lui en cause ;
 - b) l'objet précis de l'intervention ;
 - c) toute base de compétence qui, selon l'Etat demandant à intervenir, existerait entre lui et les parties.
3. La requête contient un bordereau des documents à l'appui, qui sont annexés »⁹⁴⁶.

L'article 84 précise que la requête à fin d'intervention doit, en principe, être traitée prioritairement. Il prévoit également l'audition par la Cour de l'Etat désireux d'intervenir et des parties si ces dernières s'opposent à l'intervention⁹⁴⁷.

L'article 99 du Règlement du TIDM⁹⁴⁸ déclare :

⁹⁴⁴ Règlement adopté le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1er juillet 1978.

⁹⁴⁵ « L'original de la requête est signé soit par l'agent de la partie qui l'introduit soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays où la Cour a son siège, soit par une personne dûment autorisée. Si la requête porte la signature d'une personne autre que le représentant diplomatique, cette signature doit être légalisée par ce dernier ou par l'autorité compétente du ministère des affaires étrangères du demandeur ». L'application aux requêtes à fin d'intervention de l'article 38, paragraphe 3, du Règlement résulte du remaniement des dispositions réglementaires relatives à l'intervention de 1978. En 1978, le délai de dépôt de la requête fut modifié à la faveur d'une restriction, motivée par la volonté de retarder le moins possible le déroulement de l'instance. Le paragraphe 2 de cette disposition prévoyait initialement que la requête devait contenir « la spécification de l'affaire [et] l'exposé des raisons de droit et de fait justifiant l'intervention » (article 59 du Règlement de 1922). La modification de 1972 n'en changea pas la teneur, se contentant de remplacer le terme « spécification » par « indication » (article 69 du Règlement de 1972). En 1978, cette disposition fait l'objet d'une modification et en ressort significativement précisée. Le paragraphe 2 du nouvel article 81 exige de la requête à fin d'intervention qu'elle indique le nom de l'agent, l'affaire concernée et l'intérêt juridique en cause, selon l'appréciation de l'Etat demandant à intervenir, « l'objet précis » de l'intervention, ainsi que toute base de compétence existante entre le demandeur à l'intervention et les parties au différend principal.

⁹⁴⁶ L'article 83 – comme son homologue hambourgeois, l'article 101 – concerne la transmission de la requête à fin d'intervention aux Parties (qui transmettront leurs observations écrites à la Cour) et aux autres entités intéressées.

⁹⁴⁷ L'article 102 du Règlement du TIDM prévoit, *mutatis mutandis*, la même chose.

⁹⁴⁸ Règlement du Tribunal tel qu'amendé le 17 mars 2009 et modifié le 25 septembre 2018.

« 1. Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est déposée trente jours au plus tard après la date à laquelle le contre-mémoire est mis à disposition conformément à l'article 67, paragraphe 1, du présent Règlement⁹⁴⁹. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut connaître d'une requête présentée ultérieurement.

2. La requête doit être signée comme il est prévu à l'article 54, paragraphe 3⁹⁵⁰, et indiquer le nom et l'adresse de l'agent. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et spécifie :

a) l'intérêt d'ordre juridique qui, selon l'Etat partie⁹⁵¹ demandant à intervenir, est pour lui en cause ;

b) l'objet précis de l'intervention.

3. Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut peut être admise indépendamment du choix fait par le requérant en vertu de l'article 287 de la Convention⁹⁵².

4. La requête contient un bordereau des documents à l'appui, qui sont annexés sous forme de copies ».

Les dispositions contenues dans les règlements de procédure conditionnent donc le succès d'une requête à fin d'intervention au respect de conditions, tenant tant à la forme (I) qu'au fond (II).

I- Le respect des conditions de forme

Outre les exigences relatives à la signature de la requête et à l'indication du nom de l'agent, qui ne sont pas spécifiques aux requêtes à fin d'intervention mais s'appliquent également à l'introduction de l'instance, le Règlement de la CIJ exige que la requête soit déposée dans un certain délai (A) et soit accompagnée, le cas échéant, d'un bordereau des documents annexés (B). La pratique judiciaire de la Cour, examinée dans ces

⁹⁴⁹ « Aussitôt que possible après leur dépôt, des copies des pièces de procédure et des documents annexés seront communiqués par le Tribunal, à leur demande, aux Etats ou aux autres entités admis à ester devant lui. Toutefois, si la partie présentant le mémoire le demande, le Tribunal met le mémoire à disposition en même temps que le contre-mémoire ».

⁹⁵⁰ « L'original de la requête est signé soit par l'agent de la partie qui l'introduit, soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays où le Tribunal a son siège, soit par une autre personne dûment autorisée. Si la requête porte la signature d'une personne autre que le représentant diplomatique, cette signature doit être légalisée par ce dernier ou par l'autorité gouvernementale compétente ».

⁹⁵¹ Il s'agit des Etats Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. Les Etats Parties à la convention sont *ipso facto* Parties au Statut du Tribunal, la convention ayant été conçue comme un « *package deal* ».

⁹⁵² L'article 287 de la Convention, situé dans la partie XV consacrée au règlement des différends, est relatif au choix de la procédure. Son paragraphe premier dispose : « [I]orsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un Etat est libre de choisir, par voie de déclaration écrite, un ou plusieurs des moyens suivants pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention : a) le Tribunal international du droit de la mer constitué conformément à l'annexe VI, b) la Cour internationale de Justice, c) un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII, d) un tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés ».

développements, a permis de mettre en exergue une souplesse et un certain pragmatisme s'agissant des conditions formelles de recevabilité de la requête à fin d'intervention.

A- La souplesse de la condition *ratione temporis* attachée au dépôt de la requête

Les sessions préliminaires de la CPJI, dans le cadre de la rédaction du Règlement de la Cour, témoignent d'une hésitation quant au moment du dépôt de la requête à fin d'intervention. Les délais proposés évoluaient dans un intervalle se situant entre la clôture de la procédure écrite et l'ouverture de la procédure orale. L'accord s'est finalement porté sur un dépôt « au plus tard avant l'ouverture de la procédure orale » (article 58 du Règlement de 1922). En 1978, le délai a été modifié, dans le souci de limiter l'effet possiblement dilatoire d'une telle procédure. La requête doit alors être déposée « avant la clôture de la procédure écrite » (article 81 du Règlement de 1978). La possibilité pour la Cour de connaître, « en raison de circonstances exceptionnelles », d'une requête présentée tardivement présente un caractère constant dans les dispositions du Règlement depuis 1922. Il est possible, par exemple, que les audiences sur le fond révèlent l'existence d'un intérêt juridique en jeu pour un Etat tiers dans le différend principal.

A ce jour, aucune requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 n'a été déposée *après* la clôture de la procédure écrite. Les critiques liées au caractère tardif du dépôt de certaines requêtes centraient donc leur argumentation sur la mention du Règlement qui requiert que le dépôt ait lieu *le plus tôt possible* avant la clôture de la procédure écrite. Les inquiétudes des parties quant au caractère tardif du dépôt de la requête à fin d'intervention sont généralement sous-tendues par la crainte du caractère dilatoire que peut avoir une telle procédure. L'effet dilatoire peut s'avérer contraire aux principes de bonne administration de la justice et de l'économie du procès sur lesquels l'institution de l'intervention s'appuie.

Les parties ont souvent eu l'occasion de remarquer le caractère tardif du dépôt d'une requête à fin d'intervention. Malte déposait le 30 janvier 1981 sa requête à fin d'intervention dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, préalablement introduite par compromis le 1^{er} décembre 1978. La Tunisie, s'opposant à la recevabilité de l'intervention, précisait que la demande, présentant un caractère tardif, était de nature à

entraîner des retards considérables dans la procédure⁹⁵³. A l'audience, le conseil tunisien s'exprimait à nouveau sur le caractère tardif de la requête, devant justifier son irrecevabilité :

« Malte (...) a enregistré sa requête auprès du Greffe de la Cour à la date du 30 janvier 1981, c'est-à-dire tout juste trois jours avant la date fixée pour l'échange des contre-mémoires, [date qui pourrait] coïncider avec la clôture de la procédure écrite, qui est évidemment le délai limite prévu par le Règlement de la Cour pour le dépôt des éventuelles requêtes à fin d'intervention, ainsi que le prévoit l'article 81, paragraphe 1, du Règlement de la Cour. L'opinion du Gouvernement tunisien est que, en procédant ainsi, le Gouvernement maltais n'a pas pleinement respecté dans leur lettre ni dans leur esprit les dispositions pertinentes du Règlement de la Cour, qui tendent précisément à éviter les retards excessifs dans le dépôt des éventuelles requêtes à fin d'intervention. [D]ans sa version actuelle, le Règlement de la Cour invite en effet les Etats désireux d'intervenir à déposer leur requête *le plus tôt possible*. Cette expression *le plus tôt possible* n'existait pas dans les versions antérieures du Règlement. (...) En insérant ainsi cette nouvelle disposition dans le Règlement révisé, la Cour a manifestement entendu éviter les retards excessifs et les conséquences préjudiciables pour l'affaire principale, qui peuvent découler d'un dépôt tardif de la requête à fin d'intervention »⁹⁵⁴.

Dans son arrêt du 14 avril 1981, la Cour relevait que « la date de clôture de la procédure écrite au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Règlement devrait encore être définitivement fixée »⁹⁵⁵. Rejetant la requête maltaise sur la base de la condition relative à l'intérêt juridique qu'elle estime non remplie, la Cour se désintéresse du respect des autres conditions de recevabilité – de fond comme de forme.

Suite à l'introduction de l'instance par compromis le 26 juillet 1982 en l'affaire du *Plateau continental (Libye/ Malte)*, l'Italie dépose sa requête à fin d'intervention le 24 octobre 1983⁹⁵⁶. Tandis que la Libye relève le caractère tardif de la demande⁹⁵⁷, Malte

⁹⁵³ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), *op. cit.*, Observations du gouvernement de la Tunisie sur la requête à fin d'intervention du gouvernement de Malte, p. 265.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, Plaidoiries relatives à la requête à fin d'intervention – Procès-verbaux des audiences tenues au Palais de la Paix, à La Haye, du 19 au 23 mars et le 14 avril 1981, sous la présidence de Sir Humphrey WALDOCK, Président, p. 424-425.

⁹⁵⁵ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), 14 avril 1981, p. 6, §5.

⁹⁵⁶ Les contre-mémoires devaient être déposés le 26 octobre au plus tard. Le compromis prévoyant cependant la possibilité d'un échange de pièces additionnelles, la date de clôture de la procédure écrite restait à déterminer (CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 6, §5). Préalablement (le 13 octobre 1983), l'Italie se voyait refuser, suite à une objection du Gouvernement maltais, l'accès aux pièces de procédure déposées par les parties (*Ibid.*, p. 5, §4). Cela est critiqué par le Juge NAGENDRA SINGH dans l'opinion individuelle qu'il joint à l'arrêt du 21 mars 1984. Selon lui, l'intervenant « se trouve obligé de plaider (...) à l'aveuglette, ce qui ne répond pas aux exigences d'une bonne justice » (*Ibid.*, opinion individuelle de M. NAGENDRA SINGH, p. 33).

⁹⁵⁷ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), *op. cit.*, observations écrites sur la requête à fin d'intervention, p. 430.

estime qu'une requête tardive génère un « *estoppel*, ou une certaine forme de forclusion [qui devrait] s'opposer à sa recevabilité »⁹⁵⁸. Là également, la requête italienne était rejetée par la Cour suite à l'appréciation de la seule condition relative à l'intérêt juridique.

Après l'introduction de l'instance relative au *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* entre El Salvador et le Honduras, l'ambassadeur du Nicaragua aux Pays-Bas demandait, par lettre du 20 avril 1988, à consulter les pièces de procédure, conformément à l'article 53 paragraphe 1 du Règlement de la Cour⁹⁵⁹. Après s'être renseignée auprès des parties, celle-ci faisait droit à sa demande. La lettre nicaraguayenne faisait savoir que « [l]e Nicaragua n'envisage pas, pour le moment, de se prévaloir de l'article 62 du Statut, mais il entend, par la présente communication, informer la Cour que la possibilité offerte par cet article est activement à l'étude »⁹⁶⁰. L'absence de réaction de la Cour sur ce point ne permet pas de considérer que cette « information » pourrait être de nature à assouplir le délai fixé par l'article 81, paragraphe 1 du Règlement. En outre, le Nicaragua déposera sa requête à temps (soit deux mois avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt des répliques des Parties)⁹⁶¹.

Il faut donc attendre l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* pour que la Cour se prononce sur la condition temporelle dans son arrêt sur la recevabilité de l'intervention. Le 22 février 2001, le Gouvernement philippin demandait à la Cour que lui soient communiquées les pièces de procédure écrite émanant des parties. Cette demande était renouvelée le 9 mars 2001. Sans qu'il y soit fait droit, les Philippines déposaient le 13 mars 2001 une requête à fin d'intervention⁹⁶². Selon l'Indonésie, celle-ci devait être rejetée car présentée trop tardivement. La procédure avait été initiée en 1998 et les répliques déposées au début du mois de mars 2001 ; les deux parties ne souhaitaient pas poursuivre davantage la procédure écrite⁹⁶³. Dans son arrêt du 23 octobre 2001, la Cour se

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 447-448.

⁹⁵⁹ Cette disposition, qui n'est pas spécifique aux procédures d'intervention, précise que « [l]a Cour, ou si elle ne siège pas le Président, peut à tout moment décider, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seront tenus à la disposition de tout Etat admis à ester devant elle et ayant demandé à en avoir communication ».

⁹⁶⁰ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 107, §34.

⁹⁶¹ *Id.*

⁹⁶² La date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chacune des parties était fixée au 2 mars 2001. Le compromis prévoyait le dépôt d'une quatrième pièce de procédure ; les parties ont, par lettre conjointe du 28 mars 2001, informé la Cour qu'elles ne souhaitaient pas produire de pièce additionnelle (CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), 23 octobre 2001, p. 579-580, §4).

⁹⁶³ *Ibid.*, Observations du gouvernement de l'Indonésie sur la requête à fin d'intervention du gouvernement des Philippines, 2 mai 2001, p. 1.

penche sur la condition temporelle dans le cadre de son examen relatif aux « vices de forme » que pourrait contenir la requête. La Cour considère que, compte tenu de la date d'introduction de l'instance et de la notification y relative faite aux Etats tiers en vertu de l'article 40, paragraphe 3 du Statut et de l'article 42 du Règlement, la requête à fin d'intervention ne peut être considérée comme déposée *le plus tôt possible* au sens de l'article 81, paragraphe 1 du Règlement. Elle indique qu'à l'instar de la demande en indication de mesures conservatoires, la requête à fin d'intervention doit être « présentée en temps utile »⁹⁶⁴. La Cour rejette l'argument philippin consistant à justifier le caractère tardif du dépôt de la requête par le souhait d'avoir préalablement accès aux pièces de procédure écrite fournies par les parties, ne pouvant s'appuyer ni sur le Règlement ni sur la pratique judiciaire pour reconnaître un « lien indissociable » entre les procédures de dépôt d'une requête à fin d'intervention (article 81) et la demande d'accès aux pièces de procédure (article 53)⁹⁶⁵. La Cour remarque toutefois que les Philippines n'ont pas dépassé la date butoir posée par le Règlement, qui exige que la requête soit déposée *avant la clôture de la procédure écrite*, et rejette alors l'exception soulevée par les parties quant au caractère tardif de la requête.

C'est possiblement la souplesse dont a fait preuve la Cour dans l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 81 qui a conduit l'Allemagne, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, à renoncer à objecter sur ce point à l'intervention de la Grèce. Dans le cadre du différend opposant l'Etat allemand à l'Italie, inscrit au rôle depuis le 23 décembre 2008, la Cour se voyait saisie de la requête grecque le 13 janvier 2011. Par lettre du 22 mars 2011, l'Italie faisait connaître son absence d'objection à l'intervention grecque et à la communication de documents à la République hellénique⁹⁶⁶. Dans ses observations écrites du 23 mars 2011, l'Allemagne relevait le caractère tardif du dépôt de la requête grecque (un jour avant la fin de la phase écrite), mais estimait qu'elle ne devait pas pour autant être rejetée pour avoir été déposée hors délai, s'inscrivant dans les prescriptions du Règlement⁹⁶⁷. Bien qu'émettant des doutes sur la démonstration, par la Grèce, de

⁹⁶⁴ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 585, §21, se référant à CIJ, *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance (mesures conservatoires), 3 mars 1999, p. 14, §19.

⁹⁶⁵ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 585, §22.

⁹⁶⁶ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie), Observations écrites de l'Italie sur la requête à fin d'intervention déposée par la Grèce, 28 mars 2011, p. 2.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, Observations écrites de l'Allemagne sur la requête à fin d'intervention déposée par la Grèce, 23 mars 2011, p. 1, §1-2.

l'existence d'un intérêt juridique en cause dans l'affaire pendante⁹⁶⁸, l'Allemagne, « consciente des conséquences qu'engendre le dépôt d'une objection formelle », « s'abs[tint] délibérément de soulever une objection en vertu de l'article 84 du Règlement de la Cour »⁹⁶⁹.

La requête à fin d'intervention doit, selon les termes de l'article 81, paragraphe 1 du Règlement de la CIJ, être déposée « le plus tôt possible avant la clôture de la procédure écrite [et] dans des circonstances exceptionnelles, la Cour peut connaître d'une requête présentée ultérieurement ». La CIJ n'a jamais été confrontée au cas d'une requête à fin d'intervention déposée après la clôture de la procédure écrite et n'a pas fait preuve de sévérité en sanctionnant par l'irrecevabilité les requêtes n'ayant pas été déposées « le plus tôt possible ». La requête à fin d'intervention doit également, le cas échéant, être accompagnée d'un bordereau des documents annexés. L'absence de bordereau a constitué un argument de rejet d'une requête à fin d'intervention pour vice de forme, ce qui a donné l'occasion à la Cour d'interpréter cette exigence.

B- L'interprétation pragmatique de la condition relative à la jonction d'un bordereau des documents annexés

L'exigence relative à la jonction à la requête d'un bordereau des documents annexés figure dans le Règlement de la Cour depuis 1922. Cette exigence n'est pas une spécificité de la requête à fin d'intervention : aux termes de l'article 50, paragraphe 3 du Règlement, la jonction d'un bordereau des documents annexés concerne le dépôt de toute pièce de procédure, y compris lorsqu'elle émane des parties⁹⁷⁰.

Dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, la Cour rejette l'argument indonésien dirigé contre la requête à fin d'intervention et tiré de l'absence de documents présentés à l'appui de celle-ci. Selon la Cour, l'article 81, paragraphe 3, du Règlement n'impose pas à l'Etat désireux d'intervenir de fournir des documents à l'appui de sa requête. S'il est vrai que l'intervenant supporte la charge de la

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 3, §8.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 1, §4.

⁹⁷⁰ « Au moment du dépôt d'une pièce de procédure, il est fourni un bordereau de tous les documents annexés à cette pièce ». v. également l'article 79, paragraphe 4, relatif à l'acte introductif d'une exception préliminaire, et l'article 82, paragraphe 2, lettre *d*) relatif aux déclarations d'intervention fondées sur l'article 63.

preuve de son intérêt juridique, il demeure libre du choix de ses moyens de preuve. La disposition règlementaire n'impose de fournir un bordereau des documents annexés *que si* de tels documents sont annexés⁹⁷¹. Considérant la relative souplesse de la Cour vis-à-vis des conditions formelles, il est permis de douter qu'une requête contenant des documents et omettant de fournir un bordereau puisse être jugée irrecevable pour vice de forme⁹⁷².

Ainsi, le respect des conditions de forme n'est pas de nature à poser problème à l'Etat désireux d'intervenir s'agissant de la recevabilité de sa requête, tant que celle-ci n'est pas déposée *après* la clôture de la procédure écrite. La recevabilité d'une requête à fin d'intervention dépend alors de l'appréciation par la Cour du respect des conditions de fond. Ces trente dernières années, la faible – mais néanmoins croissante – pratique judiciaire relative à l'intervention a permis de dégager plusieurs principes à cet égard, certains s'inscrivant désormais dans une jurisprudence constante.

II- Le respect des conditions de fond

Selon l'article 81, paragraphe 2 du Règlement de la CIJ, la requête à fin d'intervention doit spécifier « a) l'intérêt juridique qui, selon l'Etat demandant à intervenir, est pour lui en cause » (C), « b) l'objet précis de l'intervention » (B), « c) toute base de compétence qui, selon l'Etat demandant à intervenir, existerait entre lui et les parties » (A)⁹⁷³.

⁹⁷¹ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 587, §29. Cette interprétation sera confirmée ultérieurement : v. CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), 4 mai 2011, p. 362-363, §44-48.

⁹⁷² KOLB R., *La Cour internationale de justice*, *op. cit.*, p. 979.

⁹⁷³ Les dispositions relatives à l'intervention devant le TIDM, qui seront examinées incidemment, sont semblables s'agissant de l'intérêt juridique et de l'objet de l'intervention. Le lien juridictionnel est toutefois ignoré de la procédure du Tribunal.

A- La base de compétence liant l'intervenant et les parties : une nécessité dépendant de la nature de l'intervention sollicitée

La nécessité de préciser dans la requête à fin d'intervention « toute base de compétence »⁹⁷⁴ liant l'Etat désireux d'intervenir et les parties au différend principal ne figure pas dans le Statut de la CIJ. Bien qu'ayant été discutée par le Comité des juristes lors des sessions préliminaires de la CPJI, cette disposition réglementaire ne fut adoptée que sous les auspices de la CIJ, lors de la révision du Règlement de 1978. Cette exigence est à l'origine de la distinction – demeurant pour l'heure théorique – entre intervention *en tant que partie* et intervention *en tant que non partie*⁹⁷⁵.

Ni le Statut ni le Règlement du TIDM ne mentionnent la condition du lien juridictionnel. Cela s'explique « par le fait que, comme dans le Statut de la CIJ, la compétence du tribunal pour connaître d'une demande d'intervention est acceptée à l'avance par les Etats parties au moment de leur adhésion à la Convention sur le droit de la mer »⁹⁷⁶. Lors de l'élaboration du Règlement du Tribunal, la question a été posée de savoir si un Etat qui n'a pas choisi le TIDM dans sa déclaration écrite faite en vertu de l'article 287 de la CNUDM pourrait intervenir dans un litige pendant devant ce dernier sans disposer, dans ce cas particulier, d'un lien juridictionnel. C'est le Règlement de procédure, dans son article 99, paragraphe 3 qui règle la question en répondant par la négative⁹⁷⁷. Comme le souligne J-G MAHINGA,

⁹⁷⁴ La base de compétence, ou « lien juridictionnel », désigne toute base juridique susceptible d'établir un consentement trilatéral (impliquant l'Etat désireux d'intervenir et les parties) quant à la compétence de la Cour pour connaître du litige considéré ainsi que de l'intervention sollicitée.

⁹⁷⁵ Ainsi que ces développements l'expliquent ultérieurement, l'intervention en tant que non partie constitue la seule modalité d'intervention dont la Cour a eu à connaître à ce jour. L'intervention en tant que partie, admise par la Cour dans son principe mais demeurant pour l'heure théorique, a pour conséquence de conférer la qualité de partie à l'Etat autorisé à intervenir, transformant ainsi un différend initialement bilatéral en un différend trilatéral.

⁹⁷⁶ SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », in DOUMBE-BILLE S., GHERARI H., KHERAD R., (Dir.), *Droit, liberté, paix, développement : mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, Paris, Pedone, 2011, p. 280-281, citant TREVES T., « Le Règlement du Tribunal international du droit de la mer entre tradition et innovation », *AFDI*, 1997, p. 354-355.

⁹⁷⁷ Selon cette disposition, « une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut peut être admise indépendamment du choix fait par le requérant en vertu de l'article 287 de la Convention ». Cela s'expliquerait par la volonté d'éviter la *litispendance* (SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », *op. cit.*, p. 281). v. également TREVES T., « Le Règlement du Tribunal international du droit de la mer, entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 355 : « [I]a solution opposée aurait probablement encouragé les Etats désirant intervenir, mais n'ayant pas choisi le Tribunal aux termes de l'article 287, à saisir d'un nouveau différend, l'instance – en toute probabilité un tribunal arbitral – ayant compétence à leur égard. Il s'en serait suivi la soumission à deux instances différentes, sinon du même différend, du moins de deux différends dont plusieurs aspects de fait et de droit auraient été les mêmes. Un souci d'économie de procédure et d'éviter des décisions en conflit peut expliquer le choix fait par le Tribunal ».

« [e]n réalité, le seul point qui est susceptible de soulever quelques difficultés concerne la compétence conférée au Tribunal par des parties à un accord international, lorsque le différend porte sur les matières exclues de la procédure obligatoire de règlement en vertu des articles 297 et 298 de la Convention. En cette occurrence, l'article 299 de la Convention ne constitue pas le fondement de la compétence du Tribunal. Cette disposition permet simplement aux parties de consentir à la compétence de la juridiction pour le règlement du différend. La base de la compétence du Tribunal résidera donc dans l'accord que les parties devront conclure relativement à la saisine du Tribunal. Dès lors que le Tribunal sera saisi d'un différend dans ces conditions, l'Etat partie à l'accord, en introduisant une requête à fin d'intervention dans cette procédure, ne sera pas lié aux autres parties à l'accord *ad hoc* par un lien juridictionnel »⁹⁷⁸.

Il appartiendra au Tribunal, en interprétant ses textes de base et en prenant en considération les exigences imposées par la bonne administration de la justice, de clarifier les incertitudes laissées par les textes, sciemment ou non, sur la question du lien juridictionnel.

La CIJ, quant à elle, ne s'est pas penchée sur l'exigence du lien juridictionnel avant l'année 1990. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, pour établir une « base de compétence » entre elle et les parties, Malte faisait référence à la déclaration facultative de juridiction obligatoire déposée en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Cette référence n'a toutefois qu'une valeur subsidiaire. En effet, selon Malte, la lettre c) de l'article 81 ne figurait pas dans les précédentes versions du Règlement. Ainsi, on ne peut valablement supposer que la modification de 1978 ait voulu introduire une nouvelle *condition de fond* à la recevabilité des requêtes à fin d'intervention, la Cour n'ayant pas le pouvoir, même en adoptant son Règlement, de modifier les prévisions du Statut. La recevabilité de l'intervention n'est ainsi pas subordonnée à l'existence d'un lien de juridiction entre les parties et l'Etat demandant à intervenir, comme l'exprime la formulation choisie par le Règlement : « *any basis* » *instead of* « *the basis* » / « toute base de juridiction » au lieu de « la base de juridiction »⁹⁷⁹. De plus, en l'espèce, aucune question de compétence « au sens strict de ce terme »⁹⁸⁰ ne peut se poser entre Malte et les parties dans la mesure où celle-ci ne cherche pas à obtenir, sous couvert et au cours d'une intervention, une décision de la Cour au sujet des limites de son plateau continental par rapport à ces deux pays ou à l'un d'eux. Les deux parties au différend principal

⁹⁷⁸ MAHINGA J-G., *Le tribunal international du droit de la mer*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 215.

⁹⁷⁹ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, *op. cit.*, Requête de Malte à fin d'intervention, p. 261, §23.

⁹⁸⁰ « [I]n the strict sense of the word », *Ibid.*, p. 261, §24. Il est possible de voir ici les prémices de la théorie de l'intervention *en tant que non partie*.

reprochaient à la requête de ne pas contenir de base de compétence. Pour la Libye, la question de la base de compétence doit être examinée *prioritairement*⁹⁸¹, ce que la Cour ne fera pas : l'arrêt du 14 avril 1981 porte sur l'examen de l'intérêt juridique de l'intervenant. Considérant celui-ci comme insuffisamment spécifique à l'Etat maltais⁹⁸², la Cour décide de rejeter à l'unanimité la requête à fin d'intervention, et estime qu'il n'est pas nécessaire de décider « si l'existence d'un lien juridictionnel valable avec les parties à l'instance constitue une condition essentielle »⁹⁸³ à l'admissibilité de l'intervention. Selon le Juge MOROZOV, la Cour aurait toutefois dû examiner en premier lieu la question du lien juridictionnel qui doit exister, au sens des articles 36 et 37 du Statut, entre l'Etat demandant à intervenir et les Etats parties à l'affaire. Le caractère prioritaire de cette question est d'autant plus important lorsque, comme en l'espèce, les parties soulèvent l'incompétence de la juridiction pour connaître de l'affaire⁹⁸⁴. Selon le Juge ODA, l'existence d'un lien juridictionnel entre l'Etat intervenant et les parties n'est nécessaire que si l'Etat intervenant participe à l'instance en tant que partie. Dans ce cas, l'arrêt de la Cour est obligatoire à son égard. Si l'Etat n'a pas de lien juridictionnel avec les parties au différend, il peut tout de même participer à l'instance, mais pas en qualité de partie. Il ne peut avoir qu'un rôle limité :

« [il] peut faire valoir une prétention concrète contre les parties originaires, mais il ne faut pas que cette prétention outre passe les limites de sa requête ou du compromis qui a donné lieu à l'instance principale. L'Etat intervenant ne peut pas demander à la Cour une décision confirmant directement sa prétention. La décision de la Cour sera elle aussi limitée dans sa portée, elle ne pourra pas aller au-delà des bornes fixées par la requête ou le compromis original »⁹⁸⁵.

En 1982, Malte et la Libye saisissaient la Cour d'une délimitation de leur plateau continental et c'était au tour de l'Italie de déposer une requête à fin d'intervention. Comme Malte avant elle, l'Italie remarque que la base de compétence est exigée par le seul article 81, paragraphe 2, lettre c) du Règlement, qui ne saurait, par rapport au Statut, ajouter une condition de recevabilité de la requête. Déclarant toutefois « ne pas vouloir se soustraire à

⁹⁸¹ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), *op. cit.*, Observations of the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya on Malta's 30 January 1981 Application for Permission to Intervene, p. 269-272, §6-24.

⁹⁸² CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 12, §19.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 20, §36.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge MOROZOV, p. 22.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge ODA, p. 25-27, spéc. p. 27.

l'observance de [cette] disposition »⁹⁸⁶, l'Italie explique que « l'intérêt juridique (...) et l'objet de la présente requête (...) créent automatiquement et en conformité avec le Statut de la Cour la compétence de celle-ci dans la mesure nécessaire pour justifier l'admission de l'Italie à participer à la présente procédure en qualité d'intervenant »⁹⁸⁷. L'Italie argue au surplus de sa qualité de partie au Statut de la Cour, à l'instar des parties au différend principal, estimant ainsi que les trois Etats forment une « communauté judiciaire »⁹⁸⁸ qui les soumet à une « catégorie de règles directes de compétence »⁹⁸⁹ parmi lesquelles celles découlant des articles 36 paragraphe 6 (*kompetenz-kompetenz*), 41 (indication de mesures conservatoires), et 62⁹⁹⁰. Les parties, invitées à transmettre leurs observations écrites sur la requête à fin d'intervention, s'opposaient à celle-ci en s'appuyant – entre autres arguments – sur l'absence de base de compétence les liant à l'Etat désireux d'intervenir. L'arrêt du 21 mars 1984 rejette la requête italienne en laissant à nouveau sans réponse la question de la nécessité du lien juridictionnel, la Cour estimant « qu'elle ne doit pas essayer de résoudre dans le Règlement les différentes questions qui ont été soulevées, mais les laisser de côté pour les trancher à mesure qu'elles se présentent dans la pratique et en fonction des circonstances de chaque espèce »⁹⁹¹.

Il faudra donc attendre l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* entre El Salvador et le Honduras pour qu'une Chambre de la Cour constituée spécifiquement pour connaître de l'affaire accepte, pour la première fois, qu'un Etat intervienne sur la base de l'article 62. A l'occasion de cette affaire, une position de principe est dégagée sur la question du lien juridictionnel. En l'absence de base de compétence spécifique le liant aux parties, le Nicaragua soutient que l'article 62 du Statut offre une base de compétence suffisante, le Statut constituant, en tout état de cause « un traité en vigueur » au sens de l'article 36 paragraphe 1 de ce même instrument. La lettre *c*) de l'article 81 du Règlement n'affirme pas qu'il doive y avoir une base de compétence distincte, mais requiert seulement de l'Etat désireux d'intervenir qu'il soumette toute base de compétence (potentiellement) existante. En tout état de cause, la Cour ne saurait, par

⁹⁸⁶ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), Requête de l'Italie à fin d'intervention, p. 425-426, §21.

⁹⁸⁷ *Id.*

⁹⁸⁸ *Id.*

⁹⁸⁹ *Id.*

⁹⁹⁰ *Id.*

⁹⁹¹ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 28, §45.

l'adoption de son Règlement, « modifier les termes du Statut, qui sont clairs »⁹⁹². Dans son arrêt du 13 septembre 1990, la Chambre, après avoir reconnu l'existence d'un intérêt juridique nicaraguayen susceptible d'être affecté par la décision future et jugé approprié l'objet de l'intervention tel qu'exposé par le Nicaragua, se penche sur la question du lien de juridiction. Pour la première fois, les juges se demandent si l'existence d'une base de compétence constitue une condition d'admissibilité de l'intervention. A cette fin, la Cour estime nécessaire d'« examiner le principe général de la juridiction consensuelle dans ses rapports avec l'institution de l'intervention »⁹⁹³. Elle estime à cet égard qu'« [e]n matière d'intervention, la compétence de la Cour ne découle pas du consentement des parties à l'instance, à la différence de sa compétence pour connaître de l'affaire qui lui a été soumise, mais du fait qu'en devenant parties au Statut de la Cour elles ont consenti à ce que celle-ci exerce les pouvoirs que lui confère le Statut »⁹⁹⁴. Elle conclut que l'absence de lien juridictionnel entre le Nicaragua et les Parties ne constitue pas un obstacle à l'intervention, dans la mesure où :

« l'existence d'un lien juridictionnel entre l'Etat qui demande à intervenir et les parties en cause n'est pas une condition du succès de sa requête. Au contraire, la procédure de l'intervention doit permettre que l'Etat dont les intérêts risquent d'être affectés puisse être autorisé à intervenir, alors même qu'il n'existe pas de lien juridictionnel et qu'il ne peut par conséquent pas devenir partie à l'instance. Aux termes du paragraphe 2 c) de l'article 81 du Règlement de la Cour, une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 du Statut doit spécifier "toute base de compétence qui, selon l'Etat demandant à intervenir, existerait entre lui et les parties" ; l'emploi des mots "toute base de compétence qui ... existerait" (dans le texte anglais la formule "*any basis*") montre que le lien de juridiction valable n'est pas considéré comme une condition *sine qua non* d'une intervention »⁹⁹⁵.

Ainsi, « la qualité d'intervenant n'est pas à même de conférer, *per se*, la qualité de partie à l'instance, ce serait bafouer le principe fondamental de la juridiction consensuelle, qui régit le contentieux de la Cour mondiale. Néanmoins, l'intervenant n'est pas empêché, par cette qualité, de devenir partie à l'instance si les parties y consentent »⁹⁹⁶. L'intervention nicaraguayenne est admise à l'unanimité (en ce qu'elle porte sur le régime

⁹⁹² CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), *op. cit.*, Audience publique de la Chambre tenue le mardi 5 juin 1990, à 15h, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. SETTE-CAMARA, président de la Chambre, p. 7, §7.

⁹⁹³ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 133, §94.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 133, §96.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 135, §100-101.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 134-135, §99.

juridique des espaces maritimes situés à l'intérieur du Golfe), et la distinction entre intervention en tant que partie et intervention en tant que non partie, dans laquelle l'existence d'une base de compétence liant l'intervenant et les parties « n'est pas une condition du succès de la requête », est officiellement posée. Il est intéressant de remarquer la composition de la Chambre constituée pour juger de cette affaire. Outre les juges *ad hoc* désignés par les parties, la Chambre comptait parmi ses membres les Juges ODA, JENNINGS et SETTE-CAMARA (Président). Le Juge ODA, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt du 14 avril 1981 statuant sur la requête de Malte à fin d'intervention dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, envisageait déjà de distinguer l'intervention en tant que partie de l'intervention en tant que non partie⁹⁹⁷. Dans l'affaire du *Plateau continental (Libye / Malte)*, les trois juges votaient contre la décision de la Cour de rejeter la requête à fin d'intervention italienne. Dans l'opinion dissidente qu'il joignait à l'arrêt, le Juge JENNINGS déclarait que :

« [c']est le principe même de la compétence consensuelle qui, même en l'absence d'un lien juridictionnel ou de tout autre consentement des parties principales, fait qu'une forme limitée d'intervention doit être possible lorsque le litige entre ces parties concerne un objet sur lequel un Etat tiers a des droits qui se trouvent en jeu et auxquels il peut donc être porté atteinte dans le procès »⁹⁹⁸.

Il est possible de considérer la Chambre ainsi constituée comme favorablement disposée à accueillir l'intervention d'un Etat tiers. L'interprétation donnée par la Chambre de la lettre *c*) de l'article 81, paragraphe 2, du Règlement sera confirmée par la Cour siégeant en formation plénière dans des affaires ultérieures. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Guinée équatoriale précisait dans sa requête qu'elle ne partageait pas de base de compétence spécifique avec le Nigéria et le Cameroun et qu'elle n'avait pas fait de déclaration facultative de juridiction obligatoire en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Néanmoins, celle-ci estimait ne pas avoir besoin de base de compétence, dans la mesure où l'intervention sollicitée n'a pas pour but de lui conférer le statut de partie à l'affaire et que, dans ces conditions, « l'existence d'un lien juridictionnel entre l'Etat qui demande à intervenir et les parties en

⁹⁹⁷ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge ODA, *op. cit.*, p. 23-38, §2-9, spéc. §9.

⁹⁹⁸ CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, opinion dissidente du Juge JENNINGS, p. 148, §2. *v.* également, p. 152, §13 : « [la condition de l'article 81, paragraphe 2, alinéa *c*)] ne signifie pas qu'une base de compétence soit requise dans tous les cas – bien au contraire. Et si elle est applicable, c'est seulement lorsque, et dans la mesure où, l'Etat intervenant cherche à joindre une action différente à l'instance première ».

cause n'est pas une condition du succès de [la] requête »⁹⁹⁹. La Guinée équatoriale sera admise à intervenir dans l'affaire.

Dans l'affaire de la *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)*, l'Australie, les Samoa, les Iles Salomon, les Iles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie déposaient leurs requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 du Statut. Aucun de ces Etats ne disposant d'une base de compétence les liant aux parties, ils ont tous fait état de leur intention d'intervenir en tant que non partie¹⁰⁰⁰. Pareille approche est adoptée par les Philippines qui souhaitent intervenir dans l'affaire entre l'Indonésie et la Malaisie sur la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*. Dans son arrêt du 23 octobre 2001 – qui conclut sur un défaut de preuve de l'intérêt juridique philippin – la Cour se prononce sur l'ensemble des conditions de fond. Sur la question du lien juridictionnel, elle réitère la position adoptée dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* en constatant que dans la mesure où les Philippines souhaitent intervenir en tant que non partie, « le défaut de lien juridictionnel entre les Philippines et les parties à la procédure principale ne constitue pas un obstacle à l'intervention des Philippines »¹⁰⁰¹.

Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, le Costa Rica souhaitait intervenir en tant que non partie et, s'il évoquait sa déclaration facultative de juridiction obligatoire et sa qualité de partie au Pacte de Bogota (servant de base de compétence dans l'instance au principal), il réaffirmait que l'existence d'un lien juridictionnel valable n'était pas nécessaire à la recevabilité de son intervention¹⁰⁰². Le Honduras souhaitait intervenir dans cette même instance en tant que

⁹⁹⁹ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), Requête à fin d'intervention du Gouvernement de la Guinée équatoriale, p. 15, citant CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 135, §100-101.

¹⁰⁰⁰ CIJ, *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 Etats nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), Requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut soumise par le Gouvernement de l'Australie, p. 23, §48 ; et Requêtes à fin d'intervention au titre de l'article 62 et déclarations d'intervention au titre de l'article 63 soumises par les Gouvernements de Samoa, Iles Marshall, Iles Salomon et Etats fédérés de Micronésie, p. 7, §21-23. Cependant, la demande au principal n'ayant pas abouti, les procédures incidentes ont été également écartées et la Cour ne s'est pas prononcée sur le lien juridictionnel.

¹⁰⁰¹ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 589, §36.

¹⁰⁰² CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), Requête à fin d'intervention du Gouvernement du Costa Rica, p. 13, §25-30. La Cour jugera que si le Costa Rica dispose effectivement d'un intérêt juridique dans la zone litigieuse, celui-ci ne semble pas susceptible d'être affecté en l'espèce. Sa requête sera rejetée.

partie et « greffer à l'instance pendante [un différend] consist[ant] en la détermination d'une frontière maritime entre le Honduras et le Nicaragua d'une part, et d'un tripoint entre le Honduras, le Nicaragua et la Colombie d'autre part »¹⁰⁰³. A cet égard, la base de compétence invoquée était l'article XXXI du Traité américain de Règlement pacifique des différends (« Pacte de Bogota »). Dans ce cadre, le Honduras annonce qu'il reconnaîtra l'effet obligatoire de la décision rendue¹⁰⁰⁴. A titre subsidiaire, est sollicitée une intervention en tant que non partie afin d'« informer la Cour de la nature des droits du Honduras qui sont en cause dans l'instance pendante »¹⁰⁰⁵, dans le but de protéger ceux-ci. Se prononçant pour la première fois expressément sur la distinction entre intervention en tant que partie et intervention en tant que non partie, la Cour rappelle que « ni l'article 62 du Statut ni l'article 81 du Règlement ne précisent la qualité au titre de laquelle l'Etat peut demander à intervenir », et que la distinction entre intervention en tant que partie et intervention en tant que non partie est d'origine jurisprudentielle. Elle ne désavoue pas sa jurisprudence antérieure et confirme ce que les opinions jointes avaient déjà énoncé, en précisant que l'intervention en tant que partie nécessite l'existence d'une base de compétence entre les Etats concernés, ce qui n'est pas exigé dans le cadre d'une intervention en tant que non partie¹⁰⁰⁶. Rejetant la requête hondurienne¹⁰⁰⁷, la Cour n'aura pas le loisir de donner une application effective aux différences énoncées entre intervention en tant que partie et intervention en tant que non partie. L'opinion dissidente du Juge ABRAHAM estime que l'intervention en tant que non partie constitue l'intervention « ordinaire »¹⁰⁰⁸. L'intervention en tant que partie, quant à elle, emporte comme conséquence :

« que l'Etat tiers qui est autorisé à intervenir en qualité de partie n'acquiert pas, dès lors que cette autorisation lui a été donnée, la qualité d'intervenant mais celle, purement et simplement, de partie. Dès cet instant, le procès se déroule non plus entre deux mais entre trois parties, et il n'y a pas d'intervenant. En somme, l'Etat tiers utilise la voie de la requête

¹⁰⁰³ *Ibid.*, Requête à fin d'intervention du gouvernement du Honduras, 10 juin 2010, p. 10, §22.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 16, §33.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 10, §23.

¹⁰⁰⁶ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), 4 mai 2011, p. 432, §27.

¹⁰⁰⁷ La Cour estime que le Honduras n'a pas démontré qu'il possédait un intérêt juridique risquant d'être affecté par la décision future. Notamment, elle considère que la frontière maritime entre le Honduras et le Nicaragua a déjà été fixée (v. CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, 8 octobre 2007) et que l'intérêt juridique invoqué par le Honduras ne peut reposer sur le traité bilatéral conclu entre cet Etat et la Colombie (1986), car la Cour ne se fondera pas sur cet instrument dans le cadre de l'instance pendante.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge ABRAHAM, p. 451, §16.

à fin d'intervention pour rentrer dans l'instance non comme intervenant – ce qui est l'objet normal d'une telle requête – mais comme partie »¹⁰⁰⁹.

L'intervention en tant que partie est ainsi officiellement consacrée par la CIJ. Elle demeure néanmoins pour l'heure théorique, une telle intervention n'ayant été sollicitée qu'une seule fois et n'ayant pas été admise¹⁰¹⁰. Le régime procédural de cette forme d'intervention reste alors à définir, dans son processus de transformation d'une instance bilatérale en une instance trilatérale¹⁰¹¹. Quelques réflexions peuvent d'ores et déjà être suggérées. L'Etat désireux d'utiliser la voie de l'intervention pour devenir partie à l'instance devrait satisfaire toutes les conditions de recevabilité de l'intervention (de forme comme de fond), y compris celle de l'article 81, paragraphe 2, lettre c) : établir la base de compétence entre l'intervenant et les parties – ce qui constitue la spécificité de l'intervention en tant que partie et la distingue de l'intervention en tant que non partie. En tout état de cause, le consentement des parties originaires à l'intervention en tant que partie devrait jouer un rôle dans la recevabilité de la requête, particulièrement si l'instance a été introduite par compromis. Le cas échéant, si le lien juridictionnel fait défaut, le consentement des parties à l'intervention en tant que partie pourrait permettre de passer outre et de fonder la compétence de la Cour sur une forme de *forum prorogatum* inspirée de l'article 38, paragraphe 5 du Règlement¹⁰¹².

Si l'intervention en tant que partie est autorisée, la procédure sort du champ de l'intervention pour devenir une instance entre trois parties. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre de la Cour constituée pour connaître du différend précisait que l'Etat autorisé à intervenir dans l'instance en tant que non partie « n'acquiert pas les droits et n'est pas soumis aux obligations qui s'attachent à la qualité de partie en vertu du Statut et du Règlement de la Cour ou des principes juridiques généraux de procédure »¹⁰¹³. L'interprétation *a contrario* de cette affirmation suggère que l'Etat autorisé à intervenir dans l'instance en tant que partie acquiert les droits et est soumis aux

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 452, §18.

¹⁰¹⁰ La dernière intervention fondée sur l'article 62 est l'intervention *en tant que non partie* de la Grèce dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*.

¹⁰¹¹ Dans son acception la plus simple. Les parties au différend principal, tout comme les intervenants, peuvent être multiples.

¹⁰¹² Aux termes de cette disposition, « [L]orsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'Etat contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet Etat. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ».

¹⁰¹³ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 136, §102.

obligations qui s'attachent à la qualité de partie. Par exemple, il pourrait désigner un juge *ad hoc* conformément à l'article 31 du Statut, ou encore présenter une demande en indication de mesures conservatoires (articles 41 du Statut et 73 du Règlement). Il est toutefois possible d'imaginer qu'à des fins de bonne administration de la justice, de tels droits procéduraux soient restreints : notamment, si l'intervention en tant que partie intervient tardivement, pour en limiter les conséquences dilatoires. A l'issue de l'instance, l'Etat devenu partie par la voie procédurale de l'intervention serait obligé d'exécuter l'arrêt, obligatoire à son égard en vertu de l'article 59. Il pourrait en outre solliciter une demande en interprétation de l'arrêt ou une demande en révision, en cas de découverte d'un fait nouveau (articles 60 et 61 du Statut).

A l'avenir, si des interventions en tant que partie sont sollicitées et autorisées, les décisions de la Cour en clarifieront le régime. Pour l'instant, la jurisprudence est fixée sur la soumission d'une base de compétence dans le cadre d'une intervention en tant que non partie : celle-ci n'est pas une condition du succès de la requête. La question de l'objet précis de l'intervention a également été fixée, relativement rapidement, par la jurisprudence de la Cour.

B- La consécration jurisprudentielle d'un double objet de l'intervention

La requête maltaise à fin d'intervention était la première à spécifier un « objet précis de l'intervention », suite à la modification réglementaire de 1978. Malte entendait « exposer ses vues à la Cour sur les points soulevés dans l'instance », le but de l'intervention étant ainsi de permettre à la Cour de « statuer en toute connaissance de cause »¹⁰¹⁴.

C'est cependant l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* qui consacrera un double objet de l'intervention (en tant que non partie)¹⁰¹⁵. Le Nicaragua

¹⁰¹⁴ La Cour estimera dans son arrêt sur la recevabilité de l'intervention que la question de l'objet précis doit être examinée conjointement avec celle de l'intérêt juridique, ces deux notions étant « étroitement liées » (CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 12, §18). Cette interprétation amènera l'Italie à distinguer l'objet de son intervention par rapport à celle de Malte (CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), Requête de l'Italie à fin d'intervention, p. 421-424), distinction que la Cour jugera artificielle.

¹⁰¹⁵ L'objet de l'intervention *en tant que partie* est, en réalité, de devenir partie, et non intervenant. Selon la requête hondurienne déposée en l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie, l'Etat qui sollicite une intervention en tant que partie souhaite « greffer à l'instance pendante [un

alléguait que son intervention consistait d'une part à « protéger généralement, par tous les moyens juridiques possibles, les droits de la République du Nicaragua dans le Golfe de Fonseca et dans les espaces maritimes contigus » et, d'autre part, à « intervenir dans l'instance pour informer la Cour de la nature des droits du Nicaragua qui sont en cause dans le litige »¹⁰¹⁶. Le Nicaragua précisait qu'une telle intervention « a un but conservatoire : elle viserait à garantir que les conclusions de la Chambre ne portent pas atteinte aux droits et intérêts de la République du Nicaragua, et le Nicaragua entend reconnaître l'effet obligatoire de la décision qui sera rendue »¹⁰¹⁷. A l'audience, le Nicaragua s'expliquait davantage sur ce « but conservatoire » :

« [l']objet de l'intervention du Nicaragua prétend éviter exclusivement que, en se prononçant sur certains aspects du différend soumis à la Chambre, la décision ne mette en cause les intérêts juridiques du Nicaragua. Le Nicaragua ne prétend pas faire valoir ses droits contre les Parties ; il aspire uniquement à ce que la Chambre s'abstienne de se prononcer sur les aspects du *petitum* des Parties où leurs prétentions sont incompatibles à celles de l'intervenant »¹⁰¹⁸.

Présentant des arguments visant à obtenir le rejet *in limine litis* de la requête nicaraguayenne, El Salvador alléguait la non-conformité de la requête à la lettre *b*) de l'article 81 : l'objet de l'intervention est certes exposé par le Nicaragua, mais il ne l'est pas précisément. Pour la Chambre, l'objet exprimé dans la requête pourrait l'être avec plus de précision, mais le manque de précision n'est pas de nature à autoriser un rejet de la requête *in limine litis* pour non-conformité au Règlement¹⁰¹⁹. La Chambre décidera que l'objet nicaraguayen, qui est « de protéger généralement, par tous les moyens juridiques possibles, les droits de la République du Nicaragua dans le golfe de Fonseca et dans les espaces maritimes adjacents », ne doit pas être interprété comme équivalant à chercher à obtenir une décision judiciaire sur les demandes du Nicaragua. Les « “moyens juridiques possibles” doivent être ceux que fournit l'institution de l'intervention pour protéger les

différend] » ; en l'espèce « consist[ant] en la détermination d'une frontière maritime entre le Honduras et le Nicaragua d'une part, et d'un tripoint entre le Honduras, le Nicaragua et la Colombie d'autre part » (CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 10, §22).

¹⁰¹⁶ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 109, §38.

¹⁰¹⁷ *Id.*

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, Audience publique de la Chambre tenue le mardi 5 juin 1990, à 15h, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁰¹⁹ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 111, §44.

intérêts juridiques d'un Etat tiers. Ainsi compris, cet objet ne peut être considéré comme inapproprié »¹⁰²⁰.

Les futures requêtes à fin d'intervention reprendront ce double objet de l'intervention, résidant dans l'information de la Cour de la nature des droits et intérêts juridiques du tiers, dans un but conservatoire visant à protéger ceux-ci. La requête philippine déposée en l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* ajoutait au double objet « classique » un troisième objet de l'intervention, consistant dans la prise en compte du « rôle indispensable joué par la Cour en matière de prévention généralisée des conflits »¹⁰²¹. Dans son arrêt du 23 octobre 2001, la Cour rejette ce troisième objet comme étant « dénué de pertinence au regard de son Statut et de son Règlement »¹⁰²².

La CIJ a ainsi, en interprétant son Statut et son Règlement, défini les conditions de fond relatives à la base de compétence et à l'objet de l'intervention. La condition relative à l'intérêt juridique a également été développée au fil des décisions de la Cour. Elle reste néanmoins le « point d'ombre » de l'institution, rendant la jurisprudence assez peu prévisible sur la question de la recevabilité.

C- L'appréciation de l'existence d'un intérêt juridique en cause pour l'Etat intervenant et risquant d'être affecté par la décision future

L'article 62 du Statut de la CIJ précise que l'intervention peut être initiée par l'Etat qui « estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause ». L'article 81 paragraphe 2, lettre *a*) du Règlement requiert de la requête à fin d'intervention qu'elle précise « l'intérêt juridique qui, selon l'Etat demandant à intervenir, est pour lui en cause ». L'article 31 du Statut du TIDM, complété par l'article 99, paragraphe 2, lettre *a*) de son Règlement, exige également que l'Etat désireux d'intervenir prouve qu'il a un intérêt juridique en cause dans le procès pendant. Aucune de ces dispositions ne fournit une définition de la notion d'intérêt juridique.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 131, §92.

¹⁰²¹ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), *op. cit.*, requête du gouvernement des Philippines à fin d'intervention, p. 7.

¹⁰²² CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 606, §90.

Par opposition, si « l'intérêt substantiel dans une affaire » autorisant les tierces parties à participer à la procédure de règlement des différends à l'OMC¹⁰²³ n'est pas non plus défini par les textes régissant le contentieux de l'Organisation¹⁰²⁴, il ne devient, pour autant, « jamais un barrage » à l'intervention¹⁰²⁵.

Les dispositions pertinentes exigent ainsi une juridicité de l'intérêt motivant l'intervention. C'est, d'ailleurs, seulement à l'article 62 du Statut de la CIJ que l'on trouve l'expression « intérêt d'ordre juridique », alors même que *l'intérêt à agir* est une règle générale de procédure¹⁰²⁶. La notion d'intérêt juridique, qui apparaît comme un compromis entre *l'intérêt* et le *droit*, devenant alors un « monstre presque indéfinissable »¹⁰²⁷, n'est pas définie¹⁰²⁸. Si elle est subjectivée par la formule rédactionnelle des textes (« lorsqu'un Etat *estime* (...) / should a State *consider* », « l'intérêt juridique qui, *selon l'Etat* (...) est en cause »), c'est à la Cour de « décide[r] » (article 62, paragraphe 2, du Statut) de la recevabilité de la requête, et ainsi d'apprécier s'il existe, pour l'Etat, un intérêt juridique au sens de ces dispositions¹⁰²⁹. La pratique judiciaire revêt donc une importance particulière. La CIJ, confrontée aux requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 de son Statut qui lui ont été soumises, a su exprimer des principes généraux relatifs à la notion

¹⁰²³ v. les articles 4.11 (intervention durant l'étape des consultations), 10 (intervention devant les groupes spéciaux) et 17.4 (intervention devant l'Organe d'appel) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

¹⁰²⁴ NGUYEN N. H., *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, Thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue le 2 juillet 2015, disponible en ligne (<https://www.theses.fr/2015AIXM1034.pdf>, (consultée le 25/09/2018)), p. 39.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 45-55 (cas de l'intervention devant les groupes spéciaux). v. également RUIZ-FABRI H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 326 : « la procédure de règlement des différends est largement ouverte à l'intervention des tiers, ce qui accroît le cercle des Etats qui se déclarent intéressés par la solution, à défaut d'y être partie prenante. Il n'est quasiment aucune affaire où il n'y ait une ou plusieurs parties tierces. Elles sont même parfois nombreuses, ce qui est l'indice d'affaires sensibles. Ce fut le cas de l'affaire de la *Banane*. Elles peuvent faire valoir leurs arguments. S'il est difficile d'en apprécier le poids, c'est au moins un moyen de les tester. Et le "juge" doit certainement en tirer des indications pour la détermination de l'utilité et de la faisabilité de la solution qu'il choisit ».

¹⁰²⁶ MBAYE K., « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 231-235. v. également, pour un essai de définition générale de la notion d'intérêt pour agir, *Ibid.*, p. 255-276.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 290 (v. également, pour des considérations sur l'intérêt pour agir dans le cadre de l'intervention, *Ibid.*, p. 289-295).

¹⁰²⁸ Affirmer qu'il s'agit « d'un intérêt défini par référence à une règle de droit » (v. par exemple DOUSSIS E., « Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de Justice », *RGDIP*, 2001, p. 56) est tautologique.

¹⁰²⁹ Comme l'affirme la Cour elle-même, c'est à elle « qu'il appartient de décider de toute demande d'intervention invoquant [l'article 62]. Elle souligne en même temps qu'elle ne considère pas que le paragraphe 2 lui confère une sorte de pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accepter ou de rejeter une requête à fin d'intervention pour de simples raisons d'opportunité. Au contraire, de l'avis de la Cour, la fonction que lui confie ce paragraphe est de déterminer si la requête est admissible ou non par application des dispositions pertinentes du Statut ». (CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 12, §17).

d'intérêt juridique, permettant d'appréhender celle-ci. La charge de la preuve d'un intérêt juridique *en cause* (2) et *risquant d'être affecté* (3) par la décision rendue au principal pèse sur l'Etat intervenant (1). L'analyse des décisions rendues met néanmoins en exergue une jurisprudence casuistique.

1- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique

Même si les allégations des parties au différend principal peuvent être retenues par le juge aux fins de la caractérisation de l'intérêt juridique de l'intervenant¹⁰³⁰, c'est l'Etat désireux d'intervenir qui supporte la charge de la preuve des éléments requis par l'article 62, quel que soit le type d'intervention sollicitée (intervention en tant que non partie ou intervention en tant que partie)¹⁰³¹. Cette exigence peut surprendre, mais se justifie par la perturbation de l'instance au principal qu'engendre l'intervention :

« [c]ertes, comme le remarquait Charles De Visscher, "l'existence d'un intérêt dans le chef d'un Etat, demandeur principal, n'a, en principe, pas à être démontrée. Tout Etat est juge de ses propres intérêts. L'affirmation par un gouvernement de l'existence de tels intérêts ne se prête guère à discussion". Toutefois, lorsqu'un Etat souhaite intervenir dans un procès international entre deux autres Etats, il ne suffit pas qu'il affirme l'existence d'un intérêt quelconque »¹⁰³².

Ainsi, si l'intérêt juridique est présumé dans le cadre de l'intervention fondée sur l'article 63¹⁰³³, l'Etat désireux d'intervenir sur la base de l'article 62 doit véritablement démontrer qu'il possède un intérêt en cause dans le différend principal. Le refus (fréquent) de communiquer à l'intervenant les pièces de procédure écrite déposées par les parties a été mis en avant dans le cadre de l'obligation de preuve. Dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, les Philippines signalaient que tant qu'elles n'auront

¹⁰³⁰ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 118, §63.

¹⁰³¹ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 432, §30.

¹⁰³² QUENEUDEC J-P., « La notion d'Etat intéressé en droit international », *op. cit.*, p. 418, citant DE VISSCHER C., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 64.

¹⁰³³ La Cour vérifiera que l'Etat tiers désireux d'intervenir est véritablement partie à la convention internationale dont la question de l'interprétation est non seulement soulevée dans l'instance pendante, mais également indispensable au titre de la résolution du différend. La qualité de partie à une convention internationale dont l'interprétation est nécessaire pour régler le litige suffit à démontrer l'intérêt juridique « en cause » de l'intervenant (*v. infra*, Chapitre VI, Section I).

pas accès aux pièces de procédure écrite déposées par les parties, l'explication de leur intérêt juridique demeurerait incomplète¹⁰³⁴. Pour la Cour, cette incomplétude n'est pas contraire à l'article 62 qui n'exige pas que l'Etat intervenant ait un « intérêt juridique », un « intérêt légitime » ou un « intérêt substantiel », mais seulement qu'il *estime* qu'il possède un tel intérêt¹⁰³⁵. La subjectivisation de l'intérêt juridique contenue dans l'article 62 est ainsi étendue à la démonstration à fournir. Néanmoins, du point de vue substantiel comme du point de vue procédural, cette subjectivisation n'est qu'apparente. La Cour a tenté de rectifier cette ambiguïté en se prononçant directement sur le degré de preuve de l'intérêt juridique dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie. Statuant sur l'intérêt juridique costaricain, la Cour déclare que :

« [l]'Etat qui cherche à intervenir en tant que non partie n'a (...) pas à établir qu'un de ses *droits* serait susceptible d'être affecté ; il est suffisant pour cet Etat d'établir que son *intérêt d'ordre juridique* pourrait être affecté (...). [L]'intérêt d'ordre juridique visé à l'article 62 ne bénéficie pas de la même protection qu'un droit établi et n'est pas soumis aux mêmes exigences en matière de preuve »¹⁰³⁶.

Il appartient en conséquence à l'Etat qui demande à intervenir de produire tous les moyens de preuve à sa disposition pour emporter la décision de la Cour sur ce point¹⁰³⁷. Quant aux qualités additionnelles que doit posséder l'intérêt d'ordre juridique, celles-ci ont davantage été identifiées par la doctrine, interprétant la jurisprudence de la Cour. Ainsi, l'intérêt doit être juridique – et non politique –, il doit être direct, concret, personnel et réel – et non académique, théorique¹⁰³⁸ et impersonnel¹⁰³⁹. En outre, l'étendue de la charge de la preuve concerne à la fois la « mise en cause » de l'intérêt juridique de l'Etat tiers et le « risque d'affectation » de ce dernier par la décision à rendre dans l'affaire au principal.

¹⁰³⁴ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 590, §39.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 599, §62-63.

¹⁰³⁶ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 358-359, §26 (les italiques sont de nous). La Cour ne définit cependant pas la distinction qui doit être opérée entre un « droit » et un « intérêt d'ordre juridique ».

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 363, §49-50.

¹⁰³⁸ *Contra*, v. SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », *op. cit.*, p. 276 : « l'intérêt justifiant l'intervention peut être soit concret, soit purement théorique ».

¹⁰³⁹ v. DOUSSIS E., « Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de justice », *op. cit.*, p. 59-61. v. également QUENEUDEC J-P., « La notion d'Etat intéressé en droit international », *op. cit.*, p. 416, et p. 421-424.

2- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique en cause dans le différend principal

L'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)* nous apprend que l'intérêt juridique de l'Etat intervenant doit lui être *spécifique*, et doit présenter un caractère *concret*. Malte estimait qu'indubitablement, les principes, règles et circonstances pertinentes régissant la délimitation du plateau continental entre la Libye et la Tunisie seraient également applicables à la délimitation des frontières maritimes maltaises avec ces deux Etats. La Tunisie s'opposait à l'intervention maltaise, soulignant que permettre l'intervention en acceptant un intérêt juridique purement académique présente le risque d'une généralisation des procédures d'intervention, ce qui entraînerait un effet dilatoire sur la procédure principale¹⁰⁴⁰. La Cour, qui rejettera la requête maltaise à l'unanimité, jugera l'intérêt juridique avancé insuffisamment spécifique à l'Etat maltais¹⁰⁴¹. Certes « plus spécifique et plus direct que celui des États étrangers à cette région », il reste « [par nature, pas] différent des intérêts d'autres Etats de la région »¹⁰⁴². L'intérêt juridique « académique » ne sera plus jamais invoqué comme susceptible de fonder l'intervention en vertu de l'article 62.

S'agissant de la spécificité de l'intérêt, il aurait été intéressant que la Cour se prononce sur celui avancé par les cinq Etats souhaitant intervenir dans l'affaire de la *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)*. Les gouvernements de l'Australie, du Samoa, des Iles Salomon, des Iles Marshall et des Etats fédérés de Micronésie avançaient tous un intérêt juridique identique, relatif à la protection des droits environnementaux opposables *erga omnes*, en cause dans l'affaire. Pris isolément, l'intérêt juridique de chacun de ces Etats est « certes plus spécifique et plus direct que celui des Etats étrangers à la région, mais pas différent des intérêts d'autres Etats de la région » (*sic.*). *Quid* lorsque plusieurs Etats de la « région » présentent des requêtes à fin d'intervention similaires ? La question reste en suspens, mais l'approche restrictive de

¹⁰⁴⁰ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, *op. cit.*, Observations du gouvernement de la Tunisie sur la requête à fin d'intervention du gouvernement de Malte, p. 265-266.

¹⁰⁴¹ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 12, §19.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 19, §33.

la Cour ne permet pas d'envisager que la mise en cause de droits et obligations *erga omnes* dans une affaire puisse, à elle seule, permettre la recevabilité de l'intervention¹⁰⁴³.

L'intérêt juridique circonscrit la portée de l'intervention sollicitée. Il est admis que celle-ci puisse porter sur tout ou partie du différend au principal. En effet, dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, le Nicaragua précisait qu'il n'avait aucune intention d'intervenir dans les aspects du litige concernant la délimitation terrestre. Souhaitant intervenir dans les aspects de délimitation maritime et sur les questions de souveraineté insulaire, l'admissibilité de l'intervention nicaraguayenne sera finalement limitée à la question du régime juridique des espaces maritimes situés à l'intérieur du Golfe de Fonseca.

Dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, la Cour affirme que l'intérêt juridique à démontrer « peut également concerner les motifs qui constituent le support nécessaire du dispositif »¹⁰⁴⁴. Cette affirmation n'a pas donné lieu à une applicabilité concrète car la requête philippine a été rejetée. Elle étonne néanmoins dans son principe. Les motifs, qui constituent l'exposé motivé du raisonnement juridictionnel, sont complexes à appréhender et peuvent, notamment, être distincts et/ou pluriels pour un même résultat, comme le montre la pratique des opinions individuelles¹⁰⁴⁵. En outre, puisque seul le dispositif correspond à la partie de l'arrêt ayant force obligatoire entre les parties, il est difficile de concevoir comment un intérêt juridique *spécifique*¹⁰⁴⁶ portant sur les motifs risquerait d'être affecté par la décision de la Cour.

Quoi qu'il en soit, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que la seule preuve d'un intérêt juridique en cause dans le différend n'est pas de nature à permettre une intervention lorsque celui-ci ne risque pas d'être affecté par la décision future.

¹⁰⁴³ L'IDI recommande toutefois que « [l]a Cour internationale de Justice ou un autre tribunal international [donne] à un Etat auquel une obligation *erga omnes* est due la possibilité de participer à une procédure pendante devant la Cour ou devant ce tribunal, qui est relative à cette obligation. Des règles spécifiques devraient régir une telle participation » (« Les obligations *erga omnes* en droit international » (Rapporteur : M. Giorgio GAJA), Session de Cracovie de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 2005, p. 2, Article 4, disponible ici : http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_fr.pdf (consulté le 6/07/2019).

¹⁰⁴⁴ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 596, §47. *v. contra.*, *Ibid.*, opinion individuelle du Juge KOROMA, p. 622-624 ; et *Ibid.*, déclaration du Juge PARRA-ARANGUREN, p. 625.

¹⁰⁴⁵ Les opinions individuelles sont des opinions jointes qui ne remettent pas en cause le dispositif d'une décision, mais qui avancent des motifs différents, ou supplémentaires, à l'appui de celui-ci.

¹⁰⁴⁶ Tous les Etats ont un intérêt juridique « en cause » dans les différends internationaux si l'on considère l'autorité du précédent. Aucun Etat ne peut cependant faire valoir aux fins d'intervention la spécificité d'un tel intérêt.

3- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique en cause dans le différend principal risquant d'être affecté par la décision future

L'Etat désireux d'intervenir « doit seulement démontrer que son intérêt “peut” être affecté et non qu'il le sera ou qu'il le sera nécessairement »¹⁰⁴⁷. L'exigence du risque d'affectation de l'intérêt juridique en cause ne figure expressément ni dans l'article 62 du Statut ni dans l'article 81 du Règlement. Elle a cependant toujours fait partie de l'interprétation donnée par la Cour de ces dispositions. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, Malte soulignait que « la seule exigence du Statut est que l'intérêt puisse être en cause, sans qu'il y ait lieu de démontrer qu'il serait négativement affecté ou compromis »¹⁰⁴⁸. La Cour estimait pourtant que « ce que Malte doit établir pour pouvoir intervenir en vertu de l'article 62, c'est l'existence d'un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision de la Cour dans la présente affaire entre la Tunisie et la Libye »¹⁰⁴⁹. Ce n'est néanmoins que dans un seul cas que la Cour, ayant admis l'existence d'un intérêt juridique en cause pour l'Etat tiers dans le différend principal, a refusé l'intervention pour défaut de risque d'affectation. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, le Costa Rica se voyait reconnaître un intérêt juridique en cause car les parties englobent, dans leurs revendications maritimes, « des espaces qui [lui] reviennent »¹⁰⁵⁰. La requête costaricaine fut tout de même rejetée. Selon la Cour, l'intérêt juridique en cause ne risquait pas d'être affecté car, en matière de délimitation maritime, la Cour suit sa jurisprudence qui consiste à arrêter la ligne de délimitation avant qu'elle n'atteigne la zone où les intérêts d'ordre juridique d'États tiers peuvent être en cause. En adoptant une telle position, la Cour rassure et inquiète à la fois. Elle rassure en officialisant une technique de protection des tiers

¹⁰⁴⁷ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 117, §61.

¹⁰⁴⁸ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 8, §13.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 19, §33. Cette exigence fut reprise dans toutes les affaires ultérieures : CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 9, §13-14 ; CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 118, §58 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), ordonnance (intervention), 21 octobre 1999, p. 1034, §13 ; CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 598, §58 ; CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 423, §30 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie), ordonnance (intervention), 4 juillet 2011, p. 501, §22.

¹⁰⁵⁰ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 372, §89.

rendue nécessaire tant par le caractère volontaire de l'intervention que par l'absence de prévisibilité de sa jurisprudence en matière de recevabilité de l'intervention ; elle inquiète en confirmant l'extrême difficulté d'intervenir dans les affaires de délimitation maritime, qui représentent jusqu'à lors la majorité du contentieux de l'intervention¹⁰⁵¹. Sauf en cas de caractéristiques particulières, liées à la région pertinente et susceptibles d'empêcher la Cour d'appliquer sa jurisprudence protectrice (concavité d'un Golfe couplée à une absence de délimitations préalables ou existence d'un régime de condominium par exemple), l'intervention dans le contentieux territorial est condamnée faute de risque d'affectation de l'intérêt juridique en cause. Il faudra néanmoins attendre avant de considérer cette position comme pérenne dans la jurisprudence de la Cour, en raison de la faible majorité – neuf voix contre sept – ayant permis d'adopter le dispositif de l'arrêt statuant sur la recevabilité de l'intervention costaricaine. Il est également possible de considérer que l'avenir de l'intervention dans le contentieux territorial réside dans le développement de l'intervention en tant que partie, qui permettrait de résoudre dans le cadre d'une seule instance plusieurs aspects (sinon tous) d'un différend tri ou multilatéral. La seule intervention en tant que partie sollicitée à ce jour a néanmoins été rejetée, pour défaut de preuve de l'intérêt juridique¹⁰⁵².

La recevabilité d'une requête à fin d'intervention est ainsi difficilement prévisible, en raison du « point d'ombre » que constitue l'appréhension de l'intérêt d'ordre juridique. La Cour a eu l'occasion de renseigner ce qu'il *n'était pas* (un droit, un intérêt académique, la revendication d'une prétention), mais elle n'a jamais défini clairement ce qu'il était. En l'état, la jurisprudence est alors perfectible. Il nous semble qu'il faille néanmoins se garder de souhaiter une définition trop précise, et en cela restrictive, de l'intérêt d'ordre juridique. En ce sens, P. PALCHETTI propose une idée séduisante : profiter de l'abstraction de l'expression pour envisager plusieurs formes d'intervention selon « l'intensité » de l'intérêt

¹⁰⁵¹ Quinze requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 ont été soumises à la Cour, dans dix affaires différentes. Sur ces quinze requêtes, sept concernaient les affaires des *Essais nucléaires*. Aux fins de ces statistiques, les requêtes fidjiennes présentées dans le contentieux de 1973 et les cinq requêtes présentées dans le contentieux de 1995 ne comptent respectivement que pour une, les requêtes fidjiennes étaient identiques, dans deux affaires qui l'étaient tout autant, et les cinq demandeurs à l'intervention dans l'affaire de la *Demande en interprétation* pourraient être considérées comme faisant cause commune. L'intervention grecque dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* touche à l'exécution de décisions juridictionnelles italiennes sur le territoire grec. Les sept requêtes restantes concernent le contentieux territorial, parmi lesquelles six requêtes relatives au contentieux territorial maritime.

¹⁰⁵² CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), 4 mai 2011.

juridique, allant de l'acceptation de l'opinion d'un Etat tiers sur une question qui le concerne de façon *générale* – faut-il entendre ici « *académique* » ? – (le tiers aurait alors un rôle semblable à celui d'un *amicus curiae*), jusqu'à la transformation d'un différend bilatéral en un différend trilatéral (le tiers deviendrait ici partie au différend par la voie de l'intervention en tant que partie)¹⁰⁵³. L'appréciation par la Cour de l'intérêt juridique et du risque d'affectation pesant sur ce dernier nécessite néanmoins de se développer et d'acquiescer une meilleure cohérence. En l'état actuel des choses, elle présente un caractère casuistique qui heurte le principe de prévisibilité juridique nécessaire à une bonne administration de la justice. Ces incertitudes rendent en outre difficilement atteignable le but conservatoire de la procédure d'intervention. Cette problématique sera abordée dans le cadre des développements suivants, consacrés aux effets de l'intervention recevable. Si ceux-ci sont clairement identifiables sur le plan procédural, leur appréhension sur le plan substantiel s'avère plus complexe et conduit à dresser un bilan mitigé de l'effectivité de l'institution.

¹⁰⁵³ PALCHETTI P., « Opening the International Court of Justice to Third States : Intervention and Beyond », *op. cit.*, p. 144-165.

Section II - Les effets de l'intervention recevable

Si l'intervention n'est pas recevable, la procédure s'arrête pour l'Etat désireux d'intervenir après l'arrêt – ou l'ordonnance¹⁰⁵⁴ – statuant sur la recevabilité. Si l'Etat intervient en tant que partie, il ne disposera pas des mêmes droits procéduraux que l'Etat intervenant en tant que non partie. C'est le sens qu'il convenait déjà de donner, semble-t-il, à l'affirmation de la Cour énonçant dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)* qu'« un Etat désireux d'intervenir en vertu de l'article 62 du Statut n'a d'autre droit que celui de demander l'autorisation de le faire, et que *son statut par rapport à l'instance reste à établir* »¹⁰⁵⁵. C'est également ce que l'on peut déduire de l'affirmation de la Chambre de la Cour constituée pour connaître du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* qui soulignait que l'Etat autorisé à intervenir à l'instance en tant que non partie « n'acquiert pas les droits et n'est pas soumis aux obligations qui s'attachent à la qualité de partie en vertu du Statut et du Règlement de la Cour ou des principes juridiques généraux de procédure »¹⁰⁵⁶. Les développements suivants se concentrent sur les effets qu'emporte une décision jugeant recevable une intervention en tant que non partie. Deux raisons commandent de se cantonner à ce type d'intervention. Tout d'abord, aucune intervention en tant que partie n'a été à ce jour admise. Ensuite, comme évoqué précédemment, il semble qu'une procédure incluant un Etat intervenant en tant que partie ne serait pas une instance avec un Etat intervenant mais bien une instance avec une partie supplémentaire, cette hypothèse sortant dès lors du champ de la tierce intervention à proprement parler. Les futurs développements se pencheront donc sur la détermination des effets qu'engendre une décision favorable sur la recevabilité d'une intervention sollicitée en tant que non partie,

¹⁰⁵⁴ La Cour statue par voie d'ordonnance lorsque les parties au différend principal ne formulent pas d'opposition à l'intervention (v. affaires de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* et des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*). Nul besoin, dans ce cas, de tenir d'audience en vertu de l'article 84 du Règlement de la Cour puis de statuer par un arrêt sur la recevabilité de la requête à fin d'intervention. Cela souligne l'importance que la Cour attache à l'intégrité du procès entre Etats souverains. Outre l'appréciation des conditions de recevabilité prévues par les textes, l'accord des parties joue un grand rôle dans le succès d'une requête à fin d'intervention.

¹⁰⁵⁵ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 6, §8 (les italiques sont de nous). En l'espèce, Malte déposait sa requête à fin d'intervention et, peu de temps après, adressait à la Cour une lettre faisant savoir qu'elle désignait un juge *ad hoc* aux fins de la procédure sur l'intervention conformément à l'article 31 du Statut de la Cour. Pour la Cour, « tant que la requête à fin d'intervention n'a pas fait l'objet d'un examen et d'une décision, les conditions dans lesquelles l'article 31 peut éventuellement devenir applicable n'existent pas » (*Id.*).

¹⁰⁵⁶ CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras)*, arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 136, §102.

d'un point de vue procédural tout d'abord (I), puis d'un point de vue substantiel (II). Appliquées au TIDM, ces considérations feront l'objet d'un examen incident et cantonné à la théorie, aucune intervention n'ayant à ce jour prospéré dans le cadre de ce contentieux.

I- Les effets procéduraux de l'intervention recevable

Les règlements de procédure de la CIJ et du TIDM prévoient, respectivement en leurs articles 85 et 103, les effets procéduraux attachés à une recevabilité de l'intervention. Ils se concentrent sur les prérogatives de l'Etat intervenant et des parties, relativement à l'intervention (A). Les aspects touchant aux rapports entre l'intervenant et la chose jugée sont plus incertains (B).

A- Les prérogatives attachées à la qualité d'Etat intervenant

En 1922, les dispositions réglementaires réglaient la question de manière assez expéditive. L'article 59, paragraphe 2 du Règlement de l'époque se limitait à énoncer que « [l]a requête est immédiatement communiquée aux parties, qui font parvenir au Greffier leurs observations dans le délai fixé par la Cour », se désintéressant ainsi de la fonction et des prérogatives de l'Etat intervenant. La révision de 1926 octroie à l'intervenant le droit de déposer un mémoire sur le fond, et aux parties le droit d'y répondre par un contre-mémoire. La version de 1972 va jusqu'à évoquer la possibilité d'un échange de réplique et de duplique entre l'intervenant et les parties, et prévoit de lancer la procédure écrite avant même que l'intervention ne soit officiellement jugée recevable par la Cour, dès lors que les parties au différend principal n'ont pas formulé d'opposition de principe à la recevabilité¹⁰⁵⁷. En 1978, cette disposition est à nouveau remaniée. L'article 85 s'intéresse exclusivement aux demandes d'intervention fondées sur l'article 62 du Statut qui ont déjà été déclarées recevables. Si – et seulement si – l'intervention est admise, l'échange de

¹⁰⁵⁷ La version de 1972 contenait ainsi un article 70 se lisant comme suit : « 1. Lorsque la Cour admet l'intervention et si la partie intervenante demande à déposer un mémoire sur le fond, la Cour fixe les délais dans lesquels ce mémoire doit être déposé et dans lesquels les autres parties pourront répondre par des contre-mémoires ; il en est de même pour la réplique et la duplique. Si la Cour ne siège pas, les délais sont fixés par le Président. 2. Si, la Cour n'ayant pas encore statué sur l'intervention, la requête en intervention n'est pas contestée et si la Cour ne siège pas, le Président peut, sans préjuger de la décision de la Cour sur l'admission de cette requête, fixer les délais dans lesquels la partie intervenante est autorisée à déposer son mémoire sur le fond et dans lesquels les autres parties pourront répondre par des contre-mémoires. 3. Dans les cas visés aux deux paragraphes précédents, les délais coïncideront, autant que possible, avec les délais déjà fixés dans l'affaire ».

pièces écrites entre l'Etat intervenant et les parties est possible. Cette correspondance portera sur le fond de l'affaire et sera réalisée dans des délais fixés par la Cour ou, à défaut, par le Président. En outre, cet article octroie à l'Etat intervenant le droit de présenter ses observations « sur l'objet de l'intervention » lors de la procédure orale :

- « 1. Si une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 du Statut est admise, l'Etat intervenant reçoit copie des pièces de procédure et des documents annexés et a le droit de présenter une déclaration écrite dans un délai fixé par la Cour. Il est fixé un autre délai dans lequel les parties peuvent, si elles le désirent, présenter des observations écrites sur cette déclaration avant la procédure orale. Si la Cour ne siège pas, les délais sont fixés par le Président.
2. Les délais fixés conformément au paragraphe précédent coïncident autant que possible avec ceux qui sont déjà fixés pour le dépôt des pièces de procédure en l'affaire.
3. L'Etat intervenant a le droit de présenter au cours de la procédure orale des observations sur l'objet de l'intervention »¹⁰⁵⁸.

Il est surprenant de remarquer que les dispositions règlementaires relatives aux effets procéduraux de l'intervention recevable ont été modifiées à de multiples reprises (1926, 1936, 1972, 1978), alors que la première requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 a été déposée en mai 1973¹⁰⁵⁹, et que la première décision de recevabilité favorable en matière d'intervention fondée sur l'article 62 a été rendue en 1990. La modification de 1972 complète celle de 1926 en permettant le déroulement d'une procédure écrite semblable à celle se déroulant entre les parties dans le différend au principal, l'intervenant pouvant déposer un mémoire et une réplique. Or, de manière constante depuis 1922, les dispositions du Règlement visent à limiter le plus possible

¹⁰⁵⁸ L'article 103 du TIDM déclare : « 1. Si une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est admise, l'Etat Partie intervenant reçoit une copie des pièces de procédure et des documents annexés et a le droit de présenter une déclaration écrite dans un délai fixé par le Tribunal. Il est fixé un autre délai dans lequel les parties peuvent, si elles le désirent, présenter des observations écrites sur cette déclaration avant la procédure orale. Si le Tribunal ne siège pas, les délais sont fixés par le Président. 2. Les délais fixés conformément au paragraphe 1 coïncident autant que possible avec ceux qui sont déjà fixés pour le dépôt des pièces de procédure en l'affaire. 3. L'Etat Partie intervenant a le droit de présenter au cours de la procédure orale des observations sur l'objet de l'intervention. 4. L'Etat Partie intervenant n'est pas autorisé à désigner un juge *ad hoc* ou à s'opposer à un accord aux fins du désistement de l'instance conformément à l'article 105, paragraphe 1 ». Si le Règlement du Tribunal reste dans la tradition avec ses trois premiers paragraphes, le paragraphe 4 de cette disposition innove en réglant la question de la désignation du juge *ad hoc*, qui s'était posée à la CIJ dans l'affaire Tunisie / Libye. Le fait que l'intervenant ne puisse désigner un juge *ad hoc* conduit le Juge MARSIT à considérer que l'intervenant ne peut qu'intervenir en tant que non-partie (MARSIT M., *Le Tribunal du droit de la Mer : présentation et textes officiels*, Paris, Pedone, 1999, p. 32). Cette position est partagée par le Juge WOLFRUM : WOLFRUM R., « Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », in CHANDRASEKHARA RAO P., KHAN R. (Eds.), *The international Tribunal for the Law of the Sea : Law and Practice*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, p. 170.

¹⁰⁵⁹ En l'affaire des *Essais nucléaires* ; la requête déposée en l'affaire du *Vapeur Wimbledon* (CPJI) ayant finalement été considérée comme fondée sur l'article 63.

l'effet dilatoire de l'intervention. Ainsi est-il légitime de douter de l'opportunité d'octroyer à l'intervenant le droit de déposer un mémoire et de prévoir une procédure écrite en deux phases, pouvant aller jusqu'à l'échange d'une réplique et d'une duplique. La version actuelle semble plus adaptée à l'objectif de célérité procédurale, qu'elle consacre toujours à l'article 85 paragraphe 2 en prévoyant un échange de « déclarations écrites », et en supprimant la possibilité de commencer la procédure écrite entre l'intervenant et les parties avant la décision de recevabilité. Cette possibilité, sous-tendue par une volonté de gain de temps, s'avère peu compatible avec la bonne administration de la justice en raison de son caractère spéculatif – peut-être susceptible de « lier les mains » de la Cour, de surcroît ? – et aurait pu se révéler contre-productive vis-à-vis de l'objectif de rapidité. La révision de 1978 étend par ailleurs les droits du tiers intervenant en lui faisant une place dans le cadre de la procédure orale, à l'occasion de laquelle il peut présenter ses observations.

Depuis 1922, ces dispositions envisagent de manière constante les modalités de participation de l'intervenant à l'instance comme étant des *possibilités*. L'intervenant a le *droit*, et non l'*obligation*, de déposer une pièce de procédure écrite puis de faire valoir ses vues à l'occasion de la procédure orale. Les parties ont corrélativement un *droit*, et non une *obligation*, d'y répondre. L'analyse de la pratique s'avère nécessaire pour appréhender la mise en œuvre de dispositions empreintes de souplesse, et pour pallier les incertitudes laissées par les textes. La communication des documents a ainsi lieu en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du Règlement ; elle peut déjà avoir eu lieu en vertu de l'article 53, paragraphe 1, lorsque l'intervenant demande que lui soient adressés les pièces de procédure et les documents annexés. La Cour peut honorer cette demande si les parties ne s'y opposent pas. La Cour fixe, par ordonnance, les délais dans lesquels la déclaration écrite de l'intervenant et les observations écrites des parties doivent être déposées. A ce jour, ces délais ont systématiquement été respectés¹⁰⁶⁰. Les déclarations écrites contiennent *a minima* un rappel de la procédure et des raisons de l'intervention, des considérations factuelles, et une présentation des positions de l'intervenant sur les points pour lesquels

¹⁰⁶⁰ Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, l'ordonnance du 14 septembre 1990 fixe au 14 décembre 1990 et au 14 mars 1991 les délais pour la déclaration écrite du Nicaragua et les observations écrites des parties. L'ordonnance du 21 octobre 1999, qui statue sur la recevabilité de l'intervention de la Guinée équatoriale dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* fixe, au point 2 de son délibéré, les délais de remise de la déclaration écrite et des observations écrites respectivement au 4 avril 2001 et au 4 juillet 2001. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'ordonnance du 4 juillet 2011 autorisant la Grèce à intervenir dans l'instance fixe les délais au 5 août 2011 pour la déclaration de l'intervenant et au 5 septembre 2011 pour les observations écrites des parties.

l'intervention a été autorisée¹⁰⁶¹. La forme et le contenu des observations écrites des parties sont plus variables. Tandis qu'El Salvador soutient en tout point les positions nicaraguayennes, le Honduras les réfute, tout comme le droit du Nicaragua d'intervenir en l'instance. Le Cameroun reconnaîtra l'intérêt de la Guinée équatoriale, tout en soulignant son caractère limité et en émettant des doutes sur l'utilité de l'intervention. L'Allemagne émettra également des doutes sur l'opportunité de l'intervention grecque, estimant que la République hellénique a « peu à ajouter »¹⁰⁶² sur la question des immunités qui est au cœur du différend. L'Italie est la seule partie au différend principal ayant à ce jour, par une lettre adressée au Greffier, décliné sa possibilité de soumettre des observations écrites tout en se réservant le droit de commenter les positions de l'intervenant à l'audience.

Lors de la procédure orale, l'Etat intervenant est représenté, de la même façon que les parties, par des agents, co-agents, avocats-conseils, conseillers. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, le Cameroun et le Nigéria, outre les représentants ordinairement choisis par les parties, s'étaient entourés d'experts, d'assistants de recherches, de responsables de la communication. L'intervenant était également représenté par des « *scientific and technical advisers* », « *administrators* », et « *media officers* ». Dans ces trois affaires, les débats se concentrent tout d'abord sur les points du différend sur lesquels l'intervenant n'a pas été autorisé à intervenir. L'intervenant exprimera ultérieurement ses vues sur les points qui le concernent, après les parties, qui auront ensuite le droit d'y répondre lors de leurs conclusions finales. Comme dans le cadre de la procédure écrite, celles-ci ont le dernier mot.

L'article 85 se désintéresse en revanche du statut et des prérogatives de l'intervenant dans ses rapports avec la chose jugée.

¹⁰⁶¹ Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, le Nicaragua est autorisé à intervenir uniquement sur le point du différend qui concerne le régime juridique des espaces maritimes à l'intérieur du Golfe de Fonseca. L'intervention de la Guinée équatoriale dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* est quant à elle limitée aux aspects qui concernent la délimitation maritime. Enfin, l'intervention grecque dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* se voit cantonnée à l'appréciation par les tribunaux grecs des immunités étatiques dans des procédures similaires aux procédures italiennes litigieuses.

¹⁰⁶² CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, observations écrites de l'Allemagne sur la déclaration écrite de la République hellénique, 26 août 2011, §2.

B- La chose jugée et l'Etat intervenant

La question relative à la place de l'intervenant demeure sans réponse s'agissant des éventuelles « suites » de l'affaire – demandes en interprétation ou en révision – qui concerneraient un point du litige sur lequel l'intervention a été admise. La demande en interprétation requise dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* portait sur l'arrêt concernant les exceptions préliminaires, et l'arrêt en interprétation a été rendu avant que la Guinée équatoriale ne dépose sa requête à fin d'intervention, ce qui n'a donc pas permis à la Cour de se prononcer sur ce point dans cette affaire. La demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* sollicitée par El Salvador concernait un point du litige portant sur la frontière terrestre entre les parties, sur lequel l'intervention n'avait pas été admise. Le Nicaragua n'a ainsi fourni aucune pièce de procédure écrite et n'a pas été représenté lors de la procédure orale.

Qu'en est-il de l'effet de la décision rendue à l'égard de l'intervenant en tant que non partie ? Alors que l'article 59 du Statut de la Cour semble régler la question en affirmant que l'arrêt n'est « obligatoire que pour les parties en litige », la doctrine a pu considérer que l'intervenant se devait d'être lié par la décision rendue, en ce qu'elle concerne les aspects sur lesquels porte l'intervention. Comme le relève L.N.C. BRANT,

« un Etat qui juge avoir un intérêt qui sera affecté par la décision juridictionnelle, peut soit intervenir dans la procédure, soit rester en dehors de l'instance tout en étant protégé par l'article 59 du Statut. Comme le remarque une partie de la doctrine, cette alternative paraît énoncer implicitement que lorsqu'un Etat intervient dans une procédure, la protection de l'article 59 cesse d'être valable à son égard »¹⁰⁶³.

Par ailleurs, la résolution de l'IDI de 1999 considère que « [l]a décision de la Cour ou du tribunal lie l'Etat intervenant dans les limites dans lesquelles l'intervention a été

¹⁰⁶³ BRANT L.N.C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 98. Il est vrai que l'auteur cite à l'appui de cette affirmation M. O. HUDSON, qui considère que l'intervention emporte la qualité de partie : « if the request is granted, the intervenor becomes a party to the pending case » (HUDSON M. O., *The Permanent Court of International Justice*, Paris, Pedone, 1936, p. 421). v. également SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », op. cit., p. 286.

accueillie. Dans les mêmes limites, la décision est obligatoire pour les parties principales dans leurs relations avec l'Etat intervenant »¹⁰⁶⁴.

Telle n'est pourtant pas la solution retenue par le droit positif. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Cour déclare que « [l]a force obligatoire du présent arrêt pour les Parties, telle qu'elle est envisagée par l'article 59 du Statut, ne s'étend donc [puisqu'il s'agit d'une intervention en tant que non partie] pas aussi au Nicaragua en tant qu'intervenant »¹⁰⁶⁵. Néanmoins, le Nicaragua avait déclaré, dans sa requête à fin d'intervention, qu'il entendait reconnaître l'effet obligatoire de la décision. Ultérieurement, dans sa déclaration écrite présentée à la Cour en sa qualité d'intervenant, le Nicaragua avait déclaré « qu'en tant qu'Etat non partie à la présente espèce, il ne saurait être affecté par la décision que la Chambre rendra au fond (...) [qui, à son égard] demeurera *res inter alios acta* »¹⁰⁶⁶. Rappelant qu'en outre El Salvador s'était opposé à l'intervention nicaraguayenne, refusant donc « que le Nicaragua se voie reconnaître un statut qui lui permettrait de se prévaloir de l'arrêt », la Cour conclut que « dans les circonstances de l'espèce, le présent arrêt n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du Nicaragua »¹⁰⁶⁷. Comme le remarque E. JOUANNET, la Cour « tient compte des intérêts du Nicaragua pour définir le régime juridique du golfe de Fonseca tout en le considérant comme un tiers »¹⁰⁶⁸. Cette conclusion chagrine R. BERNHARDT qui estime que « *this opinion reduces the intervention to the right of the intervening State to participate in the proceedings without any consequential duties. This result is unsatisfactory and should be reconsidered* »¹⁰⁶⁹. Dans d'autres circonstances (si l'intervenant en tant que non partie maintient son intention de se conformer à l'arrêt rendu, et si son intervention est acceptée

¹⁰⁶⁴ « Le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats » (Rapporteur : M. Rudolf BERNHARDT), Session de Berlin de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 1999, p. 3, point 17 (disponible ici : http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1999_ber_02_fr.pdf (consulté le 25/09/2018)).

¹⁰⁶⁵ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenant)), arrêt, *op. cit.*, p. 609, §421.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, §422.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 610, §424. Le Juge ODA, dans la déclaration qu'il joint à l'arrêt, estime qu'« en tant qu'intervenant non partie, le Nicaragua sera certainement tenu par l'arrêt dans la mesure où celui-ci porte sur la situation juridique des espaces maritimes du Golfe » (*Ibid.*, déclaration du Juge ODA, p. 620, v. également CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, opinion individuelle du Juge ODA, p. 22 ; et CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, opinion dissidente du Juge ODA, p. 90).

¹⁰⁶⁸ JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », in ANDERSON D. H. et al., *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, 2003, p. 327.

¹⁰⁶⁹ « Le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats », *op. cit.*, p. 377.

par les parties au différend principal, notamment) la décision finale pourrait-elle lier l'intervenant en tant que non partie ?

De son côté, le Statut du TIDM¹⁰⁷⁰ s'oppose sur ce point à celui de la CIJ et aligne, s'agissant de la relativité de la *res judicata*, les régimes procéduraux applicables aux deux formes d'intervention (articles 31 et 32 du Statut). Dans le contentieux du Tribunal, l'intervenant est lié par la décision rendue en ce qui concerne l'intervention (article 31, paragraphe 3 du Statut). Pour le Juge WOLFRUM, cela permet de « réaliser une économie de procédure puisque si l'Etat intervenant n'obtient pas gain de cause au fond, il ne pourra pas soumettre l'affaire à nouveau au juge international »¹⁰⁷¹. Il ajoute que le paragraphe 3 de l'article 31 « permet de différencier l'Etat intervenant de l'*amicus curiae* »¹⁰⁷². Le caractère obligatoire de l'arrêt à l'égard de l'intervenant sur les points sur lesquels porte l'intervention amène le Juge TREVES à considérer que l'intervenant intervient en tant que partie¹⁰⁷³.

Ainsi, l'intervenant dispose de prérogatives rendant concrète sa participation au procès, tant dans la phase écrite qu'orale. Un intervenant devant le TIDM serait lié par la décision à rendre, telle n'est pas la solution retenue par la CIJ. Dès lors, malgré l'influence que la participation d'un tiers au procès peut avoir sur le rendu de la décision finale, aucun Etat intervenant n'est, à ce jour, formellement lié par la force obligatoire de l'arrêt. L'autorité *ratione personae* de celui-ci ne concerne que les seules parties, en l'absence d'une disposition précisant que l'Etat intervenant doit également s'y soumettre¹⁰⁷⁴.

A l'étude des effets procéduraux de l'intervention en tant que non partie succède l'examen des effets de celle-ci sur le fond de l'affaire.

¹⁰⁷⁰ C'est également le cas dans le contentieux africain des droits de l'Homme (article 49, paragraphe 2, du Protocole de la Cour de Justice et des droits de l'Homme).

¹⁰⁷¹ SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », *op. cit.*, p. 287, citant WOLFRUM R., « Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », *op. cit.*, p. 170).

¹⁰⁷² *Id.*

¹⁰⁷³ TREVES T., « Commentaire sur l'intervention devant le TIDM », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 76-77). C'est également le point de vue de J.-G. MAHINGA (MAHINGA J.-G., *Le tribunal international du droit de la mer*, *op. cit.*, p. 213).

¹⁰⁷⁴ *Contra.*, l'article 63 du Statut prévoit que si l'Etat exerce son droit d'intervention au procès, « l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ». L'intervention fondée sur l'article 63 est développée dans le chapitre suivant (v. sur la question de la chose jugée à l'égard de l'intervenant, Chapitre VI, Section I, II, A).

II- Les effets substantiels de l'intervention recevable

En ce qu'elle permet d'informer la Cour de l'existence de droits et d'intérêts d'Etats tiers risquant d'être affectés par la décision à rendre, l'intervention a une double fonction. Elle constitue tout d'abord un moyen d'autoprotection pour les Etats tiers à un litige, qui ont quelque chose à « craindre » de la future décision. Un bref regard jeté sur le « taux de recevabilité » des requêtes à fin d'intervention conduit à douter de l'efficacité de cette procédure poursuivant des finalités auto-protectrices ; néanmoins, l'examen de la pratique de la Cour force à réajuster cette conclusion hâtive (A). Par ailleurs, l'intervention sert la bonne administration de la justice, permettant aux juges de statuer en toute connaissance de cause. Elle garantit que la Cour se conforme à son *obligation* de ne pas affecter les droits des tiers. Au fur et à mesure cependant, la procédure d'intervention semble être devenue presque superfétatoire. En effet, l'intervention d'un tiers étant laissée à la discrétion de celui-ci, la Cour a rapidement dû concilier l'abstention de ceux-ci et l'obligation qui lui incombe ne pas affecter leurs droits. Elle a donc développé une jurisprudence de protection des tiers en matière de délimitation maritime, consistant en une autolimitation de son pouvoir de détermination des frontières pour éviter de porter préjudice aux droits et intérêts des Etats non parties à l'instance (B).

A- Recevabilité ou irrecevabilité de l'intervention : la prise en compte indifférenciée des positions de l'Etat tiers

La demande d'intervention, même si elle n'est pas recevable, peut néanmoins présenter l'utilité d'informer la Cour des éventuelles « revendications de souveraineté » de l'Etat demandant à intervenir. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, Malte estimait que « les limites entre les trois Etats convergent en un point unique qui reste à déterminer »¹⁰⁷⁵. Rejetant la requête à l'unanimité, la Cour jugea l'intérêt maltais « insuffisamment spécifique »¹⁰⁷⁶ et déclara que, si Malte était admise à intervenir en l'instance en tant que non partie, la décision « préjugerait en quelque sorte le fond de ses propres prétentions contre la Tunisie et contre la Libye dans ses différends avec chacun de

¹⁰⁷⁵ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), *op. cit.*, Requête de Malte à fin d'intervention, p. 258, §10.

¹⁰⁷⁶ CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 19, §33.

ces deux Etats »¹⁰⁷⁷. Sans nommer expressément Malte, en statuant sur le fond, la Cour s'assure néanmoins que les droits des Etats tiers « sont réservés »¹⁰⁷⁸.

Dans l'affaire du *Plateau continental (Libye / Malte)*, l'Italie considérait qu'au cours du procès, certaines zones pourraient être revendiquées alors qu'elles sont plus près des côtes italiennes que des côtes libyennes. Ainsi, selon l'Etat italien, « certaines zones de plateau continental contestées entre Malte et la Libye (...) sont des zones sur lesquelles l'Italie estime avoir des droits indéniables »¹⁰⁷⁹. En refusant d'admettre l'intervention italienne, la Cour déclarait que s'« [i]l apparaît que sur le plan formel, l'Italie lui demande de sauvegarder ses droits, sa requête a pour effet pratique inéluctable d'inviter la Cour à reconnaître ceux-ci et, pour ce faire, à statuer au moins partiellement sur les différends entre l'Italie et l'une des Parties ou les deux »¹⁰⁸⁰. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt statuant sur la recevabilité de la requête à fin d'intervention italienne, le Juge NAGENDRA SINGH déclarait :

« [qu'il] est hors de doute que la Cour a maintenant pleine connaissance de l'existence des intérêts italiens et de leur étendue, et qu'il est donc impossible qu'elle empiète par sa décision sur les prétentions et les intérêts de l'Italie ou qu'elle les compromette, fut-ce par mégarde. (...) [il apparaît] que l'objet poursuivi par l'Italie, consistant à alerter la Cour, est d'ores et déjà atteint, puisque la Cour sait désormais jusqu'où elle peut aller dans la délimitation qui lui est demandée »¹⁰⁸¹.

Dans son arrêt sur le fond, la Cour indiquait effectivement que :

« [l]a présente décision doit (...) être d'une portée géographique limitée, de manière à ne pas affecter les prétentions de l'Italie ; autrement dit elle ne doit porter que sur la zone où, *selon les indications qu'elle a données à la Cour*, l'Italie n'émet pas de prétentions sur le plateau continental. La Cour, ayant été informée des prétentions de l'Italie, et ayant refusé d'autoriser cet Etat à protéger ses intérêts par la voie de l'intervention, accorde ainsi à l'Italie la protection qu'elle recherchait (...) »¹⁰⁸²; « les limites à l'intérieur desquelles la Cour doit, afin de préserver les droits des tiers, inscrire sa

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 18, §31.

¹⁰⁷⁸ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, 24 février 1982, p. 93-94, §133, v. points B, 1) et C, 3) du dispositif.

¹⁰⁷⁹ CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, *op. cit.*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, p. 423, §11.

¹⁰⁸⁰ CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 19, §29.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, opinion individuelle du Juge NAGENDRA SINGH, p. 31-32. Pour le juge AGO, un tel résultat n'est qu'approximativement atteint, et le phénomène dénature l'article 62 du Statut (v. *Ibid.*, opinion dissidente du Juge AGO, p. 129-130).

¹⁰⁸² CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, p. 25, §21 (les italiques sont de nous).

décision en la présente espèce, *peuvent être ainsi définies d'après les prétentions émises par l'Italie (...) »*¹⁰⁸³.

Le Juge SCHWEBEL commentait à juste titre, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt, que la Cour « accorde pratiquement à l'Italie ce que cet Etat aurait obtenu si sa requête à fin d'intervention avait été acceptée »¹⁰⁸⁴. Tout en continuant de penser que « rejeter la demande d'intervention de l'Italie était une erreur »¹⁰⁸⁵, le Juge doute « qu'il convenait de corriger l'erreur de l'arrêt précédent en accordant à l'Italie tout ce qu'elle eût tenté d'obtenir si, sa demande d'intervention ayant été acceptée, elle avait pu présenter sa cause – et cela sans même entendre ses arguments (ni ceux de Malte et de la Libye à ce sujet) »¹⁰⁸⁶. La démarche de la Cour a été vivement critiquée par la doctrine également, et notamment par E. DECAUX dans son analyse de l'arrêt statuant sur la requête à fin d'intervention :

« [a]insi, la procédure à fin d'intervention aurait-elle à côté d'une finalité juridique bien hypothétique – l'intervention proprement dite – une fonction pratique – l'information de la Cour. Bien plus, ce rôle, consacré par l'arrêt de 1981 où l'on a considéré que le but de Malte était déjà atteint dans la mesure où il avait su attirer l'attention de la Cour sur ses intérêts, deviendrait une fin en soi »¹⁰⁸⁷.

Confirmant ses premières impressions, l'auteur déclare dans son commentaire de l'arrêt rendu au fond : « [p]ar un rétablissement on ne peut plus habile, l'Italie obtient par son absence ce qu'elle n'avait pu garantir par sa présence : tout se passe en effet comme si, non seulement l'intervention italienne avait été acceptée, mais surtout comme si les prétentions italiennes se trouvaient fondées »¹⁰⁸⁸. Comme l'observe également G. GONZALEZ, les intérêts des Etats tiers peuvent s'avérer « surprotégés » pour justifier la réticence de la Cour à accepter la présence d'un tiers dans un procès initié par d'autres¹⁰⁸⁹.

Il est effectivement possible de relever une certaine incohérence dans le rejet d'une requête à fin d'intervention, d'une part, et la prise en considération des « craintes »

¹⁰⁸³ *Ibid.*, §22 (les italiques sont de nous).

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge SCHWEBEL, p. 173.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 174.

¹⁰⁸⁶ *Id.*

¹⁰⁸⁷ DECAUX E., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur la requête de l'Italie à fin d'intervention dans l'affaire du Plateau continental entre la Libye et Malte, arrêt du 21 mars 1984 », *AFDI*, 1984, p. 299-300, v. également, p. 301 : « [l]a requête à fin d'intervention tend ainsi à suppléer, en pratique, l'intervention ».

¹⁰⁸⁸ DECAUX E., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental (Libye / Malte), arrêt du 3 juin 1985 », *AFDI*, 1985, p. 297 (v. plus largement p. 317-322).

¹⁰⁸⁹ GONZALEZ G., « Règlement territorial et effets à l'égard des tiers », *op. cit.*, p. 198.

exprimées par ce même demandeur à l'intervention, d'autre part. Si elle ne consacre pas expressément cette démarche, la Cour ne la désavoue pas non plus. Notamment, dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, tout en rejetant la requête à fin d'intervention, elle déclare « [demeurer] informée des positions exposées devant elle dans la présente instance par l'Indonésie, la Malaisie et les Philippines »¹⁰⁹⁰.

Il est néanmoins important de considérer que l'intervention, selon le texte même du Statut, ne se justifie pas uniquement par l'existence d'un intérêt juridique, pour l'Etat intervenant, dans l'instance pendante, mais bien par le *risque d'affectation* de cet intérêt. Il n'est donc pas nécessairement illogique, tout en ayant recours aux informations fournies par l'intervenant éconduit, de rejeter une demande d'intervention lorsque l'intérêt juridique de l'Etat tiers, bien que présent, ne risque pas d'être affecté par la décision de la Cour, en raison de la méthode intrinsèquement protectrice des intérêts des tiers, utilisée par celle-ci pour statuer.

B- Abstention ou action en intervention : la protection indifférenciée des droits et intérêts des Etats tiers

La CPJI déclarait déjà, dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental*, qu'« [u]ne autre circonstance, dont doit tenir compte tout tribunal ayant à trancher une question de souveraineté sur un territoire particulier, est la mesure dans laquelle la souveraineté est également revendiquée par une autre Puissance »¹⁰⁹¹. Soixante-dix-neuf ans plus tard, la CIJ affirmait, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua et la Colombie, « [qu'elle] a toujours pris soin de ne pas tracer de frontière pénétrant dans une zone où les droits d'Etats tiers sont susceptibles d'être affectés »¹⁰⁹². Si le principe de l'*Or monétaire* n'a jamais, *stricto sensu*, trouvé application dans le contentieux territorial (1), la Cour a semblé considérer que la protection des tiers ne

¹⁰⁹⁰ CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 607, §94.

¹⁰⁹¹ CPJI, *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁹² CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012, p. 707, §228. v. également PALCHETTI P., « La protection des intérêts d'Etats tiers par la Cour internationale de Justice : l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria », *op. cit.*, p. 872-873 : « si l'Etat tiers affecté n'intervient pas dans la procédure, il s'agit de déterminer le contenu possible de la prétention d'un tel Etat afin d'évaluer si un éventuel arrêt peut lui porter préjudice. (...) Il est possible que l'Etat tiers, au lieu d'intervenir, se limite à envoyer à la Cour une communication par laquelle il fait connaître l'existence d'intérêts propres susceptibles d'être affectés par l'arrêt. (...) ».

pouvait pas être assurée par les seules dispositions du Statut, qu'il s'agisse de l'article 62 ou de l'article 59 (2), et a ainsi développé une jurisprudence de protection des tiers en matière de détermination des frontières (3).

1- Les rapports entre l'article 62 du Statut de la CIJ et le principe de l'*Or monétaire*

La Cour refuse de statuer lorsqu'elle doit, pour rendre son arrêt, se prononcer au préalable sur les droits et/ou les obligations d'un Etat tiers à l'instance, qui constituent l'objet même de ladite décision. La Cour se fonde alors sur deux choses : d'une part, sur « le principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut » selon lequel « la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier »¹⁰⁹³, et d'autre part, sur l'impossibilité de rendre une décision obligatoire entre les parties, ce qui irait à l'encontre de la fonction juridictionnelle de la Cour et de la mission qui est la sienne, le règlement des différends interétatiques. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie / Libye)*, Malte arguait du caractère indispensable de son intervention. S'appuyant sur le précédent de l'*Or monétaire*, elle explique :

« [t]wo States cannot come to this Court and say : "please carve up territory as between us" when there is a third State that may be affected, without implicitly acknowledging the right of that third State to come in to the Court and intervene. It is not possible, as the jurisprudence of the Court has shown, for two more States by their special agreement to frame the jurisdiction of the Court in such a way as to exclude the rights of third States that may be affected »¹⁰⁹⁴.

L'argumentation maltaise procédait d'une assimilation entre le *risque d'affectation* des intérêts d'un Etat tiers, qui justifie l'intervention mais autorise néanmoins à la Cour à statuer tout de même ; et le cas où les intérêts de l'Etat tiers constituent l'*objet même* de la décision à rendre, obligeant la Cour à décliner sa compétence en l'absence de ce dernier¹⁰⁹⁵. La Cour revient sur cette distinction dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Joignant au fond la huitième exception

¹⁰⁹³ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, *op. cit.*, p. 32 ; CIJ, *Timor oriental*, arrêt, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁹⁴ CIJ, *Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, *op. cit.*, Plaidoiries relatives à la requête à fin d'intervention, p. 318.

¹⁰⁹⁵ Comme l'explique C. SANTULLI : « l'exception de la partie indispensable couvre ainsi l'impossibilité d'appliquer le droit lorsque l'établissement de la responsabilité d'un tiers qui n'a pas accepté l'engagement juridictionnel est la condition nécessaire du constat de la responsabilité du défendeur » (SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 236).

préliminaire du Nigéria, elle rappelle qu'elle ne peut trancher un différend entre Etats sans leur consentement et qu'ainsi, l'implication dans le litige d'un tiers, absent du prétoire, dont les intérêts constituent l'objet même de la décision à rendre fait échec à sa compétence. Néanmoins, elle peut rendre sa décision si celle-ci est simplement susceptible d'affecter, d'avoir des incidences sur les intérêts juridiques des tiers, lorsque ceux-ci ne constituent pas l'objet même de cette décision¹⁰⁹⁶. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, le Nicaragua invoquait à son tour le principe de *l'Or monétaire*, estimant détenir un intérêt important s'agissant de la situation du Golfe de Fonseca, constituant précisément un objet de la décision demandée à la Cour¹⁰⁹⁷. L'analyse nicaraguayenne de la jurisprudence de la Cour concluait confusément que :

« when a State's legal interest would "form the very subject matter of the decision", then it is not even necessary to have recourse to Article 62 because the impact upon the interests of that State is of such a nature as to eliminate the competence of the Court to adjudicate on the matter. The affair becomes a matter of the propriety of the Court continuing with proceedings which are not authorized by the Statute. In these cases, the State whose interests are affected need not seek to intervene under Article 62. The Court itself is under to the obligation proprio motu not to adjudicate on the matter. [Furthermore], Article 62 is applicable when the interest that may be affected do not constitute the very subject-matter of the dispute under the Court's consideration »¹⁰⁹⁸.

Le Nicaragua, en demandant à intervenir sur la question du régime applicable aux eaux du Golfe estimait, en ce que son intérêt constituait l'objet même de ladite décision, se situer dans un cas commandant le jeu du principe de *l'Or monétaire*. La Cour a considéré que si le Nicaragua a un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision qu'elle rendra sur le point de savoir si les eaux du Golfe sont ou non soumises à un condominium – ou à une communauté d'intérêts des trois Etats riverains –, cet intérêt nicaraguayen n'est pas de nature à constituer « l'objet même de ladite décision », à l'instar des intérêts albanais dans l'affaire de *l'Or monétaire*¹⁰⁹⁹ : « [ainsi], la question de savoir si la Chambre aurait le pouvoir de statuer (...) sans la participation du Nicaragua à l'instance ne se pose pas, mais (...) les conditions d'une intervention du Nicaragua sur cet aspect de

¹⁰⁹⁶ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 324-325, §116-117.

¹⁰⁹⁷ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), *op. cit.*, Audience publique de la Chambre tenue le mardi 5 juin 1990, à 11h, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. SETTE-CAMARA, Président de la Chambre, p. 13-15.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁹⁹ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras) arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 116, §56.

l'affaire n'en sont pas moins manifestement remplies »¹¹⁰⁰. La Cour n'ayant pas dénié le caractère trilatéral du différend relatif au Golfe de Fonseca, il est permis de supposer que le Nicaragua était effectivement une partie indispensable à la résolution de la question. Se prononcer sur la situation « trilatérale » des eaux du Golfe à l'occasion d'un différend bilatéral revient à déterminer l'étendue et la portée du régime applicable à ces eaux à l'égard de l'Etat tiers également. Trois ans plus tard, la Cour mondiale fera d'ailleurs jouer le principe de l'*Or monétaire* à l'égard d'un Etat tiers dont la situation se rapproche plus volontiers de celle du Nicaragua que de l'Albanie. Dans l'affaire du *Timor oriental*, l'origine du litige résidait dans le régime conjoint australo-indonésien, institué par traité bilatéral et destiné à régir le Timor. Dans l'instance l'opposant au Portugal, l'Australie avait soulevé une exception préliminaire, jointe au fond, selon laquelle la Cour ne pouvait pas se prononcer sur la légalité du *Timor Gap* sans se prononcer sur le comportement de l'Indonésie. Pour la première fois – et dernière à ce jour – depuis l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour a décliné sa compétence en raison de l'absence de consentement à sa juridiction d'un Etat tiers au procès, en considérant qu'elle ne pouvait statuer sur les demandes du Portugal à l'encontre de l'Australie sans juger préalablement de la licéité des agissements indonésiens. Il est vrai qu'il aurait été envisageable de statuer sur le comportement australien en se gardant de se prononcer sur le comportement indonésien, en suivant une démarche similaire à celle adoptée dans le litige relatif à *Certaines terres à phosphates à Nauru*, dans lequel la Cour a rejeté l'exception préliminaire australienne en estimant qu'elle pouvait se prononcer sur la responsabilité de l'Australie sans avoir à statuer sur celles de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Les trois Etats étaient pourtant conjointement chargés, par un mandat de la Société des Nations, d'administrer le territoire de Nauru.

En tout état de cause, dans le contentieux territorial, la Cour a eu l'occasion d'identifier une situation nécessitant le consentement de tous les Etats intéressés : il s'agit de la détermination des tripoints¹¹⁰¹. Tout en estimant « [qu'il ne s'agissait pas pour elle] de fixer un point triple », la Cour a reconnu dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso / Mali)* qu'une telle situation « exigerait le consentement de tous les Etats

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 122, §73.

¹¹⁰¹ Un « tripoint » (ou « point triple ») est un « [p]oint vers lequel convergent les limites de trois Etats » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 839).

concernés »¹¹⁰². Pareille affirmation est également défendue par la doctrine¹¹⁰³. Est-ce à dire, comme l'affirmait le Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, que l'intervention serait inutile dans une telle situation ? L'intervention en tant que non partie ne permettrait effectivement pas de pallier une telle difficulté, et ce même en supposant que l'intervenant accepte d'être lié par l'arrêt. La chose jugée ne permet pas seulement à ceux qui en acceptent l'effet de se voir appliquer la décision dans toute sa force obligatoire ; elle permet également, le cas échéant, de s'en prévaloir. Il serait contraire au principe fondamental de la juridiction consensuelle de permettre à un intervenant en tant que non partie d'opposer la décision de la Cour aux Etats réellement parties au litige, *a fortiori* si celui-ci a été introduit par compromis. L'intervention en tant que partie semble en revanche être une solution convaincante, bien que pour l'heure exclusivement théorique, pour régler le différend dans le respect du principe de la juridiction consensuelle. L'intervention en tant que partie représente une modalité alternative pour entrer dans le litige, sans nécessité de réviser le compromis ou d'introduire une nouvelle requête. Elle permet, grâce au lien juridictionnel évoqué à l'article 81, paragraphe 2, lettre c) du Règlement qu'il faudra alors démontrer, d'établir le consentement des parties originaires vis-à-vis de l'Etat tiers, qui perdra sa qualité de tiers intervenant pour devenir une partie à part entière dans un litige élargi. Néanmoins, une seule intervention en tant que partie a été sollicitée à ce jour, et elle n'a pas été admise¹¹⁰⁴. Lorsque le consentement de tous les Etats intéressés est nécessaire à la détermination d'un point ou d'une portion d'une frontière et que tous ne sont pas parties au litige, la Cour

¹¹⁰² CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / République du Mali), arrêt, *op. cit.*, p. 579, §49.

¹¹⁰³ ABOU-EL-WAFA A., « Les différends internationaux concernant les frontières terrestres dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 2009, p. 76-83, spéc. p. 78 : la Cour ne pourrait procéder à l'identification d'un tripoint « qu'avec le consentement des trois pays concernés » ; PELLET A., « Land and Maritime Tripoints in International Jurisprudence », in HESTERMEYER H. P. (Dir.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, *op. cit.*, p. 246 : « the Court of the international tribunal in question cannot decide on the precise location of tripoints but can (and must) indicate the general direction of the boundary line between the Parties up to the (undetermined) point where it reaches the jurisdiction of a third State » ; JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », *op. cit.*, p. 328-330. v. également LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer, Tome II, volume 1 : Délimitation*, Paris, Pedone, 1996, p. 106 : les accords de délimitation fixant des points triples (par exemple l'accord entre l'Indonésie, la Malaisie et la Thaïlande du 21 décembre 1971 précisant le point de jonction des plateaux continentaux respectifs des trois Etats dans la partie nord du détroit de Malacca, ou encore l'accord entre le Sri-Lanka, l'Inde et les Maldives déterminant le point de rencontre des zones maritimes des droits Etats dans le golfe de Manaar) sont tous des accords impliquant trois Etats.

¹¹⁰⁴ Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), le Honduras souhaitait intervenir en tant que partie pour délimiter la frontière maritime Honduras / Nicaragua et fixer le tripoint Honduras / Nicaragua / Colombie (CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 10, §22).

s'abstient alors de statuer. Elle n'a jamais eu besoin de s'abstenir *totale*ment, faisant ainsi jouer l'exception de la partie indispensable *stricto sensu*¹¹⁰⁵, qui reste cantonnée à deux applications jurisprudentielles. Elle décide toutefois de s'autolimiter et d'arrêter sa délimitation *avant* le point ou la portion litigieuse.

Il est intéressant de remarquer que la Cour agit ainsi dans le cas des tripoints, lorsque les intérêts et droits territoriaux du tiers constituent *un objet même* de la décision à rendre, mais également lorsque les droits et intérêts du tiers risqueraient simplement d'être affectés par le futur arrêt. La Cour justifie sa démarche en partant du postulat que la protection offerte par l'article 59 du Statut peut s'avérer insuffisante.

2- Les rapports entre les articles 59 et 62 du Statut de la CIJ

L'insuffisance, en termes de protection, de l'article 62 viendrait du caractère volontaire de l'intervention ; celle de l'article 59 viendrait du caractère objectif des décisions de justice relatives au contentieux territorial. Comme l'affirme C. DE VISSCHER :

« les arrêts qui statuent sur la souveraineté territoriale d'un Etat ou sur la délimitation des frontières entre deux Etats font exception à la relativité de la chose jugée (...). La raison en est que ce qui est ici l'objet de la décision, le statut territorial, se présente dans les rapports internationaux comme une situation objective ayant effet *erga omnes* »¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ v. SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 235.

¹¹⁰⁶ DE VISSCHER C., « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 9. En ce sens, v. SPERDUTI G., « Notes sur l'intervention en droit international », *AFDI*, 1984, p. 275 : « [e]n vain opposerait-on que, de toute façon, une sauvegarde découle de l'article 59 du Statut, qui limite aux parties au procès les effets obligatoires de l'arrêt » ; PALCHETTI P., « Opening the International Court of Justice to Third States : Intervention and Beyond », *op. cit.*, p. 140 : « [i]t has been widely recognized that Article 59, while limiting to the parties the binding force of a decision, does not prevent this decision from having some effect on states that are not parties to the proceedings » ; et SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », *op. cit.*, p. 273 : « le principe de la relativité de la chose jugée (...) ne garantit aucune immunité aux Etats tiers contre les effets de la décision ». Position doctrinale qui n'est pas partagée par l'ensemble des auteurs : v. notamment GRISEL E., « *Res judicata* : l'autorité de la chose jugée en droit international », *op. cit.*, p. 156-157 : « il ne s'ensuit pas qu'une décision qui a trait, de près ou de loin, à une délimitation de frontières, soit chose jugée vis-à-vis des tiers. Les deux idées sont bien distinctes et la seconde ne découle nullement de la première. Qu'une frontière ait été fixée par un accord bilatéral, ou par prononcé juridictionnel, ou encore par un traité fondé sur un jugement, de toute manière, les droits d'autrui ne peuvent pas être affectés ; ils sont forcément réservés, et ils pourront toujours être revendiqués devant un tribunal sans que joue "*l'exceptio rei judicatae*". Le point essentiel est qu'un arrêt, quel que soit son objet, n'a pas de caractère définitif à l'égard des tiers ». C'est également ce qu'affirmait la Cour permanente : « le but de l'article 59 est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres Etats ou d'autres litiges » (CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt, *op. cit.*, p. 21).

Dans l'affaire du *Plateau continental (Libye / Malte)*, l'Italie plaidait que l'article 62 palliait les insuffisances de l'article 59 en matière de protection des tiers¹¹⁰⁷. Dans son arrêt sur la recevabilité de l'intervention, la Cour faisait part de son désaccord avec cette conclusion, précisant :

« quand un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il “peut”, selon les termes de l'article 62, soit soumettre une requête à fin d'intervention (...) soit s'abstenir d'intervenir et s'en remettre à l'article 59. De plus, il ne fait pas de doute que, dans son arrêt futur, la Cour tiendra compte, comme d'un fait, de l'existence d'autres Etats ayant des prétentions dans la région. (...) L'arrêt futur ne sera pas seulement limité dans ses effets par l'article 59 du Statut, il sera exprimé sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers »¹¹⁰⁸.

La Cour dit ici trois choses. Tout d'abord, elle établit par induction que les articles 59 et 62 offrent une protection alternative, la protection des intérêts des Etats tiers passant soit par l'intervention, soit par l'effet relatif de la chose jugée si l'Etat exerce sa liberté de choix en faveur d'une non-intervention. Ensuite, elle interprète la protection offerte par l'article 59 comme étant limitée aux *effets* de l'arrêt. Cela la conduit, enfin, à recourir à un autre type de protection, qui serait indépendant de l'article 59, consistant à exprimer l'arrêt « sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers ». Ces considérations n'ont pas été désavouées par les décisions ultérieures. La Cour s'est gardée de réfuter l'argumentation nicaraguayenne, avancée dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, selon laquelle « [a]rticle 62 covers the gap not filled by Article 59 »¹¹⁰⁹. En outre, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso / Mali)*, elle assimilait – d'une manière assez peu convaincante¹¹¹⁰ – la détermination d'une frontière entre deux Etats par décision de justice à un accord bilatéral de délimitation. Ce faisant, la Cour rappelait la fonction protectrice de l'effet relatif des jugements s'agissant de l'allégation d'un tripoint litigieux entre le Burkina Faso, le Mali et le Niger :

« les droits de l'Etat voisin, le Niger, sont sauvegardés en tout état de cause par le jeu de l'article 59 du Statut de la Cour (...). Les Parties auraient pu à tout moment conclure un accord portant délimitation de la frontière selon la conception commune qu'elles auraient pu avoir de son tracé, et un tel accord, tout en les liant juridiquement en vertu du

¹¹⁰⁷ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 26, §42.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 26-27, §43.

¹¹⁰⁹ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), Audience publique de la Chambre tenue le mardi 5 juin 1990, à 11h, *op. cit.*, p. 13.

¹¹¹⁰ PELLET A., « Land and Maritime Tripoints in International Jurisprudence », *op. cit.*, p. 257-258.

principe *pacta sunt servanda*, ne serait pas opposable au Niger. (...) Dans les deux cas, la solution n'a de valeur juridique et obligatoire qu'entre les Etats qui l'ont acceptée, soit directement, soit du fait de l'acceptation de la compétence du juge pour régler l'affaire »¹¹¹¹.

C'est à l'occasion du litige portant sur la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* que la Cour, joignant au fond l'exception préliminaire nigériane soulevant le problème, admet que la protection de l'article 59 du Statut peut parfois s'avérer insuffisante dans la mesure où certaines situations objectives créées par décision de justice pourraient avoir des effets à l'égard des tiers¹¹¹² ; ce qui est réaffirmé dans l'arrêt au fond¹¹¹³. C'est finalement le litige concernant le *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua et la Colombie qui offre une synthèse de la position de la Cour. Dans son arrêt du 4 mai 2011 statuant sur la recevabilité de l'intervention costaricaine, celle-ci rappelle qu'elle a déjà eu l'occasion de reconnaître l'insuffisance de la protection de l'article 59 en matière de délimitation maritime, mais qu'elle a aussi pour pratique de « tenir compte, en tant que facteur géographique, de toutes les côtes et relations côtières »¹¹¹⁴, et que cette protection doit être accordée à tout Etat tiers, qu'il intervienne ou non à l'instance : « [a]insi, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Cour a adopté une position identique envers la Guinée équatoriale – qui était intervenue en tant que non-partie – et envers Sao-Tomé-et-Principe – qui n'était pas intervenu »¹¹¹⁵. Néanmoins, pour être admis à intervenir, l'Etat doit « démontrer que son intérêt juridique (...) requiert une protection qui n'est pas offerte par l'effet relatif des décisions de la Cour consacré à l'article 59 du Statut ; en d'autres termes (...) remplir la condition prévue au paragraphe 1 de l'article 62 et démontrer qu'un intérêt d'ordre juridique “est pour lui en cause” »¹¹¹⁶.

¹¹¹¹ CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso / République du Mali)*, arrêt, *op. cit.*, p. 577, §46.

¹¹¹² CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 324, §116.

¹¹¹³ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *op. cit.*, p. 421, §238 : « [L]a Cour estime que, en particulier dans le cas de délimitations maritimes intéressant plusieurs Etats, la protection offerte par l'article 59 du Statut peut ne pas être toujours suffisante ».

¹¹¹⁴ CIJ, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 371-372, §85.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 372, §86.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, §87.

Il est néanmoins permis de douter de l'insuffisance de la protection de l'article 59, et donc de la nécessité corrélative de développer un principe *autonome*, vis-à-vis du Statut, de protection des tiers dans le contentieux territorial. De la même façon que le principe de l'*Or monétaire* se rattache au Statut et plus particulièrement aux dispositions relatives au consentement à la juridiction, il est possible de rattacher le principe consistant à « tenir compte » des tiers dans la détermination des frontières au Statut, et plus particulièrement à l'article 59¹¹¹⁷. Cette position a été défendue dans la déclaration du Juge HERCZEGH jointe à l'arrêt du 10 octobre 2002 statuant sur la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Selon le Juge, la reconnaissance par la Cour de l'insuffisance de la protection offerte par l'article 59 du Statut exprimée au paragraphe 238 de l'arrêt constitue une « critique injustifiée » à l'encontre de cette disposition. La théorie proposée suggère « d'interpréter et d'appliquer [l'article 59] de manière telle que cette protection soit rendue aussi efficace que possible. Que ladite protection se révèle suffisante ou non dépend donc de la Cour »¹¹¹⁸. Pareille interprétation semble compatible avec moult affirmations doctrinales¹¹¹⁹, et a été adoptée par le TIDM dans l'affaire relative à la

¹¹¹⁷ Il est également correct de considérer que lorsque la Cour s'autolimite et renonce à prolonger sa ligne de délimitation ou à déterminer un point, elle préserve le caractère consensuel de sa juridiction. v. en ce sens PALCHETTI P., « La protection des intérêts d'Etats tiers par la Cour internationale de Justice : l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria », *op. cit.*, p. 868-869, et p. 871.

¹¹¹⁸ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, *op. cit.*, déclaration du Juge HERCZEGH, p. 473.

¹¹¹⁹ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 272 : « [l]e principe de "l'autorité relative" de la chose jugée fait obstacle à ce que les décisions juridictionnelles puissent affecter les droits des tiers au procès. Il exclut la recevabilité des conclusions qui, si elles étaient adjudgées, conduiraient la juridiction à se prononcer sur les droits des tiers, c'est-à-dire à adopter une décision dépourvue de force obligatoire (puisque les tiers ne seraient pas liés par elle) » ; BERNARDT R., « Article 59 », *op. cit.*, p. 1234 : « (...) a case pending between two States may, indirectly or directly, involve the interest of a third State (or third States), which may set a limit to the Court's jurisdiction » ; BRANT L.N.C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 82 « (...) la chose jugée entre certaines parties ne peut ni nuire ni profiter à des tiers. La relativité de la chose jugée apparaît ainsi comme un mécanisme de protection des intérêts des tiers qui ne sauraient être liés par le résultat d'une instance à laquelle ils n'étaient pas obligés de participer » ; GRIESEL E., « *Res judicata* : l'autorité de la chose jugée en droit international », *op. cit.*, p. 158 : « dans la plupart des cas (en raison de la règle de l'autorité de la chose jugée), le tribunal se contentera d'exclure de son prononcé les questions qui touchent des Etats tiers » ; DISTEFANO V. G., « La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes entre l'Erythrée et le Yémen : quelques observations complémentaires », *AFDI*, 2000, p. 268 : « [o]n touche ici à ce qu'on peut appeler la limite intrinsèque de la fonction juridictionnelle et, *a fortiori*, de la fonction juridictionnelle internationale, c'est-à-dire le principe de la relativité de la *res iudicata*. Ce principe (...) signifie que l'arbitre ou le juge, dans leur fonction de dire leur droit (...) ne peut pas modifier les droits des tiers. C'est le corollaire du principe de l'autorité de la "chose jugée" qui ne souffre d'aucune discussion » ; CONFORTI B., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Libye et Malte », *RGDIP*, 1986, p. 337 : « (...) la règle d'après laquelle une décision n'est obligatoire que pour les parties a toujours été entendue non seulement dans le sens de l'impossibilité de faire valoir la décision à l'égard des Etats tiers, mais aussi dans le sens de l'impossibilité, ou mieux de l'incompétence de l'arbitre ou du Tribunal international à statuer, même avec une efficacité limitée aux parties, sur les droits et obligations de ces Etats ».

Délimitation maritime dans le Golfe du Bengale. Se demandant « si l'exercice de sa compétence pourrait préjuger des droits des tierces parties », le Tribunal remarque que :

« comme il est stipulé à l'article 33, paragraphe 2, de son Statut, sa décision concernant un différend particulier "n'est obligatoire que pour les parties et dans le cas qui a été décidé". *En conséquence, la délimitation du plateau continental par le Tribunal ne peut pas préjuger des droits des tierces parties.* Suivant une pratique bien établie, il est d'usage de déterminer l'orientation d'une ligne de délimitation sans en fixer le point final, par exemple précisant que ladite ligne se poursuivra jusqu'à ce qu'elle atteigne une zone dans laquelle les droits des tierces parties sont susceptibles d'être affectés »¹¹²⁰.

Cette « réhabilitation » de l'article 59 vide alors de sens l'argumentation – déjà critiquable dans la mesure où l'intervention est volontaire – selon laquelle l'article 62 sert à pallier l'insuffisance de celui-ci. La possibilité d'une intervention apparaît davantage comme permettant à la Cour de statuer en toute connaissance de cause aux fins d'une bonne administration de la justice, et la nécessité de l'intervention croît lorsque les spécificités de la région à délimiter rendent opaques les droits et intérêts de tiers existants ou potentiels.

C'est bien l'indépendance vis-à-vis du Statut de la méthode protectrice employée par la Cour pour délimiter les frontières qui est critiquée ici, et non l'existence ou encore la légitimité de celle-ci, qui s'inscrit désormais dans une jurisprudence bien établie.

3- Le développement d'une jurisprudence de protection des tiers en matière de détermination des frontières

Dans le cadre d'une opération de délimitation maritime, les droits des tiers vont, généralement¹¹²¹, faire l'objet d'une prise en compte au titre des « circonstances

¹¹²⁰ TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale* (Bangladesh / Myanmar), arrêt, *op. cit.*, p. 114-115, §366-367 (les italiques sont de nous).

¹¹²¹ *Contra*. Sentence arbitrale, *Plateau continental de la mer d'Irlande* (France / Royaume-Uni), Décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 155-156, §25-28, spéc. §28 : « [l]a décision du Tribunal – est-il besoin de le dire – ne sera obligatoire que pour les parties au présent arbitrage ; elle ne créera ni droits ni obligations pour un Etat tiers quelconque, en particulier pour la République d'Irlande à l'égard de laquelle elle sera une *res inter alios acta* ». Affirmant l'effet relatif de la chose jugée, le Tribunal prolonge la ligne de délimitation entre la France et le Royaume-Uni sans craindre de la voir rencontrer les zones sur lesquelles l'Irlande pourrait avoir des prétentions légitimes.

pertinentes »¹¹²². Dans l'affaire relative à la délimitation du *Plateau continental* entre la Libye et Malte, la Cour, en rejetant la requête à fin d'intervention de l'Italie, rassurait néanmoins celle-ci en déclarant que « [l]'arrêt futur ne sera pas seulement limité dans ses effets par l'article 59 du Statut ; il sera exprimé sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers »¹¹²³. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre estimait que le Nicaragua n'était pas fondé à intervenir dans les aspects de délimitation maritime. En effet, s'il avait peut-être un intérêt juridique sur ces questions, celui-ci ne risquait pas d'être affecté par la future décision, et ce grâce à la méthode de délimitation elle-même, ayant vocation à prendre en compte « toutes les côtes et relations côtières » de la zone¹¹²⁴. Le fait de tenir compte des droits et intérêts des Etats tiers dans le contentieux territorial – en s'autolimitant, le cas échéant, dans le tracé de la frontière – s'inscrit désormais dans une jurisprudence constante. La Cour le rappelait dans son arrêt du 4 mai 2011 statuant sur la recevabilité de la requête du Costa Rica à fin d'intervention :

¹¹²² « Dans les affaires de délimitation maritime, [les circonstances pertinentes sont des] circonstances dégagées par le juge de l'examen des faits de l'espèce, auxquelles il reconnaît pertinence et qu'il met en balance en fonction du poids qu'il affecte à chacune d'entre elles. Elles reflètent la particularité du cas et donnent à celui-ci son individualité, font de lui un *unicum*. (...) La prise en compte de ces circonstances donne, ainsi, son fondement à l'appréciation de l'équité : configuration ou longueur de la côte, présence et situation d'îles, éventuellement intérêts de défense, sécurité et navigation, conduite des parties, *respect des intérêts et droits des tiers*, etc. » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 172, les italiques sont de nous). v. PANCRACIO J.-P., *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, p. 267 et p. 275. v. également WEIL P. « La technique "comme partie intégrante du droit international" : à propos des méthodes de délimitation des juridictions maritimes, in CARREAU D., DAUDET Y. et al., *Droits et libertés à la fin du XXème siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 358. *Contra* : v. LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer, Tome II, volume 1 : Délimitation*, *op. cit.*, p. 277-282, spéc. p. 280.

¹¹²³ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 27, §43.

¹¹²⁴ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 125, §77 : « [i]l arrive souvent, en pratique, qu'on doive tenir compte, pour procéder à une délimitation entre deux Etats, de la côte d'un Etat tiers, mais le fait de tenir compte, en tant que facteur géographique, de toutes les côtes et relations côtières dans le golfe de Fonseca pour effectuer une éventuelle délimitation entre deux Etats riverains (...) ne signifie aucunement que l'intérêt juridique d'un troisième Etat riverain du golfe (...) soit susceptible d'être affecté en raison même de cette délimitation ». v. également l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, dans laquelle la Cour rappelait qu'« [e]n matière de délimitation judiciaire, il est (...) courant de ne pas indiquer de point terminal précis afin de ne pas porter préjudice aux droits d'Etats tiers. (Voir par exemple *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 91, par. 30 ; *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 27, et *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 26-28, par. 21-23 ; ainsi que *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)), arrêt, C.I.J., Recueil 2002, par. 238, 245 et 307) » (CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, (Nicaragua c. Honduras), arrêt, 8 octobre 2007, p. 756, §312) ; ou encore l'affaire du *Différend territorial et maritime*, dans laquelle la Cour affirme qu'elle « a toujours pris soin de ne pas tracer de frontière pénétrant dans une zone où les droits d'Etats tiers sont susceptibles d'être affectés » (CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012, p. 707, §228).

« la Cour, *suivant en ceci sa jurisprudence*, lorsqu'elle tracera une ligne délimitant les espaces maritimes entre les deux Parties à la procédure principale, arrêtera, selon que de besoin, la ligne en question avant qu'elle n'atteigne la zone où les intérêts d'ordre juridique d'Etats tiers peuvent être en cause »¹¹²⁵. Comme l'expliquent les Juges RUDA, BEDJAOUI et JIMENEZ DE ARECHAGA, cette pratique judiciaire est inspirée de la pratique étatique. Dans leur opinion commune jointe à l'affaire du *Plateau continental (Libye / Malte)*, les Juges se réfèrent aux accords bilatéraux, notamment conclus aux fins de la délimitation des frontières maritimes dans les mers fermées ou semi-fermées (mer des Caraïbes, golfe Arabo-Persique, mer du Nord), qui « font finir la ligne de démarcation au point précis où cesse l'opposition entre les côtes directement opposées des parties et où commence une opposition différente par rapport aux côtes des Etats tiers »¹¹²⁶. Les Juges observent également que cette pratique étatique ne se limite pas au cadre bilatéral, et qu'elle reflète une attitude générale, nonobstant le principe de l'effet relatif des traités¹¹²⁷.

Cette prudence de la part du juge se remarque également lorsqu'aucune intervention n'a été sollicitée. La Cour se doit, indifféremment, de protéger les droits et intérêts des Etats tiers, même s'ils n'ont pas exercé leur droit au dépôt d'une requête à fin d'intervention ou encore si une telle requête a été rejetée. Ainsi, dans le litige relatif à la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, la Cour s'assure que « [l]es droits des Etats tiers dans les zones en question ne peuvent donc, d'aucune manière, être touchés par la délimitation que la Chambre est requise de tracer »¹¹²⁸. L'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* illustre également le principe. Au paragraphe 221 de l'arrêt, la Cour explique :

« [qu'elle] est désormais en mesure de déterminer le tracé de ce tronçon de la frontière maritime unique qui délimitera les mers territoriales des Parties. Elle relève toutefois auparavant qu'elle ne peut fixer le point situé le plus au sud de cette frontière, car

¹¹²⁵ CIJ, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 372, §89. Cela concerne également les frontières terrestres : v. BARDONNET D., « Frontières terrestres et frontières maritimes », *AFDI*, 1989, p. 57-59, spéc. p. 59 : « [a]insi les revendications des Etats tiers se trouvent-elles prises en considération dans le cadre d'un différend portant sur le plateau continental comme dans le cas d'un différend portant sur un territoire terrestre ».

¹¹²⁶ CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, opinion conjointe des Juges RUDA, BEDJAOUI et JIMENEZ DE ARECHAGA, p. 78, §7. v. également *Ibid.*, p. 79-80, §8-11.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 80, §12-13.

¹¹²⁸ CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*, p. 265, §19.

l'emplacement définitif de ce point est tributaire des limites des zones maritimes respectives de l'Arabie saoudite et des parties »¹¹²⁹.

Enfin, l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* s'impose comme exemple symptomatique, la Cour ayant veillé à préserver tout autant les droits de l'Etat ayant choisi d'intervenir – la Guinée équatoriale – et ceux de l'Etat n'ayant pas exercé son droit au dépôt d'une requête fondée sur l'article 62 – Sao-Tomé-et-Principe¹¹³⁰.

La prise en compte des intérêts des tiers par les parties elles-mêmes, dans leurs conclusions et arguments, révèle à quel point ce principe protecteur est ancré dans la jurisprudence de la Cour. La réplique hondurienne en l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* demande ainsi « à la Cour de dire et juger (...) [que] la frontière maritime unique séparant les juridictions maritimes du Honduras et du Nicaragua suit le parallèle 14°59, 8' de latitude nord jusqu'à atteindre la juridiction d'un Etat tiers »¹¹³¹. De même, à l'occasion du différend portant sur la *Délimitation maritime en mer Noire*, l'Ukraine souhaitait que la frontière soit délimitée jusqu'à ce qu'elle atteigne « un point où les droits d'Etats tiers sont susceptibles d'entrer en jeu »¹¹³². Dans les affaires relatives à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* et à la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos*, « [l]es Parties conviennent que la zone pertinente ne saurait comprendre

¹¹²⁹ CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt, 16 mars 2001, p. 109, §221 (les italiques sont de nous). v. également *Ibid.*, p. 115, §249, où la Cour adopte une attitude protectrice similaire vis-à-vis de l'Iran.

¹¹³⁰ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, *op. cit.*, p. 421 §238 : « pour déterminer la frontière maritime entre le Cameroun et le Nigéria, la Cour doit veiller à ne pas adopter une position susceptible d'affecter les droits de la Guinée équatoriale et de Sao-Tomé-Et-Principe (...). Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut qu'elle ne saurait statuer sur les demandes du Cameroun dans la mesure où celles-ci pourraient affecter les droits de la Guinée équatoriale et de Sao-Tomé-Et-Principe. Néanmoins, la simple présence de ces deux Etats, dont les droits pourraient être affectés par la décision de la Cour, n'empêche pas en soi celle-ci d'avoir compétence pour procéder à une délimitation maritime entre les Parties à l'instance portée devant elle, c'est-à-dire le Cameroun et le Nigéria ; mais la Cour devra rester pleinement consciente, comme toujours dans des situations de ce type, des limites qu'une telle présence impose à sa compétence ».

¹¹³¹ CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, *op. cit.*, p. 668, §18.

¹¹³² CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire* (Roumanie c. Ukraine), arrêt, 3 février 2009, p. 67, §12. Cette pratique est également suivie devant d'autres juridictions : v. TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, arrêt, *op. cit.*, p. 18, §31.

les espaces attribués à la Colombie par l'effet de l'arrêt de 2012 ni ceux attribués au Panama par l'effet de son traité bilatéral de 1980 avec le Costa Rica »¹¹³³.

La démarche est en outre suivie par d'autres instances juridictionnelles chargées de délimiter des frontières¹¹³⁴. Elle demeure toutefois critiquée quant à son efficacité. Ainsi, dans son opinion dissidente jointe à l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, le Juge TORRES BERNARDEZ exprime son inquiétude de voir les droits et intérêts de la Colombie menacés par l'arrêt, dès lors que la ligne de délimitation ne s'arrête pas au 82^{ème} méridien¹¹³⁵. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, les juges XUE, COT et MENSAH sont également dubitatifs quant à la préservation des intérêts des tierces parties¹¹³⁶. Une partie de la doctrine a également pu se montrer sceptique vis-à-vis de cette démarche judiciaire. E. JOUANNET, notamment, dans son article symptomatiquement intitulé « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », déclare :

« [i] semblerait que la Cour ait eu la tentation de fixer ici un principe nouveau de sauvegarde plus élargie des droits du tiers qui dépasse les champs d'application respectifs de l'article 59 et du principe de l'*Or monétaire*. Toutefois cette tentative pour se déprendre des principes déjà fixés implique inévitablement des conséquences graves dont il faut bien montrer les enjeux. En effet de deux choses l'une : soit l'article 59 offre une protection

¹¹³³ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 2 février 2018, p. 49, §117 (v. plus largement p. 49-50, §117-119).

¹¹³⁴ v. notamment Sentence arbitrale, *Second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)* (Yémen / Erythrée), Décision du 17 décembre 1999, RSA, vol. XXII, p. 372, §164 ; Sentence arbitrale, *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them* (Trinité-et-Tobago / Barbade), Décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, p. 210, §218 ; Sentence arbitrale, *Délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada*, op. cit., p. 292, §79 ; Sentence arbitrale, *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau* (Guinée / Guinée Bissau), Décision du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 187, §103-104 et p. 189, §108. v. sur ce point GONZALEZ G., « Règlement territorial et effets à l'égard des tiers », op. cit., p. 193-194 ; et TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, arrêt, op. cit., p. 114-115, §366-367 et p. 157, point 6 du Dispositif.

¹¹³⁵ CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, arrêt, op. cit., opinion dissidente du Juge TORRES BERNARDEZ, p. 824-825, §155-159, spéc. §156 : « [I]a présence du Nicaragua au nord du 15^{ème} parallèle et à l'est du 82^{ème} méridien ne peut que porter atteinte aux droits et intérêts de la Colombie, car cette dernière n'est plus protégée par la ligne de délimitation du traité de 1986 avec le Honduras et, en conséquence, est exposée à des revendications du Nicaragua au sud et à l'est de ladite ligne de délimitation. C'est la raison pour laquelle, à mon avis, la délimitation de l'arrêt au-delà du 82^{ème} méridien risque de porter atteinte aux droits et intérêts juridiques d'un Etat tiers qui n'a pas participé dans la présente instance ».

¹¹³⁶ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012, déclaration du Juge XUE, p. 749-750, §11-15 ; et déclaration du Juge ad hoc MENSAH, p. 766-767, §3.

suffisante en dehors de la seule hypothèse de l'*Or monétaire* et donc, quand la Cour exclut l'application de sa jurisprudence de 1954 (car les intérêts juridiques du tiers sont simplement "*affectés*" et ne font pas "*partie de l'objet du différend*"), elle peut statuer de la façon la plus large possible. Soit elle considère que l'article 59 offre une protection insuffisante, même dans les hypothèses non couvertes par la jurisprudence de l'*Or monétaire*, et alors elle fait appel à un principe de protection élargie des droits des tiers au procès ; c'est-à-dire qu'elle limite éventuellement sa compétence quand les intérêts juridiques d'un tiers sont simplement "*affectés*" par sa décision (hypothèse non couverte par le principe de l'*Or monétaire*). (...) Mais grand bien fasse aux Etats cette règle émergente car, outre qu'elle est totalement absente du Statut de la Cour, elle ouvre la porte à toutes les libertés pour le juge international car elle s'apparente beaucoup plus à un travail de conciliation entre les intérêts de chacun qu'à un jugement décidé suivant les principes du droit international »¹¹³⁷.

A l'inverse, la méthode protectrice de la Cour recueille l'assentiment d'A. PELLET, qui, tout en relevant que la jurisprudence est encore balbutiante (« *not yet completely consistent* »), y voit « *an elegant, simple and globally satisfactory solution* »¹¹³⁸.

¹¹³⁷ JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », *op. cit.*, p. 330-331, v. également *Ibid.*, p. 337 : « [o]n ne trouve nulle part inscrit dans le Statut ce fameux principe de l'impossibilité de statuer sur les droits d'un tiers au procès et rien, ensuite, dans la formulation littérale ou dans l'historique de la rédaction de l'article 59 n'atteste qu'il contient inclus en lui-même, ou qu'il présuppose, ou qu'il implique qu'on ne puisse se prononcer sur les droits d'un tiers au procès » ; et GONZALEZ G., « Règlement territorial et effets à l'égard des tiers », *op. cit.*, p. 191 : « [l]a spécificité du règlement territorial impose au juge, prisonnier des principes strictement entendus du consensualisme et de l'effet relatif du procès international, un enfermement propre à éviter tout effet à l'égard des Etats tiers, notamment de la région considérée. Par cet artifice, la Cour parvient à occulter la réalité géographique en créant un isolement forcé du problème qui lui est soumis ».

¹¹³⁸ PELLET A., « Land and Maritime Tripoints in International Jurisprudence », *op. cit.*, p. 260.

Conclusion du Chapitre V

Après avoir étudié les conditions d'admissibilité de l'intervention, que l'appréciation par la Cour de l'intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision future rend restrictives, l'examen des conséquences procédurales et substantielles qu'emporte l'intervention recevable a conduit à mettre en lumière la pratique judiciaire relative à la protection des Etats tiers dans le contentieux territorial. Cette protection opère, sommairement, lorsque le juge s'abstient de fixer un point ou une ligne de délimitation lorsque les intérêts d'un Etat tiers sont susceptibles d'être affectés. La question de savoir si elle doit être rattachée à une application partielle du principe de l'*Or monétaire*, à la règle de la relativité de la *res judicata*, ou s'il s'agit d'une création prétorienne autonome n'est pas tranchée, ni par la Cour, ni par la doctrine.

Il semble en outre opportun de s'interroger, dans ces propos conclusifs, sur l'effet utile de l'intervention. Comme le souligne E. DECAUX, « si la protection des tiers est assurée du fait même de l'article 59, on peut se demander quel effet utile conserve l'intervention »¹¹³⁹. L'intervention demeure l'unique moyen d'informer la Cour – quelle que soit, ainsi qu'étudié plus haut, l'issue quant à la recevabilité – des intérêts en cause. Elle est, en ce sens :

« [une] institution participant pleinement de la bonne administration de la justice, (...) [dont le développement] témoigne de la volonté des juridictions de rendre une justice équilibrée en tenant compte de tous les éléments utiles à la solution des différends et d'un souci de protection des intérêts juridiquement protégés largement entendus car dépassant la stricte notion de partie »¹¹⁴⁰.

Tandis que cette démarche s'avérait nécessaire quand la Cour n'avait pas encore établi clairement et durablement sa jurisprudence protectrice, on peut se demander

¹¹³⁹ DECAUX E., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental (Libye / Malte), arrêt du 3 juin 1985 », *op. cit.*, p. 282 ; v. également DE HOOGH A. J., « Intervention under Article 62 of the Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties », *LJIL*, 1993, p. 26 : « [y]et article 59 does not always adequately protect those interests, because if it would do this in all circumstances, why then were the provisions on intervention inserted into the Statute ? Surely not just to secure some procedural economy of means » ; v. aussi JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », *op. cit.*, p. 334 : « si l'on veut conserver un véritable sens à la procédure d'intervention prévue à l'article 62 du Statut, il faut accepter l'idée que l'article 59 protège insuffisamment les droits du tiers au procès ».

¹¹⁴⁰ LELARGE A., « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 », *op. cit.*, p. 43-44.

aujourd'hui si l'intervention en tant que non partie se révèle superflue, peut-être même obsolète, en tant que moyen auto-protecteur pour l'Etat tiers ; puisqu'il n'y a plus de *risque d'affectation* de ses intérêts, automatiquement protégés par le juge. Dès lors, l'institution de l'intervention en tant que non partie ne servirait plus la bonne administration de la justice – elle affecterait peut-être même celle-ci par ses effets dilatoires – en autorisant le juge à statuer en toute connaissance de cause, sauf à ce que les droits et intérêts des tiers ne soient pas clairement identifiables. Ce n'est que dans le cas où les droits et intérêts de l'Etat tiers doivent être préservés dans le cadre d'une situation particulière que l'intervention retrouve son caractère nécessaire en tant que moyen auto-protecteur et modalité de garantie d'une bonne administration de la justice. Un tel cas particulier s'est notamment présenté dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, dans laquelle la zone litigieuse – le Golfe de Guinée – présentait une configuration concave comptant cinq Etats riverains, et dépourvue de toute délimitation par voie d'accord bilatéral¹¹⁴¹.

Ainsi, les juges et arbitres internationaux s'efforcent de garantir la protection des tiers dans le contentieux territorial, et les parties elles-mêmes prennent en considération ce souci dans leurs demandes. Est-ce à dire que l'institution de l'intervention en défense d'un intérêt particulier est menacée ? Malgré la politique judiciaire restrictive de la Cour vis-à-vis de cette procédure incidente, conclure en ce sens serait mésestimer plusieurs bienfaits de l'intervention. Si la méthode protectrice employée par les juges est aujourd'hui bien établie, elle n'est pas sans faille et fait l'objet de critiques, ce qui peut conduire les tiers à tenter de protéger leurs droits et intérêts par tous les moyens possibles, y compris le recours à l'intervention. En outre, l'identification de situations particulières rendant nécessaire l'intervention relève de l'appréciation subjective des tiers, seuls titulaires du droit au dépôt d'une requête à fin d'intervention. Enfin, l'intervenant peut légitimement souhaiter influencer l'arrêt, même si celui-ci ne risque pas d'affecter ses droits ou intérêts ni de lui être opposable, en anticipant l'autorité du précédent qui s'appliquera, au-delà de la protection garantie par le principe de la relativité de la chose jugée¹¹⁴². En cela,

¹¹⁴¹ Pour des exemples de « situations particulières » justifiant l'intervention, telles que « la concavité d'une région maritime », « les côtes adjacentes ou limitrophes », les points triples ou quadruples, v. *Ibid.*, p. 316-319.

¹¹⁴² v. également *Ibid.*, p. 320 : « [o]n songe aux Etats (...) qui auraient eu du mal à se contenter du formalisme [de la protection de l'article 59], sachant par ailleurs que l'article 59 n'exclut pas l'article 38 §1, d, même si celui-ci réserve justement le cas de l'article 59, et que tous les Etats parties au Statut de la Cour ont d'une façon générale l'obligation de respecter ses arrêts. On ne saurait ignorer non plus que la force jugée

l'intervention en défense d'un intérêt particulier se confondrait presque avec l'institution de l'*amicus curiae*¹¹⁴³. Ainsi,

« l'intervention et le principe de l'autorité relative de la chose jugée font partie, l'un et l'autre, du système composite de protection des intérêts légitimes des tiers élaboré au sein des divers droits. Les fonctions protectrices de l'un et l'autre ne se confondent pas. En outre elles opèrent à des moments également différents par rapport au procès. Il n'y a donc pas de double emploi. Au contraire elles se complètent »¹¹⁴⁴.

Par ailleurs, l'intervention en tant que partie représente un véritable moyen de servir la bonne administration de la justice en réalisant une économie procédurale conséquente, autorisant la résolution d'un différend opposant – au moins – trois parties¹¹⁴⁵. Dans son arrêt du 2 février 2018 tranchant les différends entre le Nicaragua et le Costa Rica relatifs à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* et à la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos*, la Cour :

« observe que l'attribution d'un quelconque espace maritime à un Etat tiers aura une incidence sur la part de la zone pertinente qui revient à chaque Partie. Etant donné que l'espace maritime relevant d'Etats tiers ne peut être déterminé dans la présente instance, il est impossible à la Cour de définir avec précision quelle part de la zone pertinente revient à chaque Partie »¹¹⁴⁶.

Une intervention en tant que partie des Etats tiers intéressés (notamment la Colombie et le Panama) aurait pu permettre une résolution complète des aspects du différend relatifs à la délimitation maritime et ainsi « définir avec précision quelle part de

ne s'attache qu'au dispositif et que cependant certains motifs – qui ne lui sont pas directement rattachables – peuvent contenir des éléments de fond susceptibles d'avoir des incidences sur les tiers ».

¹¹⁴³ PALCHETTI P., « La protection des intérêts d'Etats tiers par la Cour internationale de justice : l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria », *op. cit.*, p. 883 : remarquant que la Cour, en l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, admet que l'intervention pourrait être admise en raison de l'intérêt de l'Etat tiers concernant la motivation de l'arrêt : « [o]n peut par ailleurs remarquer que dans ce cas la fonction de l'intervention finirait en substance par être assimilée à celle d'une participation en qualité d'*amicus curiae* ».

¹¹⁴⁴ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁴⁵ A supposer que la Cour accueille favorablement, à l'avenir, ce type d'intervention, en prenant ainsi ses distances avec la Chambre constituée pour connaître du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* qui affirmait « [p]ar définition, les procédures incidentes sont celles qui surviennent incidemment au cours d'une affaire déjà portée devant la Cour ou une chambre. Une procédure incidente ne saurait être une procédure qui transforme cette affaire en une affaire différente avec des parties différentes » (CIJ, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 134, §98).

¹¹⁴⁶ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *op. cit.*, p. 66, §164.

la zone pertinente revient à chaque partie ». En ce sens, E. JOUANNET affirme que l'intervention en tant que partie est, dans le cas de points triples ou quadruples, « [la] solution idéale, la seule qui soit réellement pertinente (...): c'est l'existence d'un consentement trilatéral donné à la Cour pour que soit réglée sur une base juridictionnelle contraignante la délimitation maritime entre les trois Etats concernés »¹¹⁴⁷.

Enfin, un assouplissement de la jurisprudence de la Cour, qui rapprocherait la fonction de l'intervenant en défense d'un intérêt particulier de celle d'un *amicus curiae*, est potentiellement envisageable. Aucune conclusion hâtive ne devrait être tirée de cet exemple isolé, il est néanmoins intéressant de se pencher sur l'intervention grecque dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. La Grèce a été autorisée à intervenir dans le différend opposant l'Allemagne à l'Italie, à la faveur d'une non-opposition des parties au différend principal, en ce qui concerne les décisions rendues par les tribunaux grecs et exécutées par voie d'*exequatur* par les juridictions italiennes.

On voit cependant mal en quoi l'intérêt grec est, dans ce cas, susceptible d'être affecté par la décision de la Cour¹¹⁴⁸. L'intérêt juridique grec existe, notamment en raison de procédures similaires pendantes en Grèce, mais il n'en va pas de même pour le risque d'affectation de cet intérêt. Lorsque la Cour décide que l'Italie a violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne et qu'elle devra « faire en sorte que les décisions qui contreviennent à l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international soient privées d'effet », il est clair que l'Italie dispose d'une liberté de choix dans les méthodes à employer pour parvenir à ce résultat¹¹⁴⁹, la Cour ne pouvant imposer une modalité en particulier. Il est tout aussi clair que dans un litige opposant l'Italie à l'Allemagne, la Cour ne peut déclarer que pareille obligation incombe à la Grèce, l'autorité relative de la chose jugée s'y opposant¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », *op. cit.*, p. 322. L'auteur vise également l'introduction d'une nouvelle requête (article 40 du Statut) comme « solution idéale » permettant à la Cour d'obtenir un consentement trilatéral.

¹¹⁴⁸ L'on conçoit en revanche sa potentielle affectation future par le jeu de l'autorité du précédent.

¹¹⁴⁹ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, 3 février 2012, p. 155, §139, point 4 du Dispositif.

¹¹⁵⁰ De la même manière, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour n'a fait pas fait droit aux demandes congolaises tendant à ce que la Cour déclare que l'obligation de réduire à néant le mandat d'arrêt international illicitement émis soit prononcée à l'égard d'Etats tiers au différend, en plus de la Belgique défenderesse (CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, *op. cit.*, p. 32, §77).

L'intervention grecque, qui ne s'inscrivait ici aucunement dans la défense d'un intérêt propre à l'Etat grec susceptible d'être mis en cause par la décision à rendre dans le différend opposant l'Allemagne et l'Italie, a toutefois été utile afin que la Cour dispose de toutes les informations relatives à l'affaire *Distomo*¹¹⁵¹, poursuivant ainsi un intérêt plus général que particulier. En l'occurrence, en autorisant l'intervention grecque, la Cour a, au moins une fois, répondu positivement à la question que se posait A. PELLET : « l'intervention [devant la CIJ] est-elle possible à des fins de pure information ? »¹¹⁵².

Cette forme d'intervention est alors à rapprocher de l'« intervention-influence » qui fait l'objet du chapitre suivant.

¹¹⁵¹ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, *op. cit.*, Déclaration écrite de la République hellénique, §§8-13 et 20-30, et CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, *op. cit.*, Observations écrites de l'Allemagne sur la Déclaration de la République hellénique du 3 août 2011, §1.

¹¹⁵² POIRAT F., SOREL J-M. (Dir.), *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : exercice ou abus de droit ?*, Paris, Pedone, 2001, p. 87.

CHAPITRE VI – L’INTERVENTION-INFLUENCE

Le second chapitre de ce titre consistera dans l’étude de la tierce intervention lorsque celle-ci a pour but d’influencer la décision. Ici, le tiers intervenant ne cherche pas dans l’intervention un moyen de protéger des intérêts personnels risquant d’être affectés par la décision finale ; il n’est pas menacé par l’autorité de la chose jugée, mais concerné par l’autorité de la chose interprétée. En exposant ses vues sur un point de droit ou de fait intéressant la juridiction aux fins de la résolution du différend porté devant elle, l’intervenant jouit d’un pouvoir d’influence sur la façon dont sera interprété, et donc appliqué, le droit positif. Qu’il s’agisse d’assurer une interprétation plus uniforme des conventions internationales, ou d’obtenir un éclairage sur certains aspects du litige, l’intervention-influence est de nature à favoriser la bonne administration de la justice dans la mesure où elle permet au juge de statuer en toute connaissance de cause. Deux formes d’intervention rentrent dans cette catégorie : l’une, institutionnalisée, formelle et au champ d’application limité, consiste dans l’intervention en interprétation d’une convention internationale (Section I). Il s’agit de permettre à un Etat de s’immiscer dans un litige pour expliquer au juge le sens à donner à des dispositions conventionnelles dont l’interprétation est essentielle à la résolution du différend. L’intervention en interprétation, confusément qualifiée d’« intervention de droit », figure dans les statuts et règlements du TIDM, de la CADH et de la CIJ. Seule cette dernière (ainsi que sa devancière, la CPJI) a, à ce jour, effectivement connu de cet incident de procédure. La seconde forme d’intervention-influence est informelle, et a un champ d’application tant *ratione materiae* que *ratione personae* remarquablement vaste. Il s’agit de l’intervention en qualité d’*amicus curiae* – du latin, littéralement, « ami de la Cour » (Section II). S’ils y sont invités par le juge, qui dispose d’un pouvoir quasi discrétionnaire en la matière, les amis de la Cour – dont l’identité balaie l’ensemble des sujets et acteurs du droit international – peuvent soumettre au juge leurs observations sur tout point de droit ou de fait soulevé par le litige. Le phénomène, relativement généralisé dans le contentieux international, témoigne d’une inexorable ouverture du procès international aux tiers.

Section I - L'intervention en interprétation d'une convention multilatérale

L'interprétation des conventions internationales vise à préciser le sens des dispositions qu'elles contiennent. Selon l'article 31 de 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 son but ». L'interprétation *authentique* est opérée de manière unilatérale ou collective par les parties à la convention. Elle se distingue de l'interprétation *non-authentique*, qui émane d'un tiers à la convention. Confier à une juridiction l'interprétation d'une convention multilatérale permet de trancher les différends opposant les parties au traité quant au sens à attribuer à ses dispositions¹¹⁵³. Dans ce cadre, l'« intervention en interprétation » permet à un Etat partie à une convention multilatérale d'intervenir dans un procès à l'occasion duquel l'interprétation de ladite convention est discutée, pour exposer ses vues. L'enjeu est de favoriser une application uniforme du droit conventionnel, en adoptant une interprétation acceptée par tous les Etats parties à la convention¹¹⁵⁴, même si ces Etats ne sont pas parties au différend – et *a fortiori* à l'instance – relatif à la mise en œuvre des dispositions conventionnelles litigieuses. L'intervention en interprétation est parfois qualifiée « d'intervention du droit international », ce qui peut paraître surprenant dans la mesure où sa portée est la plus limitée, tant *ratione materiae* que *ratione personae* : l'intervention requiert que l'interprétation d'une convention internationale multilatérale soit nécessaire à la résolution du litige. Le tiers intervenant, puisqu'il doit être partie à la convention en cause, ne peut être qu'un sujet de droit international¹¹⁵⁵. De fait, les cas jurisprudentiels correspondant à ce type de participation des tiers au procès sont quantitativement faibles. Néanmoins, cette appellation se justifie tout d'abord car l'intervention en interprétation

¹¹⁵³ Pour approfondir la question de l'interprétation des traités, v. notamment DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 275-291 ; BERLIA G., « Contribution à l'interprétation des traités », *RCADI*, 1965, p. 283-333 ; YASSEEN M. K., « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *RCADI*, 1976, p. 1-114.

¹¹⁵⁴ v. *supra*, Chapitre I, Section II, II, A.

¹¹⁵⁵ Dans le cadre de la fonction contentieuse de la CIJ, seuls les Etats peuvent intervenir sur le fondement de l'article 63 du Statut. L'article 34 paragraphe 3 du Statut prévoit néanmoins que « [l]orsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est mise en question dans une affaire soumise à la Cour, le Greffier en avise cette organisation et lui communique toute la procédure écrite ». Conformément au paragraphe 2 de cette même disposition, « [l]a Cour, dans les conditions prescrites par son Règlement, pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui lui seraient présentés par ces organisations de leur propre initiative ».

d'une convention internationale est inconnue du droit national¹¹⁵⁶, également, car il s'agit de l'intervention « historique » en droit international : « [c]ette forme d'intervention fut la première à être consacrée par un instrument multilatéral de droit international [la Convention de La Haye de 1899] »¹¹⁵⁷. L'intervention en interprétation est la seconde forme d'intervention admise par le Statut de la CIJ, dont l'article 63 se lit comme suit :

« 1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai.

2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès, et s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ».

L'intervention en interprétation est également possible devant le TIDM, dont l'article 32 du Statut¹¹⁵⁸ s'inspire des dispositions de l'article 63 précité, ainsi que devant la CADH¹¹⁵⁹. En l'absence de pratique devant ces deux juridictions, les développements suivants se concentreront sur le contentieux de la Cour de La Haye (CPJI et CIJ). Sur le modèle de l'analyse dédiée à l'intervention-protection fondée sur l'article 62 du Statut de la Cour ayant fait l'objet du chapitre précédent, l'étude de l'intervention en interprétation s'attachera d'abord à l'admissibilité de celle-ci, c'est-à-dire aux conditions de recevabilité d'une requête appréhendée par la Cour comme relevant de l'exercice d'un *droit* d'intervention (I), avant de se pencher sur les effets de l'intervention une fois celle-ci admise (II).

I- Les conditions de recevabilité de la déclaration d'intervention

L'article 63 du Statut de la Cour et les dispositions réglementaires le complétant imposent le respect de conditions de forme (A) et de fond (B).

A- Les conditions de forme

Ainsi que le précise l'article 63, paragraphe premier, il revient au Greffier de la Cour d'avertir les Etats intéressés afin que ceux-ci puissent faire valoir leur droit

¹¹⁵⁶ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 246.

¹¹⁵⁸ v. également, les dispositions d'application aux articles 100, 101, 102 et 104 du Règlement du Tribunal.

¹¹⁵⁹ v. les articles 50 et 51 du Protocole de la Cour de Justice et des droits de l'Homme.

d'intervention (1). Il appartiendra aux Etats désireux d'intervenir de satisfaire à certaines modalités quant au dépôt de la requête (2).

1- « L'avertissement » du Greffier

Aux termes de l'article 63, paragraphe premier, du Statut et conformément à l'article 26, paragraphe premier, lettre *a*) du Règlement de la Cour¹¹⁶⁰, c'est au Greffier de prévenir les Etats parties à une convention, mais non parties au litige dans lequel l'interprétation de cette convention viendra à être discutée, d'une telle situation et de la possibilité pour eux de déposer une déclaration d'intervention fondée sur l'article 63. En vertu de l'article 34, paragraphe 3, du Statut de la Cour, c'est également le rôle du Greffier d'« aviser » toute organisation internationale publique dès lors que l'interprétation de son acte constitutif ou de toute convention internationale adoptée en vertu de cet acte est en jeu dans une affaire¹¹⁶¹. Aucune organisation internationale n'a, à ce jour, souhaité donner suite à cette notification et soumettre ses observations à la Cour. Cela s'explique notamment par le fait que la notification est adressée au Secrétaire général de l'Organisation, qui n'est pas, en cette qualité, à même de fournir de telles informations à la

¹¹⁶⁰ « Dans l'exercice de ses fonctions, le Greffier sert d'intermédiaire pour les communications émanant de la Cour ou adressées à celle-ci et en particulier assure toutes communications, notifications et transmissions de documents prévues par le Statut ou le présent Règlement, en veillant à ce que la date de leur expédition et de leur réception puisse être facilement contrôlée ». v. également l'article 43 du Règlement.

¹¹⁶¹ Le Greffier de la CIJ a ainsi eu l'occasion d'aviser l'OACI (*Appel concernant la compétence de l'OACI* (Inde c. Pakistan), *Incident aérien du 3 juillet 1988* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)) ; l'ONU (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), les affaires *Licéité de l'emploi de la force*, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie) et *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie)) ; l'OEA (*Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Costa Rica), *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), *Différend maritime* (Pérou c. Chili), *Obligation de négocier un accès à l'océan pacifique* (Bolivie c. Chili), *Questions 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) et *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie)) ; l'ONU, l'OACI, l'OMS et l'UNESCO dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda) ; et la Commission baleinière internationale dans l'affaire *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)).

Cour dans le cadre de sa fonction contentieuse : il devrait réunir les Etats membres et c'est à eux qu'il reviendrait de soumettre, le cas échéant, leurs observations¹¹⁶².

Dans le cadre de la CPJI, le Greffier a « averti » les parties à une convention multilatérale dont l'interprétation était en cause dans le différend de leur possibilité d'user de leur droit d'intervention dans sept affaires¹¹⁶³. Seule la Pologne est intervenue, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*. Dans le cadre de la Cour actuelle, sur plus d'une quarantaine d'affaires¹¹⁶⁴ ayant donné l'occasion au Greffier de prévenir les tiers

¹¹⁶² v. CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, *op. cit.*, p. 72, §7. Ainsi, en pratique, la notification prévue par l'article 63, paragraphe 1, « absorbe » celle prévue à l'article 34, paragraphe 3.

¹¹⁶³ *Vapeur Wimbledon* (CPJI, *Rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°1, p. 159-160), *Lotus* (CPJI, *Troisième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°3, p. 222), *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex* (CPJI, *Septième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°7, p. 212, v. également p. 289-290), *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (*Ibid.*, p. 215), *Eaux territoriales entre Castellorizo et l'Anatolie* (retirée) (CPJI, *Huitième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°8, p. 263), *Oscar Chinn* (CPJI, *Onzième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°11, p. 127), *Phosphates du Maroc* (CPJI, *Douzième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°12, p. 194-195).

¹¹⁶⁴ *Protection des ressortissants et protégés français en Egypte* (France c. Egypte), *Droit d'asile* (Colombie / Pérou), *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (France c. Etats-Unis d'Amérique), *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), *Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c. Suède), *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Etats-Unis d'Amérique c. Bulgarie), *Appel concernant la compétence de l'OACI* (Inde c. Pakistan), *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France et Australie c. France), *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* (Pakistan c. Inde), *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras et Nicaragua c. Costa Rica), *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni et Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *Lagrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), les affaires *Licéité de l'emploi de la force*, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), *Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (RDC c. Rwanda), *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), *Délimitation maritime en mer Noire* (Roumanie c. Ukraine), *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), *Différend maritime* (Pérou c. Chili), *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), *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), *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (Bolivie c. Chili), *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), *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua) (à jour au 29/10/2018).

intéressés, l'intervention en interprétation n'a été sollicitée que dans quatre affaires¹¹⁶⁵. Aujourd'hui, l'utilité de cet avertissement est réduite du fait de divers facteurs :

« [L]es moyens d'information et de communication contemporains, la généralisation des notifications des actes introductifs d'instance au Secrétariat général des Nations Unies, aux membres des Nations Unies et aux autres Etats admis à ester devant la Cour (article 40 du Statut et 42 du Règlement), l'universalité atteinte par l'Organisation des Nations Unies elle-même¹¹⁶⁶ et, en général, l'intensité des rapports entre les Etats dans les relations internationales contemporaines »¹¹⁶⁷.

En tout état de cause, la « notification spéciale » du Greffier correspond à une formalité administrative qui ne conditionne aucunement l'exercice du droit d'intervention, ainsi que le précise l'article 82 paragraphe 3 du Règlement de la Cour, qui explique que la déclaration d'intervention « peut être déposée par un Etat qui se considère comme partie à la convention dont l'interprétation est en cause mais qui n'a pas reçu la notification prévue à l'article 63 du Statut ». Les Etats doivent néanmoins respecter diverses modalités quant au dépôt de leur déclaration d'intervention¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ *Haya de la Torre* (intervention de Cuba), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (déclaration d'intervention d'El Salvador), *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* (déclarations d'intervention des Samoa, Iles Salomon, Iles Marshall, Etats fédérés de Micronésie), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (intervention de la Nouvelle-Zélande).

¹¹⁶⁶ Comme l'expliquait le Juge SCHWEBEL, la notification de l'article 63, paragraphe 1, du Statut, n'avait pas lieu lorsqu'était en jeu l'interprétation de la Charte des Nations Unies : celle-ci était rendue superflue par le jeu de la notification faite en vertu de l'article 40, paragraphe 3 : « [e]n vertu d'une décision administrative prise (...) sous la présidence du juge Basdevant, puis confirmée par le Président Winiarski, le Greffier n'avertit pas systématiquement les Etats parties quand la Charte des Nations Unies est invoquée devant la Cour, ce qui s'explique en particulier par le fait que, lorsqu'une instance est introduite devant la Cour, l'article 40, paragraphe 3, du Statut oblige le Greffier à donner immédiatement communication de la requête aux Etats Membres des Nations Unies et aux autres Etats admis à ester devant la Cour. C'est pourquoi il a été décidé que, les Etats susceptibles d'intervenir en vertu de l'article 63 recevant déjà communication de la requête en application de l'article 40, il n'était pas nécessaire dans de tels cas de leur envoyer une nouvelle communication, même si leur attention n'avait pas été expressément attirée sur les dispositions de l'article 63 » (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance (intervention), 4 octobre 1984, opinion dissidente de M. SCHWEBEL, p. 233-234).

¹¹⁶⁷ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁶⁸ Une fois déposée, la déclaration d'intervention – tout comme la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 – sera transmise aux parties au différend principal et aux autres intéressés, conformément à l'article 83 du Règlement : « 1. Copie certifiée conforme de la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 du Statut ou de la déclaration d'intervention fondée sur l'article 63 du Statut est immédiatement transmise aux parties, qui sont priées de présenter des observations écrites dans un délai fixé par la Cour ou, si elle ne siège pas, par le Président. 2. Le Greffier transmet également copie de la requête ou de la déclaration : a) au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ; b) aux Membres des Nations Unies ; c) aux autres Etats admis à ester devant la Cour ; d) à tout autre Etat auquel a été adressée la notification prévue à l'article 63 du Statut ».

2- Les modalités du dépôt de la déclaration

Ainsi que le précise l'article 82, paragraphe 1, du Règlement de la Cour,

« [u]n Etat qui désire se prévaloir du droit d'intervention que lui confère l'article 63 du Statut dépose à cet effet une déclaration, signée comme il est indiqué à l'article 38, paragraphe 3, du présent Règlement. Cette déclaration est déposée le plus tôt possible avant la date fixée pour l'ouverture de la procédure orale. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, la Cour peut connaître d'une déclaration présentée ultérieurement ».

L'article 38, paragraphe 3, du Règlement concerne la signature des requêtes introductives d'instance¹¹⁶⁹. Il s'applique *mutatis mutandis* aux requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62 du Statut et aux déclarations d'intervention fondées sur l'article 63. La déclaration d'intervention doit, de surcroît, indiquer le nom de l'agent, l'affaire qu'elle concerne et la convention internationale mise en cause (article 82, paragraphe 2, du Règlement). L'Etat désireux d'intervenir doit la « dépos[er] le plus tôt possible avant la date fixée pour l'ouverture de la procédure orale ». Dans l'affaire *Haya de la Torre*, le Gouvernement de Cuba a déposé sa déclaration d'intervention le 15 février 1951, avant même la clôture de la procédure écrite (le délai pour le dépôt du contre-mémoire du défendeur étant fixé au 15 mars de la même année). A l'occasion de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, El Salvador a transmis sa déclaration d'intervention « deux jours avant l'expiration du délai imparti pour la présentation des pièces de la procédure écrite relatives à la compétence et à la recevabilité »¹¹⁷⁰. Dans le cadre de l'instance consacrée à la *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*, des déclarations d'intervention ont été fournies par les Gouvernements du Samoa et des Iles Salomon et par les Gouvernements des Iles Marshall et des Etats fédérés de Micronésie, respectivement les 24 et 25 août 1995, soit trois et quatre jours après le dépôt de la requête (des pièces de procédure écrite ont été déposées jusqu'au 5 septembre de la même année). Enfin, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*

¹¹⁶⁹ « L'original de la requête est signé soit par l'agent de la partie qui l'introduit soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays où la Cour a son siège, soit par une autre personne dûment autorisée. Si la requête porte la signature d'une personne autre que le représentant diplomatique, cette signature doit être légalisée par ce dernier ou par l'autorité compétente du ministère des affaires étrangères du demandeur ».

¹¹⁷⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 26 novembre 1984, p. 17, §7.

dans l'Antarctique, c'est le 20 novembre 2012 que la Nouvelle-Zélande a communiqué sa déclaration d'intervention. Ici, le dépôt apparaît tardif : la notification faite par le Greffier aux Etats parties à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine datait du 9 décembre 2011, et la dernière pièce de procédure écrite avait été déposée le 9 mars 2012. Néanmoins, selon la Nouvelle-Zélande, la déclaration d'intervention a été déposée « à la première occasion s'offrant raisonnablement à elle » et « avant la date fixée pour l'ouverture de la procédure orale »¹¹⁷¹. La Cour reconnaît, dans son ordonnance portant sur la recevabilité de l'intervention, que « la Nouvelle-Zélande a satisfait aux conditions énoncées à l'article 82 du Règlement »¹¹⁷².

Ainsi, la CIJ n'a jamais été confrontée au problème d'une déclaration d'intervention déposée hors-délai. Sans doute, la Cour est soucieuse de protéger les parties à l'instance de tout effet dilatoire induit par la procédure incidente et considère, par analogie, que la déclaration d'intervention, comme la requête, doit être déposée en temps utile¹¹⁷³. La bonne administration de la justice commande néanmoins à la Cour de faire preuve de souplesse – *a fortiori* dans le cadre d'une intervention dite « de droit » – et les dispositions du Règlement l'y autoriseront, le cas échéant, puisqu'une déclaration déposée tardivement peut-être prise en compte « dans des circonstances exceptionnelles ».

Il convient de remarquer que le délai prévu ici est distinct de celui imposé pour le dépôt de la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62, qui fait référence à la clôture de la procédure écrite (article 81, paragraphe 1, du Règlement). Cette différence s'explique par la plus grande complexité des requêtes à fin d'intervention fondées sur l'article 62, qui doivent faire état d'un « intérêt » en cause pour l'Etat désireux d'intervenir, la Cour devant non seulement statuer sur l'existence d'un tel intérêt, mais également sur l'existence d'un risque d'affectation de celui-ci. Dans le cadre de l'intervention en interprétation, le travail de la Cour quant à la recevabilité est plus simple, celle-ci devant se limiter à constater la réunion des conditions de fond posées par l'article 82, paragraphe 2, du Règlement.

¹¹⁷¹ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), ordonnance (intervention), 6 février 2013, p. 6, §9.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 9, §19.

¹¹⁷³ CIJ, *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance (mesures conservatoires), *op. cit.*, p. 14, §19 et CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), *op. cit.*, p. 585, §21.

B- Les conditions de fond

Aux termes de l'article 82, paragraphe 2, du Règlement de la Cour,

« [l]a déclaration indique le nom de l'agent. Elle précise l'affaire et la convention qu'elle concerne et contient :

- a) des renseignements spécifiant sur quelle base l'Etat déclarant se considère comme partie à la convention ;
- b) l'indication des dispositions de la convention dont il estime que l'interprétation est en cause ;
- c) un exposé de l'interprétation qu'il donne de ces dispositions ;
- d) un bordereau des documents à l'appui, qui sont annexés ».

Ainsi que nous l'avons vu s'agissant de la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62, la condition relative au bordereau n'est pas spécifique aux requêtes et déclarations à fin d'intervention, mais concerne le dépôt de toute pièce de procédure. Par ailleurs, la fourniture d'un bordereau n'est nécessaire que si des documents sont annexés, l'opportunité d'en annexer ou non étant laissée à la discrétion de l'Etat. Les termes de la Cour permanente dans son arrêt sur la *Question d'intervention de la Pologne* en l'affaire *Wimbledon* énoncent clairement les deux conditions de fond à réunir aux fins de l'admissibilité de l'intervention : « [il suffit] de constater, dans l'espèce, que l'interprétation de certaines clauses du Traité de Versailles est en jeu dans l'affaire et que la République polonaise figure au nombre des Etats ayant participé à ce traité »¹¹⁷⁴. Dès lors, afin de s'assurer que les conditions de fond prescrites par le Règlement sont remplies, la Cour devra s'assurer que l'interprétation d'une convention multilatérale est en cause dans le litige (2) et que l'Etat déclarant participe à ce traité (1).

1- La « participation » de l'Etat déclarant

Selon la formulation de l'article 63 du Statut, l'Etat tiers désireux d'intervenir doit avoir « participé » à la convention. La terminologie choisie est peu précise. La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, dont la plupart des dispositions relèvent du droit coutumier, précise que « [l]es expressions “ratification”, “acceptation”, “approbation” et “adhésion” s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi

¹¹⁷⁴ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt, *op. cit.*, p. 13.

dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité » (article 2, paragraphe 1, lettre *b*). Le terme « participé » n'est employé que dans le cadre de l'expression « [Etat] ayant participé à la négociation », qui « s'entend d'un Etat ayant participé à l'élaboration et à l'adoption du texte du traité » (article 2, paragraphe 1, lettre *e*). Qu'est-ce, alors, qu'un « Etat ayant participé à une convention » ? Il ressort des travaux préparatoires du Statut de la CPJI que la « participation » à une convention s'entend d'une ratification non suivie d'une dénonciation. Il faut alors que l'Etat désireux d'intervenir soit *partie* à la convention. L'article 82 du Règlement précise en effet que l'Etat déclarant doit fournir des « renseignements spécifiant sur quelle base [il] se considère comme partie à la convention » (article 82, paragraphe 2, lettre *a*). La Convention de Vienne définit avec précision ce qu'il faut entendre par la formule « Etat partie » : il s'agit d'un « Etat qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur ». Il appartiendra alors à la Cour de vérifier la réunion des deux éléments que sont le consentement¹¹⁷⁵ et l'entrée en vigueur¹¹⁷⁶. Plusieurs problèmes peuvent se poser quant à la participation *effective* d'un Etat à une convention, par exemple en cas de succession d'Etats, de réserves au traité, de clause fédérale. Aucune de ces difficultés n'est pour l'instant survenue dans le cadre de la CPJI ni de la CIJ, s'agissant de vérifier si les Etats déclarants « participent » à la convention en cause.

Dans l'affaire *Haya de la Torre*, Cuba s'appuyait sur la notification faite par le Greffier à son Gouvernement, en raison de sa qualité de partie à la Convention de La Havane portant sur le droit d'asile¹¹⁷⁷. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, les gouvernements des Iles Salomon, des Etats fédérés de Micronésie, des Iles Marshall et des Iles Samoa faisaient état de leur qualité de partie à la Convention de Nouméa¹¹⁷⁸. Enfin, la Nouvelle-Zélande fournissait dans sa déclaration d'intervention les renseignements relatifs à l'entrée en vigueur de son adhésion à la Convention internationale pour la réglementation

¹¹⁷⁵ v., en particulier, les articles 11 à 17 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

¹¹⁷⁶ v., notamment, les articles 24, 25, 42, 46 à 62 et 64 de la Convention.

¹¹⁷⁷ CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), Déclaration d'intervention de Cuba, 13 mars 1951, p. 117.

¹¹⁷⁸ CIJ, *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), Requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut – Déclaration d'intervention au titre de l'article 63 du Statut soumises par le Gouvernement des Iles Salomon, 24 août 1995, p. 8-9, §27 ; *Ibid.*, Requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut – Déclaration d'intervention au titre de l'article 63 du Statut soumises par le Gouvernement des Etats fédérés de Micronésie, 24 août 1995, p. 9-10, §27 ; *Ibid.*, Requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut – Déclaration d'intervention au titre de l'article 63 du Statut soumises par le Gouvernement des Iles Marshall, 24 août 1995, p. 8-9, §27 ; *Ibid.*, Requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut – Déclaration d'intervention au titre de l'article 63 du Statut soumises par le Gouvernement des Iles Samoa, 24 août 1995, p. 8, §27.

de la chasse à la baleine¹¹⁷⁹. Seule la déclaration salvadorienne déposée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* s'abstenait de toute référence à une convention internationale¹¹⁸⁰.

Afin que l'intervention en interprétation soit recevable, l'interprétation de la convention à laquelle l'Etat déclarant « participe » doit être en jeu dans le différend, au titre de la *ratio decidendi*.

2- L'interprétation d'une convention multilatérale

L'intervention en interprétation suppose que l'interprétation d'une convention multilatérale soit en cause dans le différend entre les parties principales. L'article 82 du Règlement prescrit d'ailleurs à l'Etat déclarant de « préciser la convention concernée » (article 82, paragraphe 2), « [d'indiquer les dispositions conventionnelles] dont il estime que l'interprétation est en cause » (article 82, paragraphe 2, lettre *b*)), et de fournir « un exposé de l'interprétation qu'il donne de ces dispositions » (article 82, paragraphe 2, lettre *c*)). La convention dont il s'agit doit être une convention multilatérale, réunissant au moins trois parties (les Etats parties au différend principal et l'Etat désireux d'intervenir). La définition du traité énoncée par la Convention de Vienne peut être rappelée ici, en ce que qu'elle souligne tant la nécessité d'avoir un acte « écrit » et « consigné » (ce qui permet, notamment, au Greffier d'identifier les Etats destinataires de la notification spéciale) que l'absence de formalisme caractérisant le droit conventionnel : « [L]'expression “traité” s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs

¹¹⁷⁹ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), Déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande, 20 novembre 2012, p. 9, §14.

¹¹⁸⁰ El Salvador expliquait les raisons de son « intervention de plein droit » ainsi : « [L]e Gouvernement du Nicaragua ayant, de façon délibérément erronée, affirmé devant la Cour qu'El Salvador n'estimait pas être l'objet d'attaques armées de la part du Nicaragua, la République d'El Salvador n'a pas d'autre choix, devant ces allégations fallacieuses, que de prendre part à la procédure issue de la requête du Nicaragua du 9 avril 1984. La République d'El Salvador déclare donc, conformément à l'article 63 du Statut de la Cour et à l'article 82 de son Règlement, intervenir de plein droit dans la phase en cours de la procédure (...). En intervenant ainsi, El Salvador a pour but unique et limité de faire valoir que la Cour n'a pas compétence pour connaître de la requête du Nicaragua et des demandes qui y sont énoncées, qu'elle doit pour de multiples raisons déclarer ne pas pouvoir donner suite à cette requête et à ces demandes, et que ladite requête et lesdites demandes sont irrecevables » (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Déclaration d'intervention de la République d'El Salvador (Article 63 du Statut), 15 août 1984, p. 3).

instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »¹¹⁸¹. L'interprétation d'une convention doit en outre constituer, sinon l'aspect principal, du moins un aspect décisif¹¹⁸², du litige dans lequel l'Etat déclarant prétend intervenir :

« [a]insi, si la contestation entre les parties au principal concerne une convention, mais non son interprétation, dans un cas d'espèce, les Etats tiers n'auront pas le droit d'intervenir au procès en vertu de l'article 63 du Statut de la Cour. Le droit d'intervention de cette disposition ne s'étend pas à des situations dans lesquelles ce qui est en litige entre les parties relève d'aspects du droit des traités autres que l'interprétation (conclusion, application, validité, terminaison, etc.) »¹¹⁸³.

En pratique, le litige se rapportant au *Vapeur Wimbledon* puisait sa source dans l'interprétation de l'article 380 du Traité de Versailles¹¹⁸⁴ et la Pologne souhaitait intervenir – invoquant dans sa requête l'article 62 du Statut, base juridique qui sera changée ultérieurement en faveur de l'article 63¹¹⁸⁵ – « [c]onsidérant [qu'elle] a participé au Traité de Versailles »¹¹⁸⁶. Dans l'affaire *Haya de la Torre*, l'interprétation de la Convention de La Havane était clairement en cause¹¹⁸⁷, et c'est pour soumettre son interprétation de ladite convention que le Gouvernement cubain est intervenu¹¹⁸⁸. De même, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, le différend australo-japonais portait sur l'interprétation de la Convention pour la réglementation de la chasse à la baleine et en particulier sur l'article VIII de celle-ci, autorisant la pêche à des fins scientifiques¹¹⁸⁹. La Nouvelle-Zélande estimait précisément que l'interprétation de cet article était en cause dans le différend, et exposait ses vues sur la question¹¹⁹⁰.

¹¹⁸¹ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, article 2, paragraphe 1, lettre *a*). *v.* en outre l'analyse de S. TORRES BERNARDEZ sur la question de savoir si la convention en cause peut être le Statut de la Cour : TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 309-312.

¹¹⁸² CPJI, *Neuvième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°9, p. 166 : « (...) la convention dont il s'agit au sens de l'article 63 du Statut, est celle dont, *prima facie*, l'interprétation est décisive pour la solution de l'affaire ».

¹¹⁸³ TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁸⁴ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, Requête introductive d'instance du 16 janvier 1923, p. 6.

¹¹⁸⁵ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁸⁶ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, Requête aux fins d'intervention du 22 mai 1923, p. 9.

¹¹⁸⁷ CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), Requête introductive d'instance, 13 décembre 1950, p. 8-9.

¹¹⁸⁸ CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), Déclaration d'intervention du Gouvernement de Cuba, *op. cit.*, p. 119-121.

¹¹⁸⁹ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), Requête introductive d'instance, 31 mai 2010, p. 5-11.

¹¹⁹⁰ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), Déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande, *op. cit.*, p. 9-19.

En principe, la Cour statue prioritairement sur l'admissibilité de la déclaration d'intervention, le cas échéant après avoir entendu les parties¹¹⁹¹. L'intervention en interprétation est dite « de droit » car sa recevabilité s'impose à la Cour dès lors que l'Etat désireux d'intervenir est effectivement partie à la convention en cause et que l'interprétation de cette dernière semble véritablement en jeu dans l'affaire au principal¹¹⁹².

II- Les effets de l'intervention recevable

Le but de l'intervention fondée sur l'article 63 est de permettre une interprétation harmonisée des conventions multilatérales. Une fois la déclaration d'intervention jugée recevable, l'article 86 du Règlement régit la procédure (A) permettant à l'intervenant d'exposer ses vues quant au sens à donner aux dispositions conventionnelles litigieuses (B).

A- Les effets procéduraux

L'article 86 du Règlement de la Cour règle la procédure d'intervention fondée sur l'article 63, dès lors que la Cour a statué favorablement sur son admissibilité. Cette disposition précise :

« 1. Si une intervention fondée sur l'article 63 du Statut est déclarée recevable, l'Etat intervenant reçoit copie des pièces de procédure et des documents annexés et a le droit de présenter, dans un délai fixé par la Cour ou, si elle ne siège pas, par le Président, des observations écrites sur l'objet de l'intervention.

¹¹⁹¹ Article 84 du Règlement : « 1. La décision de la Cour sur l'admission d'une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 du Statut ou la recevabilité d'une intervention fondée sur l'article 63 du Statut est prise par priorité à moins que, vu les circonstances de l'espèce, la Cour n'en décide autrement. 2. Si, dans le délai fixé conformément à l'article 83 du présent Règlement, il est fait objection à une requête à fin d'intervention ou à la recevabilité d'une déclaration d'intervention, la Cour entend, avant de statuer, l'Etat désireux d'intervenir ainsi que les parties ». Des audiences ont ainsi été tenues dans les affaires *Haya de la Torre* (v. Procès-verbaux des séances publiques tenues au Palais de la Paix, La Haye, le 15 mai 1951, sous la présidence de M. BASDEVANT, Président) et *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* (v. séances publiques tenues les lundi 11 septembre et mardi 12 septembre 1995 au Palais de la Paix, sous la présidence de M. BEDJAOU, Président).

¹¹⁹² L'intervention-protection fondée sur l'article 62 s'impose également à la Cour lorsque sont réunies les conditions posées par cette disposition et l'article 81 du Règlement. Néanmoins, la marge de manœuvre laissée à la Cour dans l'appréciation de l'intérêt juridique de l'intervenant rend assez peu crédible la qualification « d'intervention de droit » pour désigner la procédure établie par l'article 62. v. sur ce point KOLB R., *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, p. 937-938.

2. Ces observations sont communiquées aux parties et à tout autre Etat autorisé à intervenir. L'Etat intervenant a le droit de présenter au cours de la procédure orale des observations sur l'objet de l'intervention ».

L'article 60 du Règlement de 1922 déclarait que la Cour (ou son Président si celle-ci ne siège pas) « prend les mesures nécessaires pour permettre à l'Etat intervenant de prendre connaissance des documents de l'affaire, pour autant qu'ils concernent l'interprétation de la convention en cause, et de soumettre à la Cour ses observations à ce sujet ». La révision de 1926 transférait au Greffier la tâche de transmettre les pièces de procédure écrite, alignant ainsi le texte sur la pratique judiciaire. En 1936, le texte prévoyait la participation de l'Etat intervenant à la procédure orale. En pratique, l'intervenant dépose ses observations en même temps que sa déclaration d'intervention, l'article 82 lui imposant de soumettre ses vues sur l'interprétation à donner des dispositions conventionnelles en cause. Dans les trois cas d'intervention en interprétation qu'a connus la Cour de La Haye, les intervenants ont en outre participé à la procédure orale.

Par ailleurs, la question des rapports entre l'Etat intervenant et l'autorité de la chose jugée est abordée par le Statut. L'article 63 paragraphe 2 prévoit que si un Etat exerce le droit d'intervention prévu au paragraphe premier, « l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ». L'opposabilité aux intervenants de l'interprétation donnée par la Cour, par extension du principe de l'autorité relative de la chose jugée, est toujours apparue aux rédacteurs du Statut comme une conséquence logique du droit d'intervention. Elle favorise une application uniforme de ces traités. Le « risque » de l'opposabilité que le tiers intervenant doit assumer peut contribuer à expliquer le peu de pratique afférente à cette disposition.

Sans doute, on doit se réjouir que la question de l'autorité de la décision de justice à l'égard de l'intervenant soit réglée par les textes de base, évitant ainsi les doutes et positions contradictoires que connaît cette même question lorsqu'elle se pose dans le cadre de l'intervention-protection. Il est néanmoins permis de questionner qu'il s'agisse véritablement d'étendre à l'Etat intervenant l'autorité de la chose jugée d'ordinaire limitée aux parties. En effet, le dispositif de l'arrêt ne concerne pas, *a priori*, l'Etat qui intervient dans le cadre de l'article 63 : l'intervenant ne cherche pas à protéger un intérêt propre en

cause dans le différend principal et risquant d'être affecté par la décision à rendre¹¹⁹³. L'Etat intervenant est en revanche concerné par les motifs de l'arrêt qui contiendront l'interprétation des dispositions conventionnelles litigieuses. Ces motifs peuvent être considérés comme étant revêtus de l'autorité de la chose jugée, dans la mesure où l'interprétation de la convention multilatérale, qui justifie le droit d'intervention fondé sur l'article 63, doit être en cause dans l'affaire au titre de la *ratio decidendi*. Cela suppose de retenir une acception plus extensive de la notion d'autorité relative de la chose jugée que celle tendant à considérer que celle-ci se limite au dispositif de l'arrêt. En retenant une conception restrictive de la notion, il est possible d'estimer que les motifs de l'arrêt contenant l'interprétation de la convention multilatérale bénéficient d'une autorité de chose interprétée. Dans ce cadre, l'interprétation de la convention multilatérale s'imposera à tous les Etats tiers concernés par cet instrument, qu'ils soient intervenus ou non dans l'instance, en vertu de l'autorité du précédent juridictionnel¹¹⁹⁴. La situation de l'Etat tiers intervenant, à l'égard duquel l'interprétation est « également obligatoire » par le biais d'une extension de l'autorité relative de la chose jugée, appliquée aux motifs qui en constituent le support essentiel, présentera néanmoins quelques particularités. Dans la mesure où l'interprétation retenue à l'occasion de l'instance dans laquelle il est intervenu lui sera opposable, le tiers pourrait se voir refuser de contester une telle interprétation dans le cadre d'une nouvelle instance à laquelle il serait partie et ainsi perdre la possibilité de tenter d'obtenir un revirement (ou un assouplissement) de la jurisprudence de la Cour sur ce point.

Par ailleurs, les articles 60 et 61 du Statut, respectivement consacrés à l'interprétation et à la révision d'un arrêt rendu par la Cour, semblent réserver aux seules

¹¹⁹³ Une intervention fondée à la fois sur l'article 62 et sur l'article 63 est cependant envisageable, dans le cas où l'Etat désireux d'intervenir a un intérêt juridique en cause dans l'affaire qui risque d'être affecté par la future décision, tout en étant partie à une convention multilatérale dont l'interprétation est en cause. Des requêtes et des déclarations à fin d'intervention fondées respectivement sur les articles 62 et 63 ont été déposées dans l'affaire relative à la *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).

¹¹⁹⁴ L'IDI avait suggéré d'inscrire dans le droit conventionnel cette conséquence : « [d]ans sa résolution sur l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la CIJ, l'Institut de droit international, à sa session de Grenade en 1956, avait fait la proposition suivante : *Si, dans une convention multilatérale contenant une clause consacrant la juridiction obligatoire de la Cour, on désire inscrire une disposition rendant obligatoire pour toutes les Parties à ladite convention, un arrêt relatif à l'interprétation de la convention, rendu par la CIJ, cette disposition pourrait prendre la forme suivante : "Les Hautes parties contractantes conviennent que, si un ou plusieurs Etats saisissent la Cour d'une demande tendant à obtenir l'interprétation d'une convention, la décision rendue par la Cour sera obligatoire pour toutes les Parties à la Convention (qu'elles aient ou non usé de la faculté d'intervention que leur donne le Statut de la Cour)"* » (Ann. IDI, Session de Grenade, 1956, vol. 46, p. 361, cité in SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *op. cit.*, p. 26-27).

parties la possibilité de demander que la décision fasse l'objet d'une interprétation ou d'une révision¹¹⁹⁵. Pour l'heure, la pratique contentieuse ne permet pas de déterminer si le tiers intervenant peut jouir de telles prérogatives, s'agissant des aspects de l'affaire sur lesquels porte l'intervention.

Substantiellement, c'est la manière dont la Cour va interpréter la convention multilatérale qui intéresse le tiers : l'intervention porte sur les motifs de l'arrêt et a pour but d'influencer le raisonnement de la juridiction.

B- Les effets substantiels

S'interroger sur les effets substantiels d'une demande recevable d'intervention revient à se demander si, et le cas échéant, dans quelle mesure l'intervenant a pu influencer la Cour dans la détermination du sens à donner aux dispositions conventionnelles litigieuses. Il est difficile d'apporter une réponse claire à cette question, la Cour n'ayant jamais déclaré expressément s'appuyer sur l'interprétation fournie par l'intervenant. Dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la Pologne s'était rangée du côté des demandeurs¹¹⁹⁶, qui ont obtenu gain de cause en l'affaire. La Cour permanente ne se réfère à aucun moment, dans son arrêt, aux observations polonaises. Dans l'affaire *Haya de la Torre*, l'interprétation cubaine de la Convention de La Havane en cause dans le différend concluait que l'Etat territorial a l'obligation d'accorder un sauf-conduit au réfugié, pour que celui-ci puisse se rendre en toute sûreté sur le territoire de l'Etat hôte¹¹⁹⁷. Dans sa décision finale, la Cour n'aura pas l'occasion de se prononcer sur l'obligation d'accorder un sauf-conduit, puisqu'elle « [conclut] que l'asile doit prendre fin mais que le Gouvernement de la Colombie n'est pas obligé de s'acquitter de cette obligation en remettant le réfugié aux autorités péruviennes »¹¹⁹⁸. Seule l'affaire de la *Chasse à la baleine* permet alors d'appréhender les effets substantiels de l'intervention, bien qu'il faille relativiser, compte tenu du fait que l'intervenant s'aligne sur de nombreux points avancés

¹¹⁹⁵ Selon l'article 60 : « [l']arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie ». Selon l'article 61, paragraphe 1, « [l]a révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer » (les italiques sont de nous).

¹¹⁹⁶ CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁹⁷ CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), Déclaration d'intervention de Cuba, *op. cit.*, p. 119-121.

¹¹⁹⁸ CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), arrêt, 13 juin 1951, p. 82.

par le demandeur. Selon l'Etat néozélandais, c'est l'interprétation de l'article VIII (particulièrement le paragraphe premier) de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine qui est en cause dans l'affaire¹¹⁹⁹.

Selon la Nouvelle-Zélande, le sens qu'il convient de donner à cette disposition est le suivant :

« a) L'article VIII fait partie intégrante du système de réglementation collective établi par la convention et ne constitue pas une dérogation à ce régime. En tant que tel, l'article VIII ne saurait être appliqué pour autoriser des activités de chasse à la baleine lorsque celles-ci ont pour effet de soustraire un Etat partie aux autres obligations de la convention ou de porter atteinte à son objet et à son but.

b) Seules peuvent être menées sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la convention des activités de chasse à la baleine respectant les conditions énoncées à l'article VIII.

c) L'article VIII n'autorise un gouvernement contractant à délivrer un permis spécial qu'aux seules fins de la recherche scientifique. Le but dans lequel un permis spécial est délivré doit pouvoir être établi de manière objective en prenant en compte la méthodologie, la conception d'ensemble et les caractéristiques du programme, y compris son ampleur, sa structure, ses modalités d'exécution et ses résultats.

d) L'article VIII exige d'un gouvernement contractant qui délivre un permis spécial qu'il limite le nombre de baleines tuées en vertu de ce permis au minimum indispensable, c'est-à-dire à un niveau proportionné à la réalisation des objectifs de ses recherches, et qu'il soit en mesure de démontrer qu'il ne sera pas porté préjudice à la conservation des stocks.

e) Un gouvernement contractant qui délivre un permis spécial doit s'acquitter de son devoir de coopération effective et démontrer qu'il a dûment tenu compte des vues du comité scientifique et de la commission.

f) Seules sont autorisées par l'article VIII les activités de chasse à la baleine soumises à un permis spécial qui réunissent les trois conditions prescrites par cet article et exposées ci-dessus »¹²⁰⁰.

A l'audience, l'Etat intervenant réitère ses explications quant au sens à donner à l'article VIII de la Convention, et s'autorise à apprécier la conduite de l'Etat défendeur : « [I]e Japon cherche à embrouiller la détermination de ce qu'est la recherche scientifique,

¹¹⁹⁹ L'article VIII, paragraphe 1 de la Convention se lit comme suit : « [n]onobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes ; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé ».

¹²⁰⁰ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), Déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande, *op. cit.*, p. 37-38, §114 et CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenante)), arrêt, *op. cit.*, p. 240, §26.

et à s'arroger le droit de décider si un programme de chasse à la baleine poursuit effectivement un objectif scientifique »¹²⁰¹. Des questions sont posées aux parties au différend, ainsi qu'à la Nouvelle-Zélande¹²⁰². Dans l'arrêt sur le fond, s'agissant de l'interprétation de l'article VIII de l'instrument conventionnel, la Cour prend en compte les positions que la Nouvelle-Zélande a développées dans sa déclaration d'intervention et complétées lors de la procédure orale. La Cour en fait état de la même manière qu'elle expose les positions des parties¹²⁰³ et suivra l'Australie et la Nouvelle-Zélande sur l'objectivité du critère d'examen¹²⁰⁴ en estimant que l'article VIII doit s'interpréter à la lumière de l'objet et du but de la convention¹²⁰⁵, et :

« que l'article VIII confère à un Etat partie à la convention le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de permis spécial ou de préciser les conditions de l'octroi d'un tel permis [mais que, toutefois], la réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet Etat »¹²⁰⁶.

Le traitement par la Cour de l'intervention néozélandaise dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* ne permet pas de mesurer avec exactitude le degré d'influence de la Nouvelle-Zélande sur le raisonnement juridictionnel, en raison de la proximité des positions de celle-ci et du demandeur. Cette affaire témoigne néanmoins de la prise en considération soignée des observations de l'intervenant par la juridiction. Il est alors établi que l'intervenant jouit d'un pouvoir d'influence certain sur la détermination par le juge du sens à donner aux dispositions conventionnelles, même s'il est complexe d'en mesurer l'étendue et l'effectivité. Cette recherche d'influence est à retrouver dans l'intervention en qualité d'*amicus curiae* pour laquelle optent divers tiers dans divers contentieux.

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 241, §29.

¹²⁰² v. *Ibid.*, opinion individuelle du Juge CASCADO TRINDADE, p. 351-352, §8-9 et p. 368-369, §52-54.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 250, §54 ; p. 251-252, §57 ; p. 253, §60 ; p. 253, §64 ; p. 257, §81 ; et p. 259, §93.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 254, §67-69.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 250-251, §55.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 253, §61.

Section II - L'intervention en qualité d'*amicus curiae*

« L'ami de la Cour » est un tiers dont la participation au procès vise à éclairer le juge sur une question de droit ou de fait importante pour la résolution du litige. L'intervention de l'*amicus curiae*, lorsqu'elle est recevable, a pour objet la présentation d'informations au tribunal lors de la phase écrite (il s'agit pour l'*amicus* de déposer son mémoire, cette phase peut alors se confondre avec la demande d'intervention) et, si cela est utile, lors de la phase orale de la procédure. Bien que l'étendue de la participation de l'*amicus curiae* à l'instance soit variable, il est clair que ces tiers ne se voient pas reconnaître les mêmes droits et privilèges que ceux dont jouissent les parties au différend. Ainsi que le déclare le Tribunal arbitral dans l'affaire *UPS*, « *the Tribunal [does not have] any power (...) to accord to persons who are non-parties the substantive status, rights or privileges of a Disputing Party* »¹²⁰⁷.

La participation de l'*amicus curiae* à l'instance est souvent qualifiée de « désintéressée ». En effet, l'*amicus curiae* est la plupart du temps une ONG, qui souhaitera attirer l'attention sur les aspects d'intérêt général ou d'intérêts collectifs soulevés dans un litige particulier : *a priori*, l'*amicus curiae* ne défend aucun intérêt propre, et intervient dans le procès de manière informelle. Dès lors, il n'est pas communément admis que la participation de l'*amicus curiae* au contentieux puisse être qualifiée d'*intervention*, celle-ci « ne correspond[ant] qu'en partie à ce que l'acceptation technique de ce terme suppose »¹²⁰⁸. Il nous semble cependant justifié d'étudier la participation de l'*amicus curiae* dans le contentieux international sous le prisme de l'intervention, et plus particulièrement sous le prisme de l'intervention-influence. L'*amicus*

¹²⁰⁷ NAFTA, *Petitions for Intervention and Participation as « Amici Curiae », in the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*, Décision du 17 octobre 2001, p. 17-18, §39. v. également BARTHOLOMEUSZ L., « The Amicus Curiae before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 273 : « [o]ne of the few generalizations that can be made about amici curiae before international jurisdictions is that they are never considered parties as a matter of law and have lesser procedural rights than parties. The WTO, NAFTA tribunals, ECHR and the ICTY have explicitly made a distinction between amici and parties. Only in some ICTY proceedings have amici been accorded such rights as to blur the practical distinction between amici and parties ».

¹²⁰⁸ DE SCHUTTER O., « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL*, 1996, p. 372. L'auteur parle néanmoins d'intervention, « par commodité de langage ». v. également COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 399 : « quoique la frontière entre les différents modes de participation des personnes privées devant une juridiction ne soit pas toujours facile à tracer, l'*amicus curiae* se distingue de la tierce intervention, de l'expertise et du témoignage ».

curiae est en effet un tiers dans le contentieux international, qui prend l'initiative de soumettre au juge un point de vue éclairé sur tout ou partie de l'objet du litige dans le but d'influencer la juridiction dans son raisonnement et sa prise de décision.

L'identification de la notion (I) permettra de remarquer qu'elle est à géométrie variable : les « amis de la Cour » empruntent des identités multiples, afin de défendre des intérêts divers, parfois bien trop restreints pour être rattachés à l'intérêt général¹²⁰⁹. Ainsi, la participation des *amici curiae* dans le contentieux a fait l'objet de débats – parfois houleux, notamment à l'OMC – mettant en lumière les enjeux inhérents à l'ouverture du procès (II). Malgré les craintes suscitées par sa participation à l'instance, l'*amicus curiae* a néanmoins été accueilli favorablement par la plupart des juridictions internationales (III), amenant une partie de la doctrine à s'interroger sur l'émergence d'un principe général de procédure consacrant son intervention.

I- L'identification de la notion

Afin d'appréhender le rôle de ceux qui sont littéralement présentés comme étant les « amis de la Cour », il conviendra de faire état de diverses définitions générales de la notion (A), pour tenter par la suite d'identifier avec davantage de précision l'*amicus curiae* dans ses aspects *ratione personae* (B) et *ratione materiae* (C).

A- Définition(s) générale(s)

L' *amicus curiae*, connu du droit romain¹²¹⁰, a été introduit dans les pays de *common law* aux alentours du XIV^{ème} siècle¹²¹¹. Aujourd'hui familière de nombreux droits nationaux « sous ce nom ou sous d'autres »¹²¹², la notion est notamment

¹²⁰⁹ Il est significatif de remarquer que pour désigner la participation de l'*amicus curiae* au procès, l'expression « intervention désintéressée » (DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 775 ; HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2007, p. 641) côtoie celle de « lobbying judiciaire » (COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, op. cit.*, p. 402, p. 412, p. 414 et p. 419).

¹²¹⁰ GOMEZ K. F., « Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : How to Draw the Line Favorably for the Public Interest ? », *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 516 ; COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, op. cit.*, p. 400.

¹²¹¹ GAO H. S., « *Amicus curiae* in WTO Dispute Settlement : Theory and Practice », *Big Country, Small World, China Rights Forum*, 2006, p. 51.

¹²¹² SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 304.

omniprésente aux Etats-Unis d'Amérique. Acceptée pour la première fois au début du XIXème siècle dans l'affaire *Green v. Biddle*, la participation des *amici curiae* aux procès portés devant la Cour Suprême avoisinait les quatre-vingt-dix pourcent à la fin du XXème siècle¹²¹³.

Le *Dictionnaire de droit international public* définit l'*amicus curiae* comme étant une « [n]otion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer la Cour sur des questions de fait ou de droit »¹²¹⁴. Selon C. SANTULLI, l'« [*a*]micus curiae est un concept utilisé pour désigner une série de procédures permettant à des tiers de faire valoir leur point de vue dans une procédure sans y être parties, et sans intervenir »¹²¹⁵. Pour le *Black's Law Dictionary*, l'*amicus curiae* est « a person with a strong interest in or views on the subject-matter of an action, but not a party to the action ». Il peut demander à la juridiction « permission to file a brief. Such amicus curiae briefs are commonly filed in appeals concerning matters of broad public interest »¹²¹⁶. Le Règlement de procédure de la Cour Suprême des Etats-Unis explique qu'un « amicus is, by definition, a person or institution not personally involved in the particular lawsuit. The amicus may be interested because the Court's resolution of the legal issue in a case may some day have an effect on him or it »¹²¹⁷.

Ces définitions sont unanimes pour affirmer la qualité de tiers de l'*amicus curiae*, qui n'a pas vocation à devenir partie à l'instance, et permettent d'établir que l'intervention de l'*amicus curiae* se veut éclairée¹²¹⁸. Elles s'avèrent plus vagues s'agissant d'appréhender l'intérêt détenu et défendu par l'*amicus curiae*. Alors que C. SANTULLI et J. SALMON ne se prononcent pas sur celui-ci, expliquant de manière neutre que l'*amicus curiae* est là pour « transmettre des informations à la Cour », « faire valoir son point de vue » (fonctions pouvant être analysées sous l'angle de la bonne administration de la justice), le *Black's Law Dictionary* et les Règles de procédure de la Cour Suprême font respectivement état d'un intérêt à agir « communément » lié à un intérêt « public » et à

¹²¹³ GAO H. S., « *Amicus curiae* in WTO Dispute Settlement : Theory and Practice », *op. cit.*, p. 52.

¹²¹⁴ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 62.

¹²¹⁵ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 304.

¹²¹⁶ BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., « The *amici curiae* and the WTO dispute settlement system : the doors are open », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, p. 207.

¹²¹⁷ *Ibid.*, p. 207-208.

¹²¹⁸ BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in BARTHELEMY J. et al., *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 67.

l'aspect stratégique de l'intervention de l'*amicus curiae*. Le caractère général de ces définitions ne permet pas de renseigner sur l'identité des *amici curiae* (qui sont-ils ?), ni d'illustrer leur(s) fonction(s) (quels intérêts défendent-ils ?). L'appréhension du rôle joué et du but poursuivi par l'*amicus curiae* doit d'abord passer par une identification plus précise de la notion sous les deux aspects matériel et personnel.

B- Identification ratione personae

Pour P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, « [l]e développement de l'institution de l'*amicus curiae* au profit de personnes privées devant certaines juridictions internationales constitue une [autre] manifestation de l'irruption de celles-ci dans la sphère juridique internationale ». Il est vrai que les *amici curiae* sont dans leur immense majorité des acteurs privés (1). Les sujets « classiques » du droit international ont cependant également eu l'occasion de passer par ce mécanisme pour faire entendre leur voix (2).

1- L'*amicus curiae*, acteur privé

Organisations non gouvernementales¹²¹⁹ – Les ONG sont très représentées parmi les intervenants en qualité d'*amicus curiae*. Pour ne citer que quelques exemples, dans l'affaire des *Crevettes* portée devant l'ORD, le Centre pour la protection du milieu marin, le Centre pour le droit environnemental international et le Fonds mondial pour la nature communiquaient leurs observations au Groupe spécial. Celui-ci en « accus[e] réception », et décide de ne les prendre en considération que si elles sont reprises par une partie ou tierce partie au différend¹²²⁰. Dans le cadre du CIRDI, cinq ONG souhaitaient intervenir dans l'affaire *Aguas Argentinas c. Argentine*. Le Tribunal affirmait ne pas accepter leurs mémoires, mais posait des conditions à l'acceptation de leurs observations et précisait

¹²¹⁹ L'« organisation (internationale) non-gouvernementale » se définit comme une « [a]ssociation privée qui exerce ses activités à but non-lucratif, sur le plan interne ou dans le cadre international » (SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 793). v. en outre DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, op. cit., p. 710-713 ; BETTATI M., DUPUY P.-M. (Dir), *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, 318 p. ; RANJEVA R., « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, 1997, p. 9-105 ; CHARNOVITZ S., « Nongovernmental Organizations and International Law », *AJIL*, 2006, p. 348-372.

¹²²⁰ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, op. cit., p. 78, §3.129.

qu'elles pouvaient à nouveau solliciter une participation à l'instance¹²²¹. Dans l'affaire *Vo c. France*, la CEDH autorisait le Centre des droits génésiques et le Planning Familial à présenter leurs observations sur l'avortement et la condition juridique d'un fœtus¹²²². De même, la Fédération internationale des Ligues des droits de l'Homme, ILGA-Europe, la *British Association for Adoption and Fostering (BAAF)* et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiennes informaient la Cour sur l'adoption d'enfants par des personnes homosexuelles dans l'affaire *E. B. c. France*¹²²³.

Groupes d'intérêts divers : associations, entreprises, syndicats, etc. – La qualité d'*amicus curiae* permet à d'autres groupes d'intérêts de faire entendre leur voix. A l'occasion de l'affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, la CIADH a reçu les mémoires d'*amicus curiae* de multiples groupes d'intérêts promouvant les droits de la défense : l'Association of the Bar of the City of New-York, le Lawyers Committee for Human Rights et le Minnesota Lawyers International Human Rights Committee¹²²⁴. La CADH acceptait le mémoire d'*amicus curiae* déposé par l'Union Panafricaine des Avocats dans l'affaire dite de la *Libye*¹²²⁵.

Individus : professeurs d'université, experts, avocats, etc. – Enfin, des individus peuvent souhaiter soumettre leur point de vue à la juridiction dans le cadre d'un mémoire d'*amicus curiae*¹²²⁶.

Aux côtés de ces acteurs privés, les sujets dits « classiques » du droit international (Etats et organisations internationales) ont également emprunté l'identité de l'*amicus curiae* pour se frayer un passage jusqu'au prétoire.

¹²²¹ Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, 19 mai 2005, ARB/03/19, §§1 et 33.

¹²²² CEDH, *Vo c. France*, arrêt, Grande Chambre, 8 juillet 2004, §60-73.

¹²²³ CEDH, *E. B. c. France*, arrêt, Grande Chambre, 22 janvier 2008, §3.

¹²²⁴ CIADH, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988 (*Merits*), p. 7, §38.

¹²²⁵ CADH, *Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples c. Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, arrêt, 15 mars 2013, p. 3, §4.

¹²²⁶ v. par exemple Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, p. 25, note infrapaginale 32.

2- L'*amicus curiae*, sujet « classique » du droit international

Etats – Devant les tribunaux pénaux internationaux spéciaux, le Rwanda et les Etats de l'ex-Yougoslavie ont souhaité intervenir en qualité d'*amicus curiae*, soit pour suivre de près toute procédure les concernant – ce fut le cas de la Croatie devant le TPIY¹²²⁷ – soit pour défendre leur capacité à participer à l'entreprise de répression des infractions au droit international pénal commises par les individus jugés par le Tribunal – ce fut le cas du Rwanda devant le TPIR¹²²⁸. Par ailleurs, la CEDH a également eu l'occasion d'accueillir les Etats parties à la Convention, qui souhaitaient faire connaître leur point de vue dans une affaire donnée¹²²⁹. Le dépôt par le Maroc d'un mémoire d'*amicus curiae* dans l'affaire des *Sardines* portée devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est également à souligner¹²³⁰.

Organisations internationales – Dans l'affaire *Bosphorus* jugée par la CEDH, la Commission européenne intervenait en qualité d'*amicus curiae*¹²³¹. Egalement, dans l'affaire *Akayesu*, un représentant du Secrétariat général de l'ONU éclairait le TPIR sur l'étendue des immunités des fonctionnaires internationaux¹²³².

Ces quelques exemples permettent d'ores et déjà de constater que l'identité de l'*amicus curiae* balaie l'ensemble des sujets et acteurs (ou « sujets émergents ») de droit international. Un des principaux intérêts de l'intervention en qualité d'*amicus curiae* est dès lors mis en lumière : si elle est autorisée par la juridiction concernée et si elle respecte les modalités fixées par celle-ci, elle permet à tout sujet ou acteur d'exprimer un point de vue sur un litige en cours, même lorsque les règles contentieuses ne lui offrent aucun rôle dans la procédure. Comme l'explique H. ASCENSIO, en distinguant la participation de l'*amicus curiae* de l'intervention « entendue dans son sens habituel en droit

¹²²⁷ TPIY, *Troisième rapport annuel*, A/51/292, S/1996/665, p. 23, §65. Les Etats-Unis d'Amérique déposaient également un mémoire d'*amicus curiae* dans l'affaire *Tadic* (TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Chambre d'appel, *op. cit.*, §7).

¹²²⁸ v. par exemple : TPIR, *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, Chambre d'appel, décision du 10 septembre 2008 (mémoire d'*amicus curiae* présenté au nom du gouvernement rwandais), ICTR-2002-78-R11bis.

¹²²⁹ v. par exemple CEDH, *Kyprianou c. Chypre*, arrêt, Grande Chambre, 15 décembre 2005, §11.

¹²³⁰ Communautés européennes – *Désignation commerciale des sardines*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002, p. 43, §161.

¹²³¹ CEDH, *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Irketi c. Irlande*, arrêt, *op. cit.*, §9.

¹²³² TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998, ICTR-96-4-T, p. 26, §25.

international » : « [*r*]atione personae, pour qu'il y ait intervention, il faut que la personne ait le *locus standi* devant la juridiction saisie de l'affaire. Dès lors, devant certaines juridictions, l'*amicus curiae* est tout simplement utilisé pour faire participer à la procédure des personnes qui n'y auraient pas normalement accès »¹²³³. Encore faut-il que le contenu de l'intervention de ces tiers présente un intérêt pour la juridiction, afin de ne pas sacrifier à une attitude d'ouverture la bonne administration de la justice.

C- Identification ratione materiae

Selon L. BARTOLOMEUSZ, l'*amicus curiae* remplit, devant les juridictions internationales, quatre fonctions (cumulatives) : l'expertise juridique, la fourniture de données factuelles ou d'éléments de preuve, la représentation de l'intérêt public et celle d'entités n'ayant pas accès à un tribunal qui, pourtant, rend des décisions susceptibles de les concerner voire de les affecter¹²³⁴. Ainsi, l'*amicus curiae* pourra tantôt être qualifié d'*expert*, de *conseil éclairé* ou de *représentant*. Quelle que soit la formulation retenue, la finalité de son intervention est l'information du juge. En ce sens, le *Premier rapport annuel* du TPIY souligne le rôle important pouvant être joué par les ONG en qualité d'*amicus curiae* dans le cadre du procès :

« [u]n domaine où les ONG peuvent être d'un secours immédiat est celui de la fourniture d'informations. Les ONG peuvent jouer un rôle inestimable s'agissant d'identifier les incidents qui entrent dans le ressort du Tribunal, de repérer les témoins et, si possible, de fournir des moyens de preuve directe à l'intention du Procureur »¹²³⁵.

¹²³³ ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 913. v. également, COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op. cit.*, p. 398-420, spéc. p. 400-401. La participation en qualité d'*amicus curiae* est envisagée comme une « voie alternative » à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. L'auteur remarque en outre que « [p]lus la tierce intervention [est] facile, moins l'*amicus curiae* [est] nécessaire » (*Ibid.*, p. 400).

¹²³⁴ BARTOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 278-280.

¹²³⁵ TPIY, *Premier rapport annuel*, A/49/342, S/1994/1007, p. 29, §95. v. également *Ibid.*, §96 : « [é]tant donné le caractère fort singulier des questions de droit sur lesquelles il est appelé à statuer, le Tribunal a également prévu dans son Règlement la possibilité d'inciter des *amici curiae* (art. 74) à comparaître, ce qui lui permettra non seulement de bénéficier de l'avis d'experts indépendants sur toute question, s'il le juge nécessaire, mais également de permettre aux autres parties intéressés, telles que les Etats et les ONG, de présenter leurs vues » (v. également, sur le rôle des ONG, TPIY, *Deuxième rapport annuel*, A/50/365, S/1995/728, p. 36-37, §152-161. Le Tribunal attire l'attention sur le respect, dans le cadre de la coopération avec les ONG, des principes de confidentialité et d'impartialité).

En outre, dans leur étude consacrée à « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », F. GRISEL et J. E. VINUALES reviennent sur l'évolution de la fonction. Ils rompent avec la tradition tendant à considérer que les amis de la Cour interviennent de manière désintéressée dans la procédure, et distinguent leur rôle de celui de l'expert :

« dans la tradition anglaise, l'*amicus curiae* visait, entre autres choses, à attirer l'attention des tribunaux sur des éléments de fait ou de droit pertinents, en vue de la résolution du litige en cause, et notamment sur des précédents judiciaires qui, pour diverses raisons, n'auraient pas été invoqués par les parties. Autrement dit, l'*amicus curiae* constituait un mécanisme supplétif de recherche et de détermination de la règle de droit applicable à un cas donné, dans un système intrinsèquement casuistique et à une époque où l'incertitude quant au contenu même du droit était considérable. (...) Même si, de nos jours, cette fonction peut paraître obsolète, du fait des avancées technologiques en matière d'accès aux décisions judiciaires, la complexification croissante des affaires auxquelles les tribunaux sont confrontés a donné un souffle nouveau à l'*amicus curiae*, en particulier lorsque des compétences en sciences sociales sont nécessaires au règlement d'un litige. Dans les systèmes juridiques de souche continentale, de telles questions sont plutôt résolues par le recours à des experts au stade probatoire. La figure de l'*amicus curiae* ne se confond pas pour autant avec celle de l'expert. En effet, (...) l'*amicus curiae* moderne cherche le plus souvent à défendre une cause au nom de laquelle il est habilité à s'exprimer. Son action va donc bien au-delà de la simple assistance aux tribunaux sur une question de fait ou de droit et devient une véritable prise de position par rapport aux enjeux juridiques du litige en cause »¹²³⁶.

Ainsi, le but ultime – ou du moins l'effet souhaité – de l'intervention d'un *amicus curiae* est « d'aider tout type de juridiction à rendre justice en connaissance de cause »¹²³⁷ dans le cadre d'une intervention qui, loin d'être désintéressée, serait au contraire plutôt militante. Cela contribue à la bonne administration de la justice, dès lors que l'intervention satisfait un critère d'utilité, notamment en apportant au débat des éléments nouveaux et en faisant profiter le tribunal d'un haut degré d'expertise, de connaissance ou d'expérience sur une question nécessaire à la résolution du litige.

Nonobstant ses bienfaits affirmés, la participation des *amici* à un procès semble soulever des enjeux appelant l'opposition de « pour » et de « contre », et le « bilan coût-avantage » dressé ne se résout pas toujours en faveur des amis de la Cour.

¹²³⁶ GRISEL F., VINUALES J. E., « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review*, 2007, p. 385-386.

¹²³⁷ BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », *op. cit.*, p. 67-68.

II- Les enjeux soulevés par l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae*

Malgré la qualité de tiers de l'*amicus curiae* et son but apparemment noble consistant à informer la Cour, son intervention a suscité de nombreuses craintes et critiques. Bien qu'elle permette, entre autres avantages, d'accroître la légitimité des juridictions concernées (B), cette « ouverture » du procès soulèverait de nombreuses difficultés (A).

A- Les craintes liées à la « pénétration » du procès¹²³⁸

De telles inquiétudes ont été sans doute exprimées avec la plus grande vivacité au sein de l'OMC : « [e]ver since the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO) ruled in the 1998 U.S.-Shrimp case that panels could accept amicus briefs, the admissibility of these briefs has become one of the most controversial issues among WTO researchers and practitioners »¹²³⁹. C'est un véritable problème *ratione personae* qui est posé à l'OMC dans la mesure où les *amici curiae* sont, dans leur immense majorité, des ONG. Les Membres de l'Organisation, et une partie de la doctrine, estiment qu'une telle ouverture de l'ORD « [confère] indûment à des acteurs privés – qu'ils soient de grande ou de petite taille – le statut d'un gouvernement »¹²⁴⁰. Surgit alors la peur d'un déclasserement au sein de l'OMC : la crainte que la souveraineté et la prépondérance des Membres – qui, bien que l'Organisation soit ouverte à tout territoire douanier autonome, sont essentiellement des Etats – ne soient confisquées par des acteurs privés, dont la légitimité même est mise en question¹²⁴¹.

¹²³⁸ Ces développements se limiteront à l'étude des aspects juridiques. Pour des informations quant aux enjeux politiques et sociologiques soulevés par l'intervention des *amici curiae*, v. par exemple STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, p. 293-297.

¹²³⁹ GAO H. S., « *Amicus curiae* in WTO Dispute Settlement: Theory and Practice », *op. cit.*, p. 51. v. également BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 254-255.

¹²⁴⁰ DURLING J., HARDIN D., « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, Genève, Organisation Mondiale du Commerce, 2007, p. 240 ; CHARNOVITZ S., « Opening the WTO to Nongovernmental Interests », *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 198.

¹²⁴¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and “*Amicus Curiae*” briefs », *The journal of world investment and trade*, 2004, p. 334 : « [w]ho are these people who are making submissions as *amicus curiae* ? These people are not elected ; they do not have any political mandate ; but they think that they are able to enter into the realms of dispute settlement procedures and that they can have a right to provide information ».

Les Membres de l'OMC se sont également inquiétés des atteintes pouvant être portées au principe de confidentialité¹²⁴² du fait de la participation des *amici curiae*. Dans l'affaire *Thaïlande – Droits antidumping*, le mémoire déposé par la Consuming Industries Trade Action Coalition (un groupement de sociétés et d'associations professionnelles américain) a soulevé des doutes quant au respect de ce principe car il faisait référence aux communications d'une des parties au différend, la Thaïlande¹²⁴³.

Parmi les autres inconvénients liés à l'intervention des *amici curiae* sont avancés divers risques vis-à-vis du bon déroulement de la procédure, l'accueil de ces mémoires pouvant alors aller à l'encontre de son avantage principal, favoriser la bonne administration de la justice. Parmi ces risques figure celui – fréquemment avancé en matière de tierce intervention – d'un effet dilatoire sur la procédure, les organes juridictionnels risquant de se trouver submergés d'informations. Egalement, l'acceptation d'un mémoire d'*amicus curiae* peut heurter les principes fondamentaux liés à l'impartialité du juge et à l'égalité des parties. Comme le souligne C. SANTULLI,

« [p]arce que la juridiction internationale a, sauf disposition contraire, une discrétion complète pour recevoir au titre de la preuve tous les éléments qu'elle juge pertinents, elle a pu accepter de prendre en considération les mémoires envoyés au titre de l'*amicus curiae*. Parce qu'elle a le devoir de veiller à l'égalité des parties et de garantir à la fois son indépendance et les apparences de l'indépendance, elle ne devrait les accepter qu'après avoir apprécié leur nécessité et, surtout, leur extériorité par rapport aux intérêts en cause, et dans la mesure où seule l'égalité des parties le permet »¹²⁴⁴.

Il faut également relever que l'intervention d'un *amicus curiae* peut créer une « distorsion dans les règles concernant la charge de la preuve »¹²⁴⁵. Ainsi que l'explique B. STERN, « les ONG dans leurs mémoires n'ont pas à prouver ce qu'elles avancent. Si les faits dont elles font état ou les normes auxquelles elles se réfèrent sont adverses à l'une des Parties, c'est sur cette Partie que va peser le poids de la réfutation »¹²⁴⁶.

Les mémoires d'*amicus curiae* présentent néanmoins des avantages non négligeables, ayant permis leur acceptation généralisée par la plupart des juridictions internationales.

¹²⁴² Le principe de confidentialité est consacré aux articles 17:10 et 18:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

¹²⁴³ v. à ce propos STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 279-281.

¹²⁴⁴ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 305.

¹²⁴⁵ STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 292.

¹²⁴⁶ *Id.*

B- Les bénéfiques liés à l'accès au prétoire

La technique de l'*amicus curiae* permet à des tiers de participer au procès. Dans le contentieux interétatique, cela peut autoriser un accès indirect au prétoire à des entités qui en sont exclues. La participation de la société civile au procès a été un argument phare pour défendre l'accès des *amici* au contentieux de l'OMC. Comme l'expriment L. BOISSON DE CHAZOURNES et M. M. MBENGUE, « *[t]he international judge being a major actor in the production of international norms, rules and standards, it is therefore normal than non-State actors should have an interest in international dispute settlement, particularly in the international sphere* »¹²⁴⁷. A l'OMC, les acteurs privés jouent en effet un rôle important dans les échanges multilatéraux. Sans être au premier plan dans la détermination des règles applicables et du contrôle de leur application, ils sont en première ligne s'agissant des effets de celles-ci : ils en sont les principaux destinataires et acteurs. Il semblait donc nécessaire qu'ils puissent faire entendre leur voix au sein de l'Organisation, non seulement à l'occasion des cycles de négociation¹²⁴⁸, mais également dans le cadre du système de règlement des différends¹²⁴⁹. Conjugué à une amélioration de la transparence¹²⁵⁰, l'*amicus curiae* est en mesure d'« [accroître] le soutien apporté par le public à l'OMC et, en dernière analyse, [renforcer] ainsi l'institution »¹²⁵¹, toujours en quête de légitimité¹²⁵². Par ailleurs, l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* ne change pas le caractère interétatique du mécanisme ; pas plus qu'autoriser la participation – limitée

¹²⁴⁷ BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., « The *amici curiae* and the WTO dispute settlement system : the doors are open », *op. cit.*, p. 206.

¹²⁴⁸ Sans jouir du statut d'observateur, les ONG assistent toutefois aux conférences ministérielles depuis 1996. v., sur les rapports entre organisations intergouvernementales et organisations non gouvernementales, WALLET-HOUGET J., « La participation des ONG au mécanisme de règlement des différends de l'OMC : une perspective environnementale », *RQDI*, 2005, p. 129-134, et plus spécifiquement sur les rapports entre le GATT / l'OMC et les ONG (hors règlement des différends), v. *Ibid.*, p. 136-144.

¹²⁴⁹ Nécessaire, mais insuffisant ? v. SCHUYLER G. T., « Power to the People : Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System », *Fordham Law Review*, 1997, p. 2035 « *[t]he ability to file amicus briefs, like every other level of private participation short of standing, provides insufficient protection for private parties engaged in international trade* ».

¹²⁵⁰ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and "Amicus Curiae" Briefs », *op. cit.*, p. 336 : la transparence à l'OMC permettrait même de résoudre les controverses liées à l'admission des mémoires d'*amici curiae* en réduisant la volonté de ceux-ci d'en déposer. L'auteure compare le procès se déroulant sous le sceau de la confidentialité à une « chambre noire » : « *[i]t seems to me that if the room would be less dark maybe the NGOs and others would feel less of an attraction for entering into it. So the issue of transparency may be a good argument to be looked at if you want to regulate the issue of amicus curiae* ».

¹²⁵¹ DURLING J., HARDIN D., « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », *op. cit.*, p. 240.

¹²⁵² v. GARCIA T., « Faut-il changer l'Organisation mondiale du Commerce ? : propos relatifs au rapport sur l'avenir de l'OMC », *RGDIP*, 2005, p. 675-679.

– de la société civile au règlement des différends ne remet en cause la prééminence des Etats dans la procédure¹²⁵³.

Un autre avantage de l'intervention des *amici* réside dans l'économie procédurale et financière que peut permettre de réaliser l'acceptation de leurs mémoires. Là où l'effet dilatoire peut se réaliser lorsque le mémoire est inutilement long et / ou ne présente pas de « valeur ajoutée » par rapport aux thèses des parties, un mémoire d'*amicus curiae* « utile » permet en revanche d'obtenir des renseignements atteignant parfois un grand niveau d'expertise¹²⁵⁴, qui coûterait du temps et de l'argent au tribunal. La légitimité des *amici*, tant contestée, vient alors de l'expertise, de la connaissance. Leur intervention agit au bénéfice de la « compétition des idées »¹²⁵⁵, autorisant le tribunal à statuer en toute connaissance de cause. Ainsi, selon L. HENNEBEL,

« les *amici* contribuent à réduire la quantité de travail, toujours croissante, que doivent gérer les juges. Ils complètent les données et argumentations des parties et défendent, le cas échéant, des intérêts primordiaux ignorés par les parties pour des raisons stratégiques. Ils participent ainsi à l'amélioration de la qualité des décisions. Il n'est donc pas surprenant de voir que les juges internationaux tendent à les accueillir avec plus d'enthousiasme »¹²⁵⁶.

En effet, à des degrés certes divers, la participation de l'*amicus curiae* semble avoir été acceptée par l'ensemble des juridictions internationales. Une partie de la doctrine voit dans cette tendance l'émergence d'un principe général de procédure.

¹²⁵³ v. DURLING J., HARDIN D., « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », *op. cit.*, p. 251 : est fautive « l'idée [selon laquelle] l'apparition de nouveaux sujets de droit international implique que les anciens sujets, les Etats, perdent leur statut ou qu'il y soit porté atteinte d'une manière ou d'une autre ».

¹²⁵⁴ GAO H. S., « *Amicus curiae* in WTO Dispute Settlement : Theory and Practice », *op. cit.*, p. 56 : pour contester l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* par l'ORD, les Membres de l'OMC ont avancé que les « juges » des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel étant supposés être des professionnels (en application des articles 8 et 17 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends), ils ne devaient pas avoir besoin d'une expertise extérieure. On conviendra que l'argument est faible dans la mesure où la qualité de professionnel ne suppose pas le savoir absolu, au surplus lorsque la résolution du différend repose – comme cela est particulièrement le cas à l'OMC – sur des compétences pluridisciplinaires.

¹²⁵⁵ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and “*Amicus Curiae*” Briefs », *op. cit.*, p. 335 ; v. également CHARNOVITZ S., « Opening the WTO to Nongovernmental Interests », *op. cit.*, p. 208 : « governments are imperfect. While governments have a monopoly on the legal use of coercive power, they do not have a monopoly on good ideas set out in the Preamble of the WTO Agreement such as “raising standards on living”, “ensuring full employment”, and eliminating “discriminatory treatment in international trade relations” ».

¹²⁵⁶ HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 643.

III- L'admission des mémoires d'*amicus curiae* par les tribunaux internationaux : d'une souplesse judiciaire à un principe général de procédure ?

L'initiative est venue des *amici curiae*, davantage que des tribunaux eux-mêmes. Comme le souligne H. ASCENSIO, « ce n'est pas tant que les juridictions internationales aient souhaité recevoir de nombreux avis amicaux ; ce sont plutôt les personnes avisées qui se sont soudainement bousculées à leur porte »¹²⁵⁷. Aujourd'hui, l'*amicus curiae* est favorablement reçu par la plupart des juridictions internationales (A), tant et si bien que l'on peut commencer à s'interroger sur l'émergence d'un principe général procédural (B).

A- L'admission des mémoires d'*amicus curiae* par les tribunaux internationaux : un phénomène généralisé

Originellement inconnu des textes de base régissant l'activité des juridictions internationales, l'*amicus curiae* doit son entrée dans le prétoire au pragmatisme et à la souplesse dont les juges ont fait preuve à son égard, se livrant tantôt à une interprétation large des dispositions relatives à la recherche d'informations, acceptant parfois de recevoir les mémoires déposés sans justification particulière¹²⁵⁸. Ce phénomène, d'autant plus remarquable qu'il présente des traits communs dans plusieurs juridictions parmi celles formant notre corpus, sera examiné tout d'abord dans le cadre du contentieux interétatique (1), économique (ORD de l'OMC et CIRDI) (3), au sein des juridictions régionales de protection des droits de l'Homme et de la CJUE (2), et enfin, dans le cadre du contentieux pénal international (4).

¹²⁵⁷ ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 900.

¹²⁵⁸ Cette réception peut être rattachée aux larges pouvoirs dont jouit, sauf disposition contraire, l'organe juridictionnel relativement à la recherche des preuves et des informations : v. SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 305. Pour C. E. COTE, « [t]oute juridiction [a] le pouvoir inhérent de demander ou de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* » (COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op. cit.*, p. 401, v. également *Ibid.*, p. 408).

1- L'*amicus curiae* dans le contentieux interétatique : CIJ et TIDM

Les textes régissant l'activité de la CIJ n'opèrent aucune référence spécifique¹²⁵⁹ à l'*amicus curiae*. Si la Cour a pu accepter de recevoir de manière informelle¹²⁶⁰ des informations émanant d'Etats tiers à l'instance¹²⁶¹, elle semble s'opposer à l'ouverture de son prétoire aux ONG¹²⁶². Pour l'instant, le TIDM s'inscrit dans la jurisprudence de la CIJ sur ce point¹²⁶³. Dans le cadre de sa procédure consultative, des mémoires d'*amicus curiae*

¹²⁵⁹ L'article 34, paragraphe 2, du Statut prévoit que, dans le cadre de la procédure contentieuse, la Cour peut demander des renseignements aux organisations internationales publiques ou recevoir de telles informations de leur propre initiative (v. à ce propos l'article 69 du Règlement). L'article 50 prévoit qu'elle peut « confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix » (v. également l'article 67 du Règlement). Dans le cadre de la procédure consultative, l'article 66, paragraphe 2, du Statut permet à « toute organisation internationale » de soumettre des renseignements. L'absence de précision quant au caractère *public* de l'organisation, contrastant avec les dispositions relatives à la procédure contentieuse, permet aux ONG de soumettre des informations à la Cour lorsque celle-ci s'apprête à rendre un avis consultatif, ce qu'a fait la Ligue pour la défense des droits de l'Homme dans le cadre de l'affaire du *Sud-Ouest africain* (pour plus de précisions, v. ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 905-906, et BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 217-225). Toutefois, l'instruction de procédure XII adoptée par la Cour restreint l'accès au prétoire vis-à-vis des ONG, en prévoyant que « [l]orsqu'une organisation non gouvernementale présente, de sa propre initiative, un exposé écrit et/ou un document dans le cadre d'une procédure consultative, cet exposé et/ou ce document *ne doivent pas être considérés comme faisant partie du dossier de l'affaire* » (Instruction de procédure XII, paragraphe 1 (les italiques sont de nous)). Ces documents sont des « publications facilement accessibles » auxquelles « les Etats et les organisations intergouvernementales présentant des exposés écrits ou oraux en l'affaire concernée peuvent [se] référer au même titre qu'aux publications relevant du domaine public » (*Ibid.*, paragraphe 2).

¹²⁶⁰ Selon N. COVELLI, lorsqu'un Etat participe à la procédure contentieuse de manière informelle (c'est-à-dire, sans intervenir sur la base de l'article 62 ou de l'article 63), il agit en qualité d'*amicus curiae* (COVELLI N., « Public international law and third party participation in WTO panel proceedings », *Journal of World Trade Law*, 1999, p. 136).

¹²⁶¹ Ainsi, la Yougoslavie a fourni des informations dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, de même, des informations émanant de tiers ont été reçues dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Ibid.*, p. 136-138).

¹²⁶² Dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour a refusé la demande de participation en qualité d'*amicus curiae* de la Ligue pour la défense des droits de l'Homme (NAGY P., « L'affaire Arctic Sunrise devant le TIDM : étude comparée de la possibilité pour les ONG d'obtenir le statut d'*amicus curiae* devant une juridiction internationale », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Ouest*, 2014, disponible ici : <http://tinyurl.com/gu95lzw>). En revanche, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, la Cour a pris en considération l'étude environnementale de l'Académie des Sciences de Hongrie – certes, la Hongrie y avait préalablement fait référence (CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie / Slovaquie), arrêt, *op. cit.*, p. 44, §56). Par ailleurs, dans l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988*, la Cour a sollicité des informations de la part de l'OACI (CIJ, *Incident aérien du 3 juillet 1988* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Observations de l'Organisation de l'aviation civile internationale, 4 décembre 1992). Egalement, dans l'affaire *Avena*, la Cour a pris en compte les mémoires des *amici curiae* qui étaient intervenus dans la procédure interne devant la Cour Suprême des Etats-Unis (CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena* et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, *op. cit.*, p. 36-43, §18-38). Pour une analyse détaillée, v. RANJEVA R., « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *op. cit.*, p. 49-65.

¹²⁶³ Pour une analyse détaillée, v. NAGY P., « L'affaire Arctic Sunrise devant le TIDM : étude comparée de la possibilité pour les ONG d'obtenir le statut d'*amicus curiae* devant une juridiction internationale », *op. cit.*

ont été déposés à l'occasion des deux demandes d'avis présentées devant lui¹²⁶⁴. Ces mémoires, bien que « [ne faisant pas partie du dossier de l'affaire, car n'ayant pas] été soumis en vertu de l'article 133 du Règlement »¹²⁶⁵ peuvent être consultés sur le site du tribunal. Ils ont été transmis « aux Etats Parties, à l'Autorité et aux organisations internationales ayant présenté des exposés écrits »¹²⁶⁶. Au contentieux, le Tribunal n'a été confronté à la problématique de l'*amicus curiae* qu'en 2013, lorsque l'ONG Greenpeace International a sollicité en vain l'autorisation de présenter un exposé écrit en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire de l'*Arctic Sunrise*¹²⁶⁷. Le Tribunal sera certainement amené à clarifier sa position à l'avenir¹²⁶⁸.

2- L'*amicus curiae* dans le contentieux régional : CEDH, CIADH, CADH et CJUE

La CEDH a ouvert la voie s'agissant de l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* dans les litiges relatifs à la protection régionale des droits de l'Homme. Les *amici* sont aujourd'hui bien connus de ce contentieux. Ils sont en revanche moins présents du côté de l'Union européenne.

La pratique de la tierce intervention devant la CEDH a été admise par celle-ci dans les années 1980, alors même qu'aucune disposition statutaire ou réglementaire ne la prévoyait. La première tentative d'intervention de la part d'un *amicus* remonte à 1978, dans le cadre de l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*. Le National Council for Civil Liberties, ayant représenté le requérant devant la Commission européenne des droits de l'Homme,

¹²⁶⁴ Dans le cadre de l'avis portant sur les *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, les ONG Fonds mondial pour la Nature (WWF) et Greenpeace International déposaient conjointement un mémoire d'*amicus curiae*. A l'occasion de la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous régionale des pêches (CSR)*, le WWF déposait un mémoire d'*amicus curiae*. Ces mémoires peuvent être consultés sur le site du tribunal (www.itlos.org), sur l'interface correspondant à chaque procédure.

¹²⁶⁵ TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 19, §13. La référence à cette base juridique est surprenante, car elle ne mentionne que les exposés écrits soumis par les Etats et les organisations intergouvernementales.

¹²⁶⁶ *Id.* v. également, TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous régionale des pêches (CSR)*, avis consultatif, 2 avril 2015, p. 8, §13 ; p. 10, §23 ; p. 11, §27.

¹²⁶⁷ TIDM, *Affaire de l'Arctic Sunrise* (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), ordonnance (mesures conservatoires), *op. cit.*, p. 5-6, §15-20.

¹²⁶⁸ Dans son rapport annuel pour 2004, le Tribunal a considéré qu'il était « prématuré » de se pencher sur la question de l'*amicus curiae*, et que celle-ci pourrait être « revue à l'avenir à la lumière de la pratique suivie par le Tribunal » (TIDM, *Rapport annuel du Tribunal international du droit de la mer pour 2004*, SPLOS/122, p. 10, §41).

demandait l'autorisation de déposer un mémoire écrit et de présenter des observations orales. La Cour refuse sans explications¹²⁶⁹. Selon L. HENNEBEL, l'intervention de l'*amicus curiae* aurait été perçue comme superflue car la Commission remplissait une fonction de défense de l'intérêt général¹²⁷⁰. Néanmoins, un an plus tard, dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, la Cour admet que la Commission produise une déclaration écrite émanant du Royaume-Uni¹²⁷¹. En outre, à l'occasion de l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, la Cour accepte « d'entendre un représentant du British Trades Union Congress (Confédération syndicale britannique), à titre d'information, sur certaines questions de fait (y compris le droit et la pratique anglais) »¹²⁷². En 1983, le Règlement de la Cour est modifié pour tenir compte de cette évolution. Il faut toutefois attendre 1998 et le Protocole 11, pour que le mécanisme de la tierce intervention soit inscrit dans la Convention et vise l'Etat partie à la Convention dont le ressortissant est requérant, tout Etat partie à la Convention qui n'est pas partie à l'instance, « toute personne intéressée autre que le requérant », et – plus tard, lors de la réforme instaurée par le Protocole 14 – le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe¹²⁷³. L'article 36 de la Convention se lit comme suit :

- « 1. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences.
2. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le Président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne

¹²⁶⁹ BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », *op. cit.*, p. 72.

¹²⁷⁰ Selon l'auteur, ce refus non motivé s'explique par le fait qu'avant 1998, la Commission européenne des droits de l'Homme était habilitée à saisir la Cour – aux côtés des Etats et à l'exclusion de l'individu – et concevait « son rôle comme celui d'un ministère public impartial capable de présenter à la Cour l'intérêt des parties mais également, et surtout, l'intérêt général (...). L'association d'*amicus* au procès, susceptible d'éclairer la Cour sur certains points, et notamment en vue de défendre l'intérêt général, apparaît inutile, précisément car c'est là le rôle de la Commission » (HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 644, note infrapaginale n°11).

¹²⁷¹ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt, 24 octobre 1979, §7 et §68.

¹²⁷² CEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt, 13 août 1981, §8. Pour une analyse détaillée de l'évolution de l'intervention devant la Cour, v. DE SCHUTTER O., « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 381-387 ; et des formes de l'intervention, v. *Ibid.*, p. 387-398.

¹²⁷³ Le terme « *amicus curiae* » ne figure toujours pas expressément dans l'article 36. Il est significatif qu'à l'occasion de la révision permise par le Protocole 14 qui confère un droit de tierce intervention au Commissaire aux droits de l'Homme, modifiant l'article 36, « [i]l n'a pas été jugé nécessaire d'amender l'article 36 à d'autres égards » (COE, *Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, Série des traités du Conseil de l'Europe n°194, Strasbourg, 13 mai 2004, p. 17, §89).

intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

3. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande chambre, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences »¹²⁷⁴.

Le paragraphe premier de cette disposition confère ainsi un *droit d'intervention* aux Etats Parties à la Convention dont le requérant est un ressortissant¹²⁷⁵, et au Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, qui n'ont pas à être invités par le Président de la Cour pour faire valoir leur point de vue. Ce droit d'intervention est limité aux affaires attribuées aux chambres ou à la Grande Chambre, à l'exclusion de celles étant du ressort des comités de trois juges et – depuis le Protocole n°14 – du juge unique. Institué en 1999, le Commissaire aux droits de l'Homme a pour mission, en toute indépendance, de promouvoir les droits de l'Homme et la prévention des violations de la Convention au sein du Conseil de l'Europe. Cantonné initialement à un rôle essentiellement diplomatique, la réforme introduite par le Protocole n°14¹²⁷⁶ lui octroie un droit d'intervention¹²⁷⁷. Cette modification « provient d'une demande expresse du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe », soutenue par l'Assemblée parlementaire. Le Commissaire pouvait déjà participer au procès sur invitation du Président de la Cour (« de sa propre initiative ou à la suite d'une demande »)¹²⁷⁸. Lui reconnaître formellement un droit de tierce intervention a pour but de « renforcer la défense de l'*intérêt général* ». Il a vocation à « donner un éclairage utile à la Cour dans un certain nombre d'affaires, notamment celles

¹²⁷⁴ Cette disposition est complétée par l'article 44 du Règlement de la Cour, qui règle notamment la question des délais.

¹²⁷⁵ Cette prérogative est critiquée : elle correspondrait, dans un système où l'individu a le pouvoir de déposer des requêtes contre un Etat, à un « vestige de la protection diplomatique », dans la mesure où la version initiale de l'article 36, paragraphe 1 (ancien article 48 alinéa b)), prévoyait que la Cour pouvait être saisie *inter alia* « par une Haute Partie contractante dont la victime [était] le ressortissant » (BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », *op. cit.*, p. 72 ; v. également EUDES M., *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, p. 192-195 et p. 541 (Annexe IV : Tierces interventions admises par la Cour (1^{er} novembre 1998 – 31 décembre 2004, *Cas d'intervention de l'Etat dont le requérant est le ressortissant*) ; HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 646 et les références reproduites en note infrapaginale n°16).

¹²⁷⁶ Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.

¹²⁷⁷ L'aboutissement de la réforme est toutefois moins ambitieux que ce qui était suggéré par l'Assemblée parlementaire : mettre en place une *actio popularis* et octroyer au Commissaire le droit de saisir la Cour « [a]fin que disparaissent les zones où la CEDH ne peut pas s'appliquer et que soit mis fin à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves ». Le Commissaire serait ainsi promu au rang de véritable « procureur auprès de la Cour européenne des Droits de l'Homme » (COE, *Zones où la Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut pas être appliquée*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1606, 2003, point 10, spéc. 10.2).

¹²⁷⁸ COE, *Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, *op. cit.*, p. 16-17, §86.

qui mettent en évidence des lacunes structurelles ou systémiques de la Partie défenderesse ou d'autres Hautes Parties contractantes »¹²⁷⁹. Avant qu'il ne jouisse d'un droit direct de tierce intervention, des rapports du Commissaire avaient déjà été pris en compte par la Cour, sur de nombreux sujets, tels que le traitement des demandeurs d'asile ou le trafic d'être humains¹²⁸⁰. Depuis sa première intervention « de droit » dans l'affaire *The Center for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* (2011)¹²⁸¹, le Commissaire aux droits de l'Homme est intervenu dans cent vingt-et-une affaires¹²⁸².

Le deuxième paragraphe de l'article 36 prévoit quant à lui une *faculté d'intervenir*, sur invitation du Président de la Cour, et lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le commande. Cette disposition constitue également la base juridique de l'intervention spontanée des *amici curiae* dans la mesure où « [e]n pratique, le Président de la Cour n'invite pas, il se contente d'autoriser ou non les demandes d'interventions qui lui sont adressées »¹²⁸³. L'article 36, paragraphe 2, permet ainsi à divers *amici curiae* d'intervenir, parmi lesquels les Etats parties à la Convention qui « peuvent être considérés comme ayant un intérêt légitime dans tous les arrêts de la Cour qui énoncent – ou sont susceptibles d'énoncer – un principe d'application générale »¹²⁸⁴. En ce sens, ce type d'intervention est à rapprocher de celle prévue par l'article 63 du Statut de la CIJ.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, §87.

¹²⁸⁰ v. par exemple CEDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 29 janvier 2008, §38 (sur le traitement des demandeurs d'asile) ; CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, arrêt, 12 février 2008, §73.2 (sur les peines d'emprisonnement à vie) ; ou encore CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, *op. cit.*, §91-100 (sur le trafic d'êtres humains).

¹²⁸¹ CEDH, *The Center for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, arrêt, Grande Chambre, 17 juillet 2014, §92-93.

¹²⁸² v. <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/third-party-interventions> (consulté le 2/10/2018).

¹²⁸³ HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 649. L'accueil réservé aux *amici curiae*, en particulier aux ONG, est plutôt favorable : v. EUDES M., *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 195-200, spéc. p. 198 ; v. également « Annexe IV : Tierces interventions admises par la Cour (1^{er} novembre 1998 – 31 décembre 2004), *Cas d'intervention d'un amicus curiae* » (*Ibid.*, p. 540-543).

¹²⁸⁴ MAHONEY P., « Commentaire », in RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 158 ; v. également HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 650 : « [s]tratégiquement, l'Etat intervient par opportunisme lorsque le point de droit ou la situation discutés dans une affaire les concernent également. L'Etat intervient pour défendre un type de législation ou une pratique administrative qui existe dans son propre système. En général, les Etats intervenants sont donc intéressés par le résultat de l'affaire qui risque de leur être également applicable ». En 2005, le gouvernement letton est par exemple intervenu dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*.

Egalement, ce sont des associations, ONG¹²⁸⁵ et autres groupes d'intérêts¹²⁸⁶ qui interviennent sur la base de cette disposition, exerçant un « *lobbying judiciaire* » dans le but « [d'] influencer la jurisprudence strasbourgeoise afin qu'elle profite aux intérêts qu'ils défendent »¹²⁸⁷. Le « Rapport de recherche sur les organisations non gouvernementales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » établi dans le cadre du Conseil de l'Europe précise que les interventions d'ONG (et particulièrement d'ONG internationales spécialisées dans la défense des droits de l'Homme) étaient « rares à l'origine [puis] se sont multipliées de façon tout à fait spectaculaire au cours des dix dernières années »¹²⁸⁸. Depuis 1998, le rapport compte soixante-huit affaires devant la Grande Chambre dans lesquelles plusieurs ONG ont été autorisées à soumettre leurs observations¹²⁸⁹. Il faut enfin remarquer l'intervention occasionnelle de tiers susceptibles d'être affectés personnellement et directement par la décision à rendre, il s'agit des personnes qui étaient opposées au requérant dans la procédure nationale. Comme le souligne L. HENNEBEL, « [c]'est un phénomène intéressant car les parties au procès interne se retrouvent face à face dans le procès international, l'une endossant le rôle de requérant, tandis que l'autre se contente de celui d'intervenant »¹²⁹⁰. Ici, « l'intérêt de ces personnes se limite essentiellement à l'issue de l'affaire particulière dans laquelle elles interviennent. Leur intérêt est personnel »¹²⁹¹.

¹²⁸⁵ v. sur ce point VAN DEN EYNDE L., « An Empirical Look at the *Amicus Curiae* Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights, Netherlands Institute of Human Rights*, 2013, p. 271-313.

¹²⁸⁶ v. par exemple, LAMBERT P., « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'expérience de l'intervention des barreaux », *RTDH*, 2006, p. 331-336.

¹²⁸⁷ HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 653. Pour ne citer que quelques exemples : intervention de l'ONG Fondation Helsinki des droits de l'Homme dans l'affaire *Turek c. Slovaquie* ; de la Voluntary Euthanasia Society et de la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* ; de diverses sociétés de presse dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne* ou encore de l'OSCE dans l'affaire *Blecic c. Croatie*.

¹²⁸⁸ COE/CEDH, *Rapport de recherche : Les organisations non gouvernementales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2016, p. 20, §28.

¹²⁸⁹ v. *Ibid.*, p. 19-27, § 25-29, spéc p. 20-27, §28-29.

¹²⁹⁰ HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 654.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 655. Par exemple, dans l'affaire *Perna c. Italie*, le magistrat victime de l'infraction de diffamation par voie de presse pour laquelle le requérant avait été condamné intervenait, de même que les parents de la victime du meurtre perpétré par les requérants dans les affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni*. v. également, pour une analyse *ratione personae* des *amici* intervenant sur la base de cette disposition, BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 236-241.

Les textes du système interaméricain de protection des droits de l'Homme étaient, à l'origine, également vierges de toute référence à l'*amicus curiae*¹²⁹². Ce dernier entre à la Cour interaméricaine par la voie consultative, dès la première requête d'avis soumise à celle-ci¹²⁹³. L'attitude de la Cour vis-à-vis des *amici* dans la procédure contentieuse était attendue¹²⁹⁴ en ce début des années 1980, qui voyait notamment la CEDH amender son Règlement de procédure en faveur de la tierce intervention¹²⁹⁵. Il faut attendre l'année 1988, et la première affaire contentieuse de la Cour menée au fond, pour que l'ONG Amnesty International et divers groupes d'intérêts (Association of the Bar of the City of New York, Lawyers Committee for Human Rights, Minnesota Lawyers International Human Rights Committee) soumettent à la Cour des mémoires d'*amicus curiae*¹²⁹⁶. En 2009, la modification du Règlement de la Cour permet l'introduction officielle de l'*amicus curiae* dans les textes de base. L'article 2, paragraphe 3, du Règlement précise que « le terme "*amicus curiae*" désigne la personne étrangère au litige et au procès qui soumet à la Cour des raisonnements autour des faits contenus dans la requête ou qui formule des considérations juridiques sur la matière du procès, par le biais d'un document ou d'une plaidoirie en audience ». Aujourd'hui, le système interaméricain de protection des droits est le théâtre d'un « "activisme transnational" des plus vigoureux »¹²⁹⁷. Dans son avis consultatif portant sur l'Article 55 de la Convention interaméricaine, la Cour « *gives a*

¹²⁹² « *Neither the American Convention nor the Court's Statute of Rules of Procedure specifically mention amicus briefs, although there is language in Article 34 (I) of the Rules of Procedures which could be construed to allow their consideration. This Article reads as follows: "The Court may, at the request of a party or the delegates of the Commission, or mutu proprio, decide to hear as a witness, expert, or in any other capacity, any person whose testimony or statements seem likely to assist it in carrying out its functions"* » (MOYER C., « The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights », in NIKKEN P. et al., *La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, San Jose, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, p. 119).

¹²⁹³ CIADH, « *Other Treaties* » *Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Article 64 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion of September 24, 1982. La Cour a reçu divers mémoires, de la part de gouvernements (Costa Rica, Equateur, République Dominicaine, Saint-Vincent-et-les-Grenadines), d'organes de l'OEA (the Permanent Council, the Department of Legal Affairs, the Inter-American Juridical Committee, the Inter-American Commission, The Pan American Institute of Geography and History), et d'ONG (The Inter-American Institute of Human Rights, The International Human Rights Law Group, The Law Rights Group, etc.).

¹²⁹⁴ BUERGENTHAL T., « The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Courts », *AJIL*, 1985, p. 15.

¹²⁹⁵ MOYER C., « The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 123.

¹²⁹⁶ CIADH, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, *op. cit.*, p. 7, §38.

¹²⁹⁷ BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », *op. cit.*, p. 71. v. notamment CIADH, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion of September 17, 2003, p. 16-46, §11 et p. 61-62, §60 ; CIADH, « *Article 55 of the American Convention on Human Rights* », Advisory Opinion of September 29, 2009, p. 15-45, §11 ; CIADH, *Benavides Cevallos c. Equateur*, arrêt, 19 juin 1998 (*fond, réparations, frais et dépens*), p. 5, §24, p. 6, §31 ; CIADH, *Yatama c. Nicaragua*, arrêt, 23 juin 2005 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*), p. 4, §17, p. 6, §34, p. 7, §38, p. 8, §42.

special mention to the presentation of amicus curiae, recognizing their great contribution to the Inter-American System through the presentation of reasoning related to concrete cases, legal considerations on matters of the proceeding, and other specific matters »¹²⁹⁸.

Dans le cadre du modèle africain de protection des droits de l'Homme, l'*amicus curiae* est d'abord intervenu devant la Commission africaine¹²⁹⁹ puis devant la Cour. Les textes de base applicables à celle-ci ne prévoient pas l'intervention de l'*amicus curiae*¹³⁰⁰. Néanmoins, dans l'affaire de la Libye, l'Union panafricaine des avocats a demandé à la Cour d'intervenir en qualité d'*amicus curiae*, celle-ci a accepté¹³⁰¹.

Les textes régissant l'activité de la CJUE¹³⁰² ne font nullement référence à l'*amicus curiae*. La tierce intervention est régie par l'article 40 du Statut¹³⁰³. Elle est ouverte « de

¹²⁹⁸ CIADH, « Article 55 of the American Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 60, §60.

¹²⁹⁹ Commission ADH, *Interights c. Ethiopie et Interights c. Erythrée*, Communications 233/99 et 234/99, 29 mai 2003, p. 2, §14 (Mémoire d'*amicus curiae* déposé par Allard K. Lowenstein International Human Rights Law Clinic et Yale Law School dans le cadre de la plainte contre l'Ethiopie) ; Commission ADH, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. l'Etat du Kenya*, Communication 276/03, 25 novembre 2009, p. 108, §1, p. 114, §46 et p. 134, §136 (Mémoire d'*amicus curiae* déposé par le Center on Housing Rights and Evictions) ; Commission ADH, *Samuel Muzerengwa et 110 autres c. Zimbabwe*, Communication 306/05, 1^{er} mars 2011, p. 143, §11 et §13 (Dépôt d'un mémoire d'*amicus curiae* de la part du Center on Housing Rights and Evictions) ; Commission ADH, *Kenneth Good c. République du Botswana*, Communication 313/05, 26 mai 2010, p. 70, §17 et p. 89, §133 (Dépôt d'un mémoire d'*amicus curiae* de la part du Center for Human Rights de l'Université de Pretoria) ; Commission ADH, *Front de libération de l'Etat du Cabinda c. République d'Angola*, Communication 328/06, 5 novembre 2013, p. 23, §90. L'article 99, paragraphe 16, du Règlement intérieur de la Commission prévoit désormais que celle-ci « peut recevoir des mémoires d'*amicus curiae* sur les Communications. Au cours de l'audience consacrée à une Communication et pour laquelle un mémoire d'*amicus curiae* a été déposé, la Commission autorise, si nécessaire, l'auteur du mémoire ou son représentant à intervenir devant la Commission » (Règlement intérieur de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, tel que révisé par la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples lors de sa 47^{ème} session ordinaire tenue à Banjul (Gambie) du 12 au 16 mai 2010 et entré en vigueur le 18 août 2010).

¹³⁰⁰ L'article 49, paragraphe 3, prévoit que « [d]ans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la Cour peut inviter tout Etat membre qui n'est pas partie à l'instance, tout organe de l'Union ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences », ce qui permettrait (comme le montre l'expérience de la CEDH) d'englober également l'intervention des *amici curiae*.

¹³⁰¹ CADH, *Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples c. Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, *op. cit.*, p. 3, §4. v. également CADH, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, arrêt, 5 décembre 2014, p. 6, §20 (mémoires d'*amicus curiae* de la part de diverses ONG : Center for Human Rights, Comité pour la protection des journalistes, Media Institute of Southern Africa, Pan African Human Rights Defenders Network, Union panafricaine des avocats, Pen International et les centres Pen nationaux Malawi Pen, Pen Algérie, Pen Nigéria, Pen Sierra Leone et Pen Afrique du Sud, Southern Africa Litigation Center et l'Association mondiale des journaux et des éditeurs de médias d'information). Ces *amici*, représentés par deux avocats, ont été entendus à l'occasion de la procédure orale (*Ibid.*, §25) ; CADH, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, ordonnance, 18 mars 2016, p. 4, §16 (présentation d'un mémoire d'*amicus curiae* de la part de la Commission nationale de lutte contre le génocide).

¹³⁰² Il s'agit des textes de base (notamment les statuts et règlements de procédure) de la Cour de Justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique.

droit » aux Etats Membres et aux institutions de l'Union (qui sont qualifiés d'« intervenants privilégiés »), et ouverte « sur justification d'un intérêt à la solution du litige » aux « organes et organismes de l'Union et à toute autre personne », cette forme d'intervention ne peut avoir lieu qu'en « soutien des conclusions de l'une des parties »¹³⁰⁴. Quant aux dispositions relatives à la preuve, elles se limitent à envisager la participation de témoins ou d'experts au procès. Les conclusions de l'Avocat général¹³⁰⁵ font parfois référence à l'*amicus curiae*. Ainsi, les mémoires d'*amicus curiae* déposés dans le cadre de procédures internes ont pu être utilisés aux fins de l'argumentation devant la Cour¹³⁰⁶. Par exemple, dans l'affaire *Bolbol*, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) avait publié une note portant sur la situation de la requérante, N. BOLBOL, apatride d'origine palestinienne, qui demandait aux autorités hongroises l'obtention du statut de réfugiée. L'Avocat Général SHARPSTON « [se proposait] de considérer [cette note] comme des observations officieuses déposées en qualité d'*amicus curiae* »¹³⁰⁷.

Par ailleurs et plus spécifiquement, le Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévoit en son article

¹³⁰³ v. également, les articles 129 à 132 du Règlement de procédure de la Cour de Justice, les articles 142 à 145 du Règlement de procédure du Tribunal et les articles 86 à 89 du Tribunal de la fonction publique.

¹³⁰⁴ v. DE SCHUTTER O., « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 85-104.

¹³⁰⁵ La participation d'un avocat général au contentieux peut fournir une explication à l'absence de participation de l'*amicus curiae* : au sens large, celui-ci est un « ami de la Cour » car il assiste cette dernière dans l'accomplissement de sa mission (v. BARAV A., PHILIP P. (Dir.), *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 131-132 ; DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B., NOURISSAT C. (Dir.), *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, Collection : Dictionnaires de droit, 2002, p. 27-28).

¹³⁰⁶ v. par exemple, en matière de concurrence et d'entente, les conclusions de l'Avocat Général WATHELET dans l'affaire *Innolux Corp.* (CJUE, *InnoLux Corp. c. Commission européenne*, arrêt, 9 juillet 2015, C-231/14P, §40).

¹³⁰⁷ CJUE, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, arrêt, Grande Chambre, 17 juin 2010, C-31/09, conclusions de l'Avocat Général SHARPSTON présentées le 4 mars 2010, §16. v. également CJUE, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider*, arrêt, Grande Chambre, 9 novembre 2010, C-137/08, conclusions de l'Avocat Général TRSTENJAK présentées le 6 juillet 2010, §80 : « les arguments que les États membres, en tant que parties intéressées, invoquent, dans le cadre de la procédure écrite devant la Cour, dans leurs mémoires ou observations écrites ne doivent pas être considérés comme des arguments des parties. A cet égard, comme l'expose à juste titre la Commission, ils sont comparables aux considérations juridiques d'un *amicus curiae*, car ils sont exclusivement destinés à assister la Cour dans sa décision » ; position qui n'est pas partagée par l'Avocat général GEELHOED : CJUE, *Commission des Communautés européennes c. République Fédérale d'Allemagne*, arrêt, 10 avril 2003, affaires jointes C-20/01 et C-28/01, §42. Par ailleurs, l'*amicus curiae* peut emprunter l'identité de « l'intervenant *stricto sensu* » : v. DE SCHUTTER O., « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 399 : « [dans l'affaire *X c. Commission*, la Cour a admis] l'intervention de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) dans le cadre d'une affaire relative aux examens médicaux pratiqués à l'embauche de la Commission européenne en violation du droit au respect de la vie privée des candidats – alors que, manifestement, c'est plus en tant qu'ami de la cour qu'en tant que « personne justifiant d'un intérêt à la solution du litige », suivant les termes de l'article 37, al. 2, du Statut CE de la Cour de justice, que la FIDH souhaitait s'exprimer ».

15, paragraphe 3, alinéa 1, concernant la « coopération avec les juridictions nationales », que

« [L]es autorités de concurrence des Etats membres, agissant d’office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur Etat membre respectif au sujet de l’article 81 ou 82 du traité¹³⁰⁸. Avec l’autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l’application cohérente de l’article 81 ou 82 du traité l’exige, la Commission, agissant d’office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des Etats membres. Avec l’autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales ».

La Commission considère qu’elle agit en qualité d’*amicus curiae* lorsqu’elle transmet ses observations aux juridictions nationales sur la base de cette disposition. Celles-ci sont de manière significative publiées sur le site de la Commission, lorsque les juridictions nationales concernées l’y autorisent, sous la rubrique « *amicus curiae* »¹³⁰⁹. Le rôle de la Commission en tant qu’*amicus curiae* est expliqué dans sa note sur la communication avec les juridictions nationales¹³¹⁰. Elle précise notamment que sa fonction d’*amicus curiae* vise à « assister les juridictions nationales dans l’application des règles de concurrence communautaires (...) lorsque ces dernières le jugent nécessaire pour pouvoir statuer dans une affaire donnée »¹³¹¹. La Commission doit « [limiter] ses observations à une analyse économique et juridique des faits en cause dans l’affaire dont la juridiction nationale est saisie »¹³¹². En outre, « l’assistance offerte par la Commission ne lie pas la juridiction nationale »¹³¹³. En dehors de ces cas précis, la Cour de Justice de l’Union ne connaît que très peu l’*amicus curiae* et ne lui reconnaît aucun statut en tant que tel, ce qui peut paraître étrange pour un contentieux très ouvert sur le plan *ratione personae*¹³¹⁴.

¹³⁰⁸ Il s’agit des articles 101 et 102 du TFUE, ex-articles 81 et 82 du TCE, respectivement relatifs aux accords anti-concurrentiels et à l’abus de position dominante au sein du marché intérieur.

¹³⁰⁹ Les quelques communications publiées peuvent être consultées ici :

http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html (consulté le 01/10/2018).

¹³¹⁰ Journal officiel de l’Union européenne, « Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l’application des articles 81 et 82 du traité CE », 2004/C 101/04, §17-35. Le texte de la Communication est disponible ici : <http://tinyurl.com/jngxjqs> (consulté le 01/10/2018).

¹³¹¹ *Ibid.*, §17. v. également MENETREY S., « La participation “amicale” de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, 2010, p. 1-19.

¹³¹² « Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l’application des articles 81 et 82 du traité CE », *op. cit.*, §32.

¹³¹³ *Ibid.*, §19.

¹³¹⁴ v. à ce propos MENETREY S., *L’amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 145-151.

3- L'*amicus curiae* dans le contentieux international économique : OMC et arbitrage d'investissement

Dans le cadre de l'OMC, le MARD ne mentionne pas la possibilité pour les *amici curiae* de soumettre des mémoires d'informations. L'ORD a néanmoins été confronté à cette problématique dès son premier litige, à l'occasion de l'affaire *Etats-Unis – Essence*¹³¹⁵, ainsi que dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*¹³¹⁶. Il faut néanmoins attendre l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* pour qu'un groupe spécial accepte de prendre en considération des informations soumises par un *amicus curiae*, dans la mesure où celles-ci avaient été reprises par l'une des parties au différend, les Etats-Unis¹³¹⁷. Dans les affaires *Crevettes* et *Plomb et Bismuth II*, l'Organe d'appel confirmera la possibilité de considérer les communications d'*amicus curiae*, y compris lorsqu'elles sont « autonomes » (c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas reprises dans les communications d'une partie ou d'une tierce partie au différend), et présentées directement devant lui¹³¹⁸. Les textes de base régissant la procédure ne font toujours aucune place officielle aux *amici curiae*, mais l'Organe d'appel a établi la marche à suivre, très restrictive¹³¹⁹, pour le dépôt des

¹³¹⁵ DURLING J., HARDIN D., « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », *op. cit.*, p. 241.

¹³¹⁶ STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 260. En outre, comme le soulignent G. MARCEAU et M. STILWELL, « [e]ven during the GATT era, *amicus curiae* briefs were submitted to the GATT Secretariat for consideration by panels. These briefs were never actually considered by the panels, however, because the panels regarded the GATT dispute settlement to be strictly inter-governmental in nature, and believed they should address only those claims and arguments submitted by parties to the dispute » (MARCEAU G., STILWELL M., « Practical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs before WTO Adjudicating Bodies », *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 157-158).

¹³¹⁷ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 78, §3.129 (v. également p. 316, §7.7). Pour une critique de ce choix procédural, v. ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 915-916.

¹³¹⁸ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 30-34, §79-91, spéc. p. 33-34, §89-91 (acceptation des communications des *amici* dans la mesure où elles sont jointes aux communications d'une des parties) ; Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminé à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 14-17, §36-42, spéc. p. 17, §42 (acceptation des communications d'*amicus curiae* y compris lorsqu'elles sont autonomes et présentées directement devant l'Organe d'appel).

¹³¹⁹ v. BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 261-262.

mémoires d'*amicus curiae* dans l'affaire *CE – Amiante*¹³²⁰. Cette initiative sera vivement critiquée par les membres de l'Organisation¹³²¹.

A partir de 2001¹³²², l'*amicus curiae* pénètre dans l'arbitrage international d'investissement, alors que les textes ne prévoyaient pas son intervention. La question de l'introduction de l'*amicus curiae* dans le cadre de l'arbitrage ne se posait pas nécessairement avec évidence. Malgré le *jus standi* accordé aux personnes privées que sont les investisseurs, qui promeut l'aspect « démocratique » d'un tel mécanisme de règlement des différends, l'arbitrage d'investissement est, plus encore que la juridiction internationale permanente, gouverné par des impératifs de confidentialité et dépendant de la volonté des parties, en particulier lorsqu'il est *ad hoc*¹³²³. Cependant, dans l'affaire *Methanex c. Etats-Unis d'Amérique*, le tribunal – constitué en application du Chapitre 11 de l'ALENA et établi aux termes des Règles d'arbitrage de la CNUDCI – acceptait l'intervention en qualité d'*amicus curiae* de trois ONG¹³²⁴. Cette ouverture aux *amici* fut confirmée dans les

¹³²⁰ Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 22-26, §52-57, spéc. p. 22-23, §52. v. également STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 269-271.

¹³²¹ Pour une analyse détaillée de l'évolution de la position des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel vis-à-vis des mémoires d'*amici curiae*, v. *Ibid.*, p. 260-274 et pour les positions critiques des membres de l'Organisation vis-à-vis de celle-ci, v. *Ibid.*, p. 284-289 ; BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 262-263 ; WALLET-HOUGET J., « La participation des ONG au mécanisme de règlement des différends de l'OMC : une perspective environnementale », *op. cit.*, p. 154-155 ; CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, *op. cit.*, p. 29 ; et ZONNEKYN G. A., « The Appellate Body's Communication on *Amicus Curiae* Briefs in the Asbestos Case : An Echternach Procession ? », *Journal of World Trade*, 2001, p. 557-564. v. également TOMKIEWICZ V., « OMC et équité », in TOMKIEWICZ V., avec la collaboration de GARCIA T., PAVOT D. (Dir.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC. Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010*, Paris, Pedone, 2012, p. 165 : en considérant que puisque rien, dans le MARD, ne précise que la soumission de mémoires d'*amicus curiae* par les ONG est interdite, celle-ci est autorisée ; l'Organe d'appel fait usage d'une équité *praeter legem*.

¹³²² La date suggère que l'entrée de l'*amicus curiae* dans le contentieux de l'OMC a permis son entrée dans l'arbitrage d'investissement. (v. sur ce point BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 272).

¹³²³ Pour une analyse détaillée, v. GRISEL F., VINALES J. E., « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*, p. 396-402. v. également sur la question (arbitrage d'investissement CIRDI et ALENA), BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 265-272 ; et BASTIN L., « The *Amicus Curiae* in Investor-State Arbitration », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 214-223 (arbitrage d'investissement sous l'égide des traités bilatéraux d'investissement et du CIRDI, de la Charte internationale de l'énergie, de l'ALENA) ; GOMEZ K. F., « Rethinking the Role *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : How to Draw the Line Favorably for the Public Interest ? », *op. cit.*, p. 534-541.

¹³²⁴ NAFTA/UNCITRAL, *Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae » in the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation (Claimant) v. United States of America (Respondent)*, Décision du 15 janvier 2001, p. 4-5, §5-8 et p. 14-18, §29-38.

affaires *UPS c. Canada*¹³²⁵ et *Glamis Gold c. Etats-Unis d'Amérique*¹³²⁶. La participation des *amici curiae* a également été acceptée dans son principe par le CIRDI, à l'occasion de l'affaire *Aguas Argentinas c. Argentine*¹³²⁷. Elle se trouve aujourd'hui « codifiée » dans de multiples textes relatifs à l'arbitrage d'investissement¹³²⁸.

4- L'*amicus curiae* dans le contentieux pénal international : TPIY, TPIR, CPI

Les textes relatifs aux juridictions pénales internationales font, eux, une place aux *amici*. Ceux-ci ont cependant exercé des fonctions allant bien au-delà de la lettre. Les statuts des TPI consacrent tous deux l'impartialité du Procureur, « organe distinct au sein du Tribunal international, [agissant] en toute indépendance », « ne [sollicitant] ni ne [recevant] d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune source »¹³²⁹. Néanmoins, est prévue la possibilité pour le Procureur de tenir compte des *renseignements* « obtenus de toutes sources, notamment des gouvernements, des organes de l'Organisation des Nations Unies, des organisations intergouvernementales et non gouvernementales »¹³³⁰, agissant en qualité d'*amicus curiae*¹³³¹. Les règlements des tribunaux prévoient par ailleurs que « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », « tout Etat, toute organisation ou toute personne » peut être invité ou autorisé à faire un exposé sur une question jugée utile¹³³².

¹³²⁵ NAFTA, *Petitions for Intervention and Participation as « Amici Curiae », in the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*, *op. cit.*, p. 24, §61.

¹³²⁶ NAFTA/UNCITRAL/ICSID, *Application and Submission by Quechuan Indian Nation in the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the American Free Trade Agreement (NAFTA) in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) between Glamis Gold Ltd (Claimant) v. The United States of America (Respondent)*, Décision du 16 septembre 2005, p. 2, §10-12.

¹³²⁷ Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, *op. cit.*, §33.

¹³²⁸ v. GRISEL F., VINALES J. E., « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*, p. 402-413 ; BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 269-270 ; SCHLIEMANN C., « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration : a Deconstruction of the Procedure Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15 », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 366-367 ; GOMEZ K. F., « Rethinking the Role *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : How to Draw the Line Favorably for the Public Interest ? », *op. cit.*, p. 541-543.

¹³²⁹ Article 16, paragraphe 2, du Statut du TPIY et, *mutatis mutandis*, article 15, paragraphe 2, du Statut du TPIR (les italiques sont de nous).

¹³³⁰ Articles 18, paragraphe 1, et 17, paragraphe 1, des statuts du TPIY et du TPIR.

¹³³¹ v. à ce propos TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 29, §95-96.

¹³³² Articles 74 et 107 des règlements de procédure et de preuve du TPIY et du TPIR.

Ainsi, l'intervention en qualité d'*amicus curiae* est bien connue des TPI¹³³³. Dans le cadre du TPIY, elle a fait l'objet d'une « note d'information »¹³³⁴. Le document régit la demande d'autorisation devant être soumise par les « requérants » souhaitant déposer spontanément un mémoire. Ceux-ci doivent notamment préciser « l'intérêt (...) à vouloir intervenir dans l'affaire » (point 4. *a*) ; « les raisons (...) de croire que [l'] exposé sera dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ou aidera la Chambre à trancher la question » (point 4. *f*) ; les modalités de présentation de l'exposé (présentation ou comparution, écrit ou oral – points 4. *d*) et *e*) ; ou encore « [des précisions et explications relatives à] tout contact ou lien (...) avec l'une ou l'autre partie à l'affaire » (point 4. *g*). Il est précisé qu'« [e]n règle générale, l'*amicus curiae* se limite dans son exposé à traiter des questions de droit et n'y apporte aucun élément de preuve factuel concernant les éléments d'un crime allégué » (point 9, *a*). Comme le souligne A.-M. LA ROSA, l'intervention de l'*amicus curiae* :

« ne [doit pas créer] de bouleversement au préjudice de l'accusé. Autrement dit, le Tribunal doit être particulièrement attentif au maintien de l'équilibre systémique et s'opposer à toute intervention qui aurait pour conséquence l'introduction d'éléments de preuve ou informations additionnels qui combleraient la démonstration défailante de l'accusation »¹³³⁵.

¹³³³ v. par exemple, pour le TPIY : dans l'affaire *Tadić*, « un certain nombre de personnes et d'organisations ont demandé et obtenu l'autorisation de déposer des exposés écrits à titre d'*amicus curiae* (...) sur la question de l'anonymat des témoins et de la protection des victimes et des témoins » (TPIY, *Deuxième rapport annuel*, op. cit., p. 10, §18) ; dans l'affaire *Blaškić*, le Juge McDONALD sollicitait le dépôt d'exposés par des *amici curiae* sur diverses questions (le pouvoir d'un juge ou d'une chambre de première instance du TPIY d'adresser une injonction de produire (*subpoena duces tecum*) à un Etat souverain ; le pouvoir d'un juge ou d'une chambre de première instance de présenter une requête ou d'adresser une injonction de produire à un haut responsable d'un Etat ; les solutions appropriées en cas de refus de répondre à une injonction de produire ou à une requête émanant d'un juge ou d'une chambre de première instance ; tout autre point relatif à cette question). Sont intervenus en qualité d'*amicus curiae* diverses personnes et organisations : les Professeurs L. CONDORELLI, A. PELLET (en son nom personnel et au nom de Juristes sans frontières), ou encore l'Institut Max Planck de droit public comparé et de droit international (TPIY, *Quatrième rapport annuel*, A/52/375, S/1997/729, p. 19-20, §51-52). v. également, pour le TPIR : dans l'affaire *Kanyarukiga*, la République du Rwanda, l'ONG Human Rights Watch, l'Association internationale des Avocats de la Défense et le Barreau de Kigali ont déposé un mémoire sur la capacité du Rwanda à satisfaire aux exigences de l'article 11 *bis* C) du Règlement, qui autorise une Chambre de première instance à renvoyer l'affaire devant une juridiction nationale. Le Rwanda et le Barreau de Kigali étaient favorables à ce renvoi, tandis que l'AIAD et HRW défendaient la position contraire (TPIR, *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, op. cit., p. 3-4, §4-5). Dans l'affaire *Akayesu*, un représentant du Secrétariat général de l'ONU comparaisait « en vue de définir le domaine d'application de la levée de l'immunité accordée au Général DALLAIRE du fait de son statut en tant qu'ancien commandant de la MINUAR » (TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit., p. 26, §25).

¹³³⁴ TPIY, *Note d'information concernant la soumission de mémoires d'amicus curiae*, IT/222/Rev. 1.

¹³³⁵ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., pp. 138 et 140.

L'*amicus curiae* est soumis au principe du contradictoire, en ce que chaque partie peut formuler des observations sur l'exposé présenté (point 9. *b*). En revanche, il « n'est pas soumis à un contre-interrogatoire et n'est pas autorisé à appeler des témoins » (point 9. *c*). La Chambre du Tribunal concernée, dans son pouvoir d'administration du procès, décide ou non d'accorder l'autorisation de déposer un mémoire d'*amicus curiae*, et, si elle l'accorde, fixe les délais ainsi que les modalités de soumission de l'exposé (point 8). En outre, elle « se réserve le pouvoir de rejeter » l'exposé (point 9, *b*), et « [l]a possibilité d'inviter l'*amicus curiae* à participer aux débats oraux est laissée à [son] entière appréciation » (point 9, *d*). Cette réglementation écrite de la soumission des mémoires d'*amicus curiae* et des modalités de leur participation dans le procès n'a pas d'équivalent dans les textes régissant le TPIR. Seule la « directive à l'intention du Greffe »¹³³⁶ évoque les mémoires d'*amicus curiae*, les déclarant « documents officiels du Tribunal » (article 12, paragraphe 1, *a*, *iv*) et prévoyant leur publicité (article 33, paragraphe 2, *h*).

Outre l'intervention « classique » (c'est-à-dire consistant à exposer un point de vue sur une ou plusieurs question(s) particulière(s) dans des mémoires soumis au Tribunal), les *amici curiae* ont la possibilité de prendre part au contentieux pénal international selon des modalités tout à fait inédites et originales. Ainsi, par exemple, la Croatie déposait devant le TPIY une requête « préventive » (c'est-à-dire avant le début de toute phase de jugement) en intervention à titre d'*amicus curiae*, « pour toutes les questions mettant en cause sa responsabilité, ses droits et intérêts juridiques ». Rejetant celle-ci, le Tribunal précisait néanmoins agir « sans préjudice de la possibilité pour la Croatie de la présenter à nouveau au moment du procès »¹³³⁷. En outre, face à la décision « particulière »¹³³⁸ de S. MILOSEVIC de se défendre seul devant le Tribunal, et face au « volume et [à] la complexité considérables des accusations portées contre lui, (...) la Chambre de première instance [a ordonné] la nomination d'*amici curiae* pour aider la Cour à veiller à l'équité du

¹³³⁶ TPIR, *Directive à l'intention du Greffe du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, 14 mars 2008, disponible ici : http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/directive-for-registry_en_fr_0.pdf (consultée le 01/10/2018).

¹³³⁷ TPIY, *Troisième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 23, §65.

¹³³⁸ Cette décision est analysée comme politique, constituant un refus de reconnaître la légitimité du Tribunal. Au-delà, elle était susceptible de bloquer la procédure, devant une juridiction accordant aux droits de la défense l'importance qui leur est due (v. ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 904-905).

procès »¹³³⁹. Dans le cadre du TPIR, le Rwanda intervenait fréquemment en qualité d'*amicus curiae* pour défendre sa capacité à s'occuper des affaires renvoyées devant les juridictions nationales¹³⁴⁰. Les *amici curiae* se sont également vus attribuer une fonction de *poursuite*, devenant des « *amici curiae prosecutor* ». Les règlements des TPI prévoient qu'un *amicus curiae* peut être désigné par le Greffier pour instruire, et, le cas échéant, engager une procédure d'outrage au Tribunal (article 77) ou pour faux témoignage sous déclaration solennelle (article 91)¹³⁴¹. Cette évolution du rôle de l'*amicus curiae* dans le cadre du contentieux pénal international transforme celui-ci en une sorte « d'institution fourre-tout », cumulant la fonction traditionnelle de transmission d'informations – indépendante ou en soutien à une partie¹³⁴² –, et les fonctions nettement moins ordinaires d'assistance au Tribunal, de remplacement du Procureur, ou de tiers au procès exerçant des prérogatives classiquement dévolues aux parties¹³⁴³. En outre, l'*amicus curiae* se confond parfois, dans ses fonctions, avec le témoin-expert¹³⁴⁴. Ces prérogatives originales ont été prises en compte par le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux (« MTPI »)

¹³³⁹ TPIY, *Neuvième rapport annuel*, A/57/379, S/2002/985, p. 27, §103. Pour les suites de l'affaire sur ce point, v. TPIY, *Dixième rapport annuel*, A/58/297, S/2003/829, p. 30-31, §110, et TPIY, *Douzième rapport annuel*, A/60/267, S/2005/532, p. 24-25, §84 : ici, la Chambre de première instance a décidé de commettre d'office deux *amici curiae* comme conseils de la Défense.

¹³⁴⁰ Les compétences des TPI et des juridictions nationales sont concurrentes, avec une primauté de la compétence des TPI, dans le respect du principe *non bis in idem* (v. DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, p. 801). Pour les mémoires d'*amicus curiae* rwandais, v. par exemple TPIR, *Le Procureur c. Ildephonse Hategekimana* (ICTR-00-55B-R11bis), Mémoire d'*amicus curiae* présenté au nom du gouvernement rwandais ; TPIR, *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, *op. cit.*, Mémoire d'*amicus curiae* présenté au nom du gouvernement rwandais ; TPIR, *Le Procureur c. Charles Sikubwabo* (ICTR-95-1D-R11bis), *Amicus curiae Brief for the Republic of Rwanda in support of the Prosecutor's Application for Referral Pursuant to Rule 11 bis*.

¹³⁴¹ TPIY, *Dixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 41, §167 : la Chambre de première instance invitait ici le greffier à « nommer un *amicus curiae* pour engager une action contre Milka Maglov ». Dans l'affaire *Seselj*, le Greffier désignait un « *amicus curiae* chargé des poursuites pour outrage au tribunal » (TPIY, *Seizième rapport annuel*, A/64/205, S/2009/394, p. 13, §41). v. également TPIR/MTPI, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Juge unique, décision du 16 septembre 2015 (décision relative à la requête aux fins de désignation d'un Procureur *amicus curiae* chargé d'enquêter sur le témoin à charge GEK), MICT-13-33 (requête refusée).

¹³⁴² v. par exemple, mémoire d'*amicus curiae* présenté au soutien de l'accusé (TPIY, *Onzième rapport annuel*, A/59/215, S/2004/627, p. 59, §216).

¹³⁴³ TPIY, *Dix-neuvième rapport annuel*, A/67/214, S/2012/592, p. 16, §61 : « Vojislav Seselj et l'*amicus curiae* chargé des poursuites ont tous deux interjeté appel du jugement rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Vojislav Seselj* (affaire n°IT-03-67-R77.3), dans lequel l'accusé a été reconnu coupable d'un chef d'outrage au tribunal ». v. à ce propos BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 248-252. Pour l'auteur, « *ICTY decisions (...) have blurred the line between parties and amici curiae* » (*Ibid.*, p. 248).

¹³⁴⁴ ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 903. A l'inverse, A.-M. LA ROSA souligne que l'*amicus curiae* peut être utilisé pour « distinguer du témoin ordinaire ou de l'expert l'intervention d'un tiers, souvent une personnalité » (LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 138).

mis en place dans le cadre de l'ONU¹³⁴⁵. À l'image des textes de base des TPI, le RPP du Mécanisme prévoit, outre l'intervention classique des *amici*¹³⁴⁶, la possibilité de désigner un *amicus curiae* pour instruire l'affaire et éventuellement engager des poursuites en cas d'outrage au Tribunal (article 90) ou de faux témoignage sous déclaration solennelle (article 108).

Les textes régissant l'activité de la CPI font également référence à l'impartialité du Procureur (article 45 du Statut de Rome), tout en prévoyant la possibilité pour celui-ci d'obtenir des renseignements « auprès d'Etats, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées » (article 15 du Statut). L'*amicus curiae* est expressément visé par la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour¹³⁴⁷. Ainsi, à titre d'exemple, l'ONG Women's Initiative for Gender Justice, focalisée sur le travail de la CPI, a déposé ses informations en qualité d'*amicus curiae* au stade préliminaire de l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, aux fins d'influer sur la confirmation des charges¹³⁴⁸. Les *amici curiae* se voient appliquer le Code de conduite professionnelle des conseils élaboré par la Cour en 2005¹³⁴⁹, qui impose notamment une prestation de serment (article 5) visant à garantir l'indépendance (rappelée à l'article 6) et

¹³⁴⁵ Créé en 2010 par la résolution 1966 du Conseil de Sécurité, le MTPI a pour but de « mener à bien les travaux du TPIR et du TPIY à l'heure où ces deux institutions arrivent au terme de leur mandat respectif ». Le Mécanisme est chargé de « continuer à exercer les compétences, les fonctions essentielles, les droits et obligations des deux Tribunaux et de préserver leur héritage » (v. www.unmict.org).

¹³⁴⁶ Article 83 (« *Amicus curiae* ») : « [u]ne Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à faire un exposé sur toute question qu'elle juge utile » (v. pour la procédure d'appel, article 131).

¹³⁴⁷ Règle 103 – *Amicus curiae* et autres formes de déposition : « 1. A n'importe quelle phase de la procédure, toute chambre de la Cour peut, si elle le juge souhaitable en l'espèce pour la bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à présenter par écrit ou oralement des observations sur toute question qu'elle estime appropriée. 2. Le Procureur et la défense ont la possibilité de répondre aux observations présentées en vertu de la disposition 1 ci-dessus. 3. Les observations présentées par écrit en vertu de la disposition 1 ci-dessus sont déposées au Greffe, qui en fournit copie au Procureur et à la défense. La Chambre fixe le délai de dépôt des observations » (v. pour la procédure d'appel, *mutatis mutandis*, Règle 149).

¹³⁴⁸ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba, Amicus Curiae Observations of the Women's Initiative for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, 31 juillet 2009, ICC-01/05-01/08-466. v. également, pour un dépôt de mémoire d'*amicus curiae* au stade du procès, les observations d'avocats spécialisés en droit pénal international, droit d'asile et droit des réfugiés dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07-3354).

¹³⁴⁹ CPI, *Code de conduite professionnelle des conseils*, ICC-ASP/4/32, adopté par consensus à la troisième séance plénière, 2 décembre 2005 (Résolution ICC-ASP/4/Res.1). L'article premier précise que les dispositions du Code concernent « [les] conseils représentant les Etats, [les] *amici curiae*, ainsi [que les] conseils ou mandataires en justice des victimes et des témoins ».

le respect du secret professionnel et de la confidentialité (également soulignés à l'article 8), avec des sanctions disciplinaires prévues en cas de non respect de ces dispositions.

Ces brefs propos comparatifs permettent de mettre en exergue l'accueil favorable généralement réservé à l'*amicus curiae* dans le contentieux international. Parmi les juridictions étudiées ci-dessus, seules la CIJ et la CJUE¹³⁵⁰ (la position du TIDM devant se préciser) semblent relativement fermées aux amis de la Cour. Remarquant l'essor de la participation des *amici curiae* dans le contentieux international, certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'y voir un principe général de procédure.

B- L'*amicus curiae* dans le contentieux international : un principe général de procédure ?

Selon L. BOISSON DE CHAZOURNES : « *more and more amicus curiae briefs are admitted, so maybe there is an emergence of a customary international rule which allows for the submission of amicus curiae briefs* »¹³⁵¹. Pour d'autres auteurs, ambitionner de démontrer l'existence d'un tel principe est irréaliste. Par exemple, L. BASTIN estime que :

« *[t]he role of the amicus curiae in international law varies according to the court or tribunal before which it seeks to appear. Through their respective procedural rules, international courts and tribunals have variously given amici curiae virtually no access to their chambers or given them full third party rights to participate. Drawing general conclusions about how international law regards amici curiae is thus very difficult (...). No commentary ever goes so far as to articulate a general international legal principle governing the admission of amici curiae to international tribunals* »¹³⁵².

D'aucuns se limitent alors à voir dans l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* un « principe procédural sectoriel », c'est-à-dire limité à un seul contentieux. C'est le cas

¹³⁵⁰ L'*amicus curiae* est toutefois institutionnalisé dans le contentieux de l'application des règles de la concurrence.

¹³⁵¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and “Amicus Curiae” Briefs », *op. cit.*, p. 334. v. également, pour une position plus nuancée, BARTHOLOMEUSZ L., « The Amicus Curiae before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 273-280 ; et MENETREY S., *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, *op. cit.*, p. 21-240, en particulier p. 133-242.

¹³⁵² BASTIN L., « The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration », *op. cit.*, p. 208.

de C. SCHLIEMANN qui voit « *a strong assumption on the emergence of a customary standard on amicus participation in international investment arbitration* »¹³⁵³.

Un principe général de procédure est un principe général de droit applicable sur le plan procédural. R. KOLB appréhende leur rôle vis-à-vis de la fonction juridictionnelle : ainsi, les principes et les règles se complètent dans le dispositif normatif qui a vocation à régir l'activité des juridictions internationales. Les premiers sont des propositions normatives générales, qui expriment des valeurs importantes de l'ordre juridique, se distinguant ainsi des secondes, plus précises et plus techniques. En ce sens, un principe (« *Grundsatz* ») peut donner lieu à une multitude de règles (« *Rechtssatz* ») qui s'y rattachent. Les principes peuvent en outre précéder la formulation de règles communes à l'ensemble des statuts des juridictions internationales (ainsi en est-il, par exemple, du principe *kompetenz-kompetenz* dégagé dès l'affaire de l'*Alabama*, qui se retrouve aujourd'hui dans la plupart des textes de base – notamment à l'article 36, paragraphe 6 du Statut de la CIJ qui prévoit qu'« [e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, [celle-ci] décide »). Les principes peuvent par ailleurs combler les lacunes dans les règles qui régissent l'activité d'une juridiction. Ils découleront de la formulation, de l'esprit, du but des règles de procédures qu'il convient de préciser (ainsi, par exemple, dans l'affaire *LaGrand*, la CIJ dégage le principe du caractère obligatoire des mesures conservatoires en interprétant son Statut). D'autres principes enfin, se suffisent à eux-mêmes pour régir la procédure, et peuvent être considérés comme tels parce qu'ils découlent d'une pratique juridictionnelle uniforme (on pense aux principes exprimés sous forme de maximes, par exemple « *actori incumbit probatio* » ou encore « *jura novit curia* »)¹³⁵⁴. L. DELBEZ définit les « principes généraux » mentionnés à l'article 38 du Statut de la CIJ comme des « règles juridiques de portée générale et quasi universelle, reçues dans les législations internes de la plupart des [Etats] »¹³⁵⁵. Une autre partie de la doctrine, représentée par A. VERDROSS ou encore C. ROUSSEAU, voit dans les principes

¹³⁵³ SCHLIEMANN C., « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration : a Deconstruction of the Procedure Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15 », *op. cit.*, p. 367.

¹³⁵⁴ KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 1203-1206.

¹³⁵⁵ DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, p. 89. v. également THIRLWAY H., « Concepts, Principles, Rules and Analogies : International and Municipal Legal Reasoning », *RCADI*, 2002, p. 274 : « *there are differing views as to the meaning of the reference in the Statute to those principles ; but for most scholars, the correct interpretation would at least include the principles which can be found to be shared by all, or at least most, national legal systems* ».

généraux de droit une source autonome, c'est-à-dire « pouv[ant] provenir aussi bien de l'ordre international que des ordres internes »¹³⁵⁶.

Si l'on prend en considération « la plupart des ordres internes », il est difficile d'affirmer que l'admission de l'*amicus curiae* présente un caractère systématique. S'il est souvent affirmé que les *amici* sont globalement connus du droit national¹³⁵⁷, conclure à un critère aussi élevé que celui de la généralité et de la « quasi universalité » serait forcer le trait. Dans le contentieux international, ainsi qu'il a été démontré dans ces développements, l'*amicus curiae* est généralement le bienvenu. Le contentieux régional de protection des droits de l'Homme, le contentieux international pénal et le contentieux économique tiennent une position de principe favorable à son accueil. Le contentieux interétatique lui semble réfractaire. Néanmoins, il est trop tôt pour affirmer que la porte du TIDM restera fermée. L'absence de représentation de l'*amicus curiae* dans le contentieux de l'Union européenne peut s'expliquer par l'absence de besoin : l'Avocat général remplit une fonction relativement similaire. C'est finalement la seule CIJ qui paraît peu encline à accepter que des « amis » lui soumettent leurs vues. Toutefois, malgré une certaine bienveillance des juridictions internationales vis-à-vis de l'*amicus curiae*, il semble difficile d'identifier l'émergence d'un principe général de procédure, tant que les juges disposent du pouvoir discrétionnaire d'autoriser, dans chaque cas, ceux-ci à intervenir. L'accueil favorable qui lui est généralement réservé dans le contentieux international ne peut être qualifié que de *tendance*.

Pour être qualifiée de principe général procédural, la participation de l'*amicus curiae* devrait être davantage institutionnalisée, afin d'affirmer clairement le droit de celui-ci à solliciter d'être entendu. L'institutionnalisation – prétorienne ou textuelle – permettrait de préciser les conditions d'accès au contentieux de ces tiers, et de réduire les incertitudes quant à l'effet de leur intervention sur la décision finale. En effet, si l'*amicus curiae* est

¹³⁵⁶ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public, op. cit.*, p. 382. Sur la question des principes généraux de droit, v. *Ibid.*, p. 380-386 ; VERDROSS A., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, p. 195-251 ; KOPELMANAS L., « Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3 du Statut de la CPJI », *RGDIP*, 1936, p. 285-308 ; VITANYI B., « La signification de la généralité des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536-545 ; VITANYI B., « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" », *RGDIP*, 1982, p. 48-116 ; KOLB R., *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 1-79, spéc. p. 17-60.

¹³⁵⁷ Institution « familière de nombreux droits nationaux » (SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 304).

souvent bienvenu à la Cour, les modalités de sa participation sont loin d'être claires. Leur intervention doit être autorisée par la juridiction concernée pour chacun des « amis » désireux de soumettre leurs observations, et dans chaque litige – parfois même, pour chaque phase, écrite ou orale, d'un même litige. Bien que son intervention puisse être qualifiée d'informelle¹³⁵⁸, l'*amicus curiae* doit tout de même la justifier par un intérêt – même non juridique, même académique, même général¹³⁵⁹ – et surtout, doit démontrer en quoi celle-ci serait une valeur ajoutée pour la résolution du litige. Afin d'être recevables, les informations soumises par les amis de la Cour doivent être utiles¹³⁶⁰. Ces critères, larges et malléables, laissent donc au juge un pouvoir discrétionnaire, ainsi que l'exprime l'Organe d'appel de l'ORD : « [u]n groupe spécial a le pouvoir *discrétionnaire* soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués »¹³⁶¹. Dans l'acceptation et la fixation des conditions de soumission des mémoires d'*amicus curiae*, le juge est, tout au plus, lié par l'objectif global de bonne administration de la justice¹³⁶². Certaines juridictions pourront alors déterminer ces

¹³⁵⁸ ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 911.

¹³⁵⁹ BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 274-275.

¹³⁶⁰ Ainsi, une demande d'intervention en qualité d'*amicus curiae* émanant de l'ONG Human Rights Watch était rejetée par la Chambre de première instance I du TPIY car « il [n'apparaissait] pas *nécessaire* que soit soumis (...) un mémoire portant exposé relatif à la procédure organisée par ce texte, dont le principe et le bien fondé ne sauraient être judiciairement discutés » (TPIY, *Radovan Karadžić et Ratko Mladić*, Chambre de première instance I, ordonnance de rejet d'une demande de soumission d'un mémoire en qualité d'*amicus curiae* dans la procédure de l'article 61, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61, 21 juin 1996 (les italiques sont de nous), cité in ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 914).

¹³⁶¹ Etats Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 41, §108 (les italiques sont de nous). Egalement, dans l'affaire *Plomb et Bismuth II*, l'Organe d'appel déclare : « [I]es particuliers et les organisations, qui ne sont pas Membres de l'OMC, ne sont pas fondés *en droit* à présenter des communications ni à être entendus par l'Organe d'appel. L'Organe d'appel n'a pas l'*obligation* juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas Membres de l'OMC » (Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminé à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 16, §39 (les italiques sont de nous)). Selon l'analyse de B. STERN, le pouvoir discrétionnaire que se reconnaît le juge de l'OMC « implique : le choix de la source de renseignements ; la décision de demander ; la décision de ne pas demander ; le pouvoir d'accepter un document demandé ; le pouvoir de refuser un document demandé ; le pouvoir d'accepter un document non demandé ; le pouvoir de refuser un document non demandé ; le pouvoir de disposer comme il l'entend d'un document demandé ; le pouvoir de disposer comme il l'entend d'un document non demandé ». (STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 262).

¹³⁶² L'Organe d'appel parle ainsi de « pertinence » et d'« utilité » vis-à-vis de l'affaire (Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminé à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 16, §40). Comme le relève L. BARTHOLOMEUSZ en analysant la pratique du TPIY, « [i]t is notable that some of the issues addressed by amici (...) were related to general international law rather than international criminal law. *Amicus participation appeared to have comforted the judges who, although able, had much more experience in the realm of international criminal law than in that of general international law* » (BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 247).

conditions avec plus ou moins de précision et de rigueur, à l'image de l'Organe d'appel dans l'affaire de l'*Amiante*¹³⁶³ ou du CIRDI¹³⁶⁴, tandis que d'autres maintiendront le mystère autour de la participation des *amici curiae*.

Dans ce vide procédural, le juge se trouve dans une position relativement confortable et il est compréhensible que l'idée d'une institutionnalisation de la participation de l'*amicus curiae* puisse lui déplaire : plus les conditions de participation des tiers au contentieux sont déterminées, plus la marge de manœuvre du juge quant à leur admission – dans son principe et dans ses modalités – est réduite. Toutefois, comme l'ont (timidement) montré les tentatives sus-évoquées de réglementation de la participation de l'*amicus curiae* par les juges, une institutionnalisation prétorienne (révision du règlement de procédure, adoption de « procédures de travail » ou « d'instructions de procédure », développement d'une jurisprudence constante sur la question) de la participation de l'*amicus curiae* au procès semble constituer un compromis acceptable¹³⁶⁵. Tout en dissipant un vide procédural pouvant être bien mal perçu¹³⁶⁶, elle permet au juge de conserver sa marge de manœuvre, même s'il s'engagera à la systématiser.

¹³⁶³ Il est toutefois à noter qu'il s'agit d'un encadrement procédural *ad hoc*, ne valant que pour l'affaire à l'occasion de laquelle il est dégagé (v. STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 269).

¹³⁶⁴ v. Article 37 (2) du Règlement d'arbitrage, et, pour une analyse, SCHLIEMANN C., « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration : a Deconstruction of the Procedure Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15 », *op. cit.*, p. 370-381.

¹³⁶⁵ v. en faveur de l'institutionnalisation de l'intervention des *amici*, ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 929 : « l'*amicus curiae* présente plus d'avantages que d'inconvénients, car il peut remplir des fonctions multiples, dans l'intérêt de la justice. L'essentiel pour la juridiction internationale est de parvenir à en maîtriser le flot – à vrai dire pour l'instant pourtant limité – et à en préciser le régime juridique » ; BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », *op. cit.*, p. 286 : « *the conditions for amicus participation could be developed or reviewed after wide consultation with representatives of all those interested : members of the court or tribunal ; entities able to appear as parties before it ; and potential amici ; courts or tribunals anxious about (extending) amicus participation could consider pilot projects. In this way, the amicus curiae could become a closer friend of international courts and tribunals* » ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and “*Amicus Curiae*” Briefs », *op. cit.*, p. 336 : « *[t]here are pros and cons about admitting amicus curiae briefs, but it seems to me, looking at the international practice, that things are going in the direction of admitting them, and what is now very much at stake for all tribunals and courts is to establish clear rules on how to deal with them* » ; v. également LEVINE E., « *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : the Implications of an Increase in Third-Party Participation », *Berkeley Journal of International Law*, p. 221-223 ; WALLET-HOUGET J., « La participation des ONG au mécanisme de règlement des différends de l'OMC : une perspective environnementale », *op. cit.*, p. 158-160.

¹³⁶⁶ v. par exemple, sur les rejets des mémoires d'*amicus curiae* par l'ORD : « l'absence de toute motivation, le caractère lapidaire de ses rejets met un peu mal à l'aise. S'il le justifie au travers de la distinction entre les parties et tierces parties, qui ont un “droit” à être entendues et donc ont un droit à ce que le juge s'explique sur ce qu'il fait de leurs arguments (dans les limites de l'économie judiciaire cependant), et les autres tiers, qui n'ont pas de “droit”, il n'en reste pas moins que l'*imperatoria brevitatis* sied mal au juge en général, international en particulier » (RUIZ-FABRI H., « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, p. 75).

Pour l'heure, le flou procédural se conjugue en outre à l'incertitude quant au poids donné par les juges aux mémoires d'*amicus curiae* dans le rendu de la décision. Il est en effet complexe de déterminer l'effet des informations soumises par l'*amicus curiae* sur la décision juridictionnelle. Parfois, le juge indique si ces informations ont été utiles ou non¹³⁶⁷. Plusieurs travaux doctrinaux offrent également des renseignements précieux sur l'impact des mémoires d'*amicus curiae* sur la décision finale¹³⁶⁸. En l'absence de telles précisions, il est toujours possible de comparer le texte de la décision et le mémoire d'*amicus curiae* lorsque celui-ci est disponible. Toutefois, en l'absence d'un mimétisme remarquable ou de référence(s) expresse(s) à celui-ci, la détermination de son influence ne peut être que conjecture.

¹³⁶⁷ Ce fut le cas de la Chambre d'appel du TPIY qui précise, dans l'affaire *Tadić*, que les mémoires d'*amicus curiae* ont été « considérés », et de la CEDH qui cite et se réfère à certaines des informations transmises par *Amnesty international* dans les affaires *Akdivar c. Turquie* ou encore *Soering c. Royaume-Uni* (ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 922-923).

¹³⁶⁸ v. par exemple, STERN B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 300-301 ; ORTINO F., « The Impact of *Amicus Curiae* Briefs in the Settlement of Trade and Investment Disputes », in MEESSEN K. M. (Ed.), *Economic Law as an Economic Good : its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Munich, Sellier, 2009, p. 301-316 ; HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 656-668 ; DURLING J., HARDIN D., « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », *op. cit.*, p. 243-246 ; et, bien qu'il s'agisse d'une étude de droit interne, v., pour l'aspect méthodologique : KEARNEY J. D., MERILL T. W., « The Influence of *Amicus Curiae* Briefs on the Supreme Court », *University of Pennsylvania Law Review*, p. 744-830, spéc. p. 749-750 et p. 774-819.

Conclusion du Chapitre VI

L'intervention en interprétation d'une convention multilatérale et l'intervention en qualité d'*amicus curiae* représentent deux faces d'une même pièce, que nous qualifions d'intervention-influence. Comme le souligne P. PALCHETTI,

« [intervention under Article 63 of the Statute is the] opportunity granted to the parties of the convention to submit their views on its construction in order to extend the information on which the Court may rely. In this sense intervention under Article 63 can be assimilated to a form of participation to the proceedings of amicus curiae »¹³⁶⁹.

L'intervenant, rarement désintéressé¹³⁷⁰, a ainsi la possibilité d'« exercer une influence sur le développement du droit international »¹³⁷¹. A cet égard, l'intervention en interprétation d'une convention internationale, réservée aux sujets « classiques » du droit international que sont les Etats et les organisations internationales apparaît relativement marginale : bien qu'elle soit « de droit », son champ d'application est limité. A l'inverse, l'*amicus curiae* ne se voit reconnaître la possibilité d'intervenir qu'à titre de privilège, cependant il compense cet accès au prétoire précaire et informel en soumettant au juge ses vues sur tout point de droit ou de fait, et en empruntant des identités pouvant aller au-delà de ce qui est prévu par les textes de base des juridictions concernées. L'ouverture du procès agit au bénéfice de la légitimité et de la transparence. De l'autre côté, le juge jouit d'un éclairage précieux, l'autorisant à trancher le litige en toute connaissance de cause. Là se trouve satisfait l'objectif de bonne administration de la justice.

¹³⁶⁹ PALCHETTI P., « Opening the International Court of Justice to Third States : Intervention and Beyond », *op. cit.*, p. 141-142.

¹³⁷⁰ v. par exemple DECAUX E., « L'intervention », *op. cit.*, p. 255 : « [s]i l'Etat cherche à se présenter de plus en plus comme un *amicus curiae*, c'est pour le juge un ami peu désintéressé ».

¹³⁷¹ *Ibid.*, p. 222.

Conclusion du Titre III

L'examen de l'intervention-protection a révélé ses conditions restrictives d'admissibilité, qui contrastent avec la recevabilité garantie de l'intervention en interprétation d'une convention multilatérale, dès lors que les conditions prescrites par les textes de base sont remplies. Ces formes d'intervention ont néanmoins ceci de commun d'être institutionnalisées : leur régime procédural laissera au juge plus ou moins de marge de manœuvre dans la décision de recevabilité, mais dénie à celui-ci tout pouvoir discrétionnaire. Qu'il s'agisse de l'intervention-protection ou de l'intervention en interprétation, l'intervenant n'a pas de « droit absolu à l'intervention », mais seulement un « droit conditionné » : il appartient au juge, qui a ici compétence liée, d'autoriser l'intervention dès lors que les conditions prévues par le Statut et le Règlement sont remplies. Sa marge de manœuvre est une marge d'interprétation, qui dépend de la précision et de la clarté des conditions de recevabilité telles que décrites par les textes, qui organisent en outre les modalités de la participation des tiers au procès une fois l'intervention déclarée recevable. A leurs côtés, l'intervenant en qualité d'*amicus curiae* a un statut d'intervenant précaire, car non institutionnalisé, au mieux avec des textes inadaptés à la réalité procédurale. Le juge a donc le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou de refuser son intervention, et d'organiser les modalités de sa participation au procès. A n'en pas douter, les juridictions agissent en étant guidées par les objectifs de bonne administration de la justice, d'économie du procès et de célérité procédurale. Il n'en demeure pas moins que, dans ces conditions, l'*amicus curiae* n'a pas un droit conditionné à l'intervention mais un simple « privilège d'intervention », le cas échéant¹³⁷². Dans le respect d'une souplesse qui présente de nombreux avantages, une institutionnalisation est néanmoins à souhaiter, en particulier dans la mesure où l'intervention en qualité d'*amicus curiae* est la plus généralisée, et la plus importante quantitativement, dans le contentieux international.

¹³⁷² « Le tribunal jouit d'une totale discrétion dans l'exercice de son pouvoir, ce qui signifie que la participation à titre d'*amicus curiae* demeure un privilège du tiers, et non un droit » (COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, op. cit., p. 401).

Quant aux effets de l'intervention, l'analyse a révélé des résultats contrastés. L'intervention-protection, en s'inscrivant dans la défense d'intérêts propres aux tiers dans le cadre de différends qui, de bilatéraux, finissent par revêtir une dimension multilatérale, semble soulever des enjeux plus importants par rapport à une intervention en interprétation, portant sur la défense d'intérêts plus généraux. *Prima facie*, l'intervention-protection semble ainsi être de nature à réellement bouleverser le procès, en mettant en exergue ses aspects multilatéraux. Cette intervention est liée à une participation du tiers au procès, parfois si nécessaire qu'elle empêche le juge de statuer en l'absence de ce dernier (application du principe de l'*Or monétaire* intégralement – pas de décision sur le fond – ou partiellement – le juge ne statue que sur une partie du *petitum*). *Quantitativement*, dans le contentieux international pris dans sa généralité, les cas d'intervention-protection sont toutefois moins nombreux que les cas d'intervention-influence, et sont, *ratione materiae*, limités au contentieux territorial. *Substantiellement* en outre, l'intervention apparaît presque obsolète face à la pratique judiciaire de la CIJ, désormais bien établie, qui prend en considération les intérêts des tiers même en l'absence de ceux-ci. L'intervention *en tant que partie* serait véritablement le moyen de l'économie procédurale, mais dès lors que celle-ci est recevable, elle sort du champ d'étude de la tierce intervention, le tiers intervenant étant désormais une *partie* au différend. A mieux y regarder alors, l'intervention-influence, en pénétrant le raisonnement même du juge, est davantage de nature à affecter la décision de justice. Alors que l'intervention-protection vise à la préservation d'un effet néfaste du dispositif, l'intervention-influence cherche à infiltrer les motifs d'une décision, qui bénéficieront de l'autorité du précédent. Cette forme d'intervention pèse, potentiellement, sur le long terme, sur la jurisprudence dans son ensemble et sur la fonction juridictionnelle dans son aspect normatif. Le poids d'une telle intervention est de surcroît décuplé dès lors que l'on considère le phénomène du dialogue des juges, l'intervenant – qui peut appartenir à la catégorie des sujets de droit « classiques » tout comme à la société civile – a alors la possibilité de participer au développement du droit international.

Aux côtés de ces intervenants, d'autres tiers participent au contentieux international et exercent une fonction de coopération : ils aident le juge et/ou les parties dans la recherche de la vérité légale. Cette fonction probatoire permet de s'interroger sur le caractère indispensable de la participation des tiers dans le contentieux international.

TITRE IV – LA TIERCE-COOPÉRATION

La coopération (ou « collaboration ») doit être définie comme correspondant à la « participation habituelle ou occasionnelle à l'activité professionnelle d'une autre personne »¹³⁷³. Ce titre s'intéresse à la participation des experts et des témoins dans le contentieux international, qui collaborent avec le juge et/ou les parties aux fins de l'administration de la preuve. Les règles relatives à la matière de la preuve ont pour but l'établissement de la vérité *aux fins du procès*, ou *vérité légale*. En effet, « [p]rouver c'est convaincre le juge d'une réalité réelle ou supposée ; dans le débat judiciaire, c'est cette conviction qui importe »¹³⁷⁴. Chaque système juridique détermine ainsi les règles procédurales applicables sur le plan probatoire, qui « régissent à la fois la formation, la manifestation et l'établissement de la vérité aux fins du procès de sorte que le tribunal puisse statuer en connaissance de cause »¹³⁷⁵. Devant les juridictions internationales, la preuve a pour objet l'établissement des faits pertinents et contestés et, dans une certaine mesure, des règles de droit¹³⁷⁶. La charge de celle-ci pèse tout d'abord sur les parties au différend, chacune devant prouver ses allégations. Ce duel probatoire laisse penser que la procédure internationale présenterait plutôt les traits d'un système juridictionnel de type accusatoire. Néanmoins, les éléments symptomatiques d'un caractère inquisitoire¹³⁷⁷ de la

¹³⁷³ CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 190 ; v. également SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 268.

¹³⁷⁴ LA ROSA A.-M., « La preuve », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 945 ; v. également SALMON J., « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982, p. 304 ; et NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 1-11. Cette étude, qui a servi de base de réflexion pour la construction de ces propos introductifs, est « malgré la généralité du titre du sujet (...) [limitée] à la pratique de la Cour permanente de Justice internationale, de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'Homme d'une part, et à celles de bon nombre de tribunaux arbitraux internationaux des XIX^e et XX^e siècles dont la jurisprudence est généralement publiée d'autre part » (*Ibid.*, « note liminaire »).

¹³⁷⁵ RIVIER R., « La preuve devant les juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁷⁶ NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 69-102 ; et p. 103-136 sur l'incidence des présomptions sur l'obligation de preuve. v. également PAUWELYN J., « Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement : Who Bears the Burden ? », *Journal of international economic law*, 1998, p. 227-258.

¹³⁷⁷ Sur l'artificielle *summa divisio* entre modèle accusatoire et modèle inquisitoire appliquée au procès pénal international, v. MARTIN-CHENUT K., « Procès international et modèle de justice pénale », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 847-863. v. également, sur la difficile systématisation des modèles probatoires des Etats membres dans le contentieux de l'Union européenne, BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », in TRUILHE-MARENGO E. (Dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 249.

procédure ont également su influencer le contentieux international, qui s'impose finalement comme système autonome¹³⁷⁸. Premièrement, au-delà du « jeu » classique des adages *actori incumbit probatio* et *reus in excipiendo fit actor*¹³⁷⁹, les parties, qui se doivent de régler leurs différends de bonne foi, sont à ce titre tenues d'une « collaboration à la preuve ». Ce principe oblige une partie à fournir tous les éléments de preuve pertinents dont elle dispose, y compris ceux qui plaident en faveur de la cause de son adversaire¹³⁸⁰. Secondement, le juge jouit, aux côtés des parties, de larges pouvoirs dans la recherche des preuves et dans la direction de l'administration de celles-ci, ainsi que d'une grande liberté dans l'appréciation de la valeur probante des éléments qui lui sont soumis¹³⁸¹.

La recherche de la vérité légale n'est cependant pas la seule affaire des parties au différend et du juge. Elle nécessite parfois de s'appuyer sur la coopération de tiers à l'instance, notamment lorsque le critère de la preuve ne se satisfait pas d'une preuve légère et exige de se conformer à un standard plus rigoureux, celui de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » par exemple¹³⁸². Ainsi, au titre des *moyens de preuve*¹³⁸³ faisant intervenir

¹³⁷⁸ NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 443-448, spéc. p. 446-447. v. également, sur les « composantes » relevant des systèmes inquisitoire et accusatoire dans la procédure devant le TPIY : TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 23, §71-74 ; LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 30-34 et p. 256-260.

¹³⁷⁹ v. par exemple CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, *op. cit.*, p. 81-85.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p. 23-68 et p. 165-199. v. également SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 500-501 ; et CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, p. 71, §162-163, spéc. §163 : « [l]e demandeur doit naturellement commencer par soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse. Cela ne signifie pas pour autant que le défendeur ne devrait pas coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie ».

¹³⁸¹ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, p. 599 ; et NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 211-441. v. également, pour les règles de preuve en matière d'arbitrage (CNUDCI), CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules, Oxford Commentaries on international Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 565-605 ; GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI, Vol. I*, Paris, Pedone, 2004, p. 341 : « la sentence [*AAPL c. Sri Lanka*] pose sept règles de preuve (...) : la charge de la preuve pèse sur le demandeur ; le demandeur s'entend de l'auteur d'une prétention ; la preuve doit être suffisante ; la responsabilité de l'Etat ne se présume pas ; les tribunaux internationaux sont libres d'apprécier la valeur probante des éléments avancés ; en rapportant une preuve qui conforte *prima facie* une allégation, l'auteur de cette allégation renverse la charge de la preuve ; lorsque la preuve d'un fait présente une difficulté extrême, le tribunal peut se satisfaire d'une preuve moins décisive (...). Ces règles sont toutes extrêmement classiques et n'appellent aucun commentaire particulier ».

¹³⁸² v., sur l'absence de critère uniforme de la preuve en droit international : NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 413-429.

¹³⁸³ *Ibid.*, pp. 136-163 et 211-230. Sans « entreprendre une étude détaillée des différents modes de preuve », l'auteur entend « donner une idée de l'ensemble des moyens de preuve auxquels les parties peuvent avoir recours » : la preuve documentaire, la preuve par témoins et experts et les autres modes de preuve que sont l'aveu d'une des parties et la descente sur les lieux (*Ibid.*, p. 136-137) Quant aux mesures d'instructions que le juge peut ordonner, sont examinées les questions et demandes de renseignements, les demandes de production de documents, l'audition des témoins, l'expertise et la descente sur les lieux (*Ibid.*, p. 211-234).

des tiers figurent la preuve par témoignage et la preuve par expertise. En effet, les tiers n'assument pas une partie du fardeau de la preuve *stricto sensu*. Ils contribuent à l'établissement de la vérité légale en qualité d'*instruments probatoires*, produits par les parties ou diligentés par le juge dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction¹³⁸⁴. Ils se voient appliquer, dans ce cadre, les principes procéduraux de libre admissibilité¹³⁸⁵ et de libre appréciation¹³⁸⁶ des preuves. Ils constituent néanmoins des instruments probatoires particuliers. Indispensables lorsque l'établissement de la vérité légale s'avère plus complexe – soit que les questions soulevées au contentieux revêtent un caractère scientifique et technique, soit que le critère de la preuve soit élevé – ces tiers doivent dès lors présenter des qualités spécifiques : de probité, de crédibilité ou encore, d'indépendance et d'impartialité. Leur participation au contentieux international fait l'objet d'un régime juridique particulier qui leur confère un statut, et qui révèle leur qualité de tiers : il est vrai que l'expert et le témoin sont cités à comparaître à des fins probatoires par les parties au différend et/ou par le juge. Ils ne peuvent, pour autant, être assimilés aux parties, ni au juge. Ils sont des tiers car placés au service de la vérité légale, et leur statut vise à garantir l'exercice d'une telle fonction. Nous étudierons alors les modalités de cette participation, afin d'appréhender les contours de ce statut qui leur permet d'apporter leur pierre à l'édifice probatoire.

L'étude générale sur la preuve devant les juridictions internationales conduite par G. NIYUNGEKO constatait que, pour diverses raisons de l'ordre du pragmatisme, « dans la pratique judiciaire et arbitrale internationale, la preuve testimoniale orale¹³⁸⁷ n'occupe pas autant de place – loin s'en faut – que la preuve documentaire »¹³⁸⁸. Pareille observation vaut pour la preuve par experts, dont le régime procédural est calqué sur celui applicable aux témoignages¹³⁸⁹. Néanmoins, « la structuration du mode de preuve dépend des types de

¹³⁸⁴ L'article 64, paragraphe 2, du Règlement de procédure de la CJUE illustre cette affirmation ; il dispose que « les mesures d'instruction comprennent : a) la comparution personnelle des parties ; b) la demande de renseignements et de production de documents ; c) *la preuve par témoins* ; d) *l'expertise* ; e) la descente sur les lieux » (les italiques sont de nous).

¹³⁸⁵ NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 239-319, spéc. p. 246-248.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 321-442, spéc. p. 360-368 et p. 370-379.

¹³⁸⁷ La preuve testimoniale écrite est traitée par l'auteur dans les développements dédiés à la preuve documentaire (*Ibid.*, p. 144-145).

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 146-147.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 154-156.

contentieux »¹³⁹⁰. Ainsi, lorsque le contentieux exige de trancher des prétentions soulevant des questions d'ordre scientifique ou technique, l'expertise devient incontournable (Chapitre VII). De même, les spécificités du contentieux pénal international, couplées à l'exigence d'une preuve « au-delà de tout doute raisonnable »¹³⁹¹ pour statuer sur la culpabilité de l'accusé et appliquer les peines privatives de liberté conséquentes, placent les témoins au centre du procès¹³⁹² (Chapitre VIII).

¹³⁹⁰ Expression empruntée à Denys SIMON, v. « Débats » suite au rapport de MEHDI R., « La preuve devant les juridictions communautaires », in RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 189.

¹³⁹¹ v. à cet égard l'article 87 des RPP du TPIY et du TPIR : « [l']accusé n'est déclaré coupable que lorsque la majorité de la Chambre de première instance considère que la culpabilité de l'accusé a été prouvée au-delà de tout doute raisonnable » ; et l'article 66, paragraphe 3, du Statut de Rome : « [p]our condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ».

¹³⁹² « Ce sont les témoignages et non les documents qui représentent la majorité des preuves devant les institutions pénales internationales » (CATALDI G., DELLA MORTE G., « La preuve devant les juridictions pénales internationales », in RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 200).

CHAPITRE VII - L'EXPERTISE JURIDICTIONNELLE

« Le recours à un technicien ou expert, en droit international, [correspond à] l'utilisation d'un agent exerçant une fonction internationale spécifique, à la demande des Etats ou des organisations internationales. Cette fonction internationale, axée sur une compétence spécialisée, consiste en la production d'un avis consultatif destiné à s'intégrer dans une décision »¹³⁹³.

Le droit international régit aujourd'hui des domaines divers, complexes et pluridisciplinaires : la seule compétence du juriste ne suffit plus à mener à bien le processus décisionnel. Dans certains domaines éminemment techniques¹³⁹⁴, le recours à l'expertise s'impose désormais comme une nécessité et la « fonction consultative [de l'expert] semble aujourd'hui placée en lien étroit avec la fonction normative »¹³⁹⁵. En ce sens, appliquée au contentieux, l'expertise interroge sous un prisme particulier la notion de bonne administration de la justice et révèle un paradoxe potentiel : alors qu'il incombe en principe au juge de s'assurer que la justice est « bien administrée », « il y a un certain nombre de cas dans lesquels la bonne administration de la justice dépendrait en l'espèce de son externalisation envers un expert technique »¹³⁹⁶. Dès lors, « les liens entre la bonne administration de la justice et l'expert passent par la définition des liens entre expertise et droit, car c'est la correcte application de ce dernier qui est en jeu. Juger, c'est décider ; or le juge, souvent, ne décide plus seul, il se fait conseiller »¹³⁹⁷.

Dans le contentieux international, l'expertise juridictionnelle correspond ainsi à une « [m]esure ancienne de droit processuel [qui] tend à faire participer dans un procès des intervenants externes, afin d'apporter, par leur connaissance spécialisée, une approche permettant d'évaluer la preuve des faits »¹³⁹⁸, ou, selon les termes du *Dictionnaire de droit international public*, une « [m]esure d'instruction consistant pour le juge à charger un ou

¹³⁹³ RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, p. 61. Pour une définition énumérative des divers « types » d'experts, v. SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 482-483.

¹³⁹⁴ Par exemple dans le domaine de la délimitation maritime et plus particulièrement de la délimitation du plateau continental, spécialement au-delà des 200 milles marins, ou encore dans les domaines environnemental et nucléaire.

¹³⁹⁵ RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁹⁶ RIOS RODRIGUEZ J., « Expertise scientifique, normes techniques et bonne administration de la justice », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009, p. 97.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 86.

¹³⁹⁸ RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, *op. cit.*, p. 117.

plusieurs experts de procéder à des constatations techniques et de lui en exposer le résultat dans un rapport »¹³⁹⁹. Dès lors, « toutes les personnes compétentes n'ont donc pas la qualité d'expert (...). Réciproquement, une personne peut être qualifiée "d'expert" par le simple fait d'avoir été désigné tel dans le cadre d'une procédure d'expertise »¹⁴⁰⁰.

L'expert à des fins probatoires, sur lequel se concentrent ces développements¹⁴⁰¹, doit ainsi « être soigneusement distingué des autres catégories d'experts qui peuvent être présents dans un procès international »¹⁴⁰² ; par exemple les conseillers-experts des parties ou l'expert exerçant une fonction de règlement des différends¹⁴⁰³.

L'expertise judiciaire est prévue par les textes de base de l'ensemble des juridictions étudiées dans la thèse, et malgré une pratique variable, il est possible d'identifier des traits communs à ces divers régimes procéduraux. Ceux-ci, qui permettent

¹³⁹⁹ SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 484.

¹⁴⁰⁰ ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002, §3.

¹⁴⁰¹ Pour une théorie générale de l'expert en droit international, v. RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, *op. cit.*, 359 p. Pour une étude générale sur l'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques, v. TRIBOLO J., *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public de l'Université d'Aix-Marseille, présentée et soutenue le 28 mars 2017, 463 p., disponible en ligne (<https://www.theses.fr/2017AIXM0071>, (consultée le 10/10/2018)), Pour une réflexion sur la participation des experts au processus décisionnel juridictionnel dans l'Union européenne, v. BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 247-248 ainsi que les références citées en note infrapaginale n°2. Pour une réflexion sur l'expert en sciences sociales et ses rapports avec le politique (en France), v. CHEVALLIER J., « L'entrée en expertise », *Politix*, 1996, p. 33-50.

¹⁴⁰² NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁰³ v., sur l'expert exerçant une fonction de règlement des différends, TRIBOLO J., *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, *op. cit.*, p. 225-257. Par exemple, le règlement des différends entre organismes d'inspection et exportateurs mis en place par les Membres de l'OMC en application de l'article 4 de l'Accord IAE prévoit également la désignation d'un « expert commercial indépendant » pour présider le groupe spécial ou régler seul le litige selon les cas (LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, *op. cit.*, p. 330). Également, deux sur les trois procédures de règlement des différends prévues dans le cadre du MERCOSUR rendent obligatoire le recours à des experts au stade de la phase diplomatique de règlement du litige (SUSANI N., *Le Règlement des différends dans le Mercosur, un système de droit international pour une organisation d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 119-120). On peut également citer la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, qui prévoit en son article 9, paragraphe 2, un règlement des différends par une « commission spéciale composée de spécialistes des questions juridiques, administratives ou scientifiques relatives aux pêcheries ». Toujours dans le cadre du droit de la mer, l'article 29 de l'Accord sur les stocks chevauchants prévoit que les différends touchant une question technique peuvent être réglés par un groupe d'experts *ad hoc* créé par les Etats, qui s'entretiendra avec ces derniers pour régler le différend sans avoir recours à des moyens juridictionnels. Par ailleurs, la Convention relative à la protection du patrimoine culturel subaquatique comporte un article 25 qui met en place des mécanismes de règlement des différends similaires (SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 244). v. également FENTON R., « A Civil Matter for a Common Expert : How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration ? », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2006, p. 280.

de questionner l'existence d'un statut de l'expert dans le contentieux international, seront étudiés tout d'abord à travers la question du recours à l'expertise (Section I), puis en s'interrogeant sur l'impact des conclusions de l'expert sur le processus décisionnel juridictionnel (Section II).

Section I - Le recours à l'expertise juridictionnelle

Il conviendra, dans un premier temps, de se pencher sur le déclenchement de la procédure d'expertise (I), avant de s'intéresser aux modalités de participation de l'expert à la procédure (II).

I- Le déclenchement de la procédure d'expertise juridictionnelle

Le déclenchement de la procédure d'expertise trouve sa source dans l'action des parties ou du juge, qui vont décider de recourir à l'expert et procéder à sa désignation (A). L'expert désigné doit présenter certaines caractéristiques et qualités (B).

A- Choisir l'expertise, choisir l'expert

Après avoir examiné ce qui, dans la recherche de la vérité légale, justifie de recourir à une expertise (1), les modalités de désignation des experts seront étudiées (2).

1- La raison d'être du recours à l'expert

Investi d'une fonction de règlement des différends par la voie juridictionnelle plutôt que par la force, le juge connaît le droit, comme l'exprime l'adage *jura novit curia*. La seule connaissance de la matière juridique ne suffit cependant pas à trancher un conflit fondé sur des faits litigieux dont la compréhension nécessite parfois des connaissances scientifiques et techniques pointues. Comme l'expriment les Juges AL-KHASAWNEH et SIMMA dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*,

« [1]a Cour à elle seule n'est pas en mesure d'apprécier de manière adéquate des éléments scientifiques complexes du type de ceux qui lui ont été présentés par les Parties. Pour ne citer que quelques exemples en rapport avec la présente espèce, une juridiction n'est pas à même d'apprécier sans l'assistance d'experts des affirmations portant sur la question de savoir si l'utilisation d'un modèle bidimensionnel ou tridimensionnel constitue la meilleure pratique, voire une pratique appropriée, pour l'évaluation de l'hydrodynamique d'un fleuve, ou sur le rôle qu'un profileur de courant à effet Doppler peut jouer dans le cadre d'une telle évaluation. De même, sans le concours d'experts, la Cour, comme n'importe quelle juridiction non spécialisée, n'est pas en mesure d'examiner

les effets de la décomposition des éthoxylates de nonylphénol, la liaison des sédiments au phosphore, les causes possibles d'une prolifération d'algues, ou encore les incidences de diverses substances sur la santé de divers organismes vivant dans le fleuve Uruguay. Nul ne contestera sans doute que la mission d'une juridiction n'est pas de donner une appréciation scientifique des faits, mais est d'apprécier les prétentions que les parties ont fait valoir devant elle et de décider si elles sont suffisamment fondées pour établir la violation d'une obligation juridique »¹⁴⁰⁴.

Du côté de la doctrine, E. BROSSET prend judicieusement l'exemple du règlement *Reach* (relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques), dans le cadre du contentieux de l'Union européenne,

« [qui] exige de la part du juge qu'il contrôle les décisions relatives à l'enregistrement de ces substances chimiques, enregistrement qui contient essentiellement des données scientifiques et techniques. (...) [P]our répondre à de telles questions techniques, le juge a naturellement besoin de connaissances qui ne lui sont pas familières et donc d'expertises et d'experts qui pourront l'éclairer avant de trancher »¹⁴⁰⁵.

M. PRATT nous renseigne également sur l'omniprésence des données scientifiques et techniques dans les affaires de délimitation maritime, dans lesquelles l'expertise géographique est incontournable¹⁴⁰⁶.

Les textes de base des juridictions internationales prévoient l'expertise juridictionnelle au titre des mesures d'instruction, et illustrent également la nécessité de celle-ci lorsque le différend présente des aspects techniques ou scientifiques complexes. Si le Règlement de la Cour européenne des droits de l'Homme autorise l'expertise dès lors que la juridiction a besoin d'être « [éclairée] sur les faits de la cause »¹⁴⁰⁷, d'autres documents de base sont plus précis et permettent de relever le lien entre expertise et complexité technique ou scientifique. Par exemple, l'article 289 de la CNUDM envisage le recours à l'expert « [p]our tout différend portant sur des questions scientifiques ou

¹⁴⁰⁴ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, opinion dissidente commune des Juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, p. 110, §4.

¹⁴⁰⁵ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 249-250.

¹⁴⁰⁶ PRATT M., « The Role of the Technical Expert in Maritime Delimitation Cases », in LAGONI R., VIGNES D. (Eds.), *Maritime Delimitation*, Leyde, Nijhoff, 2006, p. 79-81.

¹⁴⁰⁷ Article A1 de l'Annexe au Règlement de la CEDH concernant les enquêtes, « Mesures d'instruction ». Dans le même sens, l'article 58 du Règlement de la CIADH précise que la Cour peut entendre toute personne « dont elle estime (...) l'opinion pertinente » et l'article 45, paragraphe 1, du Règlement intérieur de la CADH énonce que la Cour peut entendre toute personne « dont les dépositions, dires ou déclarations lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche ».

techniques »¹⁴⁰⁸. L'article 2 de l'Annexe VIII à la Convention dénombre comme domaines scientifiques et techniques nécessitant l'assistance éventuelle d'experts : la pêche, la protection et la préservation de l'environnement marin, la recherche scientifique marine et la navigation, y compris la pollution. Dans le cadre de l'OMC, les textes régissant le règlement des différends font référence aux « connaissances scientifiques spécialisées (...) nécessaires »¹⁴⁰⁹. Le Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, qui définit l'expert en son article 2, paragraphe 23, comme « la personne qui, possédant des connaissances ou expériences scientifiques, artistiques, techniques ou pratiques, informe (...) », prévoit une éventuelle désignation « lorsque l'ordre public interaméricain des droits de l'Homme est particulièrement affecté »¹⁴¹⁰.

Le recours à l'expert, par les parties ou par le juge, a ainsi été nécessaire en matière financière, pour déterminer la valeur de biens ou encore le montant de sommes dues¹⁴¹¹, particulièrement dans le cadre du CIRDI¹⁴¹². L'expertise est également fréquente dans les domaines environnemental et scientifique¹⁴¹³. Elle est également utilisée à des fins médico-

¹⁴⁰⁸ Cette disposition peut-être considérée comme étant d'application générale (MAHINGA J-G., *Le tribunal international du droit de la mer*, *op. cit.*, p. 39). v. également l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, dont l'article 29 précise qu'« [e]n cas de différend touchant une question technique, les Etats concernés peuvent saisir un groupe d'experts *ad hoc* créé par eux ».

¹⁴⁰⁹ Appendice 4 au Mémoire d'Accord, consacré aux « *Groupes consultatifs d'experts* », v. également les articles 13.2 et 27 du MARD, 11 de l'Accord SPS et 14.2 de l'Accord OTC.

¹⁴¹⁰ Article 35 f) du Règlement, consacré au dépôt d'une affaire par la Commission dans le cadre de la procédure écrite.

¹⁴¹¹ v. par exemple : CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt, 26 mars 1925, Série A, p. 19 ; CPJI, *Oscar Chinn*, arrêt, 12 décembre 1934, Série A/B, p. 68 ; CPJI, *Société commerciale de Belgique*, arrêt, 15 juin 1939, Série A/B, p. 167 ; CPJI, *Usine de Chorzów*, ordonnance, 13 septembre 1928, Série A ; TIDM, *Affaire du « Camouco »*, arrêt, *op. cit.*, p. 32, §69 ; TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »*, arrêt, *op. cit.*, p. 111, §84 ; Tribunal CIRDI, *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, Sentence, 3 novembre 2008, ARB/05/03, p. 15, §72.

¹⁴¹² SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A. (Dir.), *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 665 : « [t]he experts employed were mostly financial experts or chartered accountants ». v. également BLACKABY N., WILBRAHAM A., « Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2016, p. 663.

¹⁴¹³ CIJ, *Antarctique* (Royaume-Uni c. Argentine et Royaume-Uni c. Chili), requêtes introductives d'instance, 4 mai 1955, p. 14, §15 et p. 20, §21 ; CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, *op. cit.* ; CIJ, *Certaines terres à phosphates à Nauru*, arrêt, *op. cit.*, p. 252, §26 ; CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, *op. cit.* ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.* ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et CIJ, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) (instances jointes) ; CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua) (instances jointes).

légales¹⁴¹⁴ ; pour divers aspects techniques¹⁴¹⁵, par exemple liés à la délimitation territoriale¹⁴¹⁶ ; ou encore à l'occasion d'affaires sensibles sur le plan politique nécessitant une approche indépendante et impartiale¹⁴¹⁷.

L'expertise est en principe superflue dans le domaine juridique, conformément à l'adage *jura novit curia*. Par exemple et comme le relève A. S. SOLANO MONGE, « [in the *Loayza Tamayo case*] it was considered that the experts report about doctrinal points of importance, but that for the principle “*iura novit curia*”, they were not relevant, because they are common knowledge among jurists »¹⁴¹⁸. Il est toutefois envisageable que certains points de droit particulièrement complexes ou méconnus rendent opportune l'expertise, particulièrement en matière d'arbitrage, les arbitres n'ayant pas toujours une formation de juriste aboutie¹⁴¹⁹.

Il est vrai que face aux difficultés scientifiques et/ou techniques qu'une affaire présente, le juge peut se contenter d'appliquer les règles et méthodes probatoires « classiques » pour trancher le litige. Comme le note le Juge GAJA, « [t]o avoid examining these issues, the Court can find that the parties appeared to agree on certain matters or

¹⁴¹⁴ Tel est notamment le cas devant les tribunaux internationaux, v. notamment UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, 2011, p. 103-107, §19-42.

¹⁴¹⁵ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a déploré l'absence d'experts qui auraient pu l'aider à déchiffrer certains documents (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 1986, p. 78, § 141 : « [i]l est difficile de mesurer la portée exacte des documents reproduits (...) “rédigés dans un langage mystérieux et à l'aide d'abréviations” sans le concours d'experts des Etats-Unis qui auraient pu être cités comme témoins si les Etats-Unis avaient comparu ») ; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, *op. cit.* ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.* ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et CIJ, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) (instances jointes).

¹⁴¹⁶ CIJ, *Temple de Préah Vihéar*, *op. cit.* ; CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.* ; CIJ, *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie) ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, *op. cit.* ; CIJ, *Différend frontalier*, *op. cit.* ; CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *op. cit.* ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *op. cit.* ; CIJ, *Ile de Kasikili / Sedudu* (Botswana / Namibie) ; Sentence arbitrale, *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (Guyane / Suriname), Décision du 17 septembre 2007, *RSA*, vol. XXX, p. 1-144.

¹⁴¹⁷ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) et CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie) ; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, *op. cit.* ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*

¹⁴¹⁸ SOLANO MONGE A. S., « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999, p. 579.

¹⁴¹⁹ v. par exemple SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A. (Dir.), *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 666 ; FENTON R., « A Civil Matter for a Common Expert : How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration ? », *op. cit.*, p. 279-280 ; et BLACKABY N., WILBRAHAM A., « Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, p. 660-661.

that some evidence was uncontested. (...) Another way is for the Court to observe that one of the parties (generally the applicant) failed to provide sufficient evidence to sustain its claims »¹⁴²⁰. Agir ainsi cantonne cependant la Cour dans un rôle strictement accusatoire dont elle se défend et la prive d'une bonne appréhension de l'affaire qui lui est soumise. En effet, en renonçant à *comprendre* le cas litigieux pour se contenter de naviguer entre les points de consensus et les points de discorde entre les parties, en sanctionnant l'insuffisance de l'argumentaire probatoire d'une partie hors de toute considération pour la véracité de ses allégations, le juge s'éloigne des objectifs dictés par la bonne administration de la justice, qui commande une instruction satisfaisante de l'affaire pendante. Comme le relève M. COSSY s'agissant du contentieux commercial international,

« consulter une source “extérieure”, comme des experts scientifiques, [aide le juge] à comprendre et à évaluer les preuves présentées par les parties. Les groupes spéciaux peuvent également estimer que des personnes “extérieures” qu'ils ont désignées et qui n'ont aucun lien avec les parties au différend représentent une source d'information plus fiable. La participation d'experts extérieurs peut aussi contribuer à rendre plus crédible la décision finale du groupe spécial et à la faire accepter plus facilement par le grand public. C'est également un moyen de répondre aux critiques des ONG qui estiment que les groupes spéciaux n'ont pas les compétences nécessaires pour se prononcer sur des questions relatives à la santé publique ou à la protection de l'environnement »¹⁴²¹.

Justifié par l'existence d'un différend touchant à des questions scientifiques et/ou techniques dépassant les compétences juridiques habituellement mobilisées par les juges aux fins de la résolution d'un litige, le recours à l'expert permet en outre de légitimer la décision de justice. Avec E. BROSSET, « on peut également se demander si l'obligation de motivation des décisions de justice – celle-ci n'ayant pas/plus pour unique fonction de mettre fin aux différends mais aussi de persuader – n'implique pas un recours plus grand à l'expertise »¹⁴²². Le recours à l'expertise par les juridictions internationales est néanmoins peu fréquent, bien que le juge soit libre d'y recourir et peu contraint par les modalités de désignation.

¹⁴²⁰ GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *The law and practice of international courts and tribunals*, 2016, p. 410-411.

¹⁴²¹ COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴²² BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 280. v. également BOURCIER D., DE BONIS M., *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Empêcheurs de penser en rond, 1999, p. 11 : « [o]n ne peut plus prétendre décider sans avoir préalablement cherché tous les moyens de s'informer. On ne peut s'engager dans l'interprétation des faits sans les avoir mesurés, classés et évalués. Toute opération de jugement passe par le devoir de savoir ».

2- Les modalités de désignation de l'expert

« [Les experts] n'ont pas un rôle obligatoire dans le procès, leur présence [n'est] garantie que par la volonté des parties ou du juge »¹⁴²³. Ainsi, la décision de recourir à l'expert à des fins probatoires peut être prise par les parties (a) ou, plus rarement, par la juridiction (b).

a- L'expert désigné par les parties

Il est fréquent que les parties, sur lesquelles pèse prioritairement la charge de la preuve, construisent leur argumentation juridique en ayant recours à des experts, que l'on peut qualifier « d'experts-conseil ». Ceux-ci pourront le cas échéant être des membres officiels de leur délégation. Cette tendance viendrait de la pratique juridictionnelle des pays de *common law* (tandis qu'il faudrait voir dans la désignation d'experts par la juridiction la tradition davantage inquisitoire des systèmes de droit romano-germaniques)¹⁴²⁴.

Par exemple, l'article 57 du Règlement de la CIJ précise que les parties ont la possibilité de faire entendre des « témoins et experts »¹⁴²⁵. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour a consacré ce droit procédural en rappelant « qu'aux termes du Statut et du Règlement, une partie à l'instance a le droit de produire tous éléments de preuve en faisant citer des témoins ou experts et doit être autorisée à exercer ce droit comme elle l'entend sous réserve des dispositions du Statut et du Règlement »¹⁴²⁶. A titre d'exemple, dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula* opposant les Etats-Unis et l'Italie, les deux parties ont

¹⁴²³ RIOS RODRIGUEZ J., « Le juge et l'expert : la connaissance spécialisée dans les procès internationaux », in RUIZ-FABRI H., GRADONI L. (Dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 268.

¹⁴²⁴ BARBIER DE LA SERRE E., SIBONY A-L., « Expert Evidence before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 942.

¹⁴²⁵ v. également les articles 63, paragraphe 1, et 65 du Règlement de la Cour.

¹⁴²⁶ CIJ, *Sud-Ouest africain* (Libéria et Ethiopie c. Afrique du Sud), arrêt (deuxième phase), *op. cit.*, p. 9.

fait comparaître des experts¹⁴²⁷ afin d'éclairer la Cour sur des aspects techniques et financiers relatifs à la société¹⁴²⁸.

Ce qu'exprime E. BROSSET s'agissant du contentieux de l'Union européenne est valable pour l'ensemble du contentieux international : « [l']expertise est le plus souvent celle des parties, rapportée soit à l'écrit en annexe des mémoires, soit à l'oral pendant les plaidoiries sans que le juge n'ait besoin d'ordonner la désignation de ses propres experts »¹⁴²⁹. Si cette pratique se comprend aisément, notamment au regard des règles régissant l'administration de la preuve, la désignation d'experts par les parties pose un certain nombre de difficultés en termes de bonne administration de la justice. Le statut de ces experts ne fait l'objet d'aucune réglementation, ou sinon résiduelle, dans les textes de base. Bien que l'organe juridictionnel dispose de leur nom, prénom, nationalité, adresse et qualité¹⁴³⁰, et qu'il existe des incompatibilités de fonction¹⁴³¹ ; il est difficile de s'assurer que de tels experts présentent les garanties nécessaires en matière d'indépendance et d'impartialité. Il est en outre complexe d'apprécier les termes de leur mission. Comme l'écrit J. PAUWELYN, « *[e]ven if [they] are presented as "neutrals", it is difficult not to see them as "hired guns"* »¹⁴³². Ainsi qu'il sera discuté dans la seconde section de ce chapitre, leur rapport d'expertise pourra avoir un certain impact sur la décision s'il parvient à convaincre le juge, néanmoins le travail de ces experts est de nature à inspirer une méfiance certaine.

¹⁴²⁷ CIJ, *Elettronica Sicula s.p.A.*, arrêt, *op. cit.*, p. 19, §8. v. également ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court (Vol. I)*, Leyde, Nijhoff, 1965, p. 216-217.

¹⁴²⁸ Les parties ont également désigné des experts dans les affaires suivantes : *Temple de Préah Vihéar, Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *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)* (instances jointes), *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* (sur la question de l'indemnisation due au Costa Rica par le Nicaragua).

¹⁴²⁹ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 258.

¹⁴³⁰ Par exemple, v. l'article 57 du Règlement de la CIJ, l'article 72 du Règlement du TIDM, l'article A5, paragraphe 3 de l'Annexe au Règlement de la CEDH concernant les enquêtes, « *Mesures d'instruction* ». Dans le cadre de la CIADH, il est indispensable de fournir le *curriculum vitae* des experts désignés (articles 35, paragraphe 1, lettre *f* ; 36, paragraphe 1, lettre *f* ; 40, paragraphe 2, lettre *c*) et 41, paragraphe 1, lettre *c*)).

¹⁴³¹ v. par exemple le point 3 de l'Appendice 4 du MARD.

¹⁴³² PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *ICLQ*, 2002, p. 333 (v. p. 333-334 pour de plus amples considérations sur la question des experts désignés par les parties à l'OMC).

Par ailleurs, la liberté du juge de recourir à l'expert dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction est affirmée.

b- L'expert désigné par le juge

Dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction¹⁴³³, le juge peut ordonner une expertise à la demande des parties, ou bien d'office, avec ou sans l'accord de celles-ci selon les cas. Dans la procédure du CIRDI par exemple, « *experts are often requested to give information on one of the parties' initiative. At other times experts are appointed directly by tribunals. Tribunals may also call upon parties to produce experts reports* »¹⁴³⁴. Le recours à l'expertise est une possibilité, ce n'est pas – sauf disposition contraire – une obligation. Selon A. S. SOLANO MONGE, ce caractère facultatif découle du principe de l'économie procédurale et de l'objectif de célérité procédurale, ainsi que de la valeur consultative des conclusions de l'expert¹⁴³⁵ : contraindre le juge à recourir fréquemment à l'expertise serait dilatoire, voire superflu dans la mesure où il demeure libre de ne pas tenir compte des conclusions rendues. La liberté qu'a le juge de recourir à l'expert peut néanmoins s'effacer, ou être tempérée, lorsque les textes prévoient que le recours à l'expertise est, dans certains cas, sinon obligatoire, du moins souhaitable. Dans le cadre de l'OMC, c'est le cas de l'Accord SPS dont l'article 11, paragraphe 2, déclare que « [d]ans un différend (...) qui soulève des questions scientifiques ou techniques, un groupe spécial *devrait* demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend »¹⁴³⁶. En outre, cette liberté doit s'accommoder de considérations pragmatiques. Comme le relève J. PAUWELYN s'agissant de l'expertise à l'OMC,

« it will be quite difficult for a panel to refuse a party's request to appoint experts. Not to do so may question the legitimacy of a panel's factual findings. To play it safe, panels will be easily convinced of a need to obtain expert advice. They are not normally

¹⁴³³ Le recours, par le juge, aux experts judiciaires correspond en effet à une « mesure d'instruction, c'est-à-dire “une mesure ordonnée par le juge tendant à l'administration de la preuve” » (RIOS RODRIGUEZ J., « Le juge et l'expert : la connaissance spécialisée dans les procès internationaux », *op. cit.*, p. 272 ; citant SALMON J. (Dir), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 700).

¹⁴³⁴ SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A.. (Dir.), *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 665.

¹⁴³⁵ SOLANO MONGE A. S., « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 571.

¹⁴³⁶ Les italiques sont de nous.

technical experts themselves and have nothing to lose, except for time »¹⁴³⁷.

S'agissant des modalités, tout comme les parties, la juridiction peut bénéficier de l'aide du Greffe pour la désignation¹⁴³⁸. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* par exemple, la désignation des experts devant la CIJ s'est faite grâce au Greffe et à la collaboration d'Etats tiers (la Norvège, la Suède et le Danemark)¹⁴³⁹. Le cas échéant, le choix peut être guidé par les listes d'experts établies par les organisations internationales compétentes. Dans le cadre du droit de la mer, ces listes sont par exemple établies par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture dans le domaine des pêcheries, ou encore par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement s'agissant de la protection et de l'environnement marin¹⁴⁴⁰. Les experts relevant de cette catégorie sont qualifiés d'« officiels », par opposition aux experts dont les modalités de désignation ne sont pas organisées outre mesure par les textes, et qui seront choisis par le Tribunal sur proposition du Président¹⁴⁴¹. Dans le cadre de l'OMC,

« [p]our obtenir les noms d'experts éventuels, les groupes spéciaux ont souvent demandé le concours d'organisations internationales ou d'autres organismes compétents. C'est ainsi que dans le différend *CE – Amiante*, le Groupe spécial, après avoir consulté les parties au sujet des organismes à qui il pourra utilement s'adresser pour trouver des personnes appropriées, a demandé des noms à l'Organisation mondiale de la santé (OMS), à l'Organisation internationale du travail (OIT), au Programme international sur la sécurité chimique (PISC), au Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) et à l'Organisation internationale de normalisation (ISO) »¹⁴⁴².

Le Statut de la CIJ (ne s'éloignant pas, en cela, de ce qui était prévu par les textes régissant la procédure de sa devancière, bien que ces derniers fussent plus détaillés) contient un article 50 disposant qu'« [à] tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix »¹⁴⁴³. La CPJI a fait pour la première fois usage de cette prérogative dans l'affaire de l'*Usine de*

¹⁴³⁷ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 340. v. également SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 239-240.

¹⁴³⁸ v. l'article 13 des instructions pour le Greffe du TIDM ; ainsi que l'article 15 de l'Annexe au Règlement de la CEDH concernant les enquêtes et l'article 46, paragraphe 1, du Règlement intérieur de la Cour africaine.

¹⁴³⁹ ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁴⁰ v. l'article 289 de la CNUDM et l'article 2 de l'Annexe VIII à la Convention.

¹⁴⁴¹ MAHINGA J-G., *Le tribunal international du droit de la mer*, *op. cit.*, p. 39-40.

¹⁴⁴² COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord », *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁴³ L'article 25 du Statut de la CJUE reprend les termes exacts de l'article 50 du Statut de la CIJ. L'article 30 du Protocole de la Cour de Justice de l'Union africaine est rédigé similairement, mais exige l'approbation des parties pour l'exercice par la Cour de ce pouvoir d'instruction.

Chorzów, en instituant par voie d'ordonnance¹⁴⁴⁴ une expertise « afin de lui permettre de fixer en pleine connaissance de cause (...) le montant de l'indemnité à verser par le Gouvernement polonais (...) au Gouvernement allemand »¹⁴⁴⁵. Plus récemment, la CIJ a procédé à la désignation d'experts dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* et de la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (instances jointes) afin d'être renseignée sur l'état de la côte entre les points invoqués par les parties¹⁴⁴⁶. La CIJ a ici recours à l'article 50 pour la troisième fois depuis l'affaire du *Détroit de Corfou*¹⁴⁴⁷, ce qui rend significativement compte du peu de succès de cette mesure d'instruction auprès des juges de La Haye, qui l'ont d'ailleurs plusieurs fois écartée¹⁴⁴⁸.

A l'OMC, « [l]a possibilité qu'ont les groupes spéciaux de faire appel à des experts extérieurs n'est pas entièrement nouvelle. Dans le cadre du GATT de 1947, il était reconnu dans les procédures de règlement des différends adoptées à la fin du Tokyo Round qu'ils pourraient avoir besoin de demander des renseignements et des avis techniques »¹⁴⁴⁹. Aujourd'hui, l'article 13 du MARD énonce que chaque groupe spécial peut solliciter « des renseignements et des avis techniques » (paragraphe 1), et que « [l]es groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question »¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁴ CPJI, *Usine de Chorzów*, ordonnance, *op. cit.*

¹⁴⁴⁵ CPJI, *Cinquième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°5, p. 43. Pour un suivi détaillé de la procédure, v. *Ibid.*, p. 171-189.

¹⁴⁴⁶ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *op. cit.*, p. 11, §17.

¹⁴⁴⁷ CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), ordonnance (expertise), 17 décembre 1948, p. 124-127. La deuxième fois où la Cour a eu recours à l'article 50 correspond à l'affaire du *Golfe du Maine* (CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, *op. cit.*, ordonnance (nomination d'expert), 30 mars 1984).

¹⁴⁴⁸ TAMS C. J., « Article 50 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, *op. cit.*, p. 1112-1113.

¹⁴⁴⁹ COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », *op. cit.*, p. 225. Un seul groupe spécial du GATT a sollicité un avis technique : dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, l'OMS se voyait demander des renseignements « sur certains aspects techniques de l'affaire, tels que les effets sur la santé de l'usage et de la consommation de cigarettes et sur les problèmes connexes pour lesquels [elle] était compétente » (*Id.*). v. également, *contra.*, MARCEAU G., « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, *op. cit.*, p. 39 : « l'idée de faire appel à un "groupe d'experts" dans une procédure de groupe spécial a été introduite dans les négociations sur le Mémoire d'accord en novembre 1993, pour répondre, semble-t-il, aux préoccupations des écologistes américains. La procédure a été empruntée à l'ALENA ».

¹⁴⁵⁰ v. également les articles 24.3 et 24.4 de l'Accord SMC, l'article 11 paragraphe 2 de l'Accord SPS, l'article 14.2 de l'Accord OTC, ou encore l'article 18.2 ainsi que l'Annexe II de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT 94 (établissement du Comité technique de l'évaluation en douane).

L'article 13 du MARD ne donne pas, en revanche, ce pouvoir à l'Organe d'appel. Cela peut s'avérer source de difficultés lorsque ce dernier infirme les conclusions du Groupe spécial et s'emploie à compléter l'analyse juridique¹⁴⁵¹. En pratique, cette prérogative est peu utilisée, bien qu'elle le soit de plus en plus, et davantage que sous l'empire du GATT¹⁴⁵². Par ailleurs, les groupes spéciaux ont préféré avoir recours à des experts individuels plutôt qu'à des groupes d'experts¹⁴⁵³. Dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, l'Organe d'appel a estimé que les groupes spéciaux peuvent, à leur convenance, établir des groupes consultatifs d'experts ou consulter des experts agissant à titre individuel sans contrevenir ni à l'article 13 du MARD ni à l'article 11:2 de l'Accord SPS¹⁴⁵⁴. Préférer la consultation d'experts individuels à la consultation d'un groupe d'experts peut s'expliquer par l'avantage que cela représente en termes de célérité de la procédure. Comme l'explique M. COSSY,

« [l]es groupes spéciaux travaillent dans des délais très rigoureux (il ne s'écoule en général pas plus de six à neuf mois entre la date où la composition et le mandat du groupe spécial sont arrêtés et la publication du rapport final). La consultation d'experts scientifiques agissant à titre individuel rallonge déjà le processus de plusieurs mois. Dans l'affaire *CE – Amiante*, par exemple, il s'est écoulé six mois entre la première réunion de fond – où le Groupe spécial a informé les parties qu'il entendait demander l'opinion d'experts – et la réunion avec les experts et les parties, qui conclut normalement la consultation. Constituer un groupe consultatif d'experts peut prendre encore plus de temps car ces groupes ont le “droit de consulter toute source qu'ils jugeront appropriée et lui demander des renseignements et des avis techniques” et doivent d'abord produire un projet de rapport sur lequel les parties formuleront des observations, puis un rapport final (Appendice 4 du Mémoire d'accord, paragraphes 4 et 6). Un groupe consultatif d'experts serait en quelque sorte comme un groupe spécial au sein du Groupe spécial »¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵¹ v. sur ce point PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 334-336. Pour l'auteur, « [a] better solution would be to allow the Appellate Body to remand cases to the original panel. This power to remand could be explicitly granted in a DSU review or found by the Appellate Body itself as part of its implicit appellate powers (the way it considered receiving *amicus curiae* briefs to be part of its implicit powers as an international adjudicator) » (*Ibid.*, p. 336).

¹⁴⁵² Comme le souligne J. PAUWELYN, « [i]n seven years of WTO dispute settlement (1995–2001), six panels appointed scientific experts, two panels requested expert advice from other international organisations and one panel nominated a linguistic expert. Under GATT 1947, in contrast, only one panel saw the need to seek expert advice » (*Ibid.*, p. 325. v. également BONNEUIL C., LEVIDOW L., « Une science du libre-échange ? La mise en scène de l'expertise scientifique à l'OMC », *Hermès*, 2012, §2).

¹⁴⁵³ MARCEAU G., « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁵⁴ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 64-66, §146-149 ; v. également LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, *op. cit.*, p. 824 et CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, *op. cit.*, p. 80-81.

¹⁴⁵⁵ COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », *op. cit.*, p. 229-230.

Selon J. PAUWELYN, au-delà de la rapidité et de la flexibilité, la consultation d'experts individuels permet de mieux gérer le résultat de l'expertise : « *the appointment of individual experts also allows the panel to obtain the individual opinion of each expert, where the report of an expert group may stimulate the experts to come up with some vague and monolithic consensus position* »¹⁴⁵⁶. L'auteur ne manque pas de relever que l'un des inconvénients majeurs de la désignation d'experts individuels procède du revers de cette même médaille : « *[b]ut at the same time it runs the risk of panels having to decide, or seek a minimum common ground, as between competing scientific experts. And panels (mostly lawyers or economists) are not qualified to do this* »¹⁴⁵⁷.

En pratique, la désignation de ces experts individuels, dont il est avancé qu'ils présentent l'avantage de la célérité et de la simplicité, s'avère très complexe. Comme l'expliquent C. BONNEUIL et L. LEVIDOW à travers l'exemple du différend *CE – Hormones*,

« [a]u cours du second semestre de 2004, 117 experts sont proposés et contactés pour fournir leurs CV et une déclaration d'intérêts. La procédure exige qu'ils soient "choisis par [le Groupe spécial] en consultation avec les parties" (...), qui peuvent donc rejeter les experts nominés – d'où un processus très tactique où chaque partie, anticipant les points de vue de chaque expert potentiel, s'emploie à barrer la route à tout expert dont les déclarations pourraient affaiblir sa position. Sur les 117 experts contactés, seuls six sont finalement sélectionnés au terme de ce "jeu de massacre", après trois rounds de sélection très disputés »¹⁴⁵⁸.

Et ces mêmes auteurs de conclure :

« [c]'est le consensus, la procédure, qui consacre la valeur de l'expert, plus que tout critère de fond. Si le jeu de massacre tactique sur 117 experts pendant six mois semble une méthode dispendieuse et longue de sélection, c'est cette logique contradictoire et procédurale qui est supposée assurer la légitimité et la crédibilité du groupe d'experts

¹⁴⁵⁶ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 328. Cette raison est également mise en avant par M. COSSY (COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », *op. cit.*, p. 230). Pour E. TRUILHE-MARENGO, la consultation d'experts individuels prive à tort la procédure d'une confrontation ou, le cas échéant, d'une collaboration entre experts (TRUILHE-MARENGO E., « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC, la gouvernance confiée aux experts ? », *Vertigo, La revue électronique en sciences de l'environnement*, 2009, §7 (v. également §9)).

¹⁴⁵⁷ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 329. v. également, sur la question des experts individuels, CHRISTOFOROU T., « Settlement of Science-Based Trade Disputes in the WTO : A Critical Review of the Developing Case Law in the Face of Scientific Uncertainty », *New York University Environmental Law Journal*, 2000, pp. 629-631 et 637-641.

¹⁴⁵⁸ BONNEUIL C., LEVIDOW L., « Une science du libre-échange ? La mise en scène de l'expertise scientifique à l'OMC », *op. cit.*, §13 (v. également §14-21 pour le détail de la procédure de désignation ; et TRUILHE-MARENGO E., « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC, la gouvernance confiée aux experts ? », *op. cit.*, §10-15).

retenus. On peut donc caractériser l'épistémologie judiciaire de l'OMC ainsi : un bon groupe d'experts est la somme des experts ayant été acceptés par toutes les parties »¹⁴⁵⁹.

Pareille conclusion est partagée par J. PAUWELYN¹⁴⁶⁰, qui propose de rendre systématique le choix des experts sur la base d'une liste établie par les organisations internationales et non gouvernementales compétentes¹⁴⁶¹. Dans le cadre de l'Union européenne, le recours à l'expert est ouvert au juge, l'article 25 du Statut de la CJUE précisant qu'« [à] tout moment, la Cour de Justice peut confier une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix ». Malgré une grande latitude dans l'opportunité d'ordonner une expertise et dans le choix des experts, le juge de l'Union use peu de ce pouvoir d'instruction. Comme le souligne E. BROSSET,

« [t]out domaine confondu, l'on ne peut recenser seulement qu'une petite trentaine d'affaires dans lesquels la Cour et le Tribunal ont recouru à l'expert ce qui, au regard du volume global d'affaires, ne représente qu'une part très congrue. La plupart du temps donc, aucun expert n'est désigné par le juge, y compris lorsque l'expertise est demandée par les parties. Les explications données par le juge sont souvent très elliptiques, celui-ci se contentant de souligner qu'« *il résulte, (...) des éléments du dossier (...) que ces mesures ne présentent aucune utilité pour la solution du litige. Par conséquent, les conclusions tendant à ce que le Tribunal ordonne les mesures d'instruction doivent être rejetées* ». On retrouve souvent ce même type de formules qui attestent que la Cour comme le Tribunal ne s'embarrassent guère de justifier leur refus »¹⁴⁶².

La désignation de l'expert obéit ainsi à des nécessités techniques et/ou scientifiques, et peut répondre à la volonté des parties ou à celle de l'organe juridictionnel. Cependant, malgré une grande liberté à cet égard, les juridictions internationales ont assez rarement recours à l'expertise. Alors que J. PAUWELYN se félicite du recours croissant à l'expertise par le juge de l'OMC¹⁴⁶³, A.S. SOLANO MONGE et E. BROSSET observent l'inverse chez la CIADH¹⁴⁶⁴ et la CJUE¹⁴⁶⁵. L. SAVADOGO, quant à lui, qualifie la CIJ et le

¹⁴⁵⁹ BONNEUIL C., LEVIDOW L., « Une science du libre-échange ? La mise en scène de l'expertise scientifique à l'OMC », *op. cit.*, §22.

¹⁴⁶⁰ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 344.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 346.

¹⁴⁶² BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁶³ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 362 : « *[t]he WTO judiciary makes an increasing use of expert advice. This development must be applauded. It ensures the quality, transparency, and legitimacy of WTO decisions* ».

¹⁴⁶⁴ SOLANO MONGE A. S., « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 575 : « *(...) the Court itself has rarely ordered an expert test* ».

¹⁴⁶⁵ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 249 : « (...) malgré la technicité des contentieux, en dépit des règles prévues dans ses règlements de procédure, le juge de l'Union ne coopère que très peu avec les experts ». v. également BARBIER DE LA SERRE E., SIBONY A-L., « Expert Evidence before the EC Courts », *op. cit.*, p. 948-949.

TIDM de « réfractaires » à la désignation d'experts et voit la CJ[U]E, la CEDH et le Tribunal irano-américain des réclamations comme des juridictions « pionnières » dans l'utilisation de cette mesure d'instruction¹⁴⁶⁶. Plusieurs arguments sont avancés par la doctrine pour expliquer cette frilosité du juge vis-à-vis de l'expert. S'agissant de la CIJ, T. SCOVAZZI explique :

« [l]egal tradition could have a role in explaining the infrequent application of Article 50 by the ICJ. As a result of inquisitorial approach to evidence, civil-law jurisdictions make a greater use of court-appointed experts, while common-law jurisdictions, moving from an adversarial approach, often refrain from taking similar action and rely on evidence adduced by the experts of the parties. This could influence the attitude of ICJ judges who come from common-law countries »¹⁴⁶⁷.

S'il est vrai que le poids des traditions juridiques nationales peut peser lourd sur les juges internationaux, le contentieux international s'est toutefois imposé comme système juridictionnel autonome dans la recherche, l'admission et l'appréciation des preuves. En outre, la plupart des juridictions internationales veillent, dans leur composition, à assurer une représentativité des différents systèmes juridiques mondiaux afin de limiter toute domination d'un système sur un autre. L'auteur avance par ailleurs une justification plus audacieuse au faible recours à l'expertise par le juge : « [a]nother reason could be that the relevant scientific evidence does not exist or, to put it in a less radical way, does not exist in any circumstance »¹⁴⁶⁸. De son côté, E. BROSSET avance deux raisons particulièrement convaincantes pour expliquer le peu de succès de cette mesure d'instruction auprès des juridictions internationales. Tout d'abord, le recours à des experts implique nécessairement un allongement de la procédure, ce qui peut s'avérer problématique dès lors que celle-ci excède le délai raisonnable imposé par les exigences de bonne administration de la justice. Ensuite, et surtout, le recours à l'expertise peut effrayer tant le juge que les parties au différend, en ce qu'il pourrait apparaître comme une délégation à un tiers d'une partie du pouvoir de juger¹⁴⁶⁹. En tout état de cause, une fois lancé, le processus de désignation de l'expert s'intéresse aux qualités attachées à sa personne.

¹⁴⁶⁶ v. SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 233-237.

¹⁴⁶⁷ SCOVAZZI T., « Between law and science : Some considerations inspired by the *Whaling in the Antarctic* judgment », *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 18-22.

¹⁴⁶⁹ v. BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 256-258.

B- La qualité d'expert

Il convient de s'assurer que les experts présentent certaines qualités : ceux-ci se doivent principalement d'être neutres, compétents et impartiaux (1). Si ces qualités font défaut, des procédures de sanction, pouvant aller jusqu'à leur récusation, peuvent être mises en œuvre (2).

1- Les qualités exigées

Qu'il soit nommé par les parties ou par l'organe juridictionnel, l'expert a pour fonction de seconder ce dernier dans le rendu de la décision, en mettant à la disposition de la vérité légale son savoir scientifique ou technique. De la même façon que les juges internationaux doivent « jouir de la plus haute considération morale » et posséder « une compétence notoire en matière de droit international »¹⁴⁷⁰, les experts doivent présenter des garanties en termes de compétence, d'indépendance et d'impartialité. Ces garanties nécessaires font d'eux des tiers ; ils ne peuvent se confondre avec l'entité qui les désigne, qu'il s'agisse des parties ou de l'organe juridictionnel.

Leur compétence peut notamment être assurée grâce aux listes d'experts établies par des institutions autorisées. En matière de droit de la mer, ce sont des institutions telles que la FAO ou le PNUE qui établissent de telles listes. Il appartient également à l'entité nommant l'expert de vérifier sa compétence. Dans le cadre des procédures arbitrales spéciales prévues en vertu de l'Annexe VIII à la CNUDM, les Etats peuvent nommer des experts « *whose competence in the legal, scientific or technical aspects (...) is established and generally recognized (...)* » (article 2, paragraphe 3). L'article 15, paragraphe 3, du Règlement du TIDM exige des experts qu'ils « [soient] indépendants et jouissent de la plus haute réputation d'impartialité, de compétence et d'intégrité ». De même, dans le cadre de l'OMC, l'Appendice 4, point 2), prévoit que « [l]a participation aux travaux des groupes de

¹⁴⁷⁰Article 2 du Statut de la CIJ. L'article 2 du Statut du TIDM exige des juges qu'ils « [jouissent] de la plus haute réputation d'impartialité et d'intégrité et [qu'ils possèdent] une compétence notoire dans le domaine du droit de la mer ». v. également, par exemple, les articles 8 et 17 du MARD pour la composition des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'article 14, alinéa 1 de la Convention de Washington instituant le CIRDI, ou encore l'article 21 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

consultations d'experts sera limitée à des personnes ayant des compétences et une expérience professionnelle reconnues dans le domaine considéré ». L'article 24.3 de l'Accord SMC énonce que le Groupe d'experts permanent créé par le Comité des subventions et des mesures compensatoires est « composé de cinq personnes indépendantes, hautement qualifiées dans les domaines des subventions et des relations commerciales ». L'Annexe 2, point 2), de l'Accord OTC exige également « des compétences et une expérience professionnelle reconnues ».

S'agissant de leur indépendance et de leur impartialité, le point 3) de l'Appendice 4 régissant les Groupes consultatifs d'experts à l'OMC précise que leurs membres font partie du groupe « à titre personnel et non en qualité de représentant d'un gouvernement ou d'une organisation. Les gouvernements et les organisations ne leur donneront donc pas d'instructions en ce qui concerne les questions dont le groupe consultatif d'experts est saisi ». Il appartient aux experts de se tenir à l'écart des conflits d'intérêt directs ou indirects, et de respecter la confidentialité des procédures¹⁴⁷¹. Dans le cadre du TIDM, tous les experts entrant en fonction doivent faire une déclaration solennelle réaffirmant leur impartialité et leur probité¹⁴⁷². Egalement, aux termes de l'article 64 du Règlement de la CIJ, les experts désignés par les parties « [font], avant de présenter [leur] exposé, la déclaration suivante : *“Je déclare solennellement, en tout honneur et en toute conscience, que je dirai la vérité, toute la vérité et rien que la vérité et que mon exposé correspondra à ma conviction sincère”* ». Il appartient à la Cour d'inviter, le cas échéant, les experts qu'elle désigne à faire une déclaration solennelle similaire (article 67)¹⁴⁷³. Il est en outre

¹⁴⁷¹ Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DSB/RC/1, 11 décembre 1996, « *II. Principe directeur* », point 1 ; v. également « *VI. Prescriptions en matière de déclaration volontaire pour les personnes visées* », point 2.

¹⁴⁷² Aux termes de l'article 15, paragraphe 5, du Règlement du Tribunal « [a]vant d'entrer en fonction, les experts font en audience publique la déclaration solennelle suivante : *“Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs d'expert en tout honneur, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience et que j'observerai fidèlement toutes les prescriptions du Statut et du Règlement du Tribunal”* » (pour les experts désignés par les Parties) ; et, aux termes de l'article 79, b) du Règlement du Tribunal : « [s]auf au cas où, tenant compte de circonstances spéciales, le Tribunal choisirait une formule différente (...), b) tout expert fait, avant de présenter son exposé, la déclaration solennelle suivante : *“Je déclare solennellement, en tout honneur et en toute conscience, que je dirai la vérité, toute la vérité et rien que la vérité et que mon exposé correspondra à ma conviction sincère”* » (pour les experts désignés par le Tribunal) ; v. également l'article 82, paragraphe 1, du Règlement.

¹⁴⁷³ Les déclarations solennelles suggérées par les autres textes de base s'inspirent de cette déclaration. Ainsi, dans le cadre du CIRDI, les experts doivent déclarer : « *Je m'engage solennellement, sur mon honneur et sur ma conscience, à faire ma déposition en toute sincérité* » (article 35, paragraphe 3, du Règlement d'arbitrage). v. également l'article 16, paragraphe 2, de l'Annexe au Règlement de la CEDH concernant les enquêtes ; l'article 100, paragraphe 3, lettre b) du Règlement intérieur de la Commission ADHP ; l'article 46, paragraphe 3, du Règlement intérieur de la Cour africaine ; l'article 65, paragraphe 8, du Règlement de la Commission IADH et l'article 51, paragraphe 4, du Règlement de la Cour interaméricaine.

possible que la déclaration solennelle soit faite après la déposition de l'expert, comme le prévoit l'article 71 du Règlement de procédure de la CJUE.

Si l'une des qualités nécessaires à la désignation de l'expert fait défaut, ou si celui-ci contrevient à son serment, il est possible de mettre en œuvre une procédure de sanction¹⁴⁷⁴, pouvant aller jusqu'à la récusation.

2- Les qualités sanctionnées

Les textes régissant la procédure de la CIJ sont muets sur la question. *A priori*, la sanction d'un faux témoignage ou d'un rapport d'expertise violant les garanties attachées à la personne de l'expert sera uniquement probatoire : la Cour les ignorera totalement ou partiellement dans l'établissement des faits pertinents pour résoudre le litige¹⁴⁷⁵.

D'autres juridictions organisent en revanche la procédure à suivre en cas de discrédit de l'expertise. A l'OMC, les Règles de conduite relatives au MARD organisent des procédures applicables en cas de « violation importante des obligations d'indépendance, d'impartialité ou de confidentialité ou de l'obligation, pour les personnes visées, d'éviter les conflits d'intérêts directs ou indirects qui pourraient compromettre l'intégrité, l'impartialité ou la confidentialité du mécanisme de règlement des différends ». La preuve d'une telle violation incombe à « [t]oute partie à un différend », qui doit la communiquer à titre confidentiel et par écrit à l'autorité compétente (le Président de l'ORD, le Directeur général de l'Organisation ou l'Organe d'appel selon les cas). L'issue de la procédure, qui doit être contradictoire et « [ménager] à la personne concernée et aux parties au différend une possibilité raisonnable de se faire entendre », peut déboucher si l'accusation est confirmée sur la démission ou la récusation de l'expert¹⁴⁷⁶. Plusieurs Membres de l'OMC ont en outre avancé divers critères permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité des experts. Selon l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande s'exprimant sur la question à l'occasion de l'affaire des *Crevettes*, les experts

¹⁴⁷⁴ Comme le précise l'Annexe VI, point 2, de l'Accord SMC, « [l]es experts non gouvernementaux devraient être passibles de sanctions effectives s'ils ne respectent pas le caractère confidentiel des renseignements recueillis ».

¹⁴⁷⁵ v. *infra*, Section II, II ; v. également TAMS C. J., « Article 51 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, op. cit., p. 1122.

¹⁴⁷⁶ v. les Règles de conduite relatives au MARD, op. cit., point VIII.

doivent être « neutres, provenir de domaines de compétences variés et correspondre à une représentation géographique aussi large que possible. (...) Ils ne [doivent pas] provenir de la même université ni de la même équipe de chercheurs », et doivent citer leurs sources¹⁴⁷⁷. Dans l'affaire relative aux *Hormones*, les Communautés européennes exigeaient des experts qu'ils ne soient pas des nationaux des parties ni des tierces parties au différend¹⁴⁷⁸. Dans la deuxième phase de ce litige, les Communautés européennes ont contesté le choix des experts opéré par le Groupe spécial. Selon elles, les dispositions garantissant la régularité de la procédure ont été violées car les experts se situaient dans un conflit d'intérêts¹⁴⁷⁹ ; position qui n'était pas partagée par le demandeur¹⁴⁸⁰. En ces termes, l'Organe d'appel conclura au défaut d'impartialité de deux experts, estimant en conséquence que le Groupe spécial a eu tort de les consulter :

« [p]our ces raisons, nous estimons qu'il y avait une base objective permettant de conclure que les liens institutionnels de MM. Boisseau et Boobis avec le JECFA, et leur participation aux évaluations des six hormones en cause faites par le JECFA, étaient susceptibles d'influer sur leur indépendance ou leur impartialité ou de soulever des doutes sérieux sur celles-ci, étant données que les évaluations menées par le JECFA se trouvent au cœur de la controverse entre les parties. La désignation et la consultation de MM. Boisseau et Boobis ont compromis l'indépendance et l'impartialité juridictionnelles du Groupe spécial. Par conséquent, nous constatons que le Groupe spécial a porté atteinte aux droits des Communautés européennes en matière de régularité de la procédure du fait qu'il a consulté MM. Boisseau et Boobis en tant qu'experts scientifiques »¹⁴⁸¹.

Une telle constatation emporte des conséquences concrètes sur la décision rendue par le Groupe spécial, en conduisant l'Organe d'appel à l'infirmer certaines conclusions de ce dernier¹⁴⁸².

Du côté de l'Union européenne, l'article 30 du Statut de la Cour de Justice prescrit aux Etats membres de « [regarder] toute violation des serments des témoins et des experts comme le délit correspondant commis devant un tribunal national statuant en matière civile [et de poursuivre, sur dénonciation de la Cour], les auteurs de ce délit devant la

¹⁴⁷⁷ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 177, §5.2. Au CIRDI, la nécessaire neutralité de l'expert a également été avancée (v. Tribunal CIRDI, *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, Sentence, *op. cit.*, p. 16, §74).

¹⁴⁷⁸ Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS26/R/USA, 18 août 1997, p. 130, §6.3.

¹⁴⁷⁹ Etats-Unis – *Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008, p. 30-32, §62-68.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 55-56, §119-122.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 208-231, §437-484, spéc. p. 230, §481.

¹⁴⁸² *Ibid.*, p. 350-355, §733-737.

juridiction nationale compétente »¹⁴⁸³. Pour E. BROSSET, les dispositions des textes de base du contentieux de l'Union sont largement insuffisantes sur ce point :

« (...) la récusation des experts désignés par le juge et leur responsabilité en cas de fausse déclaration sont entourées de flou. En effet, si le règlement additionnel prévoit à son article 6 que “[l]a Cour, l’avocat général entendu, peut décider de dénoncer à l’autorité compétente [...] de l’Etat membre dont les juridictions sont compétentes aux fins d’une poursuite répressive, tout faux témoignage ou toute fausse déclaration d’expert commis sous serment devant elle”, il ne s’agit que d’une faculté dont dispose le juge de l’Union, et rien n’est précisé sur la détermination du caractère faux de la déclaration (par qui ? par rapport à ?) »¹⁴⁸⁴.

Les cours régionales de protection des droits de l'Homme connaissent également la procédure de récusation de l'expert. L'article 48 du Règlement de la Cour interaméricaine dresse une liste apparemment exhaustive des causes de récusation, parmi lesquelles figure le lien de parenté avec une victime présumée et la participation antérieure à la procédure.

De manière générale, L. SAVADOGO relève que l'organe juridictionnel, à qui il appartient d'examiner souverainement s'il y a lieu de procéder à la récusation de l'expert dès lors que des motifs graves et légitimes permettent de l'envisager, refuse le plus souvent d'aller aussi loin¹⁴⁸⁵.

Le recours à l'expertise décidé et l'expert valablement désigné, la participation de ce dernier à la procédure va lui permettre de coopérer à l'établissement de la vérité aux fins du procès. Il convient d'en étudier les modalités.

II- La participation de l'expert à la procédure

La participation de l'expert à la procédure consiste généralement en la soumission d'un rapport d'expertise, prioritairement destiné à la personne l'ayant désigné, puis soumis au principe du contradictoire (A). Le cas échéant, l'expert sera entendu à l'occasion de la procédure orale (B). Par ailleurs, aux fins d'une participation à l'instance satisfaisante au

¹⁴⁸³ v. également l'article 72 du Règlement de la Cour, « Récusation d'un témoin ou d'un expert » et les articles 6 et 7 du Règlement additionnel de la Cour.

¹⁴⁸⁴ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁸⁵ L'auteur donne notamment l'exemple du Tribunal de l'UE qui a eu l'occasion de rejeter une demande de récusation d'un expert qui n'avait pas été présentée dans le délai. v. SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 242.

regard de la bonne administration de la justice, l'expert doit bénéficier de garanties relatives à sa protection (C).

A- La participation de l'expert à la procédure écrite

L'expertise étant un mode de preuve, son objet ainsi que les éventuelles modalités et formalités à observer pour conduire celle-ci sont confiés à l'expert par l'entité qui souhaite produire un tel moyen. Notamment, l'expert ne peut pas aller au-delà de la mission qui lui est confiée par l'organe juridictionnel. Le premier paragraphe de l'Appendice 4 consacré aux Groupes consultatifs d'experts à l'OMC fait clairement état de telles instructions : « [I]es groupes consultatifs d'experts relèvent du groupe spécial. Leur mandat et le détail de leurs procédures de travail seront arrêtés par le groupe spécial, auquel ils feront rapport »¹⁴⁸⁶. De même, l'article 70, paragraphe 1, du Règlement de procédure de la CJUE dispose que « [I]a Cour peut ordonner une expertise. L'ordonnance qui nomme l'expert précise la mission de celui-ci et lui fixe un délai pour la présentation de son rapport »¹⁴⁸⁷. Cela permet notamment au juge d'exercer un contrôle externe sur le rapport de l'expert, c'est-à-dire de s'assurer que ce dernier a bien respecté l'objet de l'expertise, les conditions relatives à sa conduite, ou encore que le rapport ne comporte pas d'erreur de fait. En ce sens, la CIADH considère que les expertises sont recevables au titre de la preuve « dans la mesure où [elles] se conforment à l'objet défini par la Présidence dans la décision qui ordonne de les admettre et à l'objet de [l'] affaire »¹⁴⁸⁸.

La participation de l'expert à la procédure écrite se traduit par la déposition de son rapport, à l'attention des parties et de l'organe juridictionnel. Ces communications passent,

¹⁴⁸⁶ Le point 1 de l'Annexe 2 à l'Accord OTC, portant sur les Groupes d'experts techniques, prévoit également que le mandat et le détail des méthodes de travail des experts sont arrêtés par le groupe spécial auquel les experts feront rapport.

¹⁴⁸⁷ v. également, l'article 67, paragraphe 1, du Règlement de la CIJ ; l'article 82, paragraphe 1, du Règlement du TIDM ; ainsi que l'article 96, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal de la CJUE.

¹⁴⁸⁸ « La Cour appréciera les témoignages et les rapports d'expertise rendus sous serment par les témoins et les experts à l'audience publique, dans la mesure où ils se conforment à l'objet défini par la Présidence dans la décision qui ordonne de les admettre et à l'objet de la présente affaire, en tenant compte des observations des parties » (CIADH, *Manuel Cepeda Vargas c. Colombie*, arrêt, 26 mai 2010 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*), p. 27, §64, les italiques sont de nous) ; v. également CIADH, *Fleury et autres c. Haïti*, arrêt, 23 novembre 2011, (*fond et réparations*), p. 10, §25 : « [I]a Cour estime pertinent d'admettre les expertises fournies par le biais des déclarations sous serment des experts dès lors qu'elles sont ajustées à l'objet défini par le Président dans l'ordonnance dans laquelle il a ordonné de les recevoir ».

le plus souvent, par le Greffe¹⁴⁸⁹. Comme l'explique L. SAVADOGO, la pratique a conféré au rapport de l'expert un contenu-type : « l'expert y relate les opérations d'expertise auxquelles il a procédé, puis conduit une discussion objective des faits qu'il a pu constater, ce qui le conduit à dégager des conclusions et à formuler un avis sur les points faisant l'objet de sa mission »¹⁴⁹⁰.

Une fois transmis, le rapport d'expertise est soumis au principe du contradictoire. Comme le précise C. SANTULLI, « [l]e principe du contradictoire impose que les parties puissent discuter le rapport de l'expert, mais il n'exige pas que l'expert procède lui-même à une expertise contradictoire »¹⁴⁹¹. Réciproquement, pour mener à bien son expertise, l'expert désigné par le juge peut, de son côté, bénéficier du principe du contradictoire et avoir accès aux pièces de procédure écrite déjà déposées par les parties¹⁴⁹². La doctrine a eu l'occasion d'insister sur la nécessaire coopération des parties à cet égard. Dans le cadre de la CNUDCI, par exemple,

*« [a]s the work of the expert often requires information in the possession of one or both of the parties, their cooperation with the expert investigation is crucial. Article 27 (2) of the UNICTRAL Rules establishes a general obligation of the parties to furnish the expert with any "relevant information", and a more specific obligation to supply him with "any relevant documents or goods" that he may require. These obligations are sufficiently broad to cover a wide range of information requests, including site inspections of relevant documents, goods, or other information »*¹⁴⁹³.

Egalement, à propos de la CIJ,

« in many cases, the success of an inquiry or expert opinion will depend on the cooperation between the Court and the parties. To give but one example, the Court's very successful handling of evidential issues in the Corfu Channel case would have been impossible without the cooperation of Albania, the United Kingdom and Yugoslavia, which, as a third State, permitted the Court's experts to survey the Corfu channel from its territory. More generally, fact-finding will almost inevitably require visits to the site of an

¹⁴⁸⁹ v. par exemple l'article 30 du Règlement de la CIJ : « [t]oute communication destinée à la Cour (...) est adressée au Greffier sauf indication contraire » ; v. également ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court (Vol. 2)*, op. cit., p. 553.

¹⁴⁹⁰ SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », op. cit., p. 250.

¹⁴⁹¹ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, op. cit., 2005, p. 527.

¹⁴⁹² TALMON S., « Article 43 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, op. cit., p. 1005 : « [t]he Court may also place the pleadings and annexed documents in a case at the disposal of experts appointed to assist it in respect of technical matters. The technical experts must treat them as confidential so long as they have not been made accessible to the public » ; v. également SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », op. cit., pp. 248 et 251.

¹⁴⁹³ CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, op. cit., p. 671-672.

incident, just as many expert opinions will depend on data available to the parties. The question is whether the experts or commissioners appointed by the Court are in a position to insist on the parties' cooperation. This of course is a general problem that all international judicial and arbitral bodies competent to commission inquiries or expert opinion face. The solutions adopted are however far from uniform. Some statutory instruments impose upon States an express duty to provide an expert with "any relevant information or produce for his/her inspection ; any relevant documents or goods that he/she may request of them"¹⁴⁹⁴. In contrast, no equivalent provision exists under the ICJ Statute or Rules. This is but one aspect of the more general problem – namely the ICJ's lack of proper powers to procure evidence (...). It means that in many cases, fact-finding inquiries or expert opinions are only feasible if the parties are willing to cooperate »¹⁴⁹⁵.

S'agissant de l'accès au rapport de l'expert, dans le cadre de la CIJ, le Règlement prévoit que « [t]out rapport d'expert est communiqué aux parties auxquelles la possibilité est offerte de présenter des observations »¹⁴⁹⁶. Du côté de la CJUE, E. BROSSET souligne que « [p]endant l'exécution de sa mission, le principe du contradictoire ainsi que les règles déontologiques s'appliquent à l'expert »¹⁴⁹⁷. A l'OMC, le point 5 de l'Appendice 4 garantit aux parties à un différend l'« accès à tous les renseignements pertinents qui auront été communiqués à un groupe consultatif d'experts, sauf s'ils sont de nature confidentielle » et le point 6 prescrit au groupe consultatif d'experts de soumettre « un projet de rapport aux parties au différend en vue de recueillir leurs observations et d'en tenir compte, selon qu'il sera approprié, dans le rapport final, qui sera également remis aux parties au différend lorsqu'il sera remis au groupe spécial »¹⁴⁹⁸. Les tierces parties ne semblent pas, en revanche, être autorisées à recevoir les rapports d'expertise¹⁴⁹⁹. De telles dispositions garantissant l'application du principe du contradictoire dans le cadre de l'expertise sont également connues de l'arbitrage et notamment des règles de la CNUDCI, sus-évoquées, dont les paragraphes 2 et 3 de l'article 27 prévoient respectivement que « [t]he parties shall give the expert any relevant information or produce for his inspection any relevant documents or good that he may require of them » et que « [u]pon receipt of the expert's report, the arbitral tribunal shall communicate a copy of the report to the parties who

¹⁴⁹⁴ Référence est faite ici à l'article 27, paragraphe 2, des Règles de Procédure de la CPA.

¹⁴⁹⁵ TAMS C. J., « Article 50 », *op. cit.*, p. 1116-1117.

¹⁴⁹⁶ Article 67, paragraphe 2, du Règlement de la CIJ. L'article 71, paragraphe 5, prévoit en outre que « [I]es témoins et experts reçoivent communication du compte rendu de leur déposition ou exposé et peuvent le corriger de la même manière que les parties ».

¹⁴⁹⁷ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 253.

¹⁴⁹⁸ v. également les points 5 et 6 de l'Annexe 2 à l'Accord OTC, portant sur les Groupes d'experts techniques.

¹⁴⁹⁹ LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, *op. cit.*, p. 837.

shall be given the opportunity to express, in writing, their opinion on the report. A party shall be entitled to examine any document on which the expert has relied in his report ».

La participation de l'expert à la procédure écrite est supposée permettre aux parties et au juge, destinataires du rapport d'expertise, une étude approfondie de celui-ci. J. PAUWELYN fait à cet égard remarquer que l'application rigoureuse du principe du contradictoire dans le cadre de l'expertise permet de garantir un contre-interrogatoire efficace à l'occasion de la procédure orale¹⁵⁰⁰. A. S. SOLANO MONGE relève cependant que dans beaucoup d'affaires devant la CIADH, le témoignage de l'expert n'est présenté qu'à l'occasion de la procédure orale, ce qui a pour effet de priver les parties au procès d'une compréhension éclairée de l'affaire¹⁵⁰¹. La participation de l'expert à la procédure orale complète en tout état de cause sa participation à la procédure écrite, dans la mesure où cela lui permet d'exposer les conclusions du rapport d'expertise et de répondre aux interrogations que celles-ci suscitent.

B- La participation de l'expert à la procédure orale

« [L]e droit du procès international garantit (...) le contre-interrogatoire (*cross examination*) de l'autre partie, mais aussi la possibilité pour la juridiction elle-même de poser des questions »¹⁵⁰². Ainsi que le précisent les articles 43, paragraphe 5, et 51 du Statut de la CIJ, « [l]a procédure orale consiste dans l'audition par la Cour des témoins, experts, agents, conseils et avocats » ; et c'est « [a]u cours des débats [que] toutes questions utiles sont posées aux témoins et experts »¹⁵⁰³. Comme le prévoit le Règlement, « [l]es témoins et experts sont interrogés par les agents, conseils et avocats des parties sous l'autorité du Président. Des questions peuvent leur être posées par le Président et les juges (...) ». Les experts se doivent de répondre aux questions qui leur sont posées, dans la

¹⁵⁰⁰ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 349.

¹⁵⁰¹ SOLANO MONGE A. S., « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 576.

¹⁵⁰² SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, p. 535.

¹⁵⁰³ v. également l'article 78 du Règlement du TIDM ; les articles 32, paragraphe 1, et 35, paragraphe 1, du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; les articles 20, 28, 29 et 32 du Statut de la Cour de Justice de l'Union ainsi que l'article 70 du Règlement de procédure de celle-ci.

mesure où celles-ci sont formulées clairement¹⁵⁰⁴. La participation des experts à la procédure orale revêt une grande importance au regard du principe de bonne administration de la justice. Dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour a déploré que les Parties aient inclus leurs experts comme conseils dans leurs délégations respectives au lieu de les présenter à l'occasion de la procédure orale en application des articles 57 et 64 de son Règlement. En effet, selon la Cour,

« les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire en qualité d'experts ou de témoins, voire, dans certains cas, à ces deux titres à la fois¹⁵⁰⁵, mais non comme conseils, afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu'à celles de la Cour elle-même »¹⁵⁰⁶.

Les juges AL-KHASAWNEH et SIMMA font un reproche du même ordre, à la Cour cette fois-ci, dans l'opinion dissidente qu'ils joignent à la décision. Ils dénoncent le recours à des « experts-fantômes », c'est-à-dire le fait que la Cour prenne conseil, en interne, auprès de spécialistes « sans, en général, éprouver le besoin de le faire savoir au public ni même d'en informer les parties ». Pour ces juges,

« [s]i la consultation d'experts "invisibles" est peut-être excusable lorsque les clarifications qu'ils apportent concernent des questions scientifiques marginales dans une affaire, la situation est tout autre dans des différends scientifiques complexes (...). L'adoption de cette pratique priverait la Cour des avantages de transparence et d'équité procédurale (...), ainsi que de la capacité pour les Parties de commenter les éléments de preuve présentés à la Cour ou de l'aider à comprendre ces éléments. Ces préoccupations ne reposent pas purement sur des principes abstraits, mais relèvent de la bonne administration de la justice. La transparence et l'équité procédurale sont importantes, car elles obligent la Cour à s'acquitter de sa mission générale de faciliter la production des éléments de preuve

¹⁵⁰⁴v. les articles 65 du Règlement de la CIJ, 80 du Règlement du TIDM et 52 du Règlement de la Cour interaméricaine. v. en outre TAMS C. J., « Article 51 », *op. cit.*, p. 1124-1128 et ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court (Vol. 2)*, *op. cit.*, p. 572-576.

¹⁵⁰⁵TAMS C. J., « Article 51 », *op. cit.*, p. 1120-1121 : « [i]n practice, [the difference between witnesses and experts] has often become blurred. In fact, most experts have been called to testify as expert-witnesses, e.g. have been questioned on matters within their knowledge and asked to give their opinion on a certain subject matter ».

¹⁵⁰⁶CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, p. 72, §167 (les italiques sont de nous). C. J. TAMS et G. GAJA relèvent également que la consultation de tels experts prive les parties de conduire un contre-interrogatoire (v. TAMS C. J., « Article 51 », *op. cit.*, p. 1121 et GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *op. cit.*, p. 411 : « [b]oth ITLOS and the ICJ have shown their preference that the parties' experts appear as experts or witnesses and not as advocates, so that they may be subjected to cross-examination and to questions from the bench »). v. également sur ce point SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 234-235.

et de faire en sorte que les faits essentiels d'une affaire soient présentés avec la plus grande exactitude, afin que le différend soit réglé au mieux »¹⁵⁰⁷.

Par ailleurs, il est possible d'aménager les règles classiques de participation à la procédure orale. Comme l'envisage notamment le Règlement d'arbitrage du CIRDI, « le Tribunal peut, avec le consentement des deux parties, prendre des dispositions en vue d'interroger un témoin ou un expert autrement que devant le Tribunal lui-même »¹⁵⁰⁸. Le recours à des moyens audiovisuels peut également être considéré¹⁵⁰⁹.

La participation de l'expert lors des deux phases de la procédure – écrite et orale – est ainsi essentielle aux fins de garantir la bonne administration de la justice. La satisfaction de ce principe passe également par une protection effective de l'expert dans l'exercice de sa mission.

C- La protection de l'expert participant à la procédure

Chaque juridiction prévoit que des facilités et qu'une certaine protection doivent être accordées à l'expert. Ce sont néanmoins les textes de base des juridictions interétatiques qui sont à cet égard les plus détaillés¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁷ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, opinion dissidente commune des Juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, p. 114-115, §14. v. également TAMS C. J., « Article 50 », *op. cit.*, p. 1118 ; SCOVAZZI T., « Between law and science : Some considerations inspired by the *Whaling in the Antarctic* judgment », *QIL*, 2015, p. 22-23 ; GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *op. cit.*, p. 413-414 ; TRIBOLO J., *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, *op. cit.*, p. 130-132 ; COUVREUR P., « Le règlement juridictionnel » in SFDI, *Le processus de délimitation maritime : étude d'un cas fictif. Actes du Colloque international de Monaco tenu du 27 au 29 mars 2003*, Paris, Pedone, 2004, pp. 349 et 384 : le Greffier de la Cour propose de considérer ces « experts-fantômes » comme des fonctionnaires temporaires du Greffe.

¹⁵⁰⁸ Article 36, lettre b), du Règlement d'arbitrage.

¹⁵⁰⁹ v. l'article 51, paragraphe 11, du Règlement de la Cour interaméricaine.

¹⁵¹⁰ A l'exception notoire de l'OMC, dont on connaît toutefois l'inspiration prétorienne des règles contentieuses, venant compléter un MARD minimaliste (v. ABI-SAAB G., « Le règlement des différends à l'OMC et le droit international général », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, *op. cit.*, p. 11 : « sur le plan procédural, ni le Mémoire d'accord ni les accords ne définissent la fonction juridictionnelle et les modalités de son exercice. Par exemple, il n'existe pas de règles en matière de preuve. Où allons-nous trouver de telles règles ? Nous sommes obligés de nous reporter aux principes généraux du droit procédural international régissant l'exercice de la fonction juridictionnelle ». v. également COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », *op. cit.*, p. 224 ; TRUILHE-MARENGO E., « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC, la gouvernance confiée aux experts ? », *op. cit.*, §5 ; et GRANDO M. T., *Evidence, proof and fact-finding in WTO dispute settlement*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 3.

Dans le cadre de la CIJ, la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* accorde aux « représentants des membres » une « immunité d'arrestation personnelle ou de détention et de saisie de leurs bagages personnels » ; ainsi qu'une immunité de juridiction « en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions [qui] continuera à leur être accordée, même après que ces personnes auront cessé d'être les représentants des Membres »¹⁵¹¹. En outre, la Résolution 90 (I) adoptée le 11 décembre 1946 par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui concerne les privilèges et immunités devant être accordés aux membres de la Cour, au Greffier, aux fonctionnaires du Greffe, aux assesseurs, aux agents et conseils des parties ainsi qu'aux témoins et experts¹⁵¹², « recommande » que les experts jouissent, pendant la durée de leur mission, des privilèges et immunités prévus par la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, ainsi que de facilités pour voyager (« certificats attestant qu'ils voyagent pour le compte de la Cour »), le cas échéant.

Dans le cadre du TIDM, ce sont les accords sur les privilèges et immunités du Tribunal, et de siège entre le Tribunal et l'Allemagne, qui permettent aux experts de jouir de privilèges, d'immunités et de facilités similaires permettant de garantir leur indépendance dans l'exercice de leurs fonctions¹⁵¹³. L'immunité doit être levée dès lors qu'elle « [empêche] que justice soit faite et peut [l'être] sans nuire à l'administration de la justice (...) et au but pour lequel elle est accordée »¹⁵¹⁴.

S'agissant du CIRDI, la Convention de Washington précise que les experts « ne peuvent faire l'objet de poursuite en raison d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le Centre lève cette immunité » ; et qu'ils « bénéficient, quand ils ne sont pas ressortissants de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, des mêmes immunités en

¹⁵¹¹ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 février 1946 (v. particulièrement l'article IV, Sections 11 à 16 ; l'article VI, Sections 22-23 ; et l'article VII, Sections 24 à 28) ; v. également CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, *op. cit.*, p. 192-196, §40-52 ; spéc. p. 195-196, §51-52 et CIJ, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, 29 avril 1999, p. 81-88, §38-64.

¹⁵¹² Le texte de cette résolution est disponible sur le site de la Cour (v. <https://www.icj-cij.org/fr/autres-textes/resolution-90>). v. également l'échange de lettres entre le Président de la Cour internationale de Justice et le Ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, disponible sur le site de la Cour (<https://www.icj-cij.org/fr/autres-textes>).

¹⁵¹³ v. l'Accord sur les privilèges et immunités du Tribunal international du droit de la mer du 23 mai 1997, articles 15, 17, 20 et 21 et l'Accord entre le Tribunal international du droit de la mer et la République fédérale d'Allemagne relatif au siège du tribunal, articles 20 à 25.

¹⁵¹⁴ Selon les termes de l'article 24, paragraphe 1, de l'Accord de siège du TIDM. Dans leur ensemble, les juridictions prévoient néanmoins la possibilité – voire le devoir – de lever l'immunité des agents et fonctionnaires.

matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des mêmes facilités en matière de change et de déplacements, que celles accordées par les Etats contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable d'autres Etats contractants »¹⁵¹⁵.

En outre, l'article 53 du Règlement de la CIADH prévoit que « [l]es Etats ne peuvent engager des actions à l'encontre des victimes présumées, des témoins ou des experts, des représentants ou assesseurs légaux, ni exercer de représailles contre eux ou contre leurs parents, en raison de leurs déclarations, leur défense légale ou des avis qu'ils auraient rendus devant la Cour ».

Le recours à l'expertise juridictionnelle est motivé par le besoin de comprendre certains aspects – souvent scientifiques ou techniques – de l'affaire. Désigné par le juge ou les parties, l'expert doit présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité pouvant être sanctionnées par sa récusation, le cas échéant. Valablement désigné, l'expert jouit de privilèges d'immunité et d'inviolabilité, et va participer aux phases écrite et orale de la procédure et soumettre un rapport d'expertise. Il convient de s'interroger à présent sur l'impact de l'expertise sur le processus décisionnel.

¹⁵¹⁵ v. les articles 21 et 22 de la Convention de Washington, ainsi que SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A. (Dir.), *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 62-66.

Section II - L'impact de l'expertise juridictionnelle sur le processus décisionnel

Ainsi que l'écrit C. SANTULLI, « [i]l résulte inévitablement de la possibilité de contradiction [à laquelle est soumis le rapport d'expertise], comme de la fonction juridictionnelle, que l'appréciation du tribunal n'est pas liée par le rapport de [l'expert] »¹⁵¹⁶. Le principe de la fonction consultative de l'expert est affirmé (I). Cependant,

« tant qu'il reste dans le domaine technique qui lui est assigné, le rapport de l'expert désigné par le juge aura un poids déterminant, du moment où aucun élément ne vient remettre en cause la confiance initiale de la juridiction et, en particulier, s'il ne comporte pas des erreurs de raisonnement ou des illégalités, et tant qu'il ne contredit pas des faits dont le juge aurait été convaincu »¹⁵¹⁷.

Le principe de la fonction *contributive* de l'expert est alors posé : le rapport d'expertise aura un impact considérable sur la décision, dès lors qu'irréprochable dans sa démonstration, il emporte la conviction du juge (II).

I- La fonction consultative de l'expert

L'organe juridictionnel est indépendant dans l'exercice de ses fonctions de jugement. De fait, le principe est le caractère consultatif du rapport d'expertise (A), qui sera considéré par le juge comme un élément de preuve parmi d'autres (B).

A- La valeur d'avis du rapport d'expertise

La valeur consultative du travail fourni par l'expert est généralement reconnue¹⁵¹⁸. C'est notamment ce qu'exprime le Juge *ad hoc* ECER dans son opinion dissidente en l'affaire du *Détroit de Corfou* : « [l]a Cour n'est pas liée d'après une règle de droit de procédure vraiment générale par l'avis des experts. Elle peut le rejeter ou l'accepter mais

¹⁵¹⁶ SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, 2005, pp. 527 et 536.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 527. Pareille affirmation vaut pour les experts désignés par les parties, bien que l'impartialité de ces derniers soit davantage sujette à caution.

¹⁵¹⁸ *Id.*, v. également SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 252.

toujours par une décision suffisamment motivée »¹⁵¹⁹. Dans le cadre de l'arbitrage également, « [t]he report is not legally binding on the arbitrators, who may pick and choose from its content as they deem appropriate »¹⁵²⁰.

S'agissant des documents de base, la valeur consultative du rapport d'expertise n'est affirmée que dans les textes qui régissent la procédure dans le cadre de l'OMC. Le point 6 de l'Appendice 4, applicable aux Groupes *consultatifs* d'experts, précise que « [l]e rapport final du groupe consultatif d'experts aura uniquement valeur d'avis ». Cette précision, dont les autres juridictions semblent avoir jugé l'insertion dans leurs textes de base superflue, est justifiée par l'obligation exceptionnelle faite au groupe spécial de suivre les conclusions de l'expert dans le cadre de l'identification d'une subvention prohibée : l'article 4.5 de l'Accord SMC prévoit en effet que « [l]es conclusions du GEP sur la question de savoir si la mesure en question est ou non une subvention prohibée seront acceptées par le groupe spécial sans modification ».

Ainsi, sauf disposition contraire, la juridiction n'est pas liée par le rapport de l'expert ; et la preuve qu'il établit sera librement appréciée par le juge.

B- La preuve par expertise : une preuve parmi d'autres

L'organe juridictionnel traite la preuve par expertise comme il traite toute autre preuve : sa fonction est « de déterminer quels faits sont à prendre en considération, d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées » avant d'« [appliquer] les règles pertinentes du droit international [aux faits] jugés avérés »¹⁵²¹.

En effet, la CIJ, « lorsqu'elle [apprécie] la valeur des éléments de preuve qui lui ont été soumis, (...) [souponse] et [évalue] essentiellement les données elles-mêmes – et non les interprétations divergentes qu'en ont faites les Parties ou leurs experts et consultants »¹⁵²².

A l'OMC, l'ORD considère également la preuve par expertise comme une preuve parmi d'autres. Comme l'exprime le Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, « [p]our décider si un fait ou une allégation peut ainsi être accepté, nous

¹⁵¹⁹ CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt (réparation), 15 décembre 1949, opinion dissidente du Juge *ad hoc* ECER, p. 253.

¹⁵²⁰ CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, *op. cit.*, p. 677.

¹⁵²¹ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, p. 72-73, §168.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 92, §236.

considérons que nous sommes appelés à examiner et à peser toutes les preuves qui nous ont été valablement présentées, y compris les avis des experts que nous avons consultés conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord »¹⁵²³. L'Organe d'appel considère également qu'« [u]n groupe spécial a (...) la possibilité et le pouvoir de déterminer *si des renseignements et des avis sont nécessaires* dans une affaire donnée, d'évaluer l'*admissibilité* et la *pertinence* des renseignements ou avis reçus et de décider *quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis* ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu »¹⁵²⁴.

De son côté, la CIADH s'exprime en ces termes : « [a]près avoir analysé les éléments probatoires, les déclarations des témoins et des experts, ainsi que les affirmations de la Commission interaméricaine, des représentants et de l'Etat, la Cour considère que les faits décrits ci-après sont démontrés »¹⁵²⁵. La CJUE, en outre, a également eu l'occasion d'affirmer que l'expertise constitue un élément de preuve parmi d'autres¹⁵²⁶.

Il n'empêche que dans cette fonction de règlement des différends, qui n'appartient qu'au juge l'exerçant en toute indépendance, la prise en compte de l'avis de l'expert peut s'avérer indispensable. Comme l'écrit le Juge YUSUF :

« [c]ertes, c'est à la Cour qu'il incombe de se prononcer sur les faits et d'en apprécier la force probante ; cela ne l'empêche pas pour autant d'user de son pouvoir d'ordonner une enquête ou une expertise afin d'évaluer des éléments techniques et scientifiques difficiles à interpréter (...). Pour s'acquitter de sa mission, qui consiste à régler des différends, la Cour doit non seulement s'assurer qu'elle est en possession de tous les éléments pouvant l'aider à répondre aux questions qui lui sont posées, mais aussi comprendre parfaitement leur signification réelle afin de bien appliquer le droit à ces faits. L'idée qui sous-tend les dispositions du Statut et du Règlement prévoyant la possibilité d'une enquête ou expertise est d'offrir à la Cour l'aide et l'appui dont elle a besoin pour se prononcer en pleine connaissance de cause »¹⁵²⁷.

¹⁵²³ Japon – *Mesures visant les produits agricoles*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS76/R, 27 octobre 1998, p. 106, §7.10 ; position confirmée en appel : Japon – *Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS76/AB/R, 22 février 1999, p. 40, §127.

¹⁵²⁴ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 40, §104. v. également, Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, p. 67, §161.

¹⁵²⁵ CIADH, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, arrêt, 26 septembre 2006 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*), p. 26, §82.

¹⁵²⁶ CJUE, *HLH Warenvertriebs GmbH et Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, arrêt, 9 juin 2005, affaires jointes C-211/03, C- 299/03, C-316/03, C-317/03 et C-318/03, §93.

¹⁵²⁷ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, déclaration du Juge YUSUF, p. 217, §5.

La nécessité de s'appuyer sur l'expertise pour la résolution de l'affaire est également affirmée par la doctrine. Selon J. PAUWELYN,

« [e]xpert advice is, in principle, not binding because the disputing parties have entrusted the jurisdiction to decide the case with the panel, not with any other body or individual. Of course, even if expert advice is advisory only, it will be difficult, if not impossible, for a panel to overrule a consensus position expressed by the experts. Given the presumed "epistemic superiority" of the experts, who is the panel to contradict the experts that it appointed ? This explains why a panel should only reject or downplay certain expert answers on the ground that they are not relevant, not specific enough, that there is no documentary support for them or that the expert who expressed the view is not neutral or experienced enough in the field »¹⁵²⁸.

Ainsi, bien que le caractère consultatif de l'expertise soit (sauf disposition contraire) incontestable et incontesté, y compris lorsque l'expert est désigné par le juge, l'organe juridictionnel peut se retrouver privé de sa marge de manœuvre quant au recours à l'expert ainsi qu'au suivi de ses conclusions. Cette potentielle contrainte découle de la fonction juridictionnelle même, qui interdit au juge de se rendre coupable de déni de justice, tout en lui imposant de rendre sa décision en toute connaissance de cause.

II- La fonction contributive de l'expert

« Experts express an opinion upon certain facts on the basis of their special knowledge. (...) A person can be an expert in any field in which he reveals a special knowledge which is far in excess of that which is normally held by a lay person. Where a person so qualifies, it is not a question of the admissibility of the expert opinion which is expressed but a question of the weight to be accorded to this opinion, something the Court considers in its deliberations »¹⁵²⁹.

Suivre l'avis éclairé de l'expert assoit la décision rendue dans une plus grande légitimité. Le recours à l'expertise « présente l'avantage, d'une part, de renforcer la confiance des Parties dans l'évaluation technique par la Cour des informations factuelles et scientifiques qu'elles lui soumettent et, d'autre part, de garantir la transparence »¹⁵³⁰. De manière générale, les juridictions internationales se conforment à l'expertise dès lors que la compétence et l'indépendance de l'expert ne sont pas contestées, et que le raisonnement exposé dans le rapport d'expertise ne souffre d'aucune incohérence (A). En revanche, des

¹⁵²⁸ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 355.

¹⁵²⁹ TALMON S., « Article 43 », *op. cit.*, p. 1020.

¹⁵³⁰ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, déclaration du Juge YUSUF, p. 217, §7.

résultats d'expertise contradictoires, incompatibles ou plus largement « douteux » éveilleront les soupçons du juge qui les délaissera totalement ou partiellement (B).

A- La fonction contributive certaine de l'expertise infallible

Le principe de la fonction contributive de l'expert, au-delà du caractère consultatif de sa participation au procès, était parfaitement exprimé par la Commission franco-italienne dans la sentence des *Héritiers* :

« [i]l est certain que l'avis de l'expert ne lie pas la Commission, qui doit se prononcer selon sa propre conviction. Mais s'agissant de faits et d'appréciations techniques, la Commission n'a pas de raison de ne pas faire siennes les conclusions de l'expertise, à moins que l'argumentation de l'expert ne soit en contradiction avec les faits tels qu'ils résultent du dossier, avec des dispositions légales ou les règles de la logique »¹⁵³¹.

Dans de multiples affaires, l'expertise a été un élément probant précieux pour le juge. Dans le litige consacré aux *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la CPJI affirmait que « les résultats de l'audition de témoins-experts (...) [lui] permettent de reconnaître le bien-fondé des objections avancées par la partie demanderesse »¹⁵³². Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ énonce qu'elle « ne peut manquer d'attacher un grand poids à l'avis d'experts qui ont procédé à un examen des lieux entouré de toutes les garanties d'information exacte et d'impartialité »¹⁵³³. Dans le cadre des instances relatives à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* et à la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos*, la Cour relève que « [l'] évaluation faite par les experts désignés par la Cour, non contestée par les Parties, dissipe toute incertitude quant à la configuration actuelle de la côte et quant à l'existence d'un chenal reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head »¹⁵³⁴.

A l'OMC, dans la décision portant sur les *Crevettes*, le Groupe spécial conclut que « les renseignements présentés, y compris les déclarations des experts étayées par des

¹⁵³¹ Commission franco-italienne, *Héritiers de S.A.R. Mgr. le Duc de Guise*, Sentence, 20 novembre 1953, pp. 162 et 168 ; cité in TAMS C. J., « Article 50 », *op. cit.*, p. 1114.

¹⁵³² CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt (exceptions préliminaires), 25 août 1925, Série A, p. 61.

¹⁵³³ CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt (fond), 9 avril 1949, p. 21.

¹⁵³⁴ CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *op. cit.*, p. 31, §71.

documents, tendant à confirmer le fait que les tortues marines, à certains moments de leur vie, se déplacent dans les eaux de plusieurs pays et en haute mer »¹⁵³⁵.

E. BROSSET dresse pareille conclusion s'agissant du contentieux de l'Union : « en cas de recours à l'expertise, la Cour remet rarement en cause les conclusions de l'expert. La Cour “*se [base] sur le résultat du rapport d'expertise qu'elle adopte et fait sien*” »¹⁵³⁶.

Il apparaît en outre que dans certaines affaires, le juge ne peut décider sans un appui probatoire extérieur : dans les motifs ayant conduit à sa décision en l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, la CIJ se réfère près de deux cent fois au *Rapport final de la Commission d'experts des Nations Unies*¹⁵³⁷.

A l'occasion du litige opposant les sociétés L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. à l'Algérie, porté devant le CIRDI, le Tribunal affirme que « [l]es divergences quant aux frais généraux et ceux d'immobilisation entre les deux Parties sont importantes et *seule une expertise pourrait établir les montants exacts* de ces postes d'indemnisation »¹⁵³⁸.

De son côté, la CEDH impose aux autorités nationales statuant sur l'enfermement hospitalier des personnes présentant une dangerosité de procéder à une expertise psychiatrique préalable. Sans l'expertise, rappelle la Cour, l'enfermement devient arbitraire¹⁵³⁹.

¹⁵³⁵ Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 333, §7.53.

¹⁵³⁶ BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 255.

¹⁵³⁷ Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport final de la Commission d'experts des Nations Unies*, 27 mai 1994 (S/1994/674/Add.2). La Commission d'experts a été créée en application de la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité. Dans cette résolution, le Conseil de sécurité demandait au Secrétaire général de l'Organisation de « constituer d'urgence une commission impartiale d'experts chargée d'examiner et d'analyser » les informations obtenues au sujet de graves violations des Conventions de Genève du 12 août 1949 et d'autres violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (particulièrement s'agissant du nettoyage ethnique), et de lui faire rapport. La Commission a été créée le 16 novembre 1992, le Conseil de sécurité en prend note dans sa résolution 787 (1992).

¹⁵³⁸ Tribunal CIRDI, *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, Sentence, *op. cit.*, p. 48, §163.

¹⁵³⁹ SUDRE F. (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, p. 212-218 ; et v. notamment CEDH, *Herz c. Allemagne*, arrêt, 12 juin 2003, §47 ; CEDH, *Cristian Teodorescu c. Roumanie*, arrêt, 29 juin 2012, §67 ; et CEDH, *Ruiz Rivera c. Suisse*, arrêt, 18 février 2014, §59-60. La position de la Cour est plus pusillanime s'agissant des expertises environnementales, et peut s'analyser autour de deux tendances : « 1) l'hypothèse la plus simple d'expertises unanimes réalisées en interne ou l'existence de seuils réglementaires ; 2) l'hypothèse compliquée pour la Cour de controverse scientifique ou d'absence de connaissance scientifique sur les effets sur la santé des activités dangereuses, cas de figure dans lesquels la Cour ne cherche pas à approfondir la connaissance manquante, mais, bien au contraire, se retranche, solution certes de facilité, derrière la marge d'appréciation » (LAMBERT-ABDELGAWAD E., « La Cour européenne des droits de l'Homme et le traitement de la connaissance scientifique sur la nocivité des ondes électromagnétiques, produits chimiques et autres activités polluantes », *Vertigo, La revue électronique en sciences de l'environnement*, 2016, §5.

Enfin, dans les affaires *Communautés européennes – Hormones, Australie – Saumons* et *Japon – Pommes*, l'expertise a été indispensable à la résolution de ces différends par les groupes spéciaux¹⁵⁴⁰, comme en témoigne la manière dont ces derniers s'appuient sur les résultats des experts¹⁵⁴¹.

Pour quelle(s) raison(s) l'organe juridictionnel ignorerait-il, ou irait-il contre, l'avis d'un expert (*a fortiori* lorsqu'il l'a lui-même désigné) ? Comme le souligne M. COSSY s'agissant de la consultation d'experts à l'OMC,

« [i]l est vrai qu'il est en quelque sorte paradoxal que, d'une part, un groupe spécial décide de consulter des experts scientifiques parce qu'il ne se sent pas à l'aise pour choisir entre des preuves contradictoires avancées par les parties et que, d'autre part, le même groupe spécial considère qu'il peut "peser" des vues différentes et peut-être divergentes exprimées par "ses" experts »¹⁵⁴².

En outre, « [l]a validité du rapport d'expertise ne peut être contestée pour des motifs tirés de son contenu (validité interne). Ce serait remettre en cause le pouvoir d'appréciation par l'expert des éléments qui lui sont soumis »¹⁵⁴³.

Une résolution de ce paradoxe résiderait dans les fonctions qui sont respectivement celles de l'expert et du juge. L'expert doit donner un avis scientifique (ou technique) sur un point de fait, dans le cadre du différend et en rapport avec les éléments de preuve présentés par les parties. L'expert n'a pas pour mission de préjuger des implications juridiques que peut avoir le résultat de l'expertise. Le juge, quant à lui, est chargé de régler un différend, en s'appuyant, le cas échéant, sur l'avis de l'expert, entre autres éléments de preuve. Il ne lui appartient pas de résoudre les incertitudes ou les divergences scientifiques

¹⁵⁴⁰ GRANDO M. T., *Evidence, proof and fact-finding in WTO dispute settlement*, *op. cit.*, p. 404.

¹⁵⁴¹ *v. Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 192-262, §8.16-8.270 ; *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS18/R, 12 juin 1998, p. 157-241, §8.6-8.183 ; *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS245/R, 15 juillet 2003, p. 146-214, §8.1-8.336.

¹⁵⁴² COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », *op. cit.*, p. 231. L'auteur se réfère en outre à CHRISTOFOROU T., « Settlement of Science-Based Trade Disputes in the WTO : A Critical Review of the Developing Case Law in the Face of Scientific Uncertainty », *New York University Environmental Law Journal*, 2000, spéc. p. 639-643.

¹⁵⁴³ SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 252.

ou techniques¹⁵⁴⁴. Comme le relève J. PAUWELYN, « *[i]n the face of conflicting scientific evidence, panels are not called upon, nor competent, to make substantive decisions on scientific disagreements. At the most, what they can do is to check criteria such as relevance, specificity and reliability of the evidence or neutrality and expertise of the expert submitting it* »¹⁵⁴⁵.

Ainsi, confrontée à des résultats d'expertise contradictoires produits par les parties dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, la CIJ a considéré qu'il s'agissait de « désaccords scientifiques » et s'est abstenue de prendre position en faveur de l'un ou l'autre expert. La Cour s'est retranchée derrière les fonctions distinctes d'expertise et de jugement pour considérer qu'il n'appartenait qu'à elle d'établir le sens juridique de l'expression « recherche scientifique ». Selon l'analyse de L.-C. LIMA,

« *[w]ith regard to the experts' disagreement about the determination of the criteria for establishing the meaning of the expression "scientific research", in the sense of Article VIII of the Whaling Convention, the Court invoked the distinction between questions of fact and questions of law : since the interpretation of the expression "scientific research" is question of law, it was for the Court to solve this question, without decisively taking into consideration the indications offered by the experts. In the Court's view, even if, "as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, while not necessarily agreeing on the conditions for their use", "[t]heir conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court* »¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴⁴ v. en ce sens, CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, op. cit., p. 666-667 : « *[w]hen seeking expert advice, the tribunal should always keep in mind that its relationship with the expert is authoritative. The expert is not the tribunal's agent, but merely an advisor. While he may assist the arbitrators in their fact-finding duties, a role which may often require him to draw conclusions based on an analysis of the facts, "the expert cannot usurp the judicial function of the tribunal". According to White, "it is not for [the expert] to 'identify' which facts are 'relevant and significant', nor to examine and weigh them 'for the purpose of determining liability and assessing damages'". These are the sole and non-delegable responsibilities of the arbitral tribunal* » (Les auteurs font référence à WHITE G., *The Use of Experts by International Tribunals*, Syracuse, Syracuse University Press, 1965, p. 164-165).

¹⁵⁴⁵ PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », op. cit., p. 364 ; v. également MBENGUE M. M., « Between law and science : A commentary on the *Whaling in the Antarctic* case », QIL, 2015, p. 4-5 : « *[i]ndeed, if the "law lies within the judicial knowledge of" the "international judge" (jura novit curia), facts lie at the periphery of judicial control and demand to be rationalised through the adjudicatory process. Judges cannot be expected to be well-informed on all subjects that require specialised knowledge, such as science. At the same time, scientists, regardless of their potential contribution to the international dispute-settlement process, cannot be expected to settle disputes "by the application of principles and rules of international law". It certainly remains the duty of the judge to adjudicate on legal issues, and not of the scientists acting as an expert* ».

¹⁵⁴⁶ LIMA L.-C. « Weighing the evidential value of expert opinion : The *Whaling* Case », QIL, 2015, p. 38 ; v. également MBENGUE M. M., « Between law and science : A commentary on the *Whaling in the Antarctic* case », op. cit., p. 5-8 ; et SCOVAZZI T., « Between law and science : Some considerations inspired by the *Whaling in the Antarctic* judgment », op. cit., p. 24-30.

Ainsi, le juge utilise l'expertise afin d'établir la meilleure vérité judiciaire possible¹⁵⁴⁷. Il n'est pas, sauf disposition procédurale contraire, liée par celle-ci et pourra s'en détourner dès lors qu'il n'est pas pleinement convaincu par ses résultats. Les conclusions de l'expert doivent donc être suffisamment fermes¹⁵⁴⁸ pour emporter la conviction de l'organe juridictionnel. Cependant, dès lors que les résultats de l'expertise révèlent une faille dans le raisonnement de l'expert, le juge est forcé de s'en détacher, du moins partiellement.

B- La fonction contributive relative de l'expertise dubitable

Ce sont tout d'abord les rapports d'expertise émanant d'experts désignés par les parties (présentant des garanties d'impartialité moins évidentes) qui sont examinés par le juge, avec la plus grande précaution¹⁵⁴⁹. Malgré l'obligation procédurale – teintée de neutralité – de collaboration à la preuve qui lie les parties, l'organe juridictionnel est naturellement méfiant à l'égard des experts désignés par celles-ci. De là à considérer qu'une telle expertise est frappée d'une « présomption de doute », il n'y a qu'un pas que l'on peut franchir. En ce sens, la doctrine semble accepter l'idée selon laquelle le poids à accorder aux expertises dans l'établissement de la vérité légale dépend de la catégorie à laquelle l'expert appartient. Comme le souligne L-C. LIMA,

*« [w]ith regard to the evaluation of expert opinions, the criteria seem to vary according to the different categories of experts that appear before the Court. Mbengue and Scovazzi reconstructed the mosaic of different procedures of appointment and examination of the four distinct categories of experts : invisible experts, independent experts in the sense of Article 50 of the Statute, expert counsel and, finally, the party-appointed experts in the sense of Articles 57 and 64 of the Court's Rules. Depending on the type of experts, the evidential value of their opinion may vary »*¹⁵⁵⁰.

En outre, lorsque les rapports d'experts utilisés par chacune des parties au titre de la preuve font état de résultats divergents, la CIJ recherche les points de consensus existant

¹⁵⁴⁷ Ce que la CIJ exprime en ces termes : « [l]a Cour, ayant voulu s'entourer de tous les renseignements d'ordre technique susceptibles de la guider dans la recherche de la vérité, a soumis aux experts désignés par elle la question suivante (...) » (CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 20).

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵⁴⁹ FREYER D. H., « Assessing Expert Evidence », in NEWMAN L. W., HILL R. D. (Eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2nd ed., Huntington, Juris Publishing, 2008, p. 430-432.

¹⁵⁵⁰ LIMA L.-C. « Weighing the evidential value of expert opinion : The *Whaling Case* », *op. cit.*, p. 33. v. également MBENGUE M. M., « Between law and science : A commentary on the *Whaling in the Antarctic case* », *op. cit.*, p. 10-11.

entre les deux expertises antagonistes, en délaissant les résultats contradictoires ou trop controversés¹⁵⁵¹. Elle peut également désigner ses propres experts, qui présenteront de meilleures garanties d'indépendance¹⁵⁵². Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, les Juges AL-KHASAWNEH et SIMMA regrettent, dans l'opinion dissidente commune qu'ils joignent à l'arrêt au fond, que la Cour n'ait pas nommé ses propres experts et y voient « une occasion manquée d'aborder l'incertitude scientifique de manière véritablement moderne »¹⁵⁵³.

Ensuite, il apparaît que le critère de la preuve par expertise est particulièrement élevé lorsque les faits répréhensibles allégués sont graves. Comme l'exprime la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, « [u]ne imputation d'une gravité aussi exceptionnelle articulée contre un Etat exigerait un *degré de certitude* qui n'est pas atteint ici »¹⁵⁵⁴. La Cour peut alors solliciter des experts qu'ils approfondissent leur expertise si celle-ci n'est pas parvenue à la convaincre. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le premier rapport soumis par les experts qu'elle avait elle-même désignés n'était pas « entièrement concluant » ; aussi leur a-t-elle demandé de procéder à une descente sur les lieux et de « vérifier, compléter et s'il y a lieu, modifier » leurs conclusions en conséquence¹⁵⁵⁵. Dans cette même affaire, plusieurs opinions dissidentes jointes à l'arrêt au fond ont critiqué le fait que l'expertise – quand bien même reconduite après descente sur les lieux – ait emporté la conviction de la Cour sur la question de la connivence de l'Albanie quant au

¹⁵⁵¹ Procédant ainsi, la Cour agit de la même manière qu'elle le fait avec les arguments contraires directement avancés par les parties au différend. v. par exemple CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, arrêt, *op. cit.*, p. 99, §194-195 ; CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, arrêt, *op. cit.*, p. 255, §77, p. 257, §82, p. 268, §131, p. 283, §188 et §190, et p. 292, §255 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et CIJ, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) (instances jointes), arrêt, 16 décembre 2015, p. 66, §186. v. également LIMA L.-C. « Weighing the evidential value of expert opinion : The Whaling Case », *op. cit.*, p. 37-38. Il convient de remarquer que pareille attitude peut venir des parties. Ainsi, dans l'affaire opposant Qatar et Bahreïn, Qatar décidait de laisser de côté, dans son argumentation, certaines expertises antérieures en raison des trop grandes contradictions de leurs résultats (CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, arrêt, *op. cit.*, p. 47, §20).

¹⁵⁵² CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt, 9 avril 1949, *op. cit.*, ppp. 9, 16, et 20. v. également TAMS C. J., « Article 50 », *op. cit.*, p. 1111.

¹⁵⁵³ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, opinion dissidente commune des Juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, p. 109-116, §2-16.

¹⁵⁵⁴ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt, 9 avril 1949, *op. cit.*, p. 17 (les italiques sont de nous) ; v. par ailleurs CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *op. cit.*, p. 29, §209 : « [l]a Cour doit être *pleinement convaincue* qu'ont été clairement avérées les allégations formulées au cours de l'instance selon lesquelles le crime de génocide (...) [a] été commis » (les italiques sont de nous) ; et CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt, *op. cit.*, p. 67, §178.

¹⁵⁵⁵ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt, 9 avril 1949, *op. cit.*, p. 21.

mouillage du champ de mines du détroit. Ces diverses critiques sont illustrées par les mots du Juge *ad hoc* ECER, pour qui « la réponse des experts [formulée dans le second rapport, après descente sur les lieux] est, malgré sa forme catégorique, aussi *conditionnelle* que celle du premier rapport »¹⁵⁵⁶. Il s'agit de veiller à ne pas convertir une probabilité scientifique ou technique en une vérité judiciaire par le recours à l'expertise, comme le souligne l'opinion dissidente du Juge BADAWI PACHA :

« [d]e tous côtés, il y a donc des faits inconnus ou imprécis, et c'est pourquoi, lorsque les experts déclarent que l'opération a dû être vue de tel point, dans des conditions déterminées, ils ne font qu'exprimer une probabilité ou une certitude scientifique lorsque toutes les conditions se trouvent remplies. *Traduire cette opinion scientifique en une vérité ou certitude humaine et surtout judiciaire, alors que les données nécessaires relatives à ces conditions font défaut, ne peut donner, à mon avis, qu'une réponse négative* »¹⁵⁵⁷.

Enfin, l'organe juridictionnel peut dégager des « critères de probité » à appliquer à l'expertise afin de déterminer dans quelle mesure la prendre en compte¹⁵⁵⁸. Dans les affaires du *Génocide*, la Cour s'est en effet prononcée sur le crédit à accorder aux rapports (d'expertise, souvent) émanant « d'organes officiels ou indépendants ». Leur valeur probante dépend,

« entre autres, 1) de la source de l'élément de preuve (par exemple, la source est-elle partielle ou neutre ?), 2) de la manière dont il a été obtenu (par exemple, est-il tiré d'un rapport de presse anonyme ou résulte-t-il d'une procédure judiciaire ou quasi judiciaire minutieuse ?) et 3) de sa nature ou de son caractère (s'agit-il de déclarations contraires aux intérêts de leurs auteurs, de faits admis ou incontestés ?) »¹⁵⁵⁹.

Dans l'affaire concernant les *Usines de pâte à papier*, l'Argentine estimait, dans le même ordre d'idées, que :

« le poids à [accorder à une expertise doit] être déterminé en fonction non seulement de l'«indépendance» de l'auteur, qui [doit] n'avoir aucun intérêt personnel à ce que l'affaire [soit] tranchée dans un sens ou un autre et ne [doit] pas être fonctionnaire du

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge *ad hoc* ECER, p. 125 (les italiques sont de nous). v. dans le même sens, les opinions dissidentes des Juges KRYLOV (p. 68-71), et AZEVEDO (p. 93).

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge BADAWI PACHA, p. 62-63 (les italiques sont de nous).

¹⁵⁵⁸ La pratique du juge américain est ici souvent citée en exemple. Dans l'affaire *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, la Cour suprême fédérale établit des « critères de scientificité » permettant de déterminer la recevabilité du savoir scientifique dans le procès. v. à ce propos LECLERC O., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, p. 368-386, spéc. p. 376-377.

¹⁵⁵⁹ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *op. cit.*, p. 135, §227 ; et CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt, *op. cit.*, p. 69, §190.

gouvernement, mais aussi des caractéristiques du document lui-même, en particulier du soin avec lequel l'analyse [a] été réalisée, de son exhaustivité, de l'exactitude des données utilisées, et de la clarté et de la cohérence des conclusions tirées de celles-ci »¹⁵⁶⁰.

De son côté, l'Uruguay considérait que :

« les rapports élaborés par des experts engagés aux fins de l'instance et versés au dossier ne [doivent] pas être considérés comme établis de façon indépendante et [doivent] être traités avec circonspection, contrairement aux déclarations et analyses d'experts publiées par une organisation internationale compétente (...) ou celles publiées par les consultants engagées par ladite organisation, qui, elles, devaient être considérées comme émanant d'une source indépendante et se voir accorder un "poids spécial" »¹⁵⁶¹.

En tout état de cause, que l'expertise apparaisse « infaillible » ou « dubitable », il appartient toujours au juge d'évaluer la force probante des éléments de preuve qui leur sont soumis. En marge de l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier*, le Juge YUSUF le rappelait :

« [l]a Cour s'étant toujours montrée réticente à user des pouvoirs prévus par l'article 50 du Statut – excepté à deux occasions – la question se pose de savoir si le recours à une expertise risque de priver le juge de son rôle d'arbitre des faits, ce qui affaiblirait la fonction judiciaire de la Cour. Je répondrais à cette question par la négative. En premier lieu, il n'appartient pas aux experts d'évaluer la force probante des faits, mais de les élucider et de vérifier la validité scientifique des méthodes utilisées pour établir certains faits ou recueillir des données. En deuxième lieu, une fois que les experts ont élucidé les faits, leurs conclusions sont toujours soumises à l'évaluation de la Cour, qui se prononce sur les faits ayant fait l'objet de l'expertise. En troisième lieu, il n'est pas nécessaire que la Cour demande aux experts de clarifier la totalité des faits qui lui ont été soumis. Elle doit plutôt commencer par identifier les domaines dans lesquels un complément d'investigation est nécessaire pour établir les faits ou les clarifier, avant de faire appel aux services d'experts. (...) Ainsi, même si les experts peuvent aider la Cour à démêler l'écheveau scientifique et technique des questions factuelles soulevées par une affaire, c'est toujours au juge qu'il revient en dernier lieu de décider de la pertinence et de l'importance des faits pour la solution du différend »¹⁵⁶².

¹⁵⁶⁰ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, p. 72, §166.

¹⁵⁶¹ *Id.* v. également sur cette question : CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, *op. cit.*, p. 674 : « [i]n the Starrett case, the Iran-US Claims Tribunal determined that the weight of an expert's opinions may depend upon a number of factors. These factors include : the expert's qualifications ; the procedure that he has followed in developing his opinions ; including his consideration of the parties' comments ; the thoroughness of the process by which the expert sought to verify all information presented to him by the parties ; and the thoroughness of the report, including citation to evidentiary support ».

¹⁵⁶² CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, déclaration du Juge YUSUF, p. 219, §10.

Le Juge explique ainsi clairement que, malgré l'importance des résultats d'expertise pour la résolution de l'affaire, la juridiction n'est pas liée par l'avis de l'expert, la preuve par expertise ne constituant qu'une preuve parmi d'autres, soumise à son appréciation. A ce titre, l'expert peut être vu comme un assistant, sa fonction étant d'aider le juge dans l'établissement des faits. Le recours à l'expertise ne dispense pas les parties de s'acquitter des obligations leur incombant en vertu de la charge de la preuve ; pas plus qu'il ne relève le juge de ses fonctions de jugement. Ainsi que l'affirme sans équivoque T. SCOVAZZI : « [t]here is no delegation of power from the judge to the expert »¹⁵⁶³. J. RIOS RODRIGUEZ, à son tour, résume bien l'indépendance du juge, tout en insistant sur l'importance de l'expertise, lorsqu'il déclare que l'expert est « un “juge des faits” [qui voit son verdict] soumis à celui du juge du droit, ce dernier restant seul maître d'une procédure qui aurait pu être difficilement menée à bon terme sans [le concours de l'expert] »¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶³ SCOVAZZI T., « Between law and science : Some considerations inspired by the *Whaling in the Antarctic* judgment », *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶⁴ RIOS RODRIGUEZ J., « Le juge et l'expert : la connaissance spécialisée dans les procès internationaux », *op. cit.*, p. 268.

Conclusion du Chapitre VII

Ce chapitre consacré à l'expertise juridictionnelle a permis d'étudier la question du recours à l'expertise, par les parties ou par le juge, dans le cadre du procès international. Si chaque juridiction a ses particularités en la matière, de nombreux traits communs peuvent être mis en exergue, au profit de la reconnaissance d'un statut de l'expert dans le contentieux international.

Il est admis que le recours à l'expert se justifie dès lors que le différend nécessite de maîtriser des connaissances, souvent scientifiques ou techniques, qui font défaut au juge et aux parties. Ces dernières font souvent appel à des experts pour la construction de leur argumentation aux fins du procès, et il n'est pas rare que ces experts fassent partie de leur délégation. De son côté, l'organe juridictionnel a également la faculté de recourir, par le biais d'une mesure d'instruction, à ce tiers qu'est l'expert pour l'éclairer sur les faits de la cause. Faculté, car le principe est la liberté de recourir à l'expert : il est en effet rare que les textes de base imposent, ou même enjoignent le juge à demander une expertise. Il est en revanche opportun de se demander si l'exigence de motivation des décisions de justice, et plus largement la bonne administration de celle-ci, ne commandent pas le recours à l'expertise, dès qu'il manque au juge certaines connaissances spécifiques pour connaître de l'affaire.

Une fois la décision de recourir à l'expert prise, il s'agit de désigner le « bon expert ». Les textes de base des juridictions insistent sur les qualités de compétence et de neutralité que doit présenter l'expert, prévoyant des sanctions pouvant aller jusqu'à sa récusation si celles-ci font défaut. La pratique révèle également qu'il est important d'obtenir un consensus de la part des parties sur la personne de l'expert. Cela peut sembler entrer en contradiction, à certains égards, avec la non moins précieuse exigence de neutralité. Il ne faut cependant pas négliger l'importance de l'adhésion des parties à l'ensemble du processus décisionnel juridictionnel, y compris dans la désignation des tiers ayant vocation à collaborer à l'administration de la preuve. Pour assurer une meilleure administration de la justice durant le procès, et une meilleure acceptation de la décision rendue à l'issue de celui-ci, il est nécessaire de préserver la confiance des parties ; ceci est particulièrement vrai dans le cadre du contentieux interétatique.

Les textes de base organisent également la participation de l'expert aux deux phases de la procédure, écrite puis orale. Ils ne manquent pas à cet égard de prévoir des mesures protectrices, d'immunité et d'inviolabilité, en faveur de l'expert. La participation aux deux phases du procès est essentielle et s'inscrit dans une logique de complémentarité. En se voyant appliquer le principe du contradictoire, l'expert aura accès aux pièces de procédure, et réciproquement les parties auront accès au processus d'expertise – *a minima*, au rapport de l'expert une fois celui-ci finalisé. Ces étapes de la procédure écrite permettent de préparer au mieux l'interrogatoire et le contre-interrogatoire auxquels l'expert peut être soumis à l'occasion de la procédure orale.

Malgré la nécessaire contribution de l'expert à l'établissement des faits dans les affaires présentant des difficultés techniques ou scientifiques, et la liberté reconnue au juge d'avoir recours à ce dernier, force est de constater le faible usage de cette mesure d'instruction. Si l'argument de la célérité procédurale est valablement avancé, il résiste difficilement à un « bilan coût-avantage » relatif à la bonne administration de la justice : si ne pas dépasser un délai raisonnable dans le rendu des décisions de justice est essentiel, on admettra cependant volontiers qu'il vaut mieux que la procédure dure un peu plus longtemps, si cela peut permettre de rendre une décision en toute connaissance de cause, en ayant établi et compris au mieux les faits de l'espèce¹⁵⁶⁵. La doctrine, mais aussi les juges eux-mêmes, ont mis en avant une explication plus convaincante : le recours à l'expert par l'organe juridictionnel n'emporterait-il pas délégation du pouvoir de juger ? Pour tenter d'apporter une réponse, l'impact de l'expertise juridictionnelle sur le processus décisionnel a été examiné. D'un point de vue théorique, la question ne présente qu'un intérêt relatif. D'une part, car les fonctions de l'expert et du juge sont distinctes : le premier contribue à l'établissement des faits ; le second, en appréciant ces derniers, tranchera le conflit. D'autre part, car la valeur simplement consultative du rapport de l'expert est la règle. Le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert, appréciées au titre de la preuve en étant considérées comme des éléments probatoires parmi d'autres¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁵ Selon les termes du Juge *ad hoc* VINUESA : « [L]e retard qu'auraient pu entraîner les mesures d'instruction supplémentaires aurait été compensé par le fait que la Cour aurait été mieux à même de statuer valablement » (CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, opinion dissidente du Juge *ad hoc* VINUESA, p. 291, §95).

¹⁵⁶⁶ Cette non délégation du pouvoir de juger s'exprime également à travers le fait que les experts pouvant siéger à la Cour en qualité d'assesseurs ne se voient pas reconnaître un droit de vote (v. articles 30, §2, du Statut de la CIJ et 289 de la CNUDM ; ainsi que GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *op. cit.*, p. 417 ; PRATT M., « The Role of the Technical Expert in Maritime Delimitation Cases », *op. cit.*, p. 81-82 ; et SAVADOGO L. « Le recours des juridictions internationales à des experts », *op. cit.*, p. 245).

D'un point de vue pratique en revanche, on admet que la frontière entre le fait et le droit puisse être poreuse ; cela amène nécessairement à nuancer le « refuge » que constitue l'affirmation de la séparation des fonctions d'expertise et de jugement. La question d'un transfert de pouvoir de l'organe juridictionnel au profit de l'expert se posant même au juge¹⁵⁶⁷, il a paru essentiel de se pencher sur l'impact de l'expertise sur le processus décisionnel.

Ces interrogations ont permis, tout d'abord, de rappeler le caractère consultatif de l'expertise. En effet, le juge n'est pas lié par l'avis de l'expert : la preuve par expertise est une preuve parmi d'autres, soumise à l'appréciation du juge. Ce dernier est simplement assisté par l'expert aux fins de l'établissement des faits.

Il faut cependant considérer l'apport essentiel de l'expertise dans le processus décisionnel, tant que celle-ci est au-dessus de tout soupçon s'agissant de sa probité scientifique. En effet, dès lors que l'on admet que l'expert éclaire le juge sur des connaissances qui lui font défaut, il faut reconnaître l'importance de l'expertise dans la recherche de la vérité légale et concéder un rôle contributif de l'expert dans l'établissement de la décision de justice¹⁵⁶⁸. Les résultats d'expertise « infaillibles », c'est-à-dire ne révélant aucune incohérence, aucune contradiction dans le raisonnement ayant conduit à les adopter, ne sont pas contestés par le juge qui se limite à exercer sur le rapport de l'expert un contrôle restreint qui relèverait, en droit administratif français, de « l'erreur manifeste d'appréciation ». Si de tels résultats d'expertise sont pertinents au titre de la preuve, le juge les utilisera pour rendre sa décision : on peut apercevoir ici la « fonction normative indirecte » de l'expert dans le cadre du processus décisionnel juridictionnel. Cependant, et malgré les limites et les contradictions pouvant être opposées à la séparation valorisée des fonctions d'expertise et de jugement, cette fonction contributive ne constitue pas pour autant une délégation, par le juge et en faveur de l'expert, d'une partie du pouvoir de juger.

Il convient enfin de signaler le rôle pouvant être joué par les experts dans l'exécution de la décision de justice. Ceux-ci peuvent, en quelque sorte, « prendre le relais » de l'organe juridictionnel afin d'aider les parties à mettre en œuvre l'arrêt. Ainsi, par exemple, après la décision rendue par la CPJI le 7 juin 1932 dans l'affaire des *Zones*

¹⁵⁶⁷ Déclaration du Juge YUSUF précitée (v. CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *op. cit.*, déclaration du Juge YUSUF, p. 219, §10).

¹⁵⁶⁸ v. à ce propos LECLERC O., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, *op. cit.*, p. 67-189, spéc. p. 145-188.

franches, les parties à l'instance se sont entendues pour nommer des experts « en vue de régler d'une façon mieux appropriée aux conditions économiques actuelles les modalités des échanges entre les deux régions »¹⁵⁶⁹. De même, dans leur compromis de saisine en l'affaire du *Différend frontalier*, les parties sollicitent la désignation d'experts par la Cour, afin d'être assistées dans l'opération de démarcation de la frontière délimitée par l'arrêt¹⁵⁷⁰. Nous pouvons noter qu'à l'inverse, l'organe juridictionnel peut intervenir lorsque l'expertise fait obstacle à la prise de décision. Les experts ne se voient pas, contrairement au juge, interdire le déni de justice, et leurs tergiversations (qu'elles soient ou non le fruit d'une instrumentalisation par les parties qui les ont désignés) peuvent bloquer le processus décisionnel. Par exemple, les litiges relatifs à l'*Ile de Kasikili / Sedudu* et au *Différend frontalier* entre le Bénin et le Niger ont été portés devant la CIJ après que les commissions mixtes d'experts désignées dans ces deux affaires ont échoué à régler le différend¹⁵⁷¹.

Aux côtés des experts, ce sont les témoins qui participent au contentieux international dans le cadre d'une fonction d'assistance aux fins de l'établissement de la vérité légale. Les juridictions pénales internationales ne peuvent fonctionner sans ce moyen d'administration de la preuve, ce qui justifie d'étudier le témoignage dans le cadre du contentieux international pénal.

¹⁵⁶⁹ CPJI, *Dixième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°10, p. 94. v. également Sentence arbitrale, *Rhin de fer* (Belgique / Pays-Bas), Décision du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 96, §235 : le Tribunal demande aux parties de constituer une commission d'experts indépendants pour déterminer certaines données techniques.

¹⁵⁷⁰ CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / Mali), arrêt, *op. cit.*, p. 648, §176 et CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / Mali), ordonnance (désignation d'experts), *op. cit.*, v. également CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / Niger), arrêt, *op. cit.*, p. 92, §113 et CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / Niger), ordonnance (désignation d'experts) 12 juillet 2013. v. également les exemples tirés de la pratique judiciaire du TIDM et de la pratique arbitrale évoquée par le Juge GAJA : GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁷¹ CIJ, *Ile de Kasikili / Sedudu* (Botswana / Namibie), arrêt, 13 décembre 1999, p. 1058, §15-16 ; CIJ, *Différend frontalier* (Bénin / Niger), arrêt, *op. cit.*, p. 95, §2. v. également Sentence arbitrale, *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, *op. cit.*, p. 20, §3. v. également Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, *op. cit.*, p. 12, §24-26 : les parties devaient nommer, préalablement à la saisine du Centre, un expert aux fins de régler le différend amiable. Ce n'est que suite à l'échec de cette procédure, constaté par l'expert lui-même, que le CIRDI a pu être valablement saisi.

CHAPITRE VIII - LE TÉMOIGNAGE

Le *Dictionnaire de droit international public* définit le témoignage comme correspondant à la « [d]éclaration faite par un témoin », ce dernier étant la « [p]ersonne en présence de qui s'est accompli un fait et qui est appelée à l'attester en justice, sous la foi du serment ou d'une formule équivalente »¹⁵⁷².

Le témoignage est un mode de preuve connu de l'ensemble des systèmes juridictionnels, et prévu par tous les textes de base des juridictions étudiées dans la thèse. A titre d'exemple, l'article 43, paragraphe 5, du Statut de la CIJ prévoit que « [l]a procédure orale consiste dans l'audition par la Cour des témoins, experts, agents, conseils et avocats »¹⁵⁷³. Egalement, l'article 77, paragraphe 2, du Règlement du TIDM donne la possibilité au Tribunal, « s'il y a lieu, [de] faire déposer un témoin ou un expert pendant la procédure »¹⁵⁷⁴. Il est en outre possible d'évoquer l'article 26 du Statut de la CJUE, énonçant que « [d]es témoins peuvent être entendus dans les conditions qui seront déterminées par le règlement de procédure »¹⁵⁷⁵ ; et l'article 45 du Règlement de la Cour africaine, prévoyant qu'en prenant des mesures d'instruction, la Cour peut « décider d'entendre en qualité de témoin ou d'expert, ou à un autre titre, toute personne dont les dépositions, dires ou déclarations lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche »¹⁵⁷⁶. L'examen de la pratique judiciaire permet de relever plusieurs affaires dans lesquelles des témoins ont comparu devant les juridictions internationales. Par exemple, devant la CPJI et la CIJ, des témoins ont été entendus dans les affaires concernant les *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, les *Activités militaires et paramilitaires au*

¹⁵⁷² SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1073.

¹⁵⁷³ Cette disposition reprend à l'identique les termes de l'article 43, alinéa 5, du Statut de la CPJI. v. également l'article 51 du Statut de la Cour, prévoyant qu'« [a]u cours des débats, toutes questions utiles sont posées aux témoins et experts (...) ».

¹⁵⁷⁴ v. également les articles 32 et 34 à 36 du Règlement d'arbitrage applicable au CIRDI. Le MARD, dans le cadre de l'OMC, ne mentionne pas le témoignage ; on sait néanmoins que le régime de la preuve à l'OMC est essentiellement prétorien (v. ABI-SAAB G., « Le règlement des différends à l'OMC et le droit international général », *op. cit.*, p. 11 ; COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord », *op. cit.*, p. 224 ; TRUILHE-MARENGO E., « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC, la gouvernance confiée aux experts ? », *op. cit.*, §5 ; et GRANDO M. T., *Evidence, proof and fact-finding in WTO dispute settlement*, *op. cit.*, p. 3.).

¹⁵⁷⁵ v. notamment les articles 66 à 69 du Règlement de procédure de la Cour, ainsi que les articles 93 à 95 et 97 à 102 du Règlement de procédure du Tribunal.

¹⁵⁷⁶ v. également l'Annexe au Règlement de la CEDH concernant les enquêtes, en particulier les articles A1 et A5 à A7.

Nicaragua et contre celui-ci, ou encore l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁵⁷⁷. Devant le TIDM, deux témoins ont comparu dans le cadre de l'affaire consacrée au Navire Saïga¹⁵⁷⁸.

Le témoignage n'est cependant pas un moyen de preuve privilégié dans l'ensemble des juridictions étudiées. Bien que le recours à des témoins aux fins de l'établissement des faits soit généralement prévu par les statuts et règlements de procédure, ces derniers interviennent peu dans le contentieux interétatique¹⁵⁷⁹. En outre, lorsqu'ils sont appelés à témoigner, c'est à l'initiative des parties au différend. La CIJ, le TIDM ou bien l'ORD de l'OMC n'ont encore jamais convoqué eux-mêmes de témoins¹⁵⁸⁰. Dans le cadre du contentieux transétatique et de l'arbitrage, le recours au témoignage se remarque davantage¹⁵⁸¹ ; néanmoins, c'est véritablement devant les juridictions pénales internationales que la preuve testimoniale est incontournable. Durant l'année 1997, par exemple, sont arrivés à La Haye :

« quelque cent-vingt témoins en provenance d'une vingtaine de pays d'Europe, des Etats-Unis d'Amérique et du Canada ; ils ont comparu devant le TPIY dans le procès *Tadić* (65), dans les audiences précédant la sentence en l'affaire *Erdemović* (2), dans l'affaire *Camp de Čelebići* (35), dans les audiences préalables au prononcé de la sentence en l'affaire *Tadić* (7), et dans le procès *Blaškić* (11) »¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁷ CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt (fond), *op. cit.*, pp. 13 et 52-61 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt, *op. cit.*, spéc. p. 18, §13 et p. 41-43, §66-70 ; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, 26 février 2007, *op. cit.*, spéc. p. 56-59, §40-49.

¹⁵⁷⁸ TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 1)*, *op. cit.*, p. 19-20, §17 ; et TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 2)*, *op. cit.*, p. 20, §22 et p. 21, §24. v. par ailleurs TIDM, *Affaire du Navire « Louisa »*, *op. cit.*, p. 14-15, §30 ; TIDM, *Affaire du Navire « Virginia G »*, *op. cit.*, p. 15-17, §36-38.

¹⁵⁷⁹ v. notamment NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 146-147.

¹⁵⁸⁰ v. SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 570.

¹⁵⁸¹ v. notamment à cet égard MAYER P., « Le poids des témoignages dans l'arbitrage international », in D'AVOUT L. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, 2014, p. 525-531. L'auteur s'interroge sur le poids des témoignages dans les procédures de *common law* et de *civil law* avant de se pencher sur l'hybridation de ces traditions juridiques dans la procédure arbitrale internationale. v. en outre MOURRE A., « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspectives d'évolution », in ROSELL J. (Dir.), *Les arbitres internationaux, Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 153-164.

¹⁵⁸² TPIY, *Quatrième rapport annuel du TPIY*, *op. cit.*, p. 29, §96. Le TPIY estimait à plus de 400 le nombre de témoins s'étant présentés à la barre à la fin de l'été 1998 (TPIY, *Cinquième rapport annuel*, A/53/219, S/1998/737, p. 38, §154). Au cours de l'année 1999, « [l]es programmes de la Section [d'aide aux victimes et aux témoins] ont concerné quelque 300 témoins ou proches des témoins originaires de 20 pays » (TPIY, *Sixième rapport annuel*, A/54/187, S/1999/846, p. 44, §168) ; et « [a]u cours des deux premiers trimestres 2000, le nombre de témoins a augmenté de 100% par rapport à la même période de l'année précédente » (TPIY, *Septième rapport annuel*, A/55/273, S/2000/777, p. 37, §224). En tout, plus de 4650 témoins ont été entendus par le TPIY (« Infographie : le TPIY en chiffres », disponible sur le site du Tribunal : <http://www.icty.org/fr/content/infographie-le-tpiy-en-chiffres>, consulté le 10/10/2018).

Comme l'exprime A.-M. LA ROSA,

« [l]e témoignage demeure, pendant le procès, le moyen de preuve privilégié par les parties. Il est courant que des centaines de témoins défilent à la barre. Sur ce point, les instances pénales internationales s'éloignent des juridictions compétentes en matière de différends interétatiques qui favorisent, pour leur part, la preuve documentaire et devant lesquelles la phase probatoire dans le prétoire est, en général, plus limitée »¹⁵⁸³.

Ou, selon les termes plus radicaux de l'ancien Président du TPIR L. KAMA, « [p]as de témoignage, pas de Tribunal. 90% de la preuve est testimoniale »¹⁵⁸⁴. La place importante du témoignage dans l'administration de la preuve devant les juridictions pénales internationales transparaît également dans la rédaction de l'article 69 du Statut de la CPI. Intitulée « *Preuve* », cette disposition ne se réfère expressément qu'au témoignage, dès son paragraphe premier : « [a]vant de déposer, chaque témoin, conformément au Règlement de procédure et de preuve, prend l'engagement de dire la vérité ». La pratique du TPIY permet en outre de distinguer quatre types de témoins :

- l'« *insider* », qui est un témoin « *inside the same organisation as the accused, such as a fellow soldier within the same unit or a fellow politician or civil servant within the same party or government structure* ».
- l'« *informant* », qui fournit des informations confidentielles, sans être officiellement un témoin et sans être appelé à la barre. Si ces sources doivent bénéficier d'une protection, les informations transmises sont sujettes à caution, particulièrement lorsqu'elles sont fournies en échange d'un profit, financier ou d'une autre nature.
- l'« *international* », le terme désignant « *those witnesses from the international community who are often of a high political profile and were involved in the conflict in a professional capacity such as a diplomat, negotiator or NGO representatives* »¹⁵⁸⁵.
- enfin, l'« *expert witness* », défini par la jurisprudence du Tribunal comme un individu qui, « *by virtue of some specialized knowledge, skill or training can assist the trier of fact to understand or determine an issue in dispute which is beyond the knowledge of a lay person* »¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 261. Sont cités en note infrapaginale des exemples frappants : « (...) 126, 128 et 157 témoins ont comparu respectivement dans les affaires *Tadić*, *Blaškić* et *Kupreškić*. Devant le TMI de Nuremberg, ont comparu 33 témoins à charge, 66 à décharge en plus des 19 accusés » (*Id.*, note infrapaginale n°1). v. également *Ibid.*, p. 246-293 pour une typologie des moyens de preuve (témoignage comme mode de preuve privilégié, preuve documentaire, faits notoires, transport sur les lieux) ; CHAMPY G., « Inquisitoire – Accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *Revue internationale de droit pénal*, 1997, p. 186, §73 et p. 187-188, §75-76 (l'aveu y est notamment abordé) ; NOUVEL Y., « La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.*, p. 905-943.

¹⁵⁸⁴ Cité in LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 199.

¹⁵⁸⁵ ICTY-UNICRI, *ICTY Manual on Developed Practices*, 2009, p. 20, §43-45. v. également p. 20-21, §46-47.

¹⁵⁸⁶ UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, *op. cit.*, p. 19, §103.

Le site de la CPI caractérise également plusieurs types de témoins, en distinguant « les témoins des faits », « les témoins privilégiés », « les témoins experts » et « les témoins de situation ». Les témoins des faits « ont des connaissances et déposent au sujet de ce qui s'est passé. Il peut s'agir de témoins qui ont subi un préjudice et témoignent de ce qui leur est arrivé (...) ; ils ont alors la double qualité de témoin et de victime ». Les témoins privilégiés « ont eu des rapports directs avec l'accusé » ; tandis que les témoins experts « déposent sur des questions relevant de leur domaine de compétence et sont, par exemple, experts en balistique ou en médecine légale ». Enfin, les témoins de situation « aident à établir des faits essentiels concernant le contexte dans lequel le conflit a eu lieu et peuvent notamment être des professeurs ou des représentants d'une ONG »¹⁵⁸⁷. S'il est vrai que le témoin-expert est souvent individualisé dans les textes de base¹⁵⁸⁸, les règles procédurales relatives aux témoins prévues par ces derniers ont vocation à s'appliquer de manière générale aux concernés : en d'autres termes, ces distinctions qui illustrent les différents types de témoins n'emportent quasiment aucune conséquence procédurale, elles illustrent néanmoins l'importance de ce mode de preuve.

Ce chapitre portant sur le témoignage se concentrera ainsi exclusivement sur le contentieux international pénal : ce « coup de projecteur » sur un contentieux bien spécifique apparaît opportun dans la mesure où les déclarations de témoins y constituent non seulement le principal mode de preuve, mais représentent en outre une condition *sine qua non* au fonctionnement de la justice.

Les juridictions étudiées sont la CPI, les TPI (TPIY et TPIR), ainsi que le Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux (« MTPI »), créé en 2010 par le Conseil de sécurité de l'ONU pour assurer certaines fonctions essentielles des TPI après

¹⁵⁸⁷ v. l'onglet « *Témoins* » sur le site de la Cour (consulté le 10/10/2018).

¹⁵⁸⁸ v. l'article 74 *bis* des RPP du TPIY et du TPIR qui porte sur l'examen médical, psychiatrique ou psychologique de l'accusé, généralement confié à un ou plusieurs experts ; ainsi que les articles 94 *bis* des RPP du TPIY et du TPIR, 84 et 116 du RPP du MTPI ; la Règle 135 du RPP de la CPI ; les Normes 44 du Règlement de la Cour (CPI) et 56 du Règlement du Greffe (CPI). v. en outre NOUVEL Y., « La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *RGDIP*, 1997, p. 915-917 ; PETROVIC V., « Les historiens comme témoins-experts au TPIY », in DELPA I., BESSONE M. (Dir.), *Peines de guerre : la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010, p. 119-135. L'article évalue le nombre de témoins-experts ayant comparu devant le TPIY à deux cent vingt-six (sur trois mille trois cent témoins) en 2006 ; ALLCOCK J. B., « Le praticien des sciences sociales en qualité d'expert et de témoin », in DELPA I., BESSONE M. (Dir.), *Peines de guerre : la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, op. cit., p. 137-149.

leur fermeture¹⁵⁸⁹. Dans ce cadre, il semble essentiel d'étudier la participation à l'établissement de la vérité légale des témoins sans la coopération desquels la justice semble condamnée à l'inaction. Le statut qui leur est octroyé par les textes de base se concentre particulièrement sur leur protection : dans la majorité des cas, les personnes qui témoignent sont également des victimes¹⁵⁹⁰ dont il convient de considérer la vulnérabilité et l'exposition à un risque de « représailles » dès lors qu'elles consentent à coopérer avec le Tribunal. Ainsi que l'écrit A-M. LA ROSA,

« [c]ompte tenu de la nature des infractions et du système probatoire retenu, la preuve d'un crime international repose essentiellement sur des témoins oculaires. Or, les actes relevant de la compétence de ces juridictions internationales sont des crimes graves qui, de par leur nature même, sont susceptibles d'engendrer terreur et angoisse chez les témoins potentiels. Il est du reste courant que le principal témoin à charge soit la victime elle-même. S'ils comparaissent, ces témoins peuvent craindre pour leur vie ou celle des membres de leur famille. Résidant encore sur le territoire où les crimes ont été présumément commis, ils redoutent légitimement que des représailles soient prises contre eux personnellement ou leurs proches. Quant aux victimes encore vivantes, nombre d'entre elles refusent catégoriquement de témoigner si la protection de leur vie privée n'est pas

¹⁵⁸⁹ Le Conseil de Sécurité, dans sa résolution 1966 (2010), créé, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, le MTPI « composé de deux divisions dont les dates d'entrée en fonctions [sont] le 1^{er} juillet 2012 pour la division chargée des fonctions résiduelles du TPIR, et le 1^{er} juillet 2013 pour la division chargée des fonctions résiduelles du TPIY » (Nations Unies, Conseil de sécurité, *Résolution 1966 (2010)*, Document S/RES/1966(2010), §1). Selon l'article 1^{er} du Statut du MTPI (« *Compétence du Mécanisme* »), « [l]e Mécanisme succède au TPIY et au TPIR dans leur compétence matérielle, territoriale, temporelle et personnelle (...) et dans leurs droits et obligations (...). Le Mécanisme est habilité à juger (...) les personnes mises en accusation par le TPIY ou le TPIR qui font partie des plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes (...) et les personnes mises en accusation par le TPIY ou le TPIR qui ne font pas partie des plus hauts dirigeants (...), étant entendu qu'il ne les jugera (...) qu'après avoir épuisé toutes solutions raisonnables pour renvoyer l'affaire [devant les juridictions nationales] ». Le Mécanisme est également compétent pour juger les personnes accusées d'avoir « entravé sciemment et délibérément l'administration de la justice » ou d'avoir « fait sciemment et délibérément un faux témoignage » après avoir « envisag[é] de renvoyer l'affaire aux autorités d'un Etat ». Le Mécanisme exerce donc les fonctions essentielles résiduelles suivantes : procès des fugitifs appréhendés ; poursuites pour faux témoignage ou outrage ; protection des témoins ; révision des jugements ; renvoi d'affaires aux juridictions nationales ; contrôle de l'exécution des peines ; assistance aux autorités nationales ; et gestion des archives. Pour un exposé détaillé de ces fonctions, v. Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, 21 mai 2009 (S/2009/258), p. 7-16, §13-59.

¹⁵⁹⁰ v. notamment : TPIY, *Onzième rapport annuel, op. cit.*, p. 90, §351 : « [p]endant la période considérée, quelque 534 témoins et personnes accompagnatrices sont venus à La Haye, pour la plupart d'ex-Yougoslavie. La majorité de ces témoins étaient des victimes » ; et TPIY, *Douzième rapport annuel, op. cit.*, p. 49, §226 : « [p]endant la période considérée, 402 témoins et personnes accompagnatrices sont venus à La Haye (...). Nombre de ces témoins étaient des victimes ». Comme l'écrit C. LAUCCI, « [l]es Statuts et Règlements emploient l'expression "protection des victimes et des témoins" mais les deux qualités sont équivalentes devant les Tribunaux : les victimes sont considérées comme des témoins particuliers et n'ont droit à aucune mesure spéciale. Par conséquent, ce qui est dit de la protection des témoins vaut aussi pour celle des victimes » (LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 221, note infrapaginale n°87 et LEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale : pour une action civile internationale*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2012, p. 87).

assurée. En outre, elles appréhendent leur comparution en justice, qui peut être source d'un nouveau traumatisme et de résurgence de souvenirs qu'elles cherchent à oublier. *Les instances pénales internationales sont tributaires de leur témoignage. Elles doivent dès lors assurer leur présence en garantissant la protection appropriée* »¹⁵⁹¹.

Les victimes¹⁵⁹² « en tant que telles » (c'est-à-dire n'ayant pas le statut de témoin) ne constituent pas, en revanche, un objet d'étude de ce chapitre. Il convient cependant de noter que la progressive prise en compte de leurs intérêts propres tout au long de la seconde moitié du XX^{ème} siècle n'est certainement pas négligeable et qu'elle participe à illustrer l'inexorable ouverture du contentieux international aux tiers¹⁵⁹³. Il est en outre indéniable qu'avec l'avènement de la juridiction internationale pénale permanente au début de notre siècle, la victime se voit offrir la possibilité de participer à l'instance et, le cas échéant, d'obtenir réparation, ce qui est tout à fait novateur¹⁵⁹⁴. La CPI permet en effet aux victimes d'être considérées en tant que telles et ce à trois égards : elles peuvent participer à la procédure ; elles peuvent bénéficier de mesures de protection ; elles peuvent demander à obtenir réparation¹⁵⁹⁵. Leur participation, cependant, se fait par représentation et est totalement subordonnée à la décision de la CPI qui décide si et dans quelle mesure elles peuvent participer. Ainsi, les victimes sont, sans doute, un tiers dans le contentieux international qui émerge ; mais pour l'heure, elles sont encore trop faiblement incluses

¹⁵⁹¹ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve, op. cit.*, p. 267 (les italiques sont de nous).

¹⁵⁹² La Règle 85 du RPP de la CPI définit les victimes comme « toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour ». Le terme « victime » peut également désigner « toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires ».

¹⁵⁹³ Les parties à l'instance étant le Procureur, d'une part, l'accusé, d'autre part. « Les victimes ont été successivement absentes, et par conséquent presque silencieuses, devant les juridictions militaires internationales créées après la Seconde Guerre mondiale. La victime apparaît, à partir des années 1990, devant les Tribunaux pénaux internationaux, ainsi que devant les premières juridictions hybrides assimilables à eux. Cela a été l'occasion d'une prise de conscience de la nécessité d'un traitement individualisé de la victime dans la procédure criminelle internationale, mais seulement alors dans la mesure où elle peut être utile comme témoin à la démonstration du Procureur, voire de la Défense. A l'aube du troisième millénaire, la victime reçoit enfin les prérogatives d'un véritable acteur du procès, susceptible de participer activement et efficacement à la manifestation de la vérité » (LEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale : pour une action civile internationale, op. cit.*, p. 12).

¹⁵⁹⁴ « La reconnaissance aux victimes de prérogatives supplémentaires, qui prennent la forme d'une participation active et d'une réparation efficace, est amorcée devant la Cour permanente de La Haye en 1998. Ce mouvement inédit est ensuite durablement confirmé devant les juridictions hybrides ou mixtes les plus récentes, s'agissant du Tribunal pour le Liban et des Chambres extraordinaires au Cambodge » (*Ibid.*, p. 36). v. également PARODI F., « Les fonds internationaux en faveur des victimes », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Eds.), *Droit international pénal, op. cit.*, p. 719-724.

¹⁵⁹⁵ Elles ne peuvent cependant pas mettre en mouvement l'action publique ni s'y joindre comme cela se fait généralement par le biais d'une « constitution de partie civile » dans les systèmes de droit romano-germaniques.

dans la procédure s'agissant de faire valoir leurs intérêts *propres* : ni véritablement protégées si elles n'ont pas le statut de témoin, ni véritablement participantes en raison de la dilution qu'implique leur représentation¹⁵⁹⁶ et de la limitation de leur participation au profit des droits de la défense, elles sont encore repoussées dans les marges du contentieux¹⁵⁹⁷.

Afin d'appréhender la place qu'occupent les témoins dans le contentieux international pénal, nous détaillerons leur participation au processus probatoire, dans le but de mettre en exergue son caractère essentiel à l'activité judiciaire (Section I). C'est parce que la participation des témoins au procès pénal international est indissociable de leur protection qu'il faudra s'attacher, ensuite, à étudier les mécanismes permettant de la garantir (Section II).

¹⁵⁹⁶ A titre d'exemple, deux équipes de conseils représentaient plus de 4000 victimes dans l'affaire *Le Procureur c. Dominic Ongwen*. v. en ce sens LAUCCI C., « Démystifier la participation des victimes devant la Cour pénale internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, 2012, p. 205 : « comment un représentant légal commun pourrait-il représenter des victimes (...) qu'il n'a jamais rencontrées et dont il ignore jusqu'au nombre et à l'existence ? ».

¹⁵⁹⁷ Pour approfondir la question de la place des victimes dans le contentieux international pénal, v. notamment LEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale : pour une action civile internationale*, *op. cit.* Dans la première partie, l'auteur analyse « l'émergence progressive de la victime devant la justice pénale internationale », ce qui l'incite, dans une seconde partie, à « plaider résolument en faveur de la consécration d'une action civile internationale par la voie subsidiaire de l'intervention » (*Ibid.*, p. 54). v. également ELASSAL E.-F., « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes », *RQDI*, 2011, p. 259-308 ; WALLEYN L., « Victimes et témoins de crimes internationaux : du droit à une protection au droit à la parole », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2002, p. 51-78, spéc. p. 51-65 ; LOUNICI D., SCALIA D., « La première décision de la Cour pénale internationale relative aux victimes : état des lieux et interrogations », *Revue internationale de droit pénal*, 2005, p. 375-408 ; LAUCCI C., « Démystifier la participation des victimes devant la Cour pénale internationale », *op. cit.*, p. 189-217 ; ASCENSIO H., « Les droits des victimes devant les juridictions pénales internationales », in FLAUSS J.-F. (Ed.), *La protection internationale des droits de l'Homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 77-109 ; MABANGA G. M., *La victime devant la Cour pénale internationale : partie ou participant ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, 176 p. D'autres références sont répertoriées dans la bibliographie.

Section I – La participation des témoins au procès pénal international

Cette participation concerne tant la phase préparatoire au procès (I) que la procédure de jugement (II).

I- La participation des témoins à la phase préparatoire

La « phase préalable au procès », ou « phase préparatoire », désigne le processus d'enquête, d'instruction et de poursuite dont est responsable le Procureur des juridictions pénales internationales¹⁵⁹⁸. Le Procureur, instance indépendante au sein des tribunaux, est chargé d'enquêter « d'office ou sur la foi des renseignements obtenus de toutes sources » ; « [évaluant] les renseignements reçus ou obtenus [il] se prononce sur l'opportunité ou non d'engager les poursuites ». Dans ce cadre, « [l]e Procureur est *habilité à interroger les suspects, les victimes et les témoins*, à réunir des preuves et à procéder sur place à des mesures d'instruction »¹⁵⁹⁹. La participation des témoins à la phase préalable au procès sera examinée en suivant le déroulement chronologique de la procédure : il s'agira d'étudier leur participation dans les étapes successives de l'enquête (A) et de la mise en accusation (B).

A- La participation des témoins à la phase d'enquête

La participation des témoins au procès pénal international commence dès la phase d'enquête. Les mesures d'enquête visent à « recueillir, obtenir ou conserver les éléments de preuve qui serviront à démontrer la responsabilité de l'accusé ou à l'innocenter »¹⁶⁰⁰. Dans le cadre des pouvoirs d'instruction du Procureur, des témoins peuvent être interrogés durant celle-ci, en vue, s'il y a lieu, de l'établissement d'un acte d'accusation. Ainsi que le prévoit l'article 39 i), commun aux règlements de procédure et de preuve des deux

¹⁵⁹⁸ v. les articles 16, paragraphe 1, et 15, paragraphe 1, des statuts du TPIY et du TPIR ; ainsi que l'article 14, paragraphe 1, du MTPI : « [l]e Procureur est responsable de l'instruction des dossiers et de l'exercice de la poursuite ». Selon la terminologie des RPP des TPI et du MTPI, la phase préalable au procès correspond aux phases d'« enquêtes » (Chapitre quatre des RPP et du MTPI) et de « mise en accusation » (Chapitre cinq). Dans le Statut de Rome, la phase préalable au procès est désignée par l'expression « enquêtes et poursuites » (Chapitre V du Statut).

¹⁵⁹⁹ Articles 18 et 17 des statuts du TPIY et du TPIR (les italiques sont de nous). v. également l'article 14 du Statut du MTPI.

¹⁶⁰⁰ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 62.

tribunaux pénaux internationaux, « [a]ux fins de ses enquêtes, le Procureur est habilité à convoquer et interroger les suspects, entendre les victimes et les témoins, enregistrer leurs déclarations, recueillir tous éléments de preuve et enquêter sur les lieux »¹⁶⁰¹. Il est essentiel d'interroger des témoins durant l'enquête et, d'ores et déjà, des mesures de protection sont à prendre à leur égard¹⁶⁰² ; bien souvent, la mise en œuvre sans délai de garanties protectrices est une condition du témoignage¹⁶⁰³.

Dans le cadre de la CPI, les phases, préalables au procès, d'enquête et de mise en accusation sont régies par le Chapitre V du Statut de Rome, « *Enquête et poursuites* » et sont conduites par le Procureur et la Chambre préliminaire¹⁶⁰⁴. Le Procureur, estimant qu'il existe une « base raisonnable » d'informations, décide d'ouvrir une enquête¹⁶⁰⁵ dans le cadre de laquelle il est compétent pour « [r]ecueillir et examiner des éléments de preuve ; convoquer et interroger (...) des victimes et des témoins »¹⁶⁰⁶. Le Statut prévoit en outre le cas particulier d'une « *occasion d'obtenir des renseignements [qui] ne se représentera plus* » :

« [L]orsque le Procureur considère qu'une enquête offre l'occasion unique, qui peut ne plus se présenter par la suite, de recueillir un témoignage ou une déposition, ou d'examiner, recueillir ou vérifier des éléments de preuve aux fins d'un procès, il en avise la Chambre préliminaire ;

¹⁶⁰¹ v. également l'article 36, B, i) du MTPI.

¹⁶⁰² v. par exemple les articles 39 ii), iii) et iv) et 40 iii) du RPP du TPIY. Selon cette dernière disposition, en cas d'urgence, le Procureur « [peut demander à tout Etat] de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher (...) l'intimidation ou les atteintes à l'intégrité physique des victimes ou des témoins ». Selon cette même disposition, « l'Etat concerné s'exécute sans délai, en application de l'article 29 du Statut ». Pour le TPIR, les dispositions correspondantes du RPP sont les articles 39 ii), iii) et iv) et 40, A, iii) et l'article 28 du Statut. Pour le MTPI, v. les articles 37, A, iii) du RPP et 28 du Statut. La nécessité de protéger les témoins peut conduire, dès la phase d'enquête, à une privation de liberté pour les suspects ; c'est-à-dire que le Procureur peut solliciter une détention provisoire. La détention provisoire est ordonnée par un juge à l'issue de la procédure prévue à l'article 40 *bis*. Elle est notamment soumise à la réunion de trois conditions cumulatives exposées à l'article 40 *bis*, B : « i) le Procureur a demandé à un Etat de procéder à l'arrestation et au placement en détention provisoire du suspect conformément à l'article 40 ci-dessus ou le suspect est autrement détenu par les autorités d'un Etat ; ii) après avoir entendu le Procureur, le juge considère qu'il existe des indices fiables et concordants tendant à montrer que le suspect aurait commis une infraction relevant de la compétence du Tribunal ; et iii) le juge considère la détention provisoire comme une mesure nécessaire pour empêcher l'évasion du suspect, l'intimidation ou les atteintes à l'intégrité physique des victimes ou des témoins, la destruction d'éléments de preuve ou comme autrement nécessaire à la conduite de l'enquête » (v. également les articles 40, B, C et D du RPP du TPIR et 38 du RPP du MTPI).

¹⁶⁰³ v. *infra*, Section II.

¹⁶⁰⁴ v. les articles 53, 57 et 61 du Statut de Rome ; ainsi que les Règles 46 à 50 et 104 à 120 du RPP de la CPI ; les Normes 21 à 43 du Règlement du Bureau du Procureur ; et les Normes 45 à 53 du Règlement de la Cour.

¹⁶⁰⁵ Article 53 du Statut de Rome.

¹⁶⁰⁶ Article 54 du Statut de Rome.

La Chambre préliminaire peut alors, à la demande du Procureur, prendre toutes mesures propres à assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure et, en particulier, à protéger les droits de la défense »¹⁶⁰⁷.

D'ores et déjà, le Procureur peut donc recueillir des témoignages et dépositions de témoins potentiels¹⁶⁰⁸. Dans ce cadre, « il a égard aux intérêts et à la situation personnelle des victimes et des témoins, y compris leur âge, leur sexe (...) ; et [il] peut [p]rendre ou demander que soient prises des mesures nécessaires pour assurer la confidentialité des renseignements recueillis, la protection des personnes ou la préservation des éléments de preuve »¹⁶⁰⁹. Les témoignages ainsi recueillis pourront être utilisés pour fonder la mise en accusation d'un suspect. Par exemple, dans l'affaire *Zelenović*, l'acte d'accusation s'appuie sur divers témoignages (anonymisés) relatifs à des actes de viol et de violences sexuelles¹⁶¹⁰. En outre, dans l'affaire *Simić et consorts*, l'acte d'accusation se fonde notamment sur les déclarations des témoins A et B, contraints « à avoir des rapports sexuels en présence de plusieurs autres prisonniers et gardes », aux fins de l'établissement du chef d'accusation de violences sexuelles¹⁶¹¹.

Dès lors qu'au cours de l'enquête, le Procureur a réuni suffisamment d'éléments de preuve pour estimer qu'une infraction relevant de la compétence du Tribunal a été commise, il peut établir un acte d'accusation à l'encontre d'un suspect.

B- La participation des témoins à la phase de mise en accusation

Selon l'article 47, B), du RPP du TPIY, « le Procureur établit et transmet au Greffier, pour confirmation par un juge, un acte d'accusation *auquel il joint tous les*

¹⁶⁰⁷ Article 56 du Statut de Rome. v. également les Règles 47, paragraphe 2, et 114 du RPP.

¹⁶⁰⁸ Selon la Règle 111, paragraphe 1 du RPP, « [i]l est dressé procès-verbal de la déposition de toute personne entendue dans le cadre d'une enquête ou de poursuites ». v. également les Normes 36 à 43 du Règlement du Bureau du Procureur.

¹⁶⁰⁹ Article 54 du Statut de Rome, spéc. paragraphe 1, b) et 3, f). v. également l'article 68, paragraphe 1. De même, aux termes de l'article 57, paragraphe 3, c), la Chambre préliminaire peut « [e]n cas de besoin, assurer la protection et le respect de la vie privée des victimes et des témoins, la préservation des preuves (...) ».

¹⁶¹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Zelenović et al.*, Premier acte d'accusation modifié, 7 octobre 1999, IT-96-23-I, § 5.1-5.8, spéc. §5-4, 5-7, §6.4, §§§7.6, 7.13 et 7.15.

¹⁶¹¹ TPIY, *Le Procureur c. Simić et consorts*, Acte d'accusation initial, 21 juillet 1995, IT-95-9, §31. v. également la décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I de la CPI en l'affaire *Katanga*, qui s'appuie également sur les déclarations de témoins (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre préliminaire I, décision du 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07, spéc. p. 13-17, §22-36).

éléments justificatifs »¹⁶¹². Ont ainsi vocation à être transmis, en leur qualité d'éléments de preuve fondant l'accusation, les témoignages recueillis par le Bureau du Procureur durant la phase d'enquête.

Avant le début de la procédure de jugement en première instance (puis, avant le début de la procédure d'appel le cas échéant), des *conférences de mise en état* sont « [convoquées] dans les cent vingt jours de la comparution initiale de l'accusé, puis tous les cent vingt jours au moins »¹⁶¹³. Un *juge de la mise en état* est désigné, « [ayant] pour mission (...) de coordonner les échanges entre les parties lors de la phase préparatoire au procès »¹⁶¹⁴. Ce dernier enjoint au Procureur de fournir, entre autres pièces,

« la liste des témoins qu'[il] entend citer en précisant :

- a) le nom ou le pseudonyme de chacun ;
- b) un résumé des faits au sujet desquels chaque témoin déposera ;
- c) les points de l'acte d'accusation sur lesquels chaque témoin sera entendu et notamment des références précises aux chefs d'accusation et aux paragraphes pertinents de l'acte d'accusation ;
- d) le nombre total de témoins et le nombre de témoins qui déposeront contre chaque accusé et sur chaque chef d'accusation ;
- e) si le témoin déposera en personne, ou si en application de l'article 92 *bis* ou de l'article 92 *quater*, il sera fait appel à une déclaration écrite ou au compte rendu d'un témoignage préalablement rendu dans une autre procédure devant le Tribunal et ;
- f) la durée prévisible de chaque déposition et la durée prévisible totale de présentation des moyens à charge »¹⁶¹⁵.

¹⁶¹² Les italiques sont de nous. v. également l'article 47, B du RPP du TPIR et l'article 69, A du RPP du MTPI. Durant la phase de mise en accusation, la mise en liberté provisoire pourra être « [ordonnée par la Chambre de première instance] à toute étape de la procédure jusqu'au prononcé d'un jugement définitif », à condition néanmoins que la Chambre « ait la certitude que l'accusé comparaitra et (...) *ne mettra pas en danger une victime, un témoin ou toute autre personne* » (Article 65 des RPP du TPIY et du TPIR (les italiques sont de nous). v. également l'article 68 du RPP du MTPI). Dans l'affaire *Kunarac*, « l'impact négatif de la mise en liberté des accusés sur la volonté des témoins de participer à la procédure » a été pris en considération pour justifier le refus de mise en liberté (LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve, op. cit.*, p. 110).

¹⁶¹³ Article 65 *bis* du RPP du TPIY. Selon les textes applicables au TPIR, les conférences de mise en l'état poursuivent la même finalité mais sont facultatives (article 65 *bis* du RPP). Le Règlement prévoit toutefois la désignation éventuelle d'un juge de la mise en état en appel (article 108 *bis* du RPP, v. également l'article 69, B du RPP du MTPI).

¹⁶¹⁴ Article 65 *ter*, B (v. également article 65 *ter*, A, C et D et l'article 70, B du RPP du MTPI).

¹⁶¹⁵ Article 65 *ter*, E, ii) du RPP du TPIY et 69, E ii) du RPP du MTPI. « A l'issue de la présentation des moyens à charge et avant la présentation des moyens à décharge », la défense doit communiquer pareilles informations (Article 65 *ter*, G, i) et article 69, M, i) du RPP du MTPI). Le juge de la mise en l'état transmettra sur cette base deux dossiers à la Chambre de première instance, « contenant l'ensemble des documents déposés par les parties, les comptes rendus de conférences de mise en l'état et les procès-verbaux des réunions (...) » (Article 65 *ter*, L du RPP du TPIY).

Seront organisées par la suite des *conférences préalables*, à l'occasion desquelles la Chambre de première instance, après avoir pris connaissance du dossier de mise en état et entendu les parties, déterminera notamment le nombre de témoins pouvant être cités par le Procureur et la Défense¹⁶¹⁶.

Ainsi, dans le respect du principe du contradictoire, l'Accusation et la Défense devront communiquer leurs moyens de preuve avant le début du procès en première instance et notamment fournir « les copies des déclarations de tous les témoins [devant être cités] à l'audience ainsi que toutes les déclarations écrites et tous les comptes rendus de dépositions (...) »¹⁶¹⁷.

En effet, au lieu – ou en plus – de témoigner oralement à l'occasion de l'audience, les témoins peuvent effectuer une déposition. La déposition est une modalité permettant de recueillir préalablement un témoignage en vue de son utilisation à titre de preuve durant le procès. La preuve testimoniale est recueillie alors même que le témoin ne pourrait ou ne voudrait, pour des raisons de sécurité par exemple, se déplacer au siège du Tribunal. Les droits de l'accusé doivent cependant être pleinement respectés ; à cette fin, la déposition doit être organisée de manière à permettre le contre-interrogatoire du témoin¹⁶¹⁸. Comme l'expliquait le *Premier rapport annuel* du TPIY,

« [L]es juges sont tout à fait conscients que les témoins pourraient être peu enclins à déposer devant le Tribunal. Il arrive souvent que le principal témoin à charge soit la victime elle-même, qui pourrait se sentir directement ou indirectement menacée. Par exemple, il se peut que certains membres de sa famille continuent de vivre dans une zone

¹⁶¹⁶ Articles 73 *bis* et 73 *ter* des RPP du TPIY et du TPIR et 81 et 82 du RPP du MTPI. Selon l'article 90, G du RPP du TPIY, à l'occasion du procès en première instance, « [la Chambre] peut refuser d'entendre un témoin dont le nom ne figure pas sur les listes de témoins établies en vertu des articles 73 *bis*, C du Règlement et 73 *ter*, C du Règlement » (v. également l'article 106, G du RPP du MTPI).

¹⁶¹⁷ v. les articles 66 à 70 des RPP du TPIY et du TPIR, spéc. les articles 66 et 67 ; et les articles 71 à 74 (spéc. les articles 71 à 73) du RPP du MTPI.

¹⁶¹⁸ Selon les termes de l'article 71 du RPP du TPIY, « A. Lorsque l'intérêt de la justice le commande, une Chambre de première instance peut ordonner, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties, qu'une déposition soit recueillie en vue du procès, que le témoin dont la déposition est demandée soit en mesure ou non de comparaître devant le Tribunal. La Chambre mandate à cet effet un officier instrumentaire. B. La requête visant à faire recueillir une déposition mentionne les nom et adresse du témoin, les conditions de date et de lieu de la déposition, l'objet de cette déposition ainsi que les circonstances qui la justifient. C. S'il est fait droit à la requête, la partie ayant demandé la déposition en donne préavis raisonnable à l'autre partie qui aura le droit d'assister à la déposition et de contre-interroger le témoin. D. La déposition peut être recueillie soit au siège du Tribunal soit ailleurs, et éventuellement par voie de vidéoconférence. E. L'officier instrumentaire s'assure que la déposition et le cas échéant le contre-interrogatoire sont recueillis et enregistrés selon les formes prévues au Règlement ; il reçoit et réserve à la décision de la Chambre les objections soulevées par l'une ou l'autre des parties. Il transmet tout le dossier à la Chambre de première instance ». v. à ce propos LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 224-225. La disposition réglementaire équivalente dans le RPP du TPIR est l'article 71. v. également les articles 77 et 78 du RPP du MTPI.

contrôlée par les forces partisans de l'accusé. Une préoccupation primordiale a été de trouver le moyen de permettre aux témoins de déposer en toute liberté. Cela sera particulièrement important si le Tribunal doit réussir à traduire en justice les dirigeants politiques et militaires et les supérieurs hiérarchiques. [Une des solutions à ce problème a été d'autoriser la *présentation de*] *moyens de preuve par voie de déposition, c'est-à-dire de témoignages recueillis auprès de témoins incapables ou peu désireux de déposer en audience publique (...). Cette formule présente cet autre avantage qu'elle permettrait au Tribunal de procéder sur la foi de ces moyens de preuve si le témoin venait à disparaître* »¹⁶¹⁹.

Dans le cadre de la CPI, la phase de « confirmation des charges » clôt la phase préalable au procès ; elle est régie par l'article 61 du Statut et par les Règles 121 à 130 du RPP. Durant cette phase, la Chambre préliminaire « tient des conférences de mise en l'état » afin que « se déroule dans de bonnes conditions » la communication des moyens de Preuve entre le Procureur et la Défense¹⁶²⁰. Ainsi, sous réserve des mesures de protection applicables aux victimes, aux témoins et aux individus fournissant des renseignements confidentiels, « [l]e Procureur communique à la Défense le nom des témoins qu'il entend appeler à déposer et une copie de leurs déclarations. Il le fait suffisamment tôt pour que la Défense ait le temps de se préparer convenablement. Par la suite, le Procureur communique à la Défense le nom et une copie des déclarations de tous les témoins à charge supplémentaires lorsqu'il est décidé de les citer »¹⁶²¹. De même, la Défense doit préciser « le nom des témoins et tous les autres éléments de preuve sur lesquels l'accusé a l'intention de se fonder pour établir son alibi [ou] son moyen de défense »¹⁶²².

Après avoir examiné le rôle que peuvent jouer les témoins dans la phase préparatoire au procès, il convient d'étudier la place que ceux-ci occupent dans la phase décisive.

II- La participation des témoins à la phase décisive

La « phase de jugement », ou « phase décisive », désigne le déroulement du procès en première instance. Les décisions rendues en première instance sont susceptibles d'appel

¹⁶¹⁹ TPIY, *Premier rapport annuel, op. cit.*, p. 25, §78-79.

¹⁶²⁰ Règle 121 du RPP de la CPI. v. également la Norme 54 du Règlement de la Cour.

¹⁶²¹ Règle 76 du RPP de la CPI.

¹⁶²² Règle 79 du RPP de la CPI.

et de révision¹⁶²³. Ces développements se concentreront néanmoins sur la seule phase du procès en première instance ; en effet, les dispositions procédurales pertinentes s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure d'appel¹⁶²⁴. Quant aux procédures de révision, elles ont été, jusqu'alors¹⁶²⁵, rarement intentées et plus rarement encore abouties. Après la présentation des modalités générales de production de la preuve testimoniale (A), l'étude abordera, plus particulièrement, la conduite des interrogatoires dont font l'objet les témoins (B).

A- Les modalités générales de production de la preuve testimoniale

Les témoins peuvent être appelés à témoigner à l'initiative de l'Accusation comme de la Défense¹⁶²⁶. De même, en vertu de leur « pouvoir d'ordonner de leur propre initiative la production de moyens de preuve supplémentaires », les chambres de première instance peuvent « d'office citer des témoins à comparaître »¹⁶²⁷. Comme le fait remarquer A.-M. LA ROSA, « une fois la déclaration solennelle prononcée, [le témoin] devient un témoin de

¹⁶²³ La révision peut être sollicitée par la Défense ou le Procureur dans l'année suivant le prononcé du jugement définitif, « [s']il est découvert un fait nouveau qui n'était pas connu de la partie intéressée lors de la procédure devant une Chambre de première instance ou la Chambre d'appel ou dont la découverte n'aurait pu intervenir malgré toute la diligence voulue » (article 119 du RPP du TPIY. v. également l'article 120 du RPP du TPIR et l'article 146 du RPP du MTPI). Selon les termes du Statut de Rome, la révision peut être demandée s'« [i]l a été découvert un fait nouveau qui : [n]'était pas connu au moment du procès sans que cette circonstance puisse être imputée, en totalité ou en partie, au requérant ; et [s']il avait été établi lors du procès, aurait vraisemblablement entraîné un verdict différent » ou s'« [i]l a été découvert qu'un élément de preuve décisif, retenu lors du procès et sur la base duquel la culpabilité a été établie, était faux, contrefait ou falsifié », ou encore si « [u]n ou plusieurs des juges qui ont participé à la décision sur la culpabilité ou qui ont confirmé les charges ont commis dans cette affaire un acte constituant une faute lourde ou un manquement à leurs devoirs d'une gravité suffisante pour justifier qu'ils soient relevés de leurs fonctions (...) » (Article 84, paragraphe 1, du Statut).

¹⁶²⁴ Articles 107 des RPP du TPIY et du TPIR et 131 du RPP du MTPI. La présentation éventuelle de moyens de preuve supplémentaires est régie par l'article 115 des RPP des TPI et par l'article 142 du MTPI. v., pour la CPI, les Règles 63, paragraphe 1, et 149 du RPP.

¹⁶²⁵ Selon les rapports annuels du TPIY, les demandes en révision n'ont concerné, sur toute la période d'activité du Tribunal (1994-2015), qu'un peu plus d'une dizaine d'affaires. Un arrêt en révision a été rendu en l'affaire *Šljivančanin* ; les autres demandes ont été rejetées (v. TPIY, *Huitième rapport annuel*, A/56/352, S/2001/865, p. 33, §185 ; TPIY, *Neuvième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 21, §59 et p. 38-39, §201-206 ; TPIY, *Dixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 54-55, §223-225 ; TPIY, *Onzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 70, §259 ; TPIY, *Treizième rapport annuel*, A/61/271, S/2006/666, p. 18, §66 ; TPIY, *Quatorzième rapport annuel*, A/62/172, S/2007/469, p. 16, §64 ; TPIY, *Quinzième rapport annuel*, A/63/210, S/2008/515, p. 15, §61 ; TPIY, *Seizième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 15, §50 ; TPIY, *Dix-huitième rapport annuel*, A/66/210, S/2011/473, p. 14, §52 ; et TPIY, *Vingtième rapport annuel*, A/68/255, S/2013/463, p. 10, §39-40).

¹⁶²⁶ Selon les articles 85, A des RPP des TPI et 104, A du RPP du MTPI, consacrés à la présentation des moyens de preuve, « [c]haque des parties peut appeler à la barre des témoins et présenter des moyens de preuve ».

¹⁶²⁷ Articles 98 des RPP du TPIY et du TPIR ; 120 du RPP du MTPI ; et 64, paragraphe 6, *b*) et *d*) du Statut de Rome.

la vérité et n'est plus strictement un témoin de l'une ou l'autre partie »¹⁶²⁸. C'est ce statut particulier qui permet de les considérer comme des tiers, au-delà de leur qualité d'instrument probatoire produit par l'une ou l'autre des parties à l'instance, ou par l'organe juridictionnel.

Avant de témoigner, les témoins se doivent de faire une déclaration solennelle formulée en ces termes : « [j]e déclare solennellement que je dirai la vérité, toute la vérité et rien que la vérité »¹⁶²⁹. Le témoignage doit en principe être fait oralement à l'occasion d'une audience qui est, normalement, publique¹⁶³⁰. Sauf disposition contraire, les témoins sont obligés de témoigner¹⁶³¹, en l'absence des autres témoins¹⁶³², mais « peu[vent toujours] refuser de faire toute déclaration qui risquerait de [les] incriminer »¹⁶³³. L'accusé peut être entendu comme témoin pour sa propre défense¹⁶³⁴.

D'autres modalités sont permises pour présenter une preuve testimoniale durant la phase de jugement¹⁶³⁵. Il est acceptable de présenter des déclarations écrites et des comptes

¹⁶²⁸ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 153. v. également RYDBERG A., « The protection of the interests of witnesses : the ICTY in comparison to the future ICC », *LJIL*, 1999, p. 460.

¹⁶²⁹ Article 90, A du RPP du TPIY ; 90, B du RPP du TPIR ; et 106, A du RPP du MTPI. Une exception concerne à cet égard les enfants ; selon l'article 90, B du RPP du TPIY ; 90, C du RPP du TPIR ; et 106, B du RPP du MTPI : « [u]n enfant qui, de l'avis de la Chambre ne comprend pas la nature d'une déclaration solennelle, peut être autorisé à témoigner sans cette formalité, si la Chambre estime qu'il est suffisamment mûr pour être en mesure de relater les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend ce que signifie le devoir de dire la vérité. Un jugement, toutefois, ne peut être fondé sur ce seul témoignage ». v. également la Règle 66 du RPP de la CPI.

¹⁶³⁰ Selon les articles 78 des RPP du TPIY et du TPIR ; 92 du RPP du MTPI ; 64, paragraphe 7, et 74, paragraphe 4, du Statut de Rome, la procédure est publique, à l'exception du délibéré. Elle peut exceptionnellement se tenir à huis clos, notamment pour des raisons de protection des témoins (v. *infra*, Section II, II).

¹⁶³¹ Règle 65 du RPP de la CPI. Tout témoin peut en revanche « refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer », de même qu'un témoin qui serait « le conjoint, l'enfant ou le père ou la mère d'un accusé » peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait d'incriminer ce dernier (v. à cet égard les Règles 74 et 75 du RPP ; et AMBOS K., « The Right of Non-self-incrimination of Witnesses before the ICC », *LJIL*, 2002, p. 155-177).

¹⁶³² v. les articles 90, C et D du RPP du TPIY ; 90, D du RPP du TPIR ; 106, C et D du RPP du MTPI ; ainsi que la Règle 140, 3 du RPP de la CPI.

¹⁶³³ Articles 90, E des RPP du TPIY et du TPIR et 106, E du RPP du MTPI. Cette disposition poursuit : « [l]a Chambre peut, toutefois, obliger le témoin à répondre. Aucun témoignage obtenu de la sorte ne pourra être utilisé par la suite comme élément de preuve contre le témoin, hormis le cas de poursuite pour faux témoignage ».

¹⁶³⁴ Articles 85, C des RPP du TPIY et du TPIR et 102, C du RPP du MTPI.

¹⁶³⁵ Aux termes des articles 89, F du RPP du TPIY et 105, F du RPP du MTPI, « [l]a Chambre peut recevoir la déposition d'un témoin oralement, ou par écrit si l'intérêt de la justice le commande » ; selon l'article 90, A du RPP du TPIR, « [e]n principe, les Chambres entendent les témoins en personne, à moins qu'une Chambre n'ordonne qu'un témoin dépose selon les modalités prévues à l'article 71 » ; enfin conformément à l'article 69, paragraphe 2, du Statut de Rome, « [l]a Cour peut également autoriser un témoin à présenter une déposition orale ou un enregistrement vidéo ou audio, et à présenter des documents ou transcriptions écrites (...) ». v. également LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 280-286.

rendus de dépositions afin de « démontrer un point autre que les actes et le comportement de l'accusé tels qu'allégués dans l'acte d'accusation »¹⁶³⁶. L'admission de preuves testimoniales écrites s'avère également bienvenue et nécessaire dans le cas où les témoins sont indisponibles et ne peuvent comparaître¹⁶³⁷, ou lorsque « [leur] non-comparution ou absence de déposition résulte concrètement de pressions indues, notamment sous forme de menaces, d'intimidation, de voies de fait, de subornation ou de coercition »¹⁶³⁸. Il est également possible de permettre à « un témoin [de] présenter une déposition orale par liaison audio ou vidéo, pour autant que la technique utilisée permette au Procureur, à la Défense, ainsi qu'à la Chambre elle-même, d'interroger le témoin pendant qu'il dépose »¹⁶³⁹; et plus largement, « [d'] autoriser la présentation de témoignages déjà enregistrés sur support audio ou vidéo, ainsi que de transcriptions ou d'autres preuves écrites de ces témoignages »¹⁶⁴⁰. Ces exceptions à l'oralité du témoignage traduisent l'adaptabilité du contentieux international pénal¹⁶⁴¹.

Ces diverses modalités présentées, il convient de se pencher plus avant sur la façon dont les témoins seront interrogés.

¹⁶³⁶ v. les articles 92 *bis* des RPP du TPIY et du TPIR ; 92 *ter* du RPP du TPIY ; 110 et 111 du RPP du MTPI. v. également MICT, *Directive pratique relative à la mise en œuvre de l'article 110 B) du Règlement de procédure et de preuve portant sur la désignation de l'officier instrumentaire et l'attestation qui s'ensuit*, 9 mars 2016, MICT/15.

¹⁶³⁷ Selon les articles 92 *quater* du RPP du TPIY et 112 du RPP du MTPI, « [l]es éléments de preuve présentés sous la forme d'une déclaration écrite du compte rendu d'une déposition, d'une personne décédée par la suite, d'une personne qui ne peut plus être retrouvée même avec des efforts suffisants ou d'une personne qui n'est pas en mesure de témoigner oralement en raison de son état de santé physique ou mentale peuvent être admis (...) ».

¹⁶³⁸ Articles 92 *quinquies* du RPP du TPIY et 113 du RPP du MTPI. Selon le RPP de la CPI, « les pressions indues peuvent notamment concerner l'intégrité physique ou psychologique du témoin, ou ses intérêts économiques ou autres » (Règle 68, paragraphe 2, *d*), ii).

¹⁶³⁹ Règle 67, paragraphe 1, du RPP de la CPI. Selon le paragraphe 3, « [l]a Chambre s'assure, avec le concours du Greffe, que le lieu choisi pour la présentation d'un témoignage par liaison audio ou vidéo se prête à une déposition franche et sincère ainsi qu'au respect de la sécurité, du bien-être physique et psychologique, de la dignité et de la vie privée du témoin ».

¹⁶⁴⁰ Règle 68 du RPP de la CPI. Une telle autorisation doit remplir les conditions posées par cette disposition ; notamment, elle ne doit pas être « préjudiciable ni contraire aux droits de la défense ». v. également les Normes 45 et 46 du Règlement du Greffe.

¹⁶⁴¹ Comme l'écrit C. LAUCCI, « afin d'inciter ceux qui détiennent des informations à les communiquer, les modalités du témoignage ont aussi été simplifiées. Ces mesures font l'objet des articles 69 et 71 des deux Règlements » (LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 221).

B- La conduite des interrogatoires

Les témoins sont, tout d'abord, interrogés par les parties ayant décidé de les citer, puis ils sont contre-interrogés par la partie adverse. Enfin, un troisième interrogatoire peut être à nouveau mené par la partie qui les cite. Ils peuvent également devoir répondre aux questions posées par les juges¹⁶⁴². Le Tribunal « exerce un contrôle sur les modalités de l'interrogatoire des témoins et de la présentation des éléments de preuve, ainsi que sur l'ordre dans lequel ils interviennent », ceci ayant pour but de « rendre l'interrogatoire et la présentation des éléments de preuve efficaces pour l'établissement de la vérité et [d']éviter toute perte de temps inutile »¹⁶⁴³. Cela permet également de veiller à ce que le témoin ne fasse l'objet d'aucune forme de harcèlement ou d'intimidation¹⁶⁴⁴.

L'*interrogatoire* est ainsi conduit par la partie qui cite le témoin, avec pour finalité d'établir les faits appuyant ses thèses ; et, le cas échéant, de réfuter les thèses de la partie adverse¹⁶⁴⁵. Les questions « [doivent] se limiter aux faits litigieux et ne [doivent] pas suggérer la réponse »¹⁶⁴⁶. Le *contre-interrogatoire* est conduit par la partie adverse, celle ne citant pas le témoin¹⁶⁴⁷. Son but est d'affaiblir les allégations préalablement établies ; ou de faire dire au témoin des choses confortant ses thèses. Le contre-interrogatoire peut avoir, dans ce cadre, plusieurs objectifs, par exemple démontrer que le témoin n'a pas vu ou entendu ce qu'il affirme avoir vu ou entendu : qu'il ment ou témoigne par ouï-dire¹⁶⁴⁸ ; ou encore mettre en exergue des erreurs, des incohérences, des omissions délibérées dans la version des faits telle qu'elle est présentée. Il s'agit, *in fine*, d'affaiblir ou d'anéantir la crédibilité et la fiabilité du témoin¹⁶⁴⁹. Le contre-interrogatoire doit « se limite[r] aux

¹⁶⁴² Articles 90, H, iii) du RPP du TPIY ; 90, G, iii) du RPP du TPIR ; et 106, H du RPP du MTPI.

¹⁶⁴³ Articles 90, F des RPP du TPIY et du TPIR et 106, F du RPP du MTPI.

¹⁶⁴⁴ CHAMPY G., « Inquisitoire – Accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁴⁵ UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, *op. cit.*, p. 119-122, §3-14.

¹⁶⁴⁶ CHAMPY G., « Inquisitoire – Accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁴⁷ Le contre-interrogatoire par la Défense est notamment garanti au titre des droits de l'accusé. Selon la Règle 140 du RPP de la CPI, c'est également à la Défense que revient le droit d'interroger le témoin en dernier.

¹⁶⁴⁸ v. sur la recevabilité de la preuve par ouï-dire, LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 357-364, spéc. p. 358-359 : « [a]ucune règle du droit international ni aucune disposition des actes constitutifs des instances pénales internationales n'exige que soit exclue la preuve par ouï-dire. Elle peut du reste s'avérer la seule qui soit disponible (...). Très tôt dans leur pratique judiciaire, les Chambres des TPI ont choisi d'appliquer à la preuve indirecte rien de plus que les deux critères généraux qui déterminent la recevabilité de tout élément de preuve : pertinence et valeur probante ».

¹⁶⁴⁹ UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, *op. cit.*, p. 122-124, §15-24. Sur la crédibilité du témoin, v. également NOUVEL Y., « La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.*, p. 913-915.

points évoqués dans l'interrogatoire principal, aux points ayant trait à la crédibilité du témoin et à ceux ayant trait à la cause de la partie procédant au contre-interrogatoire, sur lesquels portent les déclarations du témoin »¹⁶⁵⁰ ; toutefois, « l'organe juridictionnel possède toute discrétion pour autoriser des dépassements de ce cadre »¹⁶⁵¹. Pour conclure l'interrogatoire, la partie qui cite le témoin et qui a mené l'interrogatoire initial peut de nouveau interroger ce dernier à l'occasion d'un *interrogatoire supplémentaire*. Il ne s'agit pas de présenter de nouveaux éléments de preuve, sauf accord exprès de la juridiction, mais de clarifier ce qui résulte de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire¹⁶⁵².

Dans le cadre de leur participation au procès pénal international, les témoins sont passibles de sanctions à deux égards. Un témoin refusant de répondre à une question « malgré la demande qui lui en est faite par la Chambre » est susceptible de faire l'objet de poursuites pour outrage au Tribunal¹⁶⁵³. Ainsi, le témoin D. JOKIC a été poursuivi et condamné pour outrage au tribunal suite à son refus de déposer devant la Chambre de première instance dans l'affaire *Le Procureur c. Popović et consorts*¹⁶⁵⁴. Egalement, une procédure de sanction est prévue en cas de faux témoignage sous déclaration solennelle, une telle infraction étant passible d'une peine d'amende ainsi que d'emprisonnement¹⁶⁵⁵.

En outre, comme « toute[s] personne[s] dont la présence est requise au siège de la Cour », les témoins « bénéficient du traitement nécessaire au bon fonctionnement de [celle-ci] »¹⁶⁵⁶. Ce traitement s'exprime notamment en termes de garanties (ils jouissent d'immunités d'arrestation personnelle ou de détention, de saisie de leurs bagages

¹⁶⁵⁰ Article 90, H, i) du RPP du TPIY et 106, H, i) du RPP du MTPI. v. également le point ii) ; et l'article 90, G, i) et ii) du RPP du TPIR.

¹⁶⁵¹ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 137.

¹⁶⁵² UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, p. 134, §59-60.

¹⁶⁵³ Article 77 des RPP du TPIY et du TPIR et article 90 du RPP du MTPI.

¹⁶⁵⁴ v. TPIY, *Ordonnance tenant lieu d'acte d'accusation pour outrage concernant Dragan Jokić*, Chambre de première instance II, 1^{er} novembre 2007, IT-05-88-R77.1. De même, M. TUPAJIC a fait l'objet de poursuites et d'une condamnation pour outrage au Tribunal après qu'il a refusé de témoigner dans l'affaire *Karadžić* (v. TPIY, *Version publique expurgée du jugement relatif aux allégations d'outrage*, Chambre de première instance II, 24 février 2012, IT-95-5/18-R77.2)

¹⁶⁵⁵ v. l'article 91 des RPP du TPIY et du TPIR et l'article 108 du RPP du MTPI ; v. également TPIR, *Rapport de clôture*, S/2015/884, p. 11, §35-36, qui fait état d'un cas de condamnation pour outrage au Tribunal et faux témoignage. v. l'article 70, paragraphe 1, a) du Statut de Rome (v. également l'article 71 du Statut de Rome et les Règles 162 à 172 qui sanctionnent, plus largement, l'« inconduite à l'audience »).

¹⁶⁵⁶ Article 48, paragraphe 4, du Statut de la CPI. v. également les articles 29 et 30 des statuts du TPIR et du TPIY ainsi que l'article 29 du Statut du MTPI ; les articles XVIII, paragraphe 2, et XXVI de l'Accord de siège entre les Nations Unies et la République-Unie de Tanzanie concernant le siège du Tribunal international pour le Rwanda.

personnels, de juridiction pour leurs paroles, écrits ou actes accomplis à l'occasion de leur témoignage ; ainsi que l'inviolabilité de tous papiers, documents et matériels ayant trait à leur témoignage¹⁶⁵⁷), mais aussi, et surtout, en termes de mesures de protection auxquelles leur statut de témoin donne droit.

¹⁶⁵⁷ v. notamment l'article 26 de l'Accord de siège entre la Cour pénale internationale et l'Etat hôte, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008 (Document ICC-BD/04-01-08).

Section II – La protection des témoins participant au procès pénal international

La question de la protection des témoins revêt un caractère crucial. D'une part car le témoignage est le moyen de preuve le plus fréquemment utilisé, d'autre part car l'offre de garanties protectrices est, le plus souvent, une condition du témoignage¹⁶⁵⁸. Ici, la participation des tiers dans le contentieux international va de pair avec leur protection. Dans son *Deuxième rapport annuel*, le TPIY « reconnaît qu'en déposant devant lui », nombre de témoins devront revivre un traumatisme et « [c]ertains auraient lieu de craindre des représailles »¹⁶⁵⁹.

Les règles relatives à la protection des témoins sont principalement à rechercher dans les RPP des juridictions pénales internationales¹⁶⁶⁰, qui indiquent qu'au sein des greffes sont mises en place des sections d'aide aux victimes et aux témoins. Leurs missions sont de « recommander l'adoption de mesures de protection » ; de « fournir conseil et assistance (...) » ; de « [c]oncevoir des plans à court et à long terme pour la protection des témoins qui ont déposé devant le Tribunal et craignent pour leur vie, leur famille ou leurs biens »¹⁶⁶¹ ; en d'autres termes, « de conseiller et d'aider de toute manière appropriée les témoins, les victimes (...) [et] de prévoir les mesures et les dispositions à prendre pour assurer leur protection et leur sécurité »¹⁶⁶².

Malgré les nombreuses règles procédurales qui lui sont dédiées, la protection des témoins participant au procès pénal international est incomplète, et de malheureux événements ont montré les conséquences d'une protection du témoin peu effective et précaire. Dès 1998, C. LAUCCI écrivait :

« [r]appelons quelques événements, souvent dramatiques, de ces six derniers mois : le 12 février dernier, plusieurs témoins cités dans l'affaire *Akayezu* se désistent ou changent

¹⁶⁵⁸ LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 232 et p. 234. v. également RYDBERG A., « The protection of the interests of witnesses : the ICTY in comparison to the future ICC », *op. cit.*, p. 455 ; et HELINCK P., « Les mesures de protection des victimes et des témoins dans le système de la Cour pénale internationale face aux droits de l'accusé », *RBDI*, 2012, p. 609.

¹⁶⁵⁹ TPIY, *Deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 28, §109.

¹⁶⁶⁰ Selon les articles 15 et 22 du Statut du TPIY, « [l]es juges du Tribunal international adopte[nt] un règlement qui régi[t] la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées » ; et « [l]e Tribunal international prévoit dans ses règles de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins. Les mesures de protection comprennent, sans y être limitées, la tenue d'audiences à huis clos et la protection de l'identité des victimes » (v. également les articles 14 et 21 du Statut du TPIR qui reprennent ces dispositions et les articles 13 et 20 du Statut du MTPI).

¹⁶⁶¹ Article 34 des RPP des TPI et 32 du RPP du MTPI.

¹⁶⁶² Article 43, paragraphe 6, du Statut de la CPI.

de domicile, par peur explique l'avocat de la défense ; Fidèle Uwizeye, témoin de la défense dans l'affaire *Akayezu*, est arrêté le 1^{er} mai à Kigali par les autorités rwandaises et transféré le 5 mai vers un lieu de détention inconnu ; on est sans nouvelle de lui depuis ; le 16 mai, assassinat de Seth Sendashonga, qui devait témoigner pour la défense dans l'affaire *Kayishema / Ruzindana* les jours suivants ; cet assassinat n'est pas le premier dans l'histoire du Tribunal... »¹⁶⁶³.

Plus récemment, le Commissaire A. BONAVENTURE SEVERIN, témoin devant la CPI dans l'affaire *Gbagbo*, disait craindre pour sa sécurité à l'issue de son témoignage¹⁶⁶⁴.

Parmi les causes évoquées pour expliquer les lacunes dans la protection offerte aux témoins, le manque d'effectifs et de moyens a été mis en avant¹⁶⁶⁵. Aux côtés de ces raisons logistiques et structurelles, il faut également signaler un problème d'ordre juridique et politique : la protection des témoins ne dépend qu'en partie des juridictions. Elle dépend également, grandement, et même surtout, de la coopération des autorités étatiques et des organisations (internationales et non gouvernementales) avec les tribunaux¹⁶⁶⁶. Ceux-ci, ne disposant pas de moyens d'exécution ni de coercition propres ne peuvent, « en pratique offrir aucune protection aux témoins qui sont en danger du fait de l'assistance qu'ils apportent »¹⁶⁶⁷.

Il a été nécessaire de renforcer la protection des individus témoignant devant les juridictions pénales internationales. Aujourd'hui, bien qu'améliorée, la protection offerte aux témoins ne peut être qualifiée d'optimale et ce processus de renforcement doit être poursuivi, tant dans la stratégie d'achèvement des travaux des TPI que dans le cadre de la CPI. A cet égard, il convient de garder à l'esprit que le seul perfectionnement des textes régissant la procédure des juridictions et les seules modifications structurelles dans les services judiciaires ne pourront suffire ; l'accent doit être mis sur la coopération avec les

¹⁶⁶³ LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 219.

¹⁶⁶⁴ POLICHINELLE R., « Procès Gbagbo : Le témoin Adomo Bonaventure craint pour sa sécurité à Abidjan », *Afrique sur 7*, 10 février 2017 ; v. également RFI, « Procès Gbagbo : divulgation de noms de témoins protégés, la CPI enquête », *RFI Afrique*, 6 février 2016 (disponible ici : <http://tinyurl.com/y9b85rw3>, consulté le 10/10/2018) ; « Les témoins de la CPI sont-ils suffisamment protégés ? », *#JusticeGlobale*, 20 mai 2015 (disponible ici : <http://tinyurl.com/y7fbcav9>, consulté le 10/10/2018) ; et EASTERDAY J., « Protection des témoins : bilan du procès Lubanga », *Le procès de Lubanga à la Cour pénale internationale*, 26 juin 2009 (disponible ici : <http://tinyurl.com/y6ubhhsz>, consulté le 10/10/2018).

¹⁶⁶⁵ LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 219-221. v. également TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 15, §28-29.

¹⁶⁶⁶ LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 219-221, spéc. p. 220.

¹⁶⁶⁷ TPIY, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 67, §291.

Etats et les organisations intéressés. Ce qu'écrivait à cet égard le TPIY dans son *Sixième rapport annuel* vaut pour l'ensemble des juridictions pénales internationales :

« [s]ans l'appui et la coopération active de l'ensemble de la communauté internationale, le Tribunal n'est pas en mesure de remplir efficacement sa tâche. Il a beau être une institution judiciaire parfaitement à même de fonctionner, il n'a pas le pouvoir de donner suite aux ordonnances, mandats d'arrêt et décisions qu'il émet. Il ne dispose pas d'une force de police qui puisse arrêter les personnes mises en accusation et il ne dispose pas non plus d'un centre d'incarcération où il puisse emprisonner les condamnés. Le Tribunal doit donc s'appuyer sur les entités internationales qui ont la capacité juridique et logistique de faire respecter ses ordonnances, ses mandats et ses décisions, à savoir les Etats et les organisations internationales »¹⁶⁶⁸.

Dans ce cadre, cette section se propose d'interroger, dans un premier temps, les mécanismes institutionnels qui tentent de garantir la protection des témoins (I). Dans un second temps, seront examinées les mesures mises en œuvre afin d'assurer une protection effective (II).

I- Les institutions protégeant les témoins

Il s'agira de se pencher, tout d'abord, sur la mission générale de protection des témoins confiée aux greffes des juridictions pénales internationales (A), puis sur la coopération entre les juridictions pénales internationales et les autres acteurs (B).

A- Le Greffe, organe investi d'une mission générale de protection des témoins

Au sein des tribunaux pénaux internationaux, le Greffe est investi d'une mission générale de protection des témoins. Une telle mission ne figure pas expressément dans le Statut, elle est à rechercher dans les dispositions du Règlement de procédure et de

¹⁶⁶⁸ TPIY, *Sixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 45-46, §178. v. également KLIP A., « Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Revue internationale de droit pénal*, 1996, p. 267 : « [u]nlike national criminal courts the Tribunal has no police force at its disposal to invite or to bring witnesses to the hearing ». L'auteur pointe la différence avec les TMI de Nuremberg et Tokyo, qui pouvaient s'appuyer à cet égard sur les Puissances victorieuses (*Ibid.*, note infrapaginale n°3). v. dans le même sens LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 20-21 ; LJUBOJA L., « Justice in an Uncooperative World : ICTY and ICTR Foreshadow ICC Ineffectiveness », *Houston journal of international law*, 2010, p. 767-804 ; MACDONALD G. K., « Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY », *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 558-571.

preuve¹⁶⁶⁹. L'article 34 commun aux règlements de procédure et de preuve des tribunaux¹⁶⁷⁰ prévoit « [la création] auprès du Greffier [d'] une Section d'aide aux victimes et aux témoins ». Cette section, composée d'un « personnel qualifié » (et notamment de « femmes qualifiées »), a pour fonctions de « recommander l'adoption de mesures de protection des victimes et des témoins », ainsi que de « fournir [à ceux-ci] conseils et assistance », notamment en vue de « leur réadaptation physique et psychologique », « particulièrement en cas de viols et violences sexuelles ». Selon le *Premier rapport annuel* du TPIY, l'article 34 du RPP est « [l]a disposition du règlement de procédure la plus importante pour la protection des victimes et la plus novatrice en droit international »¹⁶⁷¹.

Le rapport de clôture du TPIR dresse un bilan très positif de l'activité de la Section d'aide aux victimes et aux témoins :

« [l]a Section de l'aide aux victimes et aux témoins est chargée d'apporter un appui aux témoins et aux victimes et elle s'est révélée être l'une des sections du Greffe dont l'action a été la plus positive. Elle a fourni une aide et un appui impartiaux à tous les témoins de l'accusation et de la défense durant la mise en état, le procès et la phase postérieure à celui-ci. La Section était basée à Arusha, avec une antenne à Kigali. Le bureau de Kigali était chargé de la protection permanente des témoins résidant au Rwanda ainsi que des opérations telles que les voyages, la réinstallation et les autres activités concernant les témoins. Ce bureau disposait également d'un personnel d'appui, dont une gynécologue, un technicien de laboratoire, deux infirmières et des psychologues qui dispensaient des soins aux témoins »¹⁶⁷².

Le MTPI est notamment chargé de continuer la mission protectrice à l'égard des témoins ayant déposé devant les TPI ou devant lui¹⁶⁷³. En effet,

« [l]a grande majorité des témoins des Tribunaux sont protégés d'une manière ou d'une autre. [En 2009], plus de 1400 témoins du TPIY et plus de 2300 témoins du TPIR étaient dans ce cas. (...) Les Tribunaux ont souligné qu'il fallait absolument assurer le suivi

¹⁶⁶⁹ Conformément d'ailleurs à l'article 22 du Statut du TPIY qui impose au Tribunal de « [prévoir] dans ses règles de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins » (v. également l'article 21 du Statut du TPIR et l'article 20 du Statut du MTPI).

¹⁶⁷⁰ La disposition équivalente pour le Mécanisme est l'article 32 du RPP. v. également MICT, *Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins*, 26 juin 2012.

¹⁶⁷¹ TPIY, *Premier rapport annuel*, op. cit., p. 26, §81.

¹⁶⁷² TPIR, *Rapport de clôture*, op. cit., p. 26-27, §108-109.

¹⁶⁷³ v. Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, op. cit., p. 9-10, §25-29. Consulter en outre l'onglet « Témoins », sur le site du Mécanisme.

et la protection nécessaires pour que témoins et victimes continuent de participer aux procédures et qu'ils soient protégés des représailles, dans leur milieu d'origine et ailleurs »¹⁶⁷⁴.

Confier cette mission, résiduelle mais essentielle, de protection des témoins aux seules autorités nationales ne permettait pas d'assurer une protection pleinement effective :

« [s]i la fonction de protection des témoins placés sous l'égide d'un des Tribunaux était transférée aux autorités nationales, avec possibilité pour les juridictions internes de modifier les ordonnances de protection rendues par les Tribunaux, il n'y aurait plus de dispositif centralisé contrôlant la protection des témoins. Selon toute probabilité, les diverses juridictions envisageraient les questions différemment, avec des normes de protection différentes. Si, cas extrême, un témoin protégé faisait savoir que les autorités du pays où il réside ne le protègent pas suffisamment, la faculté de saisir un juge seulement de la juridiction concernée est-elle une garantie suffisante ? »¹⁶⁷⁵.

Du côté de la CPI, le Statut de Rome nous informe que « [l]e Greffe est responsable des aspects non judiciaires de l'administration et du service de la Cour ». Dans ce cadre, « [l]e Greffier crée, au sein du Greffe, une division d'aide aux victimes et aux témoins », composée de « spécialistes de l'aide aux victimes¹⁶⁷⁶ de traumatismes, y compris de traumatismes consécutifs à des violences sexuelles »¹⁶⁷⁷. Sa mission est « d'aider de toute manière appropriée » et d'« assurer [la] protection et [la] sécurité » des témoins, des victimes et plus largement de toute personne comparissant devant la Cour¹⁶⁷⁸, sans distinction « de sexe, d'âge, de race, de couleur, de langue, de religion ou de croyance, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale, ethnique ou sociale, de fortune, de

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 10, §28-29. En prenant ses fonctions à l'égard des deux TPI en 2013, le Service d'appui et de protection des témoins du Mécanisme s'est vu « chargé d'assurer la protection de milliers de témoins ayant déposé dans des affaires menées à terme par les deux tribunaux et de leur apporter un soutien » (Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (23 mai 2013 – 15 novembre 2013)*, 18 novembre 2013 (S/2013/679), p. 7, §32). Selon le dernier rapport sur l'avancement des travaux, « [l]a protection des victimes et des témoins devrait rester nécessaire au cours des prochains exercices biennaux (...) » (Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (16 novembre 2016 – 15 mai 2017)*, 17 mai 2017 (S/2017/434), p. 11, §52).

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 21, §78.

¹⁶⁷⁶ Ces victimes étant, souvent, des témoins.

¹⁶⁷⁷ Selon la Règle 19 du RPP, « la Division d'aide aux victimes et aux témoins peut comprendre, notamment, selon les besoins, des spécialistes, entre autres, des domaines suivants : protection et sécurité des témoins ; questions juridiques et administratives, y compris les aspects relatifs au droit humanitaire et au droit pénal ; logistique ; aspects psychologiques des procédures pénales ; sexospécificités et diversité culturelle ; les enfants, en particulier les enfants traumatisés ; les personnes âgées, en particulier celles victimes d'un traumatisme lié à la guerre et à l'exil ; les personnes handicapées ; assistance sociale ; soins médicaux ; interprétation et traduction ».

¹⁶⁷⁸ Article 43 (spéc. paragraphes 1 et 6) du Statut de Rome. v. également les Règles 16 (spéc. paragraphe 2) et 17 du RPP de la CPI.

naissance ou de tout autre caractéristique »¹⁶⁷⁹. L'absence de discrimination n'empêche cependant pas la prise en compte des particularités ; en effet le RPP nous précise également que, « [d]ans l'accomplissement de sa mission, la Division prête dûment attention aux besoins particuliers des enfants, des personnes âgées et des handicapés »¹⁶⁸⁰.

La Division exerce ainsi une mission ayant pour finalité d'assurer la sécurité, la protection et le bien-être de toute personne comparissant devant la Cour, en particulier des victimes et des témoins. Selon les termes de la Norme 79, paragraphe 1, du Règlement du Greffe, la mission consiste dans la « [mise] en œuvre [de] politiques et procédures permettant aux témoins de déposer en toute sécurité de sorte que le fait de témoigner ne leur cause pas de préjudice, de souffrances ou de traumatismes supplémentaires ».

A cette fin, le personnel de la Division exerce des fonctions administratives, techniques, logistiques, psychologiques ou encore médicales. Il est vrai que toutes ces fonctions ont une finalité juridique, qui est de permettre à la Cour de recueillir des preuves testimoniales aux fins de jugement ; néanmoins, ces fonctions sont étroitement liées à des besoins opérationnels¹⁶⁸¹.

L'action nécessaire de la Division concerne toutes les phases de la procédure¹⁶⁸² et implique, le cas échéant, d'établir une coopération avec les organisations internationales et non gouvernementales¹⁶⁸³, ainsi qu'avec d'autres organes de la Cour, notamment avec la Direction des opérations extérieures. A cet égard, il a été nécessaire de procéder à une restructuration de la Section d'aide aux victimes et aux témoins afin de lui permettre d'exercer ses fonctions de manière plus effective, en adoptant « une approche globale et cohérente »¹⁶⁸⁴. Selon les termes du rapport sur la réorganisation du Greffe,

« [b]ien que la Section de l'aide aux victimes et aux témoins joue un rôle important d'aide et de soutien aux témoins qui comparaissent dans le cadre du procès à La Haye, les principaux défis auxquels doit faire face cette section concernent la protection sur le terrain. Il s'agit non seulement d'assurer leur protection et leur soutien dans les pays de situation, mais aussi de trouver des pays pouvant les accueillir dans le cadre d'une réinstallation temporaire ou de longue durée »¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁷⁹ Norme 79, paragraphe 2, du Règlement du Greffe.

¹⁶⁸⁰ Règle 17, paragraphe 3, du RPP.

¹⁶⁸¹ CPI, *Rapport complet sur la réorganisation du Greffe de la Cour pénale internationale*, août 2016, p. 7.

¹⁶⁸² A cet égard, la Division peut-être à tout moment sollicitée par le Procureur et les conseils ou par une Chambre de la Cour (v. la Norme 80, paragraphe 1, du Règlement du Greffe).

¹⁶⁸³ Règle 18, spéc. c), et e), du RPP.

¹⁶⁸⁴ CPI, *Rapport complet sur la réorganisation du Greffe de la Cour pénale internationale*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁸⁵ *Id.*

Notamment, alors que la Division relevait auparavant de la Direction du service de la Cour, « [elle] a été redéployée au sein de la nouvelle Direction des opérations extérieures »¹⁶⁸⁶. Cette modification permet de garantir une meilleure coopération entre les organes de la Cour agissant pour protéger les victimes et les témoins, afin, notamment, de mieux coordonner les mesures de protection « procédurales » et les mesures de protection « de terrain »¹⁶⁸⁷. La nouvelle Direction des opérations extérieures centralise les fonctions du Greffe relevant du domaine des opérations extérieures, auparavant fragmentées. Selon le Rapport, « [c]ette fragmentation entravait la bonne exécution de ces fonctions car elle conduisait à des incohérences, une certaine confusion et une absence d'orientation stratégique d'ensemble »¹⁶⁸⁸. Désormais,

« [la Direction des opérations extérieures] est composée de la Section de l'appui aux opérations extérieures, de la Section de l'aide aux victimes et aux témoins, de la Section de l'information et de la sensibilisation, et des Bureaux extérieurs. A ce titre, elle a réuni les fonctions du Greffe dans les domaines de la coopération avec les Etats, de la protection et réinstallation des victimes et des témoins, de l'information publique, de la sensibilisation et des opérations extérieures qui étaient déjà remplies par le Greffe mais en l'absence d'une structure globale. (...) En termes de coopération, ces opérations participent à la fois de la coopération obligatoire en vertu du chapitre IX du Statut de Rome et de la coopération volontaire telle que représentée par la conclusion d'accords de réinstallation des témoins »¹⁶⁸⁹.

Rétrospectivement, les tribunaux pénaux internationaux ont dressé un bilan positif de l'action des sections d'aide aux victimes et aux témoins. Le MTPI a vocation, dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux, à poursuivre le plus efficacement possible la mission de protection des personnes témoignant dans les affaires qu'il reste à instruire et juger. S'agissant de la CPI, on peut certainement se réjouir des modifications organisationnelles apportées dans le cadre de la réorganisation du Greffe et espérer que ces nouvelles modalités de travail permettront d'accroître l'effectivité de la protection des victimes et des témoins. Cependant, même avec des moyens et des capacités optimaux octroyés aux organes juridictionnels, la protection des victimes et des témoins demeure étroitement liée à la coopération des tribunaux avec d'autres acteurs nécessaires.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 172, §496.

¹⁶⁸⁷ *v. Ibid.*, p. 171-179, §490-513, spéc. p. 171-173, §490-500.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 152-153, §§416 et 420. *v.*, plus largement *Ibid.*, p. 152-171, §416-489.

B- La coopération des juridictions internationales avec les autres acteurs

La coopération des juridictions internationales pénales avec les tiers désignés par l'expression « autres acteurs » concerne la coopération des principaux organes des juridictions internationales : leurs greffes, conformément aux tâches administratives et logistiques qui leur sont confiées, ce sont eux, également, qui sont investis de la mission générale de protection des victimes et des témoins ; les bureaux du Procureur, afin de diligenter les phases d'enquête et d'accusation de la manière la plus effective possible, tout en assurant la protection des personnes interrogées et consultées ; les organes de jugement, enfin, seuls compétents pour émettre des mandats d'arrêt, solliciter la communication de documents et ordonner des mesures protectrices visant les témoins¹⁶⁹⁰. Quant aux « autres acteurs » visés, l'expression choisie est générique et imprécise à dessein. En effet, des entités diverses voient leur aide et assistance sollicitées par les tribunaux, et réciproquement. C'est un véritable réseau international d'assistance, d'entraide et de coopération judiciaires qui est mis en place. Ces « acteurs » sont des Etats¹⁶⁹¹, des entités non étatiques contestées issues d'un conflit, des organisations internationales intergouvernementales, des organisations internationales non gouvernementales, des organisations locales, des missions de maintien de la paix, d'autres juridictions, internationales¹⁶⁹² ou nationales¹⁶⁹³ ; en somme, toute personne ou entité dont l'aide et

¹⁶⁹⁰ Il convient également de noter qu'en pratique, il revient aux tribunaux de prêter main-forte à la défense pour permettre la comparution des témoins à décharge. Les tribunaux se doivent de procéder à cette « compensation » au nom de l'égalité des armes, dans la mesure où les conseils privés ne peuvent généralement bénéficier des mesures d'entraide judiciaire internationale (v. KLIP A., « Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *op. cit.*, p. 291-292).

¹⁶⁹¹ v., pour une présentation générale des enjeux de la coopération étatique avec les Tribunaux, BOSLY H.-D., « La coopération pénale avec les tribunaux internationaux », in BOSLY H.-D., BOSSUYT M. et al., *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons : avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 1-9.

¹⁶⁹² v. par exemple, sur la coopération entre le TPIY et le TPIR : TPIY, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 61-62, §271-275 ; TPIY, *Sixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 52, §203-204 ; TPIR, « Signature d'une déclaration de coopération entre le TPIR et le TPIY », *Communiqué de presse*, 20 septembre 2001 ; TPIR, *Rapport de clôture*, *op. cit.*, p. 33-34, §141 (la coopération du TPIR s'est également étendue au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL ») et à la CPI) ; v., sur la coopération de la CPI avec les autres juridictions internationales (les TPI et le TSSL, notamment) : CPI, *Deuxième rapport annuel*, A/61/217, p. 14-15, §57-62 ; CPI, *Troisième rapport annuel*, A/62/314, p. 13-14, §56-59 ; CPI, *Sixième rapport annuel*, A/65/313, p. 22-23, §108-109.

¹⁶⁹³ Dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux des TPI, il a été nécessaire de renvoyer des affaires aux juridictions nationales et préalablement à cela, de les soutenir et de renforcer leurs capacités judiciaires, notamment en matière d'enquêtes. v. à cet égard notamment TPIY, *Dix-septième rapport annuel*, A/65/205, S/2010/413, p. 19-20, §80-82 ; TPIY, *Vingt-et-unième rapport annuel*, A/69/225, S/2014/556, p. 13-14, §51-56 ; TPIY, *Vingt-deuxième rapport annuel*, A/70/226, S/2015/585, p. 13-14, §53-57 ; Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport sur la situation judiciaire du TPIY et sur les perspectives de déférer certaines affaires devant les juridictions nationales*, 19 juin 2002 (S/2002/678), 30 p. ; ainsi que les rapports

l'assistance s'avèrent nécessaires au bon fonctionnement de l'activité judiciaire et à la bonne administration de la justice.

Dans ce vaste cadre, la coopération prend plusieurs formes. La coopération demandée aux Etats, par exemple, est de deux ordres. Il s'agit tout d'abord d'une « collaboration générale à l'exécution du mandat [de la juridiction] » (qui consiste par exemple dans l'adoption d'une législation de mise en application ou encore dans le versement de contributions volontaires)¹⁶⁹⁴. Plus spécifiquement, il est en outre attendu des Etats (et plus particulièrement des Etats sur le territoire desquels se sont déroulés les événements litigieux, où se trouvent les suspects, témoins ou victimes présumés) qu'ils répondent effectivement aux demandes d'assistance et aux ordonnances émanant des juges, leur demandant de délivrer des individus, d'autoriser l'accès à des lieux, de fournir des documents¹⁶⁹⁵, de négocier des accords sur l'exécution des peines¹⁶⁹⁶. Une forme

établis dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux, disponibles ici (<http://www.icty.org/fr/documents/strategie-dachevement-et-mtpi>, consulté le 10/10/2018) ; v. en outre KATSARIS P.-T., « The Domestic Side of the ICTY Completion Strategy: focus on Bosnia and Herzegovina », *Revue internationale de droit pénal*, 2007, p. 183-207. Il a également été nécessaire de développer l'entraide judiciaire entre les Etats de l'ex-Yougoslavie afin de favoriser le « partage des informations et des éléments de preuve entre les Parquets de Bosnie-Herzégovine, de Croatie et de Serbie » (v. notamment TPIY, *Vingt-deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 13, §50-51 ; TPIR, *Rapport de clôture*, *op. cit.*, p. 8-9, §19-27 ; p. 18-20, §61-73 ; p. 21-22, §77-85 ; et RAACH F., « La compétence des juridictions internes dans la répression des violations graves du droit humanitaire : la mise en œuvre de l'article 11 bis du règlement de procédure et de preuve du TPIR », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2009, p. 139-156. Pour le Mécanisme, v. Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, *op. cit.*, p. 11-12, §33-35. Consulter également, sur le site du Mécanisme, l'onglet « Assistance aux juridictions nationales »).

¹⁶⁹⁴ v. par exemple, TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 43-47, §165-188 ; TPIY, *Deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 31-32, §129-134 et p. 33-35, §140-151 ; TPIY, *Onzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 85-87, §327-334 ; TPIY, *Douzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 46, §211-213. Vingt-et-une lois nationales d'application du Statut sont consultables depuis le site du Tribunal (<http://www.icty.org/fr/sid/137>, consulté le 10/10/2018).

¹⁶⁹⁵ TPIY, *Sixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 26, §90.

¹⁶⁹⁶ TPIY, *Deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 32-33, §135-139 ; TPIY, *Troisième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 46-47, §186-191 ; TPIY, *Quatrième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 38-39, §151-155 ; TPIY, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 57, §251-254 ; TPIY, *Sixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 48-49, §188-190 ; TPIY, *Septième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 39, §249. Seize accords généraux et quatre accords *ad hoc* sont consultables depuis le site du Tribunal (<http://www.icty.org/fr/sid/137>, consulté le 10/10/2018). v. également TPIR, *Rapport de clôture*, *op. cit.*, p. 33, §140 et p. 35-36, §151 ; ainsi que TPIR, *Directive pratique portant procédure de désignation de l'Etat d'exécution des peines d'emprisonnement*, 23 septembre 2008 (R08-0013.Rev.1(F)). Huit accords généraux sont consultables sur le site héritage du tribunal (<http://unictr.unmict.org/fr/documents/bilateral-agreements>, consulté le 10/10/2018). Dans le cadre du Mécanisme, consulter l'onglet « Exécution des peines » (disponible ici : <http://www.unmict.org/fr/le-mecanisme-en-bref/fonctions/execution-des-peines>, consulté le 10/10/2018), ainsi que MICT, *Directive pratique relative à la procédure de désignation de l'Etat dans lequel un condamné purgera sa peine d'emprisonnement*, 5 juillet 2012, MICT/2 et 24 avril 2014, Doc. MICT/2. Rev.1. Deux accords sont en outre consultables sur le site du Mécanisme (<http://www.unmict.org/fr/basic-documents/member-states-agreements>, consulté le 10/10/2018). Sauf remplacement par un accord plus récent conclu avec le Mécanisme, les accords conclus par les TPI s'appliquent *mutatis mutandis* au MTPI. v., relativement à la

particulière de coopération, formalisée dans un accord de siège, est également mise en place entre la juridiction et l'Etat hôte¹⁶⁹⁷. Ce sont, notamment, les forces de l'ordre de ce dernier qui sont chargées de garantir la sécurité dans l'acheminement des accusés, victimes et témoins.

Ces développements ont vocation à se concentrer brièvement sur les aspects fondamentaux de la coopération, en matière de protection des témoins, entre les juridictions pénales internationales et ces « autres acteurs », étatiques (1) et non-étatiques (2).

1- La coopération entre les juridictions pénales internationales et les acteurs étatiques

Dans le cadre du TPIY, l'aide et l'assistance judiciaires se fondent sur l'article 29 du Statut¹⁶⁹⁸ et sur diverses dispositions plus détaillées du Règlement¹⁶⁹⁹. Le caractère absolument nécessaire de cette entraide a été rappelé dans le *Premier rapport annuel* du Tribunal :

« [l]e Tribunal [n'est] pas doté de pouvoirs de coercition directe ; il n'a à sa disposition aucun agent chargé de l'application des droits habilité à mener des enquêtes, à citer des témoins ou à exécuter des mandats d'arrêts sur le territoire des Etats Membres de

CPI, FERNANDEZ DE GURMENDI S. A., FRIMAN H., « The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court », *op. cit.*, p. 332-334.

¹⁶⁹⁷ v. l'Accord de siège entre les Nations Unies et le Royaume des Pays-Bas concernant le siège du TPIY, Nations Unies, 27 mai 1994, S/1994/848 ; l'Accord de siège entre les Nations Unies et la République-Unie de Tanzanie concernant le siège du TPIR, annexé au premier rapport annuel du TPIR (TPIR, *Premier rapport annuel*, A/51/399, S/1996/778) ; l'Accord de siège entre la Cour pénale internationale et l'Etat hôte, *op. cit.*

¹⁶⁹⁸ v. également l'article 28 du Statut du TPIR et du Statut du MTPI. Ces dispositions imposent à l'ensemble des Etats une obligation générale de coopération avec les Tribunaux, dont le fondement est à retrouver, notamment, dans les résolutions 827 (1993) et 955 (1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies (v. également les résolutions 1166 (1998), 1329 (2000), 1503 (2003), et 1534 (2004) et 1966 (2010)).

¹⁶⁹⁹ L'article 8 du RPP du TPIY concerne la transmission d'informations au Procureur par un Etat ; les articles 54 à 61 (spécialement les articles 54 *bis* et 56) ont trait à l'exécution, par les Etats, des mandats d'arrêts visant les accusés et des ordres de transfert visant les témoins ainsi que des ordonnances visant la transmission de documents (v. également les articles 8 et 54 à 61 du RPP du TPIR et les articles 9 et 55 à 63 du RPP du MTPI). Concernant spécifiquement les témoins, les articles 75 *bis* et 75 *ter* du RPP du TPIY sont respectivement relatifs aux demandes d'assistance adressées au Tribunal pour obtenir un témoignage et au transfèrement de personnes en vue de leur témoignage dans une affaire portée devant une juridiction autre que le Tribunal (dans le cadre du Mécanisme, les dispositions correspondantes sont les articles 87 et 88 du RPP, v. également, s'agissant du TPIR, le *Règlement du Procureur relatif à la procédure à adopter suite à la requête d'une autorité nationale aux fins de recueillir le témoignage d'une personne qui est, entre autres dispositions, détenue par le Tribunal pénal international pour le Rwanda*, 1999) ; également l'article 90 *bis* des RPP du TPIY et du TPIR régit les cas de transferts de témoins détenus (dans le cadre du Mécanisme, la disposition correspondante est l'article 107 du RPP).

l'ONU. Pour accomplir toutes ces tâches, le Tribunal doit compter sur le système juridique interne et les mécanismes d'application des lois de chaque Etat. En conséquence, toutes les demandes tendant à l'arrestation, à la recherche, à la remise ou au transfert de personnes émanant du Tribunal sont adressées aux autorités compétentes internes de l'Etat intéressé. A cet égard, force est toutefois de souligner que tous les Etats sont strictement tenus à l'obligation de coopérer avec le Tribunal et de faire droit à ces requêtes et ordonnances. Cette obligation, vigoureusement énoncée à l'article 29 du Statut, découle du fait que le Tribunal a été créé par décision du Conseil de sécurité prise en vertu du Chapitre VII de la Charte. Dès lors, cette décision lie tous les Etats en vertu de l'Article 25 de la Charte »¹⁷⁰⁰.

En pratique, la coopération entre le Tribunal et les Etats¹⁷⁰¹ n'a pas toujours été optimale. Tout d'abord, le Tribunal s'est heurté dès sa prise de fonctions au problème de la coopération avec les entités étatiques contestées précisément issues du conflit. Comme l'expliquait le *Deuxième rapport annuel*, « toute tentative pour traiter avec des entités non étatiques ne peut être fructueuse que lorsqu'il est possible de les sanctionner si elles refusent de coopérer, de la même façon que des sanctions peuvent être appliquées contre les Etats qui ne coopèrent pas »¹⁷⁰². Dans ce rapport, le Tribunal déplore que :

« [le Greffe] a demandé à un certain nombre de gouvernements de l'aider [à assurer la protection des témoins dont la sécurité semble menacée], leur rappelant l'obligation qui leur incombe de coopérer pleinement avec le Tribunal et ses organes, mais bien peu d'offres à cet effet ont été reçues à ce jour »¹⁷⁰³.

Une solution a été trouvée avec la conclusion de l'Accord de Dayton¹⁷⁰⁴, qui réaffirme l'obligation qu'ont les Etats de coopérer avec le Tribunal ; et affirme l'obligation qu'ont les entités non étatiques – telles que la Republika Srpska et la Fédération de Bosnie-Herzégovine – de faire de même. Pour renforcer l'effectivité de ces obligations, l'Accord « met également en place un mécanisme de coercition militaire et civil complexe afin de

¹⁷⁰⁰ TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 27, §84. v. également p. 41, §156 : « [d]e plus, il y a des milliers d'éventuels témoins à interroger et le Bureau du Procureur aura besoin de toute la coopération et de toute l'assistance des gouvernements, des ONG et d'autres organes » ; TPIR, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, §76.

¹⁷⁰¹ Pour approfondir la question, v., par exemple, GOWAN D., « Kosovo : the British Government and ICTY », *LJIL*, 2000, p. 913-929 (qui détaille la coopération britannique avec le TPIY au cours de l'année 1999).

¹⁷⁰² TPIY, *Deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 25, §93.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, p. 29, §117. Parmi les autorités ayant « refusé toute coopération », le rapport « [mentionne] en particulier la République fédérative de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) ainsi que certaines autorités *de facto* telles que celles des Républiques autoproclamées de Krajina et de Sprska (...) [ainsi que] certains Etats voisins de l'ex-Yougoslavie » (*Ibid.*, p. 42, §191).

¹⁷⁰⁴ Le texte de l'Accord est disponible sur le site du *Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe* : v. *The Dayton Peace Agreement*, Paris, 21 novembre 1995 (disponible ici : <http://tinyurl.com/ybfrtjm4>, consulté le 10/10/2018).

surveiller l'application de ses dispositions, y compris celles qui concernent la coopération avec le Tribunal »¹⁷⁰⁵.

Malgré ces difficultés, le TPIY a souligné, dès son *Premier rapport annuel*, la coopération du gouvernement néerlandais qui « [prend] des mesures pour assurer la sécurité des victimes et des témoins »¹⁷⁰⁶. En outre, dans le cadre du TPIR, le *Rapport de clôture* loue la coopération entre la Section de l'aide aux victimes et aux témoins et divers « pays et organisations du monde entier », en insistant sur le rôle joué par les gouvernements rwandais et tanzanien, malgré l'absence d'accord de coopération formel :

« [l]a Section de l'aide aux victimes et aux témoins travaillait en collaboration avec le Gouvernement rwandais, même si aucun accord officiel n'avait jamais été signé. Elle entretenait une excellente coopération avec les nombreux pays et organisations du monde entier qui fournissaient une assistance afin de faciliter le voyage et la protection des témoins se trouvant dans d'autres pays. L'assistance du Gouvernement de la République-Unie de Tanzanie a toujours été constante et fiable. De fait, la Section a pu faciliter le voyage de près de deux tiers des témoins de l'accusation et de la défense entendus à Arusha, et elle a notamment fait venir des victimes de violences sexuelles ainsi que des experts de plusieurs pays et a assuré leur retour en sécurité dans leur pays de résidence »¹⁷⁰⁷.

La coopération entre le MTPI et les Etats concerne également la protection des témoins (parmi une multitude de domaines tels que l'arrestation des fugitifs ainsi que leur jugement, le suivi des affaires renvoyées aux juridictions nationales et l'assistance à celles-ci, le suivi de l'exécution des peines). Comme les tribunaux dont il prend la suite, le Mécanisme rappelle le caractère nécessaire de la coopération et l'obligation qu'ont les Etats de la rendre effective¹⁷⁰⁸.

Dans le cadre de la CPI, le Statut de Rome contient dans son Chapitre IX des dispositions détaillées sur la « *Coopération internationale et [l'] assistance*

¹⁷⁰⁵ TPIY, *Troisième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 43, §172 (v. en outre p. 42, §169 : la République fédérative de Yougoslavie coopère avec le Tribunal en permettant le transfert de deux témoins).

¹⁷⁰⁶ TPIY, *Premier rapport annuel*, *op. cit.*, p. 43, §166. Le Tribunal relève également l'importance de la contribution de l'Union européenne, qui « a consisté à fournir des fonds à la Division d'aide aux victimes et aux témoins (...). Ces fonds ont permis à un assistant d'aider en permanence les témoins qui se trouvent à La Haye. Des fonds ont été également consacrés aux honoraires d'un consultant spécialiste des traumatismes » (TPIY, *Troisième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 48, §196).

¹⁷⁰⁷ TPIR, *Rapport de clôture*, *op. cit.*, p. 27, §109. v. également *Ibid.*, p. 34-35, §142-148. Pour un bilan plus nuancé, v. FOMETE J-P., ADJOVI R., « Les relations entre le Tribunal pénal international pour le Rwanda et les Etats : l'obligation de coopération dans l'exécution du mandat du Tribunal », *Annuaire français de relations internationales*, 2005, p. 180-196 (un « désengagement » africain global vis-à-vis du Tribunal y est déploré).

¹⁷⁰⁸ Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (1^{er} juillet – 14 novembre 2012)*, 16 novembre 2012 (S/2012/249), p. 11, §50.

judiciaire »¹⁷⁰⁹. Les Etats débiteurs de cette obligation de coopération sont, dans le cadre de la CPI, les seuls Etats Parties au Statut de Rome¹⁷¹⁰, là où les « Etats » (*i. e.* les Etats membres des Nations Unies) étaient visés par l'obligation de coopération avec les TPI¹⁷¹¹. La Cour peut néanmoins coopérer avec des Etats qui ne sont pas parties au Statut de Rome mais qui sont tout de même disposés à la coopération et à l'assistance judiciaires. A ce titre, il est possible de négocier des « arrangements et accords » définissant un « cadre général de coopération »¹⁷¹². Outre les demandes d'arrestation et de remise¹⁷¹³, classiquement transmises au titre de la coopération et de l'entraide judiciaires, l'article 93, paragraphe 1, du Statut fournit une liste non exhaustive « [d']autres formes de coopération » pouvant être sollicitées par la Cour, parmi lesquelles « le rassemblement d'éléments de preuve » ; « les mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts »¹⁷¹⁴ ; « la protection des victimes et des témoins et la préservation des éléments de preuve ». A tout moment de la procédure, la coopération avec le Greffe, et particulièrement avec la Division d'aide aux victimes et aux témoins est essentielle afin d'assurer la sécurité de ces derniers¹⁷¹⁵.

La non-coopération, lorsqu'elle ne trouve pas de justification, est un fait internationalement illicite qui engage la responsabilité de l'Etat. Les TPI sont fondés à en référer au Conseil de sécurité, car la non-coopération est une violation de la Charte. La CPI peut faire de même lorsque c'est le Conseil de sécurité qui l'a saisie, conformément à l'article 87, paragraphe 7, du Statut de Rome, qui dispose que « [s]i un Etat Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent

¹⁷⁰⁹ Il s'agit des articles 86 à 102 du Statut de la Cour. *v.* également les règles 176 à 197 de son RPP ; et également FERNANDEZ DE GURMENDI S. A., FRIMAN H., « The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court », *op. cit.*, p. 328-329.

¹⁷¹⁰ Au 10 octobre 2018, cela représente cent vingt-trois Etats. La liste des Etats Parties au Statut de Rome est disponible sur le site de la Cour (<http://tinyurl.com/ybrb8s82>, consulté le 10/10/2018).

¹⁷¹¹ A. KLIP note la rédaction de l'article 29 du Statut du TPIY qui mentionne « *all states* » (en français, cependant, « *les Etats* ») et non « *member states to the United Nations* ». Il se réfère également à la déclaration suisse (« *Message concernant l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire du 18 octobre 1995* », cité en note infrapaginale n°27) selon laquelle l'Etat, alors non membre des Nations Unies, accepte de coopérer avec le Tribunal (KLIP A., « *Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* », *op. cit.*, p. 272).

¹⁷¹² Norme 107 du Règlement de la Cour. *v.* plus largement les normes 107 à 112.

¹⁷¹³ *v.* à cet égard l'article 59 du Statut de Rome et les Normes 76 à 78 du Règlement du Greffe.

¹⁷¹⁴ *v.* également à ce propos KLIP A., « *Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* », *op. cit.*, p. 268-269.

¹⁷¹⁵ Règles 17, paragraphe 2, vi) et 18, e) du RPP de la CPI.

Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des Etats Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie »¹⁷¹⁶. Par ailleurs, les Etats ne sont pas les seuls visés par les demandes d'aide et d'assistance judiciaires. Une coopération est également attendue de la part d'entités non étatiques.

2- La coopération entre les juridictions pénales internationales et les acteurs non-étatiques

Les RPP des TPI sont quasiment muets sur la coopération des tribunaux avec les entités non étatiques. Celle-ci a pourtant été décisive et le TPIY l'envisageait dès son entrée en fonctions, à l'égard des ONG :

« [u]n domaine où les ONG peuvent être d'un secours immédiat est celui de la fourniture d'informations. Les ONG peuvent jouer un rôle inestimable s'agissant d'identifier les incidents qui entrent dans le ressort du Tribunal, de repérer les témoins et, si possible, de fournir des moyens de preuve directs à l'intention du Procureur. (...) Un autre domaine où les ONG peuvent apporter un concours au Tribunal sera celui de la fourniture d'une assistance aux victimes et aux témoins. Une organisation déjà en place pourrait être bien mieux placée pour fournir une aide financière, morale ou spécialisée pratique qu'un organe judiciaire qui n'est pas encore doté des ressources tant humaines que financières nécessaires à cette fin. Plus précisément, les ONG peuvent fournir un soutien moral et pratique aux victimes et aux témoins avant et après les procès. Elles viendraient ainsi épauler utilement dans son action la Division d'aide aux victimes et aux témoins qui, par la force des choses, ne peut fournir un soutien moral et des conseils juridiques que pendant le laps de temps limité où les victimes et les témoins séjournent à La Haye dans l'attente du procès »¹⁷¹⁷.

Dans son *Cinquième rapport annuel*, le TPIY se félicitait « [d]es relations de travail fructueuses » entre le Tribunal et les organisations et missions présentes en ex-

¹⁷¹⁶ Les italiques sont de nous. v. également la Norme 109 du Règlement de la Cour. En décembre 2015, « les décisions des Chambres préliminaires relatives à la non-coopération dans les situations au Darfour et en Libye [ont] été portées à l'attention des Membres du Conseil de sécurité » (v. CPI, *Douzième rapport annuel*, A/71/342, p. 17, §84). v., pour les TPI, LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op. cit., p. 307-309. v. également CAZALA J., « Est-il risqué pour les Etats de coopérer avec les juridictions pénales internationales ? Réflexions sur les relations entre juridictions nationales, tribunaux pénaux internationaux et Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue européenne de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, p. 721-732. L'article examine « dans quelle mesure un Etat qui coopère avec un Tribunal pénal international peut voir sa responsabilité engagée devant l'organe de contrôle de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme » (*Ibid.*, p. 722), par exemple pour violation des obligations découlant de la Convention relativement aux conditions et aux conséquences d'un transfert ou d'une extradition.

¹⁷¹⁷ TPIY, *Premier rapport annuel*, op. cit., p. 29-30, §§95 et 97. v. également TPIY, *Deuxième rapport annuel*, p. 36-37, §152-161.

Yougoslavie (particulièrement l'IFOR, la SFOR, l'OTAN et la MINUBH), essentielles notamment à la bonne conduite et au succès des enquêtes¹⁷¹⁸.

Dans son *Cinquième rapport annuel*, la CPI louait également la coopération de diverses organisations :

« [l']appui logistique des Nations Unies a grandement facilité le travail de la Cour sur le terrain. Les missions de maintien de la paix, notamment la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC), ont aidé la Cour à de nombreux égards (transport, échange d'informations, appui en matière de communication, utilisation des installations de l'ONU, etc.), conformément au mémorandum d'accord signé entre la Cour et la MONUC. Il faut donc espérer qu'une formule de coopération pourra également être trouvée avec la Mission des Nations Unies en République centrafricaine et au Tchad (MINURCAT). Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a apporté son concours pour la réinstallation de témoins »¹⁷¹⁹.

Il convient de s'attarder un instant sur la coopération entre les tribunaux pénaux et le CICR, qui a fait l'objet de particularités. Le CICR est souvent l'une des seules ONG humanitaires à être présente lors des situations de conflit armé. Il est donc, potentiellement, témoin de violations graves du droit international humanitaire. On comprend donc l'intérêt qu'auraient les juridictions internationales pénales à citer des membres de cette organisation comme témoins. Cependant, c'est précisément son « devoir de discrétion » qui autorise sa présence humanitaire¹⁷²⁰. Afin de permettre aux membres de cette organisation de renseigner la juridiction sans compromettre l'exigence de discrétion, des aménagements ont été imaginés et formalisés dans les textes de base des tribunaux¹⁷²¹. Ceux-ci relèvent d'une forme particulière de protection, qui exclut les concernés du statut de témoin tout en leur permettant de fournir aux TPI des informations probantes basées sur

¹⁷¹⁸ TPIY, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 32, §123-124. v. également TPIY, *Sixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 37, §134 ; TPIY, *Septième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 27, §156-157 et p. 31, §183-184, ainsi que p. 31-32, §185-186 ; TPIY, *Huitième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 37, §199-200 ; TPIY, *Neuvième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 44, §230-231 ; TPIY, *Dixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 60-61, §248-249 ; TPIY, *Onzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 75-76, §283-284 ; TPIY, *Douzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 43, §195-196 ; TPIY, *Treizième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 22, §85-88 ; TPIY, *Quatorzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 21-22, §88-91, TPIY, *Quinzième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 18, §83-85 ; TPIY, *Seizième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 19, §68-70 ; TPIY, *Dix-septième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 19, §78-79 ; TPIY, *Dix-huitième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 17, §71-72 ; TPIY, *Dix-neuvième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 20, §83 ; TPIY, *Vingtième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 15-16, §61 ; TPIY, *Vingt-et-unième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 12, §50 ; TPIY, *Vingt-deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 13, §52.

¹⁷¹⁹ CPI, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 15, §53.

¹⁷²⁰ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 331 et plus largement p. 331-349.

¹⁷²¹ v., pour le TPIY, les articles 68, iii), 70, B, C, et D du RPP ainsi que UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, *op. cit.*, p. 110-113, §59-73. Pour le TPIR, v. l'article 70, B, C et D du RPP.

ce qu'ils ont vu ou entendu. Selon l'article 10 du RPP du MTPI, « *Informations détenues par le Comité international de la Croix-Rouge* »,

« [l]e Comité international de la Croix-Rouge (CICR) n'est tenu de communiquer aucune information, notamment sous la forme de documents ou d'éléments de preuve, ayant trait à l'exercice de son mandat en vertu des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ou de leurs Protocoles additionnels ou concernant ses attributions définies dans les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. De telles informations communiquées à titre confidentiel à un tiers par le CICR ou toute personne pendant l'exercice de ses fonctions au sein du CICR ne pourront être communiquées ou faire l'objet d'un témoignage sans le consentement du CICR ».

Le compromis trouvé ici prend la forme d'une incitation à fournir des renseignements, accompagnée d'une double garantie : la confidentialité d'une part, l'assurance de ne pas être forcé à témoigner, d'autre part. Comme le souligne C. LAUCCI,

« [o]n ne peut parler, dans cette hypothèse, de témoignage proprement dit. Il s'agit uniquement d'informations fournies au Procureur afin de faire avancer son enquête : par exemple, indiquer l'identité de témoins potentiels ou relater le déroulement de faits de façon à permettre au Procureur d'en découvrir la preuve. Cette formule vise à inciter les organisations humanitaires qui refusent de témoigner à communiquer leurs informations : spectatrices privilégiées tant dans l'ex-Yougoslavie qu'au Rwanda, des organisations comme le Comité International de la Croix-Rouge, peuvent ainsi, si elles le désirent, contribuer en toute confidentialité aux travaux des Tribunaux. »¹⁷²².

Ces modalités assouplies de transmission d'information bénéficient également aux officiels de l'Etat détenant des informations ayant trait à la sécurité nationale¹⁷²³.

En outre, des solutions semblables ont été formulées dans les textes régissant la procédure de la Cour pénale. Selon l'article 54, paragraphe 3, e) du Statut de Rome : « [l]e Procureur peut s'engager à ne divulguer à aucun stade de la procédure les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils demeurent confidentiels et ne

¹⁷²² LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 223-224.

¹⁷²³ MORANCHEK L., « Protecting National Security Evidence While Prosecuting War Crimes : Problems and Lessons for International Justice from the ICTY », *The Yale journal of international law*, 2006, p. 484). v. également, sur les « immunités de témoignage » applicables à la correspondance entre un avocat et son client ; aux officiels de l'Etat ; aux membres du CICR et aux journalistes de guerre, POWLES S., « International criminal courts : practice, procedure and problems relating to evidence : privilege from testimony at the ICTY and the ICTR », *The law and practice of international courts and tribunals*, 2003, p. 467-478.

servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve, à moins que celui qui a fourni l'information ne consente à leur divulgation »¹⁷²⁴.

Protéger les témoins nécessite ainsi d'établir une coopération entre les juridictions pénales internationales et divers acteurs, étatiques et non étatiques. Après l'analyse institutionnelle, il convient de se pencher sur les aspects substantiels de la protection des témoins : quelles mesures permettent de l'assurer ?

II- Les mesures de protection des témoins

La protection des témoins s'avère nécessaire dans les phases antérieure et postérieure au procès, ainsi que durant le déroulement de celui-ci. Il s'agira par exemple, avant le début de la procédure contentieuse, de mettre en lieu sûr les témoins ou de leur garantir un acheminement sécurisé jusqu'au Tribunal ou jusqu'au lieu de leur déposition. Dans des cas exceptionnels, une fois le procès terminé, les témoins pourront avoir besoin d'être « réinstallés », c'est-à-dire de déménager de leur lieu de résidence, le cas échéant en se rendant dans un autre pays et en changeant d'identité. Aux côtés de ces mesures *pratiques* – qualifiées tantôt de « logistiques » ou d'« opérationnelles » – visant à assurer leur protection (B), des mesures *procédurales* peuvent également être mises en place, dans la compatibilité avec les droits de la défense (A).

A- Les mesures protectrices de nature procédurale

Les mesures protectrices de nature procédurale applicables aux témoins visent le plus souvent à préserver la confidentialité des renseignements les concernant, notamment leur identité. Au-delà de ces mesures générales (1), des mesures spéciales (2) peuvent être prises à l'égard des personnes particulièrement vulnérables telles que les enfants, les personnes âgées et les victimes de violences sexuelles ou à caractère sexiste.

¹⁷²⁴ v. également les articles 64, paragraphe 6, c) et 73 du Statut, les Règles 46, 73 et 82 du RPP ; et FERNANDEZ DE GURMENDI S. A., FRIMAN H., « The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court », *op. cit.*, p. 299 ; MORANCHEK L., « Protecting National Security Evidence While Prosecuting War Crimes : Problems and Lessons for International Justice from the ICTY », *op. cit.*, p. 499 ; et COSNARD M., « Les “immunités de témoignage” devant les tribunaux pénaux internationaux », in TAVERNIER P. (Dir.), *Actualités de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 137-167.

1- Les mesures protectrices générales

Selon les statuts des juridictions pénales internationales, il appartient à la Chambre de première instance de « veill[e] à ce que le procès soit équitable et rapide et à ce que l'instance se déroule conformément aux règles de procédure et de preuve, les droits de l'accusé étant pleinement respectés et la protection des victimes et des témoins dûment assurée »¹⁷²⁵. La bonne administration de la justice commande en effet aux juridictions de garantir les droits de l'accusé¹⁷²⁶, parmi lesquels celui d'être « informé, dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement », de « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix », et d'« interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge »¹⁷²⁷. La protection de l'identité des témoins doit ainsi être compatible avec la communication des éléments de preuve par le Procureur (y compris ceux tendant à disculper ou à atténuer la culpabilité de l'accusé)¹⁷²⁸, nécessaire au respect des droits de la défense. La recherche du point d'équilibre entre ces deux objectifs, pouvant se révéler antagonistes, est périlleuse. Ainsi, dans l'affaire *Blaškić*,

« l'accusation a demandé des mesures pour la protection de victimes et de témoins dont les déclarations accompagnaient l'acte d'accusation lors de sa confirmation. (...) [L]a chambre a ordonné au Procureur (...) de communiquer ces déclarations à la défense, après en avoir expurgé les indications permettant d'en identifier les auteurs. La Chambre a cependant rappelé à l'accusation qu'elle est tenue de communiquer ultérieurement à la défense le nom des auteurs et toutes indications permettant de les identifier. Dans sa requête du 24 juin 1996, le Procureur a demandé à être relevé de l'obligation de divulguer tout ou partie de 10 des 86 déclarations de témoins, et à ce que toute audience devant la Chambre de première instance se déroule *ex parte* et à huis clos. Dans sa décision du 18 septembre 1996, la Chambre de première instance a souligné qu'aux termes de l'article 20 du Statut, [elle doit] veiller à ce que les procès soient équitables et rapides, les droits de l'accusé étant pleinement respectés et la protection des victimes et des témoins dûment

¹⁷²⁵ Articles 20, paragraphe 1, du Statut du TPIY ; 19, paragraphe 1, du Statut du TPIR ; 18, paragraphe 1, du Statut du MTPI ; et 64, paragraphe 2, du Statut de Rome.

¹⁷²⁶ « La notion de bonne administration de la justice, notamment en matière pénale, est en effet étroitement liée à la notion de procès équitable et à l'ensemble des droits qui en est issu » (DURAND E., MARGUERITTE T., « Le droit au procès équitable devant les juridictions internationales pénales », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009, p. 121).

¹⁷²⁷ Articles 67 du Statut de Rome ; 21 du Statut du TPIY ; 20 du Statut du TPIR et 19 du Statut du MTPI.

¹⁷²⁸ Article 67, paragraphe 2, du Statut de Rome.

assurée, ce pour quoi elles doivent garantir la présence des deux parties aux audiences. Par ces motifs, la Chambre a rejeté la requête du Procureur. La Chambre a confirmé ses conclusions dans une décision du 2 octobre 1996, mais elle a accordé, par décision du 5 novembre 1996, certaines mesures de protection [anonymat partiel] pour deux témoins à charge »¹⁷²⁹.

C'est notamment la notion de *risque* pour la sécurité du témoin qui sera au centre de l'analyse afin de déterminer la mise en œuvre de mesures protectrices¹⁷³⁰.

Durant la phase d'enquête, la non-divulgence au public des documents ou informations peut être décidée « dans l'intérêt de la justice »¹⁷³¹. Concrètement, les mesures protectrices durant la phase d'enquête consistent essentiellement dans le respect de la confidentialité¹⁷³² de la correspondance entretenue par les informateurs avec les organes juridictionnels (principalement le Bureau du Procureur et le Greffe)¹⁷³³. Cela permet, à ce stade, de protéger leur identité et leur vie privée.

Durant la phase de mise en accusation, il est possible de « demander à un juge ou à la Chambre de première instance d'ordonner la non-divulgence de l'identité d'une victime ou d'un témoin pour empêcher qu'ils ne courent un danger ou des risques, et ce jusqu'au moment où ils seront placés sous la protection du Tribunal ». Afin de ne pas heurter les droits de l'accusé, une telle demande ne doit être faite que « [d]ans des cas

¹⁷²⁹ TPIY, *Quatrième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 17-18, §42 (v. également §43).

¹⁷³⁰ v. en outre HELINCK P., « Les mesures de protection des victimes et des témoins dans le système de la Cour pénale internationale face aux droits de l'accusé », *op. cit.*, p. 609-620, spéc. pp. 615 et 618.

¹⁷³¹ Article 53, A des RPP des TPI et du MTPI. v., sur la non-divulgence au public des informations relatives aux témoins (confidentialité), LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 275-278.

¹⁷³² Selon la Norme 14 du Règlement du Greffe de la CPI relative aux « Niveaux de confidentialité », « [I]es dossiers et pièces judiciaires portent l'une des mentions suivantes : a) public : ils sont accessibles au public ; b) confidentiels : ils ne doivent pas être communiqués au public ; c) sous scellés : ils sont confidentiels ; n'en connaissent l'existence et n'y ont accès qu'un nombre limité de personnes. Chaque organe et / ou participant établit et tient à jour une liste des personnes qui ont ou ont eu accès aux dossiers et pièces judiciaires portant une telle mention ; ou d) secret : n'en connaissent l'existence et n'y ont accès qu'un nombre très limité de personnes. Chaque organe et / ou participant établit et tient à jour une liste des personnes qui ont ou ont eu accès aux dossiers et pièces judiciaires portant une telle mention. Avec cette classification, la diffusion est restreinte, y compris en termes de téléchargement et d'impression ». v., en outre, les normes 21 et 50 du Règlement du Bureau du Procureur de la Cour ; v., plus largement, les normes 15 à 19 sur l'accès et la conservation des pièces de procédure ; et les normes 20 à 33 sur la composition des dossiers de situation ou d'affaire et sur la procédure d'enregistrement.

¹⁷³³ v. l'article 54, paragraphe 3, du Statut de Rome et les règles 46, 47, paragraphe 1, et 50, paragraphe 1, du RPP ; les normes 21 et 28 du Règlement du Bureau du Procureur ; ainsi que le *Protocole régissant le traitement d'informations confidentielles lors d'enquêtes et de contacts entre une Partie ou un participant et les témoins de la partie adverse ou d'un participant*. Ce document prévoit la marche à suivre en cas de communication par inadvertance ou d'atteinte à la confidentialité, il est annexé au *Guide pratique de procédure pour les Chambres*, mai 2017, p. 34-41, spéc. p. 37-38.

exceptionnels »¹⁷³⁴ et en principe¹⁷³⁵, « l'identité des victimes ou des témoins doit être divulguée dans des délais prescrits par la Chambre de première instance, pour accorder au Procureur ou à la Défense le temps nécessaire à leur préparation »¹⁷³⁶. A l'occasion de l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance II développe les conditions nécessaires à la non-divulgaration de l'identité d'un témoin par l'accusation à la défense :

« il doit exister un réel danger pour la sécurité du témoin ou de sa famille ; le témoignage doit être important pour la présentation de l'accusation ; la Chambre de première instance doit vérifier qu'il n'existe pas *prima facie* de raison de douter de la fiabilité du témoin ; l'absence ou l'inefficacité de tout programme de protection du témoin est prise en compte ; enfin, toute mesure prise doit être strictement nécessaire, si une mesure moins restrictive peut suffire à assurer la protection demandée, elle doit être choisie »¹⁷³⁷.

Il convient de noter que parmi les organes du Tribunal, seuls les juges sont compétents pour prescrire ces mesures de protection. Cela peut poser un problème lorsque les témoins sont abordés dès la phase d'enquête, et qu'ils se voient offrir des garanties protectrices en échange de leur témoignage par des organes qui ne sont pas fondés à les ordonner, notamment par le Bureau du Procureur. A cet égard, L. WALLEYN souligne que :

« [p]lusieurs témoins (potentiels) du TPIR ont été assassinés. Malgré cela, le procureur du TPIR n'a pas le droit de décider qu'un témoignage restera confidentiel. Seul le tribunal peut accorder certaines mesures protectrices. Si le procureur n'en a pas sollicité,

¹⁷³⁴ Articles 69, A des RPP des TPI et 75, A du RPP du MTPI.

¹⁷³⁵ « Sous réserve de l'article 75 » des RPP (la disposition correspondante pour le RPP du MTPI est l'article 86.

¹⁷³⁶ Articles 69, C des RPP du TPIY et du TPIR ; 75, C du RPP du MTPI ; Règle 81 du RPP de la CPI.

¹⁷³⁷ LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 222, citant TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre de première instance II, décision sur la requête du Procureur relative aux mesures de protection pour les témoins, 10 août 1995, IT-94-1-T, §41. *Contra* : v. l'opinion dissidente du Juge STEPHEN dans cette même affaire. v. en outre LA ROSA A.-M., « Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit à un procès équitable », *RGDIP*, 1997, p. 962-969 ; NOUVEL Y., « La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.*, p. 927-928. Sur l'anonymat dans le cadre du TPIR, v. POZEN J., « Justice Obscured : the Non-Disclosure of Witnesses' Identities in ICTR Trials », *New York University journal of international law and politics*, 2005-2006, p. 281-322 ; pour la CPI, v. HELINCK P., « Les mesures de protection des victimes et des témoins dans le système de la Cour pénale internationale face aux droits de l'accusé », *op. cit.*, p. 625-632, spéc. p. 625-627. Le maintien de l'anonymat a, à certaines occasions, été possible durant la phase de jugement : v. LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *op. cit.*, p. 228 ; KLIP A., « Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *op. cit.*, p. 280-281 ; LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op. cit.*, p. 272-275 ; WALLEYN L., « Victimes et témoins de crimes internationaux : du droit à une protection au droit à la parole », *op. cit.*, p. 71-74.

il doit donner connaissance de l'intégralité du dossier à la défense et cela, dans un délai raisonnable avant l'audience »¹⁷³⁸.

C'est véritablement en vue de l'audience et *a fortiori* à l'occasion de celle-ci que la non-divulgation des renseignements relatifs aux témoins (surtout leur identité) risque de porter préjudice aux droits de l'accusé, et plus spécifiquement aux garanties de pouvoir « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense », « interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge ». Dans le respect du principe du contradictoire et afin de préparer correctement sa défense, l'accusé doit pouvoir connaître non seulement les charges qui sont portées contre lui mais également les éléments de preuve qui les étayent, avec le plus de précision possible.

Tout en essayant de s'inscrire dans la compatibilité avec les droits de l'accusé, l'article 75 des RPP des TPI prévoit néanmoins des « [m]esures destinées à assurer la protection des victimes et des témoins », pouvant être ordonnées par « [u]n juge ou une Chambre », « d'office ou à la demande d'une des parties, de la victime, du témoin intéressé ou de la Section d'aide aux victimes et aux témoins »¹⁷³⁹. Selon cette disposition,

« [u]ne Chambre peut tenir une audience à huis clos pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner :

- i) des mesures de nature à empêcher la divulgation au public ou aux médias de l'identité d'une victime ou d'un témoin, d'une personne qui leur est apparentée ou associée ou du lieu où ils se trouvent, telles que :
 - a) la suppression, dans les dossiers du Tribunal, du nom de l'intéressé et des indications permettant de l'identifier,
 - b) l'interdiction de l'accès du public à toute pièce du dossier identifiant la victime ou le témoin ;
 - c) lors des témoignages, l'utilisation de moyens techniques permettant l'altération de l'image ou de la voix ou l'usage d'un circuit de télévision fermé, et
 - d) l'emploi d'un pseudonyme ;
- ii) la tenue d'audiences à huis clos (...) »¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 69. Les TPI ont estimé que ce délai ne devait pas être supérieur à trente jours (TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre de première instance II, décision sur la requête du Procureur relative aux mesures de protection du témoin L, 14 novembre 1995, IT-94-1-T, §21 ; TPIR, *Le Procureur c. Georges Rutaganda*, Chambre de première instance I, décision sur l'exception préjudicielle du Procureur relative aux mesures de protection des témoins, 26 septembre 1996, ICTR-96-3-T (v. également LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve, op. cit.*, p. 271).

¹⁷³⁹ Articles 75, A des RPP des TPI et 86, A du RPP du MTPI.

¹⁷⁴⁰ Articles 75, B des RPP des TPI et 86, B du RPP du MTPI. v. également la Norme 42 du Règlement de la Cour (CPI).

La tenue d'audiences à huis clos déroge au principe de la publicité¹⁷⁴¹ des débats, garantie par les droits de la défense et plus largement par le principe de bonne administration de la justice.

Des mesures semblables sont prévues par les textes régissant la procédure devant la CPI. De manière générale, « les organes de la Cour (...) tiennent compte des besoins des victimes et des témoins »¹⁷⁴². La Cour peut tenir des audiences à huis clos par exception au principe de la publicité des débats, pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner des mesures protectrices afin d'éviter « que soient révélés au public, à la presse ou à des agences d'information l'identité d'une victime, d'un témoin ou d'une autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque, ou le lieu où se trouve l'intéressé »¹⁷⁴³. Dans ce cadre,

« [les Chambres peuvent ainsi] ordonner :

- a) Que le nom de la victime, du témoin ou de toute autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque et toute autre indication qui pourrait permettre l'identification de l'intéressé soient supprimés¹⁷⁴⁴ des procès-verbaux de la Chambre rendus publics ;
- b) Qu'il soit fait interdiction au Procureur, à la défense ou à toute autre personne participant à la procédure de révéler de telles informations à un tiers ;
- c) Que des dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux, y compris des moyens techniques permettant l'altération de l'image ou de la voix, des techniques audiovisuelles, en particulier la vidéoconférence et la télévision en circuit fermé, et le recours à des moyens exclusivement acoustiques ;
- d) Qu'un pseudonyme soit employé pour désigner une victime, un témoin ou une autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque¹⁷⁴⁵ ; ou
- e) Que la procédure devant elles se déroule partiellement à huis clos »¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴¹ « Les audiences sont publiques à moins que la Chambre de première instance décide de les tenir à huis clos conformément à ses règles de procédure et de preuve » (Articles 20, paragraphe 4, du Statut du TPIY ; 19, paragraphe 4, du Statut du TPIR et 18, paragraphe 4, du Statut du MTPI. v. également les articles 35 et 79 des RPP du TPIY et du TPIR et l'article 81 du RPP du TPIY ; les articles 33, 92, et 93 du RPP du MTPI ; et l'article 68, paragraphe 2, du Statut de Rome, ainsi que la Norme 20 du Règlement de la Cour).

¹⁷⁴² Règle 86 du RPP de la CPI. Notamment, préalablement au procès, « [l]e Bureau [du Procureur] effectue une évaluation physique et psychologique de tout témoin jugé vulnérable avant de décider ou non de l'appeler à la barre ».

¹⁷⁴³ Règle 87, paragraphe 3, du RPP de la CPI.

¹⁷⁴⁴ v. à cet égard : « L'expurgation en tant qu'exception à l'obligation de communication à l'autre partie » (CPI, *Guide pratique de procédure pour les Chambres*, op. cit., p. 31-33).

¹⁷⁴⁵ v., sur la question de l'anonymat des témoins, FERNANDEZ DE GURMENDI S. A., FRIMAN H., « The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court », op. cit., p. 322-323.

¹⁷⁴⁶ Règle 87, paragraphe 3, du RPP de la CPI, v. également la Norme 94 du Règlement du Greffe.

La déclassification, à l'issue du procès, des dossiers et des preuves qui n'avaient pas été rendus publics ne peut se faire qu'en « [tenant] dûment compte de la protection des victimes et des témoins »¹⁷⁴⁷.

A titre d'exemple, durant l'affaire *Stakić*, trente-sept témoins ont été cités et dix-neuf déclarations ont été présentées par l'Accusation, trente-huit témoins ont été entendus et sept déclarations ont été fournies à l'initiative de la Défense. Six témoins ont été appelés d'office par le Tribunal. « En tout, trente-quatre témoins ont bénéficié de mesures de protection, parmi lesquelles l'utilisation d'un pseudonyme et de procédés d'altération de l'image et de la voix. Seize des trente-quatre témoins protégés ont déposé à huis clos. Six ont témoigné par voie de vidéoconférence, et deux hors audience »¹⁷⁴⁸.

Selon le site du MTPI, dans le cadre du TPIR,

« [q]uatre-vingt-trois pour cent des témoins, parmi lesquels des détenus, ont bénéficié de mesures de protection ordonnées par des Chambres de première instance et ont témoigné dans le cadre de différents procès. Par exemple, soixante-dix-sept témoins ont déposé par voie de vidéoconférence et onze ont fait des déclarations en vertu de l'article 92 *bis* du Règlement de procédure et de preuve. Plusieurs témoins ont également bénéficié de mesures de réinstallation. Les dix-sept pour cent de témoins qui ont déposé sans mesure de protection sont des experts, des détenus non protégés et des témoins ayant renoncé à bénéficier de ces mesures »¹⁷⁴⁹.

Du côté de la CPI, dans l'affaire *Lubanga Dyilo*, au moment de la présentation des éléments de preuve de l'Accusation, « [t]rente témoins ont déposé devant la Cour, dont vingt-huit avaient été cités par l'Accusation et deux par la Chambre elle-même. La protection de ces témoins a été au cœur des préoccupations avant et pendant le procès. Dix-neuf d'entre eux ont bénéficié du Programme de protection des témoins de la Cour pénale internationale »¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁷ Article 155 du RPP du MTPI. v. également l'article 10, paragraphe 3, *b)* de la Politique d'accès aux documents conservés par le MTPI (MICT, *Politique d'accès aux documents conservés par le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux*, 12 août 2016, Doc. MICT/17).

¹⁷⁴⁸ TPIY, *Dixième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 38-39, §159.

¹⁷⁴⁹ v. l'onglet « *Témoins* », sur le site du Mécanisme. Pour le TPIY, « [e]nviron trente pour cent des témoins, parmi lesquels des détenus, ont reçu des mesures de protection ordonnées par des Chambres de première instance, et ont témoigné dans le cadre de différents procès. Cent quatre-vingt-sept témoins ont par exemple déposé par voie de vidéoconférence, et cinq cent quarante-cinq en faisant des déclarations en vertu de l'article 92 *bis* du Règlement de procédure et de preuve du TPIY. Un petit pourcentage de témoins a bénéficié de mesures de réinstallation ».

¹⁷⁵⁰ CPI, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 6, §10.

Aux côtés de ces mesures protectrices générales, des mesures spéciales peuvent être mises en œuvre à l'égard de témoins particulièrement vulnérables.

2- Les mesures protectrices spéciales

Les organes des juridictions pénales internationales, dans l'exercice de leurs fonctions, prennent en considération les particularités et les spécificités tenant à la situation des témoins¹⁷⁵¹. Les RPP des TPI prévoient qu'une Chambre du Tribunal peut se réunir à huis clos pour déterminer s'il faut prendre « les mesures appropriées en vue de faciliter le témoignage d'une victime ou d'un témoin vulnérable, par exemple au moyen d'un circuit de télévision fermé unidirectionnel »¹⁷⁵². Le *Deuxième rapport annuel* du TPIY nous apprend que « [l]a Chambre de première instance a aussi autorisé l'emploi d'écrans ou d'autres méthodes appropriées pour empêcher que les victimes alléguées de violences sexuelles ne soient à nouveau traumatisées à la vue de l'accusé »¹⁷⁵³.

Le Règlement de la CPI envisage également le cas où il est opportun de « faciliter la déposition d'une victime ou d'un témoin traumatisé, d'un enfant, d'une personne âgée ou d'une victime de violences sexuelles », ou encore « d'ordonner (...) la présence d'un conseil, d'un représentant, d'un psychologue ou d'un membre de la famille de l'intéressé pendant la déposition d'une victime ou d'un témoin »¹⁷⁵⁴. Plus précisément, le Règlement du Greffe de la CPI fournit des éléments de définition de la vulnérabilité et détaille davantage les mesures spéciales pouvant être prises. Aux termes du paragraphe 2 de la Norme 94 *bis*,

« [o]n entend par personnes vulnérables les personnes qui courent un risque accru de subir une souffrance psychologique en raison du processus de comparution devant la Cour et/ou qui connaissent des difficultés psychosociales ou physiques pouvant nuire à leur

¹⁷⁵¹ Selon les termes de la Règle 86 du RPP de la CPI : « [l]es Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins conformément à l'article 68, en particulier s'il s'agit d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de victimes de violences sexuelles ou sexistes ». Les conseils également, doivent « manifeste[r] une attention particulière à l'égard des victimes de violences physiques, psychologiques ou sexuelles, des enfants, des personnes âgées et des personnes handicapées » (Article 29, paragraphe 2, du Code de conduite professionnelle des conseils de la CPI).

¹⁷⁵² Articles 75, B, iii) des RPP des TPI et 86, B, iii) du RPP du MTPI.

¹⁷⁵³ TPIY, *Deuxième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 8, §14.

¹⁷⁵⁴ Règle 88 du RPP de la CPI.

capacité de comparaître. Différents éléments permettent d'établir la vulnérabilité d'une personne, dont :

- a) les caractéristiques individuelles : âge (enfant ou personne âgée), personnalité, handicap (notamment mental), troubles psychiques ou problèmes psychosociaux (problèmes liés à un traumatisme et/ou à l'absence de soutien social) ;
- b) la nature du crime, en particulier lorsqu'il s'agit de victimes de violences sexuelles ou sexistes, d'enfants ayant subi des violences ou de personnes ayant subi des actes de torture ou d'autres crimes impliquant des violences graves ;
- c) des circonstances particulières, par exemple un stress ou une anxiété considérablement accrus en raison d'une réinstallation, de la peur de représailles ou de difficultés d'adaptation dues à des différences culturelles ou d'autres éléments.

3. Le bilan psychologique des personnes vulnérables est dressé par le psychologue du Greffe s'occupant des victimes et des témoins. Ce bilan psychologique a lieu avant la comparution pour déterminer la capacité de la personne de comparaître devant la Cour, évaluer son état actuel de santé mentale et définir ses besoins particuliers. Le psychologue du Greffe peut recommander à la chambre la prise de mesures particulières. Il peut s'agir, entre autres :

- a) de mesures visant à adapter la salle d'audience aux besoins des personnes vulnérables, par exemple en empêchant tout contact visuel entre le témoin ou la victime qui comparaît devant la Cour et le suspect ou l'accusé, en utilisant une liaison vidéo ou en réduisant le nombre de personnes présentes dans la salle d'audience ;
- b) d'une assistance pendant l'audience (...), par exemple au moyen de la présence d'une personne accompagnatrice ou d'une assistance ou supervision des personnes vulnérables par le Greffe ;
- c) de mesures visant à adapter la manière de mener l'interrogatoire aux besoins de l'intéressé et sa capacité de comparaître devant la Cour (...) »¹⁷⁵⁵.

Par exemple, dans l'affaire *Lubanga Dyilo*, sur les dix-neuf témoins protégés :

« [huit d'entre eux], plus vulnérables, ont été entourés, pour leur déposition, de mesures de protection à l'audience (utilisation d'un pseudonyme, altération de la voix et de l'image, huis clos partiel) et autres mesures spéciales (écran physique entre le témoin et l'accusé, autorisation de narrer librement les faits, soutien psychosocial à l'audience et fréquentes interruptions). (...) Certains témoins étaient masqués au regard du public à titre de protection »¹⁷⁵⁶.

Aux côtés de ces mesures protectrices procédurales, plusieurs mesures protectrices opérationnelles peuvent être mises en œuvre au bénéfice des témoins.

¹⁷⁵⁵ v. également les « Protocoles applicables aux témoins vulnérables » : ICC-01/04-02/06-445-Anx1 ; ICC-01/05-01/08-974-Anx2 ; ICC-02/11-01/11-93-Anx2 ; ICC-02/11-02/11-110-Anx2 ; ICC-02/11-01/15-355-Anx ; disponibles sur le site de la CPI, sur l'onglet « Témoins » (consulté le 10/10/2018).

¹⁷⁵⁶ CPI, *Cinquième rapport annuel*, op. cit., p. 6, §10. Le rapport précise que, cependant, « l'accusé et son conseil pouvaient voir tous les témoins lors de leur déposition devant la Cour et avoir connaissance de leur identité. La défense a pu contre-interroger tous les témoins cités par l'accusation » (*Id.*).

B- Les mesures protectrices de nature logistique

Le dernier rapport annuel du TPIY indique qu'« [a]u 31 juillet 2015, la Section d'aide aux victimes et aux témoins avait apporté un appui opérationnel et psychosocial à deux cent six témoins (avec leurs accompagnateurs) venus déposer devant le Tribunal »¹⁷⁵⁷. Du côté du TPIR ainsi que du MTPI, le site du Mécanisme nous indique que la Division d'Arusha prodigue ces services d'aide et assistance à l'égard de quelques milliers de témoins ; « [p]rès de quatre-vingt-huit pour cent [ayant] actuellement entre 35 et 70 ans [et] vingt-trois pour cent [étant] des femmes ». Le site insiste sur le soutien apporté à l'égard « de témoins femmes ayant contracté le VIH/SIDA après avoir été violées » durant le génocide¹⁷⁵⁸.

Concrètement, l'appui prend tout d'abord la forme de mesures visant à aider les témoins à venir déposer au Tribunal, à solliciter la coopération de tous les acteurs intéressés pour assurer leur sécurité, à leur fournir un soutien moral et psychologique, à répondre à leurs besoins de santé, à s'occuper de leurs éventuels accompagnateurs et, si nécessaire, à organiser leur réinstallation à l'issue du procès. Compte tenu des enjeux, la Section d'aide aux victimes et aux témoins travaille « dans la confidentialité la plus stricte »¹⁷⁵⁹. Il est donc exclu de déterminer avec précision quelles mesures logistiques de protection ont été prises, continuent de s'appliquer, et à l'égard de qui.

Les rapports annuels du TPIY insistent en outre sur le caractère laborieux de la coopération avec les Etats dans ce cadre, particulièrement concernant la réinstallation des témoins¹⁷⁶⁰. Ainsi, selon le *Troisième rapport*, « la Division constate avec préoccupation que certains gouvernements avec lesquels elle s'est mise en rapport n'ont pas donné les assurances qu'on leur demandait en matière de protection des témoins, surtout dans le cas où les mesures à prendre consistent à réinstaller l'intéressé dans un autre pays »¹⁷⁶¹. Dans le *Cinquième rapport*, on apprend qu'« [u]n certain nombre d'Etats ont conclu des accords

¹⁷⁵⁷ TPIY, *Vingt-deuxième rapport annuel*, op. cit., p. 16, §66.

¹⁷⁵⁸ Onglet « *Témoins* », sur le site du Mécanisme (consulté le 10/10/2018).

¹⁷⁵⁹ TPIY, *Deuxième rapport annuel*, op. cit., p. 27, §108. v. également, TPIR, *Premier rapport annuel*, op. cit., §70 ; MICT, *Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins*, 26 juin 2012, articles 6, paragraphe 2, et 9, paragraphe 2.

¹⁷⁶⁰ La conclusion d'accords de protection et de réinstallation de témoins, comme d'accords relatifs à l'exécution des peines, relève de la coopération *volontaire*, par opposition à la coopération *obligatoire* (i. e. l'exécution des demandes d'assistance émanant des Chambres).

¹⁷⁶¹ TPIY, *Troisième rapport annuel*, op. cit., p. 34, §124.

[de réinstallation] ou sont en train de les négocier. Mais [le programme de protection des témoins] en est encore à un stade embryonnaire et requiert d'urgence l'appui d'un plus grand nombre d'Etats »¹⁷⁶². Selon le rapport du Secrétaire général sur les fonctions résiduelles des tribunaux, le TPIY avait en 2009 « conclu au nom de l'ONU treize accords avec des Etats qui acceptent en principe d'envisager d'accueillir des témoins sur leur territoire »¹⁷⁶³.

Il appartient au MTPI de poursuivre ces missions protectrices des témoins. En effet, malgré l'achèvement des travaux des TPI,

« [i]l est difficile d'évaluer pendant combien de temps encore la protection des victimes et témoins devra être assurée. La fourniture d'appui pourrait demeurer nécessaire au moins jusqu'au décès du dernier témoin ou, le cas échéant, jusqu'à l'abrogation des mesures de protection prises en faveur des membres de la famille proche d'un témoin. Pour ce qui est des témoins réinstallés, le soutien peut demeurer nécessaire jusqu'au décès du dernier membre de leur famille proche »¹⁷⁶⁴.

Les textes du MTPI distinguent la « réinstallation temporaire » de la « réinstallation », que l'on suppose définitive. Selon l'article 17 de la *Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins*, « [l]orsque le Service d'appui et de protection des témoins considère que les circonstances le justifient, il peut recommander la réinstallation temporaire du témoin ; [l]a réinstallation temporaire est une mesure provisoire et ne saurait valoir acceptation automatique d'un plan de réinstallation permanente ». Aux termes de l'article 18, « [d]ans des cas extrêmes et lorsqu'aucune autre mesure ne permet concrètement de faire face au niveau de risque évalué, le Service d'appui et de protection des témoins apprécie la nécessité de réinstaller le témoin dans un Etat tiers »¹⁷⁶⁵.

Dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux, le TPIY a dégagé de sa pratique les critères d'inclusion d'un témoin (et le cas échéant, de sa famille) dans le programme de réinstallation :

¹⁷⁶² TPIY, *Cinquième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 67, §291.

¹⁷⁶³ Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, *op. cit.*, p. 10, §28.

¹⁷⁶⁴ Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (16 novembre 2017 – 15 mai 2018)*, 17 mai 2018 (S/2018/471), p. 14, §66.

¹⁷⁶⁵ MICT, *Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins*, *op. cit.*, articles 17 et 18.

- le témoin doit témoigner dans le cadre d'un procès pour « infractions graves aux conventions de Genève de 1949 » ; « violations des lois ou coutumes de la guerre » ; « génocide » ; ou « crimes contre l'Humanité » (sont donc exclus les témoignages dans les affaires de faux témoignage sous déclaration solennelle ou outrage au Tribunal) ;
- le témoin doit être un témoin « essentiel ». Les preuves qu'il apporte ne peuvent être produites par d'autres moyens ;
- le témoin doit consentir à intégrer le programme de réinstallation ;
- le risque qui pèse sur lui doit être une menace réelle sur sa vie¹⁷⁶⁶.

Le Tribunal interprète de manière extensive cette dernière condition, et en cas d'incertitude, donne la faveur à la considération de la réinstallation :

« [d]ifficulties and challenges have arisen in the practical application of protection services by the Registry and assessment of the level of threat for relocation purposes. Considering the difference and complications of a war zone as a crime scene to a domestic crime scene, in the case of the ICTY it is not possible to identify threat as clearly as in domestic crimes. In the context of international crimes, the threat could come from any member of a political party, a social group, an ethnic group, so it is hard to establish a clear "threat assessment". This means the ICTY has to err on the side of safety for any witness when considering protection measures and relocation. The difficulty of the assessment is increased by the fact that there are no effective, efficient, trustworthy police forces in the areas concerned. (...) In war zones the local police forces are shattered, and their ability to protect a witness is much lower. This can mean the ICTY has to take witnesses into its relocation program who, with a similar threat level, might not have been taken in a domestic program »¹⁷⁶⁷.

Aux fins de réinstallation, la Section d'aide aux victimes et aux témoins soumet une requête à un Etat avec lequel un accord de protection et de réinstallation des témoins a été conclu. Une telle requête est présentée à l'issue d'une évaluation visant à déterminer quel Etat de réinstallation conviendrait, en prenant en considération des facteurs environnementaux et culturels. La réinstallation, lorsqu'elle est décidée dans son principe, doit intervenir le plus rapidement possible afin de ne pas prolonger l'état d'incertitude que subissent les témoins quant à leur avenir. Face au stress pouvant être subi dans le processus de choix de l'Etat de réinstallation¹⁷⁶⁸, une solution de repli a été trouvée ; les témoins

¹⁷⁶⁶ ICTY-UNICRI, *ICTY Manual on Developed Practices*, op. cit., p. 202.

¹⁷⁶⁷ *Id.*

¹⁷⁶⁸ « The well being of relocated witness can be adversely affected by such factors as changes in weather and food, doctors to whom they cannot speak directly or confidentially, and difficulties in doing everyday things such as not reading street signs or determining the opening hours of local supermarkets. Witnesses may be confronted by a daily life in which they understand very little of what is happening around them. This makes witnesses almost completely dependent on the Protection staff, not just for safety and security, but for "cultural translation" to help them make some sense of how to manage their daily life. The staff's protection efforts require a great deal of staff time » (*Ibid.*, p. 203, §132).

peuvent demeurer dans leur Etat de résidence initial et être installés dans des « *regional safe houses* »¹⁷⁶⁹. Une autre solution consiste à négocier avec le HCR pour que les témoins bénéficient du statut de réfugié. C'est déjà le cas pour certains témoins.

Pour mettre en œuvre la réinstallation, un accord sera signé entre la Section d'aide aux victimes et aux témoins et l'intéressé. Dans cet accord sont formulés leurs droits et obligations mutuels. Le témoin (ainsi qu'éventuellement sa famille) reçoit du Greffe des aides financières ainsi qu'un soutien psychologique. En retour, le témoin s'engage à la discrétion, à la coopération avec le Tribunal, à ne commettre aucune infraction et à ne pas participer à des activités pouvant compromettre sa sécurité¹⁷⁷⁰.

Dans le cadre de la CPI, les mesures opérationnelles de protection des témoins font l'objet de davantage de détails dans les textes de base, bien que les mêmes règles de confidentialité s'appliquent. Ces dispositions nous apprennent que dès le stade de l'enquête, la Division des enquêtes du Bureau du Procureur mène, en consultation avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins, une « évaluation des menaces et des risques spécifiques à chaque région où se déroulent des opérations liées à une situation qui fait l'objet d'une enquête »¹⁷⁷¹. Aux fins de protection, une base de données « contenant des renseignements pertinents sur les personnes qui ont fourni des éléments de preuve et des renseignements au Bureau », uniquement accessible au « personnel expressément autorisé » est mise en place¹⁷⁷². Selon la Norme 8, a) du Règlement du Bureau du Procureur, la Division des enquêtes a pour mission de :

« préparer les plans de sécurité et les politiques de protection nécessaires à chacune des affaires afin de veiller à la sécurité et au bien-être des victimes et des témoins, du personnel du Bureau et des personnes mises en danger du fait de leur interaction avec la Cour, conformément aux bonnes pratiques et de mettre en œuvre ces plans et politiques en collaboration et en coordination avec le Greffe selon que de besoin, pour ce qui touche à la protection et à l'appui »¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁹ « *A safe house ensures that a protected witness is comfortable within his/her own cultural environment, and may reduce considerably the costs associated with the relocation process* » (*Ibid.*, p. 203, §133).

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 203-204, §134-136.

¹⁷⁷¹ Norme 44 du Règlement du Bureau du Procureur. v. également les normes 36 (« *Sélection des personnes à interroger* ») et 47 (« *Accords institutionnels avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins* »).

¹⁷⁷² Norme 45 du Règlement du Bureau du Procureur. v. également la Norme 46 (« *Registre des mesures de protection* »).

¹⁷⁷³ v. également la Norme 20 (« *Accords institutionnels avec le Greffe* »).

De son côté, la Division d'aide aux victimes et aux témoins établit une « base de données électronique sécurisée » (qui « n'est accessible qu'aux fonctionnaires du Greffe dûment autorisés ») dans laquelle sont centralisées « les informations relatives aux témoins, aux victimes qui comparaissent devant la Cour, aux personnes courant un risque, ainsi qu'aux personnes à leur charge et aux personnes accompagnatrices (...). Le Greffe utilise ces informations pour analyser les menaces à la sécurité et pour évaluer les risques auxquels sont exposées ces personnes »¹⁷⁷⁴. Ces informations, régulièrement actualisées, permettent à la Division d'agir par des mesures au cas par cas, adaptées à la situation de chaque personne concernée¹⁷⁷⁵.

Là également, la Division organise le transport des témoins (y compris des témoins experts)¹⁷⁷⁶, met à leur disposition, le cas échéant, un logement¹⁷⁷⁷ et s'occupe si cela est nécessaire des personnes à charge ou accompagnatrices¹⁷⁷⁸, verse, s'il y a lieu, des indemnités (pour faux frais, de présence et pour perte de revenus)¹⁷⁷⁹, met en place un programme de soutien afin de leur fournir, « sur le terrain comme ailleurs », des conseils d'ordre psychologique et social¹⁷⁸⁰ et organise éventuellement la fourniture de soins de santé et de bien-être à leur profit¹⁷⁸¹.

Le Greffe met en outre en place un « processus de “familiarisation” » pour les personnes venant déposer à l'audience. Comme l'explique le site de la Cour, il s'agit de « montre[r] à l'avance la salle d'audience » aux témoins. Ils pourront se voir expliquer où se tiendront les protagonistes, « [s'essayer] à la manipulation des écrans et des micros » et « [poser] au besoin des questions d'ordre pratique »¹⁷⁸².

La Division s'efforce par ailleurs de garantir la sécurité de ces personnes grâce à des mesures de sécurité, y compris en matière de protection locale¹⁷⁸³. Pour les personnes

¹⁷⁷⁴ Norme 88 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁷⁵ Selon la Norme 80, paragraphe 2, du Règlement du Greffe : « [l]es services tels que la réinstallation, le déménagement assisté, la possibilité de soutien par des personnes accompagnatrices, les soins aux personnes à charge, les indemnités (...) *sont fournis au cas par cas, suivant l'évaluation faite par le Greffe* » (les italiques sont de nous).

¹⁷⁷⁶ Normes 81 et 87 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁷⁷ Norme 82 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁷⁸ Normes 90 et 91 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁷⁹ Normes 84, 85 et 86 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁸⁰ Norme 83 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁸¹ Norme 89 du Règlement du Greffe.

¹⁷⁸² v. l'onglet « *Témoins* » sur le site de la Cour (consulté le 10/10/2018). Des « Protocoles de familiarisation » y sont disponibles : ICC-01/04-01/06-1578 ; ICC-01/04-02/06-656-AnxA ; ICC-01/05-01/08-1081-Anx ; ICC-01/05-01/13-1252-Anx ; ICC-01/09-01/11-704-Anx ; ICC-01/09-02/11-727-Anx ; ICC-02/11-02/11-110-Anx1 ; ICC-02/11-01/15-355-Anx.

¹⁷⁸³ Normes 92 et 93 du Règlement du Greffe.

particulièrement à risque, un « programme de protection » peut être établi et le Greffe peut organiser leur déménagement assisté¹⁷⁸⁴.

A l'issue de la procédure, « [les] victimes, [les] témoins ou toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque »¹⁷⁸⁵ peuvent être réinstallés. A cet égard néanmoins,

« [l']Unité d'aide aux victimes et aux témoins a souligné combien il était difficile de répondre aux attentes des témoins et a déconseillé l'utilisation de méthodes de protection drastiques, comme la réinstallation à l'étranger, lesquelles sont susceptibles d'aggraver le risque de souffrances psychologiques résultant de leur interaction avec la Cour. Le représentant du Bureau du Procureur a indiqué qu'il n'était pas favorable aux mesures consistant à éloigner des témoins de leur lieu de résidence »¹⁷⁸⁶.

En 2007, dans son *Troisième rapport annuel*, la CPI annonçait avoir conclu « sept accords sur la protection et la réinstallation des témoins, dont le contenu reste confidentiel pour des raisons de sécurité ». La Cour insistait sur la nécessité de conclure d'autres accords de ce type, « le nombre de personnes protégées conti[nuant] de croître plus vite que le nombre d'Etats concluant ces accords »¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁴ Normes 95, 96 et 96 bis du Règlement du Greffe.

¹⁷⁸⁵ Règle 16, paragraphe 4, du RPP de la CPI.

¹⁷⁸⁶ CPI, *Rapport de synthèse sur le séminaire consacré au thème de la protection des victimes et des témoins comparaisant devant la Cour pénale internationale*, 2010, p. 4, §17.

¹⁷⁸⁷ CPI, *Troisième rapport annuel*, *op. cit.*, p. 12, §52 ; et CPI, *Rapport de synthèse sur le séminaire consacré au thème de la protection des victimes et des témoins comparaisant devant la Cour pénale internationale*, *op. cit.*, p. 9, §46.

Conclusion du Chapitre VIII

Ce chapitre consacré à la preuve testimoniale dans le contentieux international pénal a examiné le statut et la condition de la personne du témoin. Ce dernier est souvent une victime des événements faisant l'objet de l'instance. Il est toujours indispensable à l'administration de la preuve. Ce caractère indispensable justifie qu'il lui soit octroyé un statut particulier : les statuts et règlements des juridictions pénales internationales organisent sa participation aux diverses phases de la procédure et permettent, corrélativement, l'octroi de plusieurs mesures de protection.

Ainsi, suivant les textes de base des tribunaux et de la Cour, qui leur consacrent un rôle à chaque phase du procès, nos propos se sont concentrés sur la participation des témoins à la phase préparatoire (c'est-à-dire au processus d'enquête et, s'il y a lieu, de poursuites) puis à la phase décisive (c'est-à-dire à la phase de jugement, en première instance et, le cas échéant, en appel ou en révision). Les renseignements émanant de témoins potentiels sont en effet recueillis dès le début de l'investigation. Eventuellement, ces éléments de preuve prendront la forme de témoignages et pourront contribuer à établir un acte d'accusation fondant les poursuites. Si procès il y a, les témoignages se feront en principe oralement, en audience publique, sous déclaration solennelle. Des assouplissements sont néanmoins possibles : des déclarations écrites sont acceptables dans diverses hypothèses, l'audience peut se tenir totalement ou partiellement à huis clos. En revanche, afin de préserver les droits de l'accusé, le contre-interrogatoire du témoin doit être garanti.

Dépendantes des témoins oculaires pour mener à bien leurs activités, les juridictions pénales ont dû s'adapter aux besoins de protection de ces derniers, besoins qui dépassent largement la temporalité du procès. Il est en effet fréquent que les témoins à charge soient également des victimes, en tout état de cause, ceux-ci craignent légitimement des représailles, contre eux ou leurs proches. Il y a ainsi un lien inaltérable entre la participation des témoins au procès pénal international et leur protection. L'étude de la protection des témoins participant au procès pénal international s'est tout d'abord concentrée sur les aspects institutionnels, *i.e.* sur ce que prévoient les textes de base des juridictions, particulièrement sur la mission protectrice confiée aux sections d'aide aux victimes et aux témoins créées au sein des greffes. Dans ce cadre, la nécessité d'une

coopération entre divers acteurs, étatiques et non étatiques, et les juridictions a été abordée. Solliciter et obtenir l'aide indispensable de ces tiers « en marge » du contentieux international est un défi constant pour les juridictions. Par la suite, les aspects substantiels ont été examinés. Il est possible de distinguer, aux fins de l'analyse, plusieurs catégories de mesures protégeant les témoins. Une première catégorie regroupe les mesures procédurales. Celles-ci ont été divisées en deux sous-catégories, perméables cependant. Les mesures procédurales générales ont essentiellement pour finalité de maintenir dans la confidentialité des informations relatives aux témoins, y compris leur identité. Un point d'équilibre est à rechercher entre ces mesures protectrices et les droits de la défense, ce qui s'avère en pratique extrêmement complexe. Les mesures procédurales spéciales, telles que l'assistance durant les interrogatoires, ont vocation à protéger les témoins les plus vulnérables. Une seconde catégorie rassemble les mesures opérationnelles, également qualifiées de « pratiques » ou de « logistiques ». Ces mesures concernent l'aide et l'assistance aux témoins s'agissant de besoins concrets tels que l'acheminement au tribunal, le soutien psychologique ou médical, la réinstallation.

Conclusion du Titre IV

Ce titre sur la coopération des tiers en matière probatoire a été consacré aux experts dans le contentieux international, et aux témoins dans le contentieux international pénal. L'expert apporte son savoir spécialisé sur des points de fait, généralement scientifiques ou techniques, afin de pallier le manque de connaissance des juges. Le témoin fait, sous serment, une déclaration relatant ce qu'il a vu ou entendu¹⁷⁸⁸. Tous deux sont des tiers indispensables dans le contentieux international : dans certains cas, leur participation s'impose comme une nécessité si on veut faire émerger la vérité légale.

Les développements relatifs à l'expert ont concerné l'ensemble des juridictions étudiées dans la thèse, en essayant de faire ressortir les points communs qu'ont ces divers contentieux en matière de recours à l'expertise. L'identification de points de convergence permet de considérer qu'un statut de l'expert judiciaire dans le contentieux international émerge. *A minima*, le contentieux international reconnaît en effet la nécessité de recourir à l'expertise judiciaire lorsqu'un savoir particulier fait défaut aux parties à l'instance et au juge, et exige de l'expert qu'il satisfasse des critères de compétence, de neutralité, d'impartialité. Ces critères remplis et les résultats d'expertise convaincants, la contribution de l'expert à l'établissement de la preuve est majeure.

Les développements consacrés au témoignage ont été circonscrits à l'étude de ce moyen de preuve dans le contentieux international pénal. L'une des caractéristiques de ce type de contentieux est en effet qu'il repose essentiellement sur les témoins, particulièrement sur les témoins oculaires. La recherche des témoins et le consentement de ceux-ci à la participation au procès pénal international sont donc absolument fondamentaux. Comme pour l'expert, un statut du témoin dans le contentieux international pénal peut être identifié. Les témoins doivent présenter des garanties en matière de probité, leur participation au procès est règlementée. Plus spécifiquement, leur importance,

¹⁷⁸⁸ v. à ce propos ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court (Vol. 2)*, *op. cit.*, p. 572-573 : « [w]itnesses before the Court are not sworn : they must, however, make the declaration "to speak the truth, the whole truth and nothing but the truth". Experts, on the other hand, declare on their honour to speak in accordance "with my sincere belief". A person who appears as witness and as expert makes both declarations, that of witness first. These declarations epitomize the essential difference between the two functions. The witness speaks of facts about which he knows ; the expert gives opinions on what he sincerely believes. The function of the system of examination of witnesses and experts is to extract that knowledge and those beliefs, and to enable their veracity and credibility to be challenged and tested ».

conjuguée aux risques auxquels ils s'exposent en acceptant de témoigner, impose d'organiser leur protection¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁹ Il est également à noter que les Tribunaux élargissent le bien-fondé de la protection des témoins (comme des victimes) à la nécessité de préserver « la confiance de l'opinion publique dans la justice pénale internationale » (Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, *op. cit.*, p. 10, §29.

Conclusion de la Partie II

Cette seconde partie a été consacrée à la participation des tiers dans le contentieux international. Dans le cadre de l'étude de la tierce-intervention, l'« intervention-protection » et l'« intervention-influence », soit deux formes d'intervention classées en fonction du but poursuivi par l'intervenant, ont été abordées. L'intervention-protection, qui permet de défendre un intérêt particulier propre au tiers (article 62 du Statut de la CIJ), et l'intervention-influence en interprétation d'une convention multilatérale (article 63 du Statut de la Cour) ont pour point commun d'être institutionnalisées, c'est-à-dire de faire l'objet d'un régime juridique qui définit les conditions de recevabilité sur le fond et la forme, et organise la participation de l'intervenant à l'instance. Le juge a ainsi peu de marge de manœuvre quant à l'acceptation de ces tiers dans le contentieux international : lorsque ceux-ci demandent à intervenir, il doit se contenter d'interpréter les conditions définies dans le statut et le règlement et de vérifier si elles sont remplies en l'espèce. Aux côtés de ces deux formes d'intervention, classiques et formelles, la participation à l'instance d'un tiers en qualité d'*amicus curiae* ne fait pas l'objet d'une institutionnalisation particulière. Le juge a alors un pouvoir quasi-discrétionnaire qui lui permet d'accepter ou non que ces tiers participent au procès.

Quel que soit le type d'intervention, il convient de remarquer que les intervenants participent au contentieux international volontairement (et généralement de leur propre initiative) pour défendre des intérêts qui leurs sont chers et qui peuvent leur être propres. Que ces tiers soient ou non présents, *in fine*, dans le contentieux – qu'ils sollicitent une intervention ou non, que celle-ci soit recevable ou non – le juge va, de toute façon, veiller à ne pas porter préjudice à leurs droits et intérêts. Les principes du consentement à la juridiction et de l'autorité relative de la chose jugée l'imposent. Ainsi, notamment, s'est développée une pratique juridictionnelle visant à protéger les droits et intérêts des Etats tiers dans le cadre du contentieux territorial. Il s'agit, pour le juge, de renoncer à fixer un point ou à prolonger une ligne de délimitation si cela risquait de les affecter.

Si elle n'est pas nécessaire (puisque'elle est volontaire, le contentieux international doit pouvoir s'en passer), la tierce-intervention demeure précieuse : elle permet aux tiers d'user des moyens qui sont leurs sont proposés pour défendre leurs intérêts, contribuant ainsi à la pacification des rapports internationaux. Cela renforce la légitimité du système

juridictionnel international et des décisions de justice rendues. De son côté, le juge international bénéficie grandement de cette participation : il recueille des informations souvent très utiles de la part des concernés. La tierce intervention participe ainsi à la bonne administration de la justice.

Contrairement aux intervenants dont la participation dans le contentieux international est volontaire (et conséquemment, dispensable), celle d'autres tiers peut être requise. Ces tiers indispensables, les témoins et les experts, sont sollicités par le juge ou les parties. Le cas échéant, les convaincre de participer à la procédure est une nécessité absolue.

L'expertise judiciaire s'impose dès lors que des connaissances (souvent scientifiques ou techniques) font défaut au juge pour trancher le différend, ou aux parties pour plaider correctement leur cause. Des résultats d'expertise cohérents et convaincants, rendus par un expert dont la compétence, la neutralité et l'impartialité ne sont pas contestées, jouent un grand rôle dans l'élaboration de la décision de justice. Les témoins, quant à eux, sont absolument indispensables à l'établissement des faits dans le contentieux international pénal. Leur participation à toutes les phases du procès pénal est soigneusement organisée par les statuts et les règlements de procédure et de preuve des cours et tribunaux. En outre, le témoin étant la plupart du temps une victime des événements qu'il doit relater, sa condition menacée et fragile oblige les juridictions pénales à s'adapter à des besoins de protection avant, pendant et après le procès.

CONCLUSION

La réflexion sur la place du tiers dans le contentieux international a puisé sa source dans le constat d'une présence accrue des tiers dans le cadre du règlement juridictionnel des différends internationaux, troublant ainsi le traditionnel « duel » qui se tient entre les parties et qui est « arbitré » par le juge. Il en résulterait un postulat selon lequel le procès international n'est plus la « chose des parties ». L'étude s'est proposée d'appréhender la réalité d'un tel constat et d'interroger la véracité d'un tel postulat, en tentant d'appréhender l'étendue de cette ouverture supposée du contentieux international aux tiers. A cette fin, dans le cadre délimité par le choix d'un corpus de juridictions représentatif et par le biais d'une méthode empirique fondée sur l'analyse comparative, nous avons posé et tenté de répondre à trois questions. Tout d'abord, qui est ce « tiers » dans le contentieux international ? Ensuite, qu'y fait-il : quelle est sa place dans le traitement juridictionnel d'un litige ? Enfin, à quoi sert-il : quelle est sa contribution au règlement des différends, à la bonne administration de la justice et à la finalité poursuivie, le maintien de la paix ?

L'identification des tiers, précisée tout au long de l'étude, a permis de mettre en exergue la nature variable d'une telle notion. L'identité de ces tiers, distincte selon le type de procédure examinée et l'intérêt considéré, recouvre l'ensemble des sujets et acteurs du droit international public. Le tiers est tantôt un Etat, une organisation internationale, une personne privée physique ou morale. Il peut même être envisagé comme une entité abstraite et prendre la forme d'une « communauté internationale » et/ou d'une « communauté de justiciables » intéressée par la jurisprudence internationale dans son ensemble. Considérant cette diversité du critère personnel, la place du tiers dans le contentieux international a été envisagée dans une perspective fonctionnelle, à travers les prismes successifs de leur protection et de leur participation dans le contentieux international. Que les tiers soient présents ou absents du prétoire, l'étude appréhende leur(s) rôle(s), et illustre graduellement le caractère plus ou moins essentiel de leur participation à l'instance tout en plaidant, globalement, pour un accroissement de celle-ci.

Dans un premier temps, le tiers a fait l'objet d'une identification abstraite, comme correspondant à l'ensemble de la communauté internationale (les entités les plus intéressées, au sein de celle-ci, étant les justiciables potentiels). Le contentieux international prend en considération ces tiers qu'il faut protéger de tout effet indésirable résultant du règlement du litige. Les moyens de protection mis en œuvre à cet égard sont, d'une part, la relativité de la chose jugée, d'autre part, l'autorité du précédent. Ces principes contentieux, connus du droit interne, sont d'autant plus cruciaux dans le contexte spécifique d'une justice internationale régie par le principe fondamental du consentement à la juridiction. Dans un second temps, les tiers considérés ont été des personnes privées physiques (individus, agents en mission pour une organisation internationale), ou morales (sociétés et autres opérateurs économiques privés, navires) derrière le « voile » desquelles les intérêts de personnes physiques (salariés, actionnaires, membres de l'équipage et affréteurs d'un navire) sont en réalité en cause. La protection des intérêts de ces divers tiers a été étudiée à travers l'endossement de leurs réclamations dans le cadre de procédures contentieuses interétatiques. Outre la traditionnelle protection diplomatique, de nouvelles formes d'endossement des réclamations privées se sont développées en droit international contemporain : la protection fonctionnelle, la procédure de prompt mainlevée et, dans une moindre mesure, les plaintes soumises à l'ORD. Ces procédures, spécifiques au contentieux international, procèdent d'un paradoxe : la personne privée est la raison d'être, l'objet et la finalité de la procédure ; il lui est, pourtant, refusé de participer à l'instance. Le développement du contentieux transétatique, en octroyant la possibilité aux personnes privées de saisir le juge international, le cas échéant contre l'Etat, aurait dû encourager une telle participation. Cela aurait pu, par ailleurs, signifier la disparition de ces procédures d'endossement devenues sans objet. Celles-ci persistent néanmoins. Outre qu'elles constituent un moyen supplémentaire d'exiger le respect de droits individuels par la voie contentieuse, elles couvrent, subsidiairement, les cas pour lesquels un recours au contentieux transétatique est inenvisageable, et demeurent le seul moyen de faire valoir à *la fois* les droits de la personne privée et ceux de son Etat de rattachement.

A l'issue de cette première partie consacrée à la protection des tiers dans le contentieux international, un faux-semblant a pu être dissipé : l'absence de participation des tiers à l'instance, si elle peut parfois être critiquée car en décalage avec la finalité de la procédure, ne signifie cependant pas l'absence de prise en considération de leurs intérêts dans le contentieux. Le procès peut ainsi rester la « chose des parties » quant au

déroulement de l'instance (et, ainsi, en termes de théorie des apparences) sans pour autant demeurer confiné dans une dimension exclusivement bilatérale qui s'avèrerait artificielle et contraire à la bonne administration de la justice.

L'intérêt porté, dans un second temps, à la participation des tiers dans le contentieux international a révélé des résultats contrastés. L'examen des procédures de tierce-intervention s'est tout d'abord penché sur les Etats tiers, intervenant ou sollicitant en vain l'intervention, dans le cadre du contentieux de la Cour de La Haye (CPJI puis CIJ). Prévues aux articles 62 et 63 du Statut de la CPJI comme de la CIJ, les procédures d'intervention représentent une part statistiquement faible du contentieux international. Il a fallu attendre les années 1980 pour que soient sollicitées des interventions sur la base de l'article 62. Quelques dix affaires (sur les cent trente soumises à ce jour¹⁷⁹⁰ à la Cour) sont concernées par des requêtes à fin d'intervention ; seules trois affaires comptent un Etat intervenant. Le champ d'application privilégié de l'intervention fondée sur l'article 62 est le contentieux territorial. Dans ce cadre, l'une des conditions de recevabilité de l'intervention fait fatalement défaut dans la plupart des cas : l'intérêt juridique en cause de l'Etat tiers ne risque pas d'être affecté par la décision future car la Cour protégera d'office cet intérêt. Le développement d'une telle pratique juridictionnelle de protection des intérêts des Etats tiers a été nécessaire car l'intervention est une procédure volontaire : devant généralement se passer de la présence des tiers pour résoudre de tels litiges ayant une dimension tri ou multilatérale, le juge international a été contraint de s'adapter. Quant à la pratique de l'intervention fondée sur l'article 63, si elle peut remonter à la CPJI, les procédures concernées sont encore moins nombreuses : en près d'un siècle, seules cinq affaires ont été concernées par des déclarations d'intervention émanant de huit Etats, donnant lieu à trois participations effectives d'Etats tiers intervenants. L'apparent dédain des Etats pour une procédure fondée sur l'intérêt juridique indéniable qu'il y a à tenter d'obtenir une interprétation uniforme des conventions multilatérales est assez regrettable.

A ce stade de l'analyse, nous avons pu remarquer que si les intérêts des tiers imprègnent largement le contentieux international, ceux-ci demeurent peu présents dans les procédures, ce qui conduit à fortement relativiser le constat initial. Particulièrement, dans le cadre des procédures interétatiques devant la Cour de La Haye, l'intégrité du procès entre Etats souverains doit être préservée, et, le cas échéant, conciliée avec les – rares –

¹⁷⁹⁰ Le 1^{er} octobre 2018.

interventions d'Etats tiers. La suite de l'étude apporte d'importantes nuances à ces premiers résultats.

Le cas de l'*amicus curiae* est particulièrement intéressant car ce dernier est un tiers *systématique* à deux égards. Tout d'abord, son identité balaie l'ensemble des sujets et acteurs du droit international. Il illustre ainsi de la manière la plus précise, car la plus diverse, l'identité à géométrie variable de notre objet d'étude. Ensuite, ce tiers présente un caractère systématique dans le contentieux international car il est connu de toutes les juridictions qui composent notre corpus, même si certaines sont réfractaires à sa participation (la CIJ, le TIDM, la CJUE). En intervenant dans une instance, il défend un intérêt pouvant être qualifié de « général », par rapport aux intérêts juridiques directs et propres, ou spécifiques, exigés dans le cadre des autres formes d'interventions étudiées. Il est sans doute plus opportun de préciser que l'*amicus curiae* défend une cause, un intérêt collectif, à tout le moins un point de vue. Son intervention, contrairement aux autres formes d'intervention, ne fait pas l'objet d'un régime juridique prédéfini. L'*amicus curiae* sollicite une participation à l'instance qui ne lui est octroyée qu'à titre de privilège, dans le cadre d'un pouvoir quasi-discrétionnaire du juge. Si cette absence d'institutionnalisation et de formalisme est aussi ce qui permet d'en faire un tiers systématique, des précisions quant à son statut devant les diverses juridictions sont souhaitables afin de clarifier son rôle dans le contentieux international.

Outre l'*amicus curiae*, les experts et les témoins sont des tiers, personnes physiques, dont la participation dans le contentieux international est précieuse aux fins de l'administration de la preuve. Ces tiers ne détiennent pas nécessairement des intérêts dans la procédure ; ils n'en sont pas moins *intéressants pour le contentieux international* car ils permettent au juge de statuer en toute connaissance de cause. L'expert est également un tiers dont la présence peut être qualifiée de « systématique » dans le contentieux international, car l'ensemble des juridictions du corpus étudié ont recours à l'expertise, ou du moins ont la possibilité de le faire. En revanche, contrairement à l'*amicus curiae*, la participation de l'expert dans le contentieux international est règlementée par les textes de base des juridictions. En les comparant, les dispositions qui lui sont consacrées révèlent des traits communs, confirmés par les diverses pratiques contentieuses, qui permettent d'envisager l'émergence, sinon l'existence, d'un statut de l'expert dans le contentieux international. Quantitativement, le recours à l'expertise judiciaire n'est pas aussi développé que l'on pourrait souhaiter, tant la participation de ce tiers profite à la bonne administration

de la justice et, plus précisément, à l'exigence de motivation des arrêts, sentences et jugements.

Le témoin, enfin, n'a pas été envisagé comme un tiers systématique. Cela aurait été possible en retenant une approche essentiellement théorique, dans la mesure où ce mode de preuve est connu des documents de base de l'ensemble des cours et tribunaux. Cependant, la pratique juridictionnelle est extrêmement variable selon le type de contentieux : là où la participation de témoins dans le contentieux interétatique est quantitativement négligeable, il s'agit du principal mode de preuve dans le contentieux international pénal. Plus encore : le témoignage est une condition *sine qua non* du fonctionnement de la justice pénale internationale. Leur statut de tiers incontestablement *indispensables* emporte des spécificités dans le traitement dont ils bénéficient, notamment en termes de protection.

La participation des tiers dans le contentieux international, que l'on souhaite globalement accrue, interroge sur un risque éventuel vis-à-vis du bon déroulement de la procédure ; notamment à deux égards : ne risque-t-elle pas de nuire au principe de l'égalité des armes ? N'est-elle pas un obstacle à la célérité de la procédure, qui doit garantir le rendu des décisions de justice dans un délai raisonnable ? Le risque d'une atteinte causée à l'égalité des armes, par une participation des tiers est limité – sinon annulé – par le principe du contradictoire, qui doit être appliqué aux pièces de procédures transmises par le tiers, assurant ainsi à chaque partie à l'instance la possibilité de préparer son argumentation juridique en ayant connaissance des arguments de l'autre partie (le cas échéant renforcés par la participation d'un tiers). Il convient de souligner que le tiers peut, au contraire, compenser les atteintes à l'égalité des armes entre les parties, qui risquent de survenir lorsque ces dernières se trouvent dans une situation d'inégalité ou de fragilité matérielle (par exemple, un litige opposant un individu à un Etat, ou opposant un accusé à l'Accusation dans le contentieux international pénal). En tout état de cause, que des tiers participent ou non à l'instance, c'est au juge qu'il incombe de veiller scrupuleusement au respect du principe de l'égalité des armes. S'agissant de la célérité de la procédure, il nous faut reconnaître que la participation de tiers à l'instance peut lui porter atteinte – considérant, notamment, l'application nécessaire du principe du contradictoire aux pièces de procédure soumises par les tiers. Cela peut ainsi constituer une véritable difficulté pour les procédures très rigoureusement encadrées *ratione temporis* (à l'OMC par exemple, ou dans le cadre du contentieux de l'urgence), ou lorsque les intérêts en cause dans un litige sont particulièrement « pressants » (en matière de protection diplomatique ou dans le

contentieux transétatique par exemple : on conviendra que, de manière générale, la lenteur des procédures impacte davantage les personnes privées que les Etats). La bonne administration de la justice, comme objectif général guidant le juge, peut néanmoins conduire à résoudre favorablement à la participation des tiers cet arbitrage parfois nécessaire entre « qualité » et « célérité » des procédures, dès lors que l'intervention des tiers est indispensable, ou du moins d'une grande valeur ajoutée.

Ainsi, tout au long de l'étude, nous avons tenté de nous interroger sur toutes les entités qui, sans être parties ni représentées à l'instance, voient leurs intérêts protégés et/ou se voient octroyer la possibilité de participer à la procédure. Au-delà des éléments de réponse apportés, il convient de souligner que l'ouverture du contentieux international au(x) tiers s'inscrit dans une évolution plus globale de la société internationale qui, dépassant ses fondements volontaristes, apprend à se décentrer et à se préoccuper, outre des Etats et organisations internationales, d'autres acteurs au point de suggérer l'émergence d'une communauté internationale, entendue comme un « vaste ensemble »¹⁷⁹¹, uni dans une « solidarité commune »¹⁷⁹². Appliqué au contentieux international, ce phénomène commande que « [l]a notion de justice irradie donc de manière plus large que le simple cercle des parties à l'instance »¹⁷⁹³. Ainsi, cette communauté internationale émergente prendrait notamment en considération, dans le procès pénal international, l'intérêt des victimes *per se*, c'est-à-dire indépendamment de leur éventuel statut de témoin. Des perspectives intéressantes s'ouvrent ainsi à l'issue de ce travail de recherche qui, loin d'épuiser le sujet, soulève au moins autant de questions qu'il apporte de réponses.

¹⁷⁹¹ v. SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁷⁹² *Id.*

¹⁷⁹³ LELARGE A., « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 », *op. cit.*, p. 43.

RÉPERTOIRE DES SOURCES

1. Bibliographie

1.1. Dictionnaires

BARAV A., PHILIP P. (Dir.), *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 1180 p.

CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} ed., Quadrige, PUF, 2016, 1101 p.

DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B., NOURISSAT C. (Dir.), *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, Collection : Dictionnaires de droit, 2002, 224 p.

REY-DEBOVE J., REY A. (Dir.), *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2011, 2837 p.

SALMON J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

1.2. Manuels

ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, 1280 p.

BISMUTH R., CARREAU D., HAMANN A., JUILLARD P., *Droit international économique*, 6^{ème} éd. Paris, Dalloz, 2017, 942 p.

CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010, 770 p.

COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 12^{ème} éd., Paris, LGDJ, 838 p.

COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 815 p.

DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2009, 1709 p.

PANCRACIO J-P., *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, 520 p.

SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, Collection : Domat Droit public, 2015, 626 p.

SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, Collection : Domat Droit public, 2005, 584 p.

TCHIKAYA B., *Mémento de la jurisprudence « Droit international public »*, 7^{ème} éd., Paris, Hachette, Collection : Les fondamentaux Droit, 2017, 176 p.

TCHIKAYA B., *Mémento de la jurisprudence « Droit international public »*, 4^{ème} éd., Paris, Hachette, Collection : Les fondamentaux Droit, 2007, 160 p.

1.3. Ouvrages spécialisés

ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, 335 p.

BEDJAOUI M., *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 634 p.

BETTATI M., DUPUY P.-M. (Dir.), *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, 318 p.

BORCHARD E. M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law, 1915, 987 p.

BOURCIER D., DE BONIS M., *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Empêcheurs de penser en rond, 1999, 126 p.

BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, LGDJ, 2003, 396 p.

CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p.

CARON D. D., CAPLAN L. M., PELLONPÄÄ M., *The UNCITRAL Arbitration Rules, Oxford Commentaries on international Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1066 p.

COTE C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 635 p.

- DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, 329 p.
- EUDES M., *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2005, 564 p.
- FERNANDEZ J., PACREAU X. (Dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 2460 p.
- FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales : actes de la Journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 165 p.
- FORTEAU M., THOUVENIN J.-M. (Dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1322 p.
- JEANGENE VILMER J.-B., *Réparer l'irréparable : les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale*, Paris, PUF, 2009, 201 p.
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI, Vol. I*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p.
- GRANDO M. T., *Evidence, proof and fact-finding in WTO dispute settlement*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 410 p.
- KISS A.-C., *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public (1962-1972), tome III*, Paris, CNRS, 1965, 670 p.
- KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, 1356 p.
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, 756 p.
- LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, 507 p.
- LECLERC O., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, 471 p.
- LEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale : pour une action civile internationale*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2012, 804 p.
- LESAFFRE H., *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, 614 p.

LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer, Tome II, volume 1 : Délimitation*, Paris, Pedone, 1996, 424 p.

LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1277 p.

MABANGA G. M., *La victime devant la Cour pénale internationale : partie ou participant ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, 176 p.

MAHINGA J-G., *Le tribunal international du droit de la mer*, Bruxelles, Larcier, 2013, 378 p.

MARSIT M., *Le Tribunal du droit de la Mer : présentation et textes officiels*, Paris, Pedone, 1999, 175 p.

MENETREY S., *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, Dalloz, 2010, 506 p.

NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p.

POIRAT F., SOREL J.-M. (Dir.), *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : exercice ou abus de droit ?*, Paris, Pedone, 2001, 158 p.

POLITIS N., *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, 325 p.

RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 359 p.

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, Leyde, Nijhoff, 1965, 998 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2008, 285 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2007, 255 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2006, 317 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2005, 266 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2004, 195 p.

RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2003, 210 p.

SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A. (Dir.), *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1524 p.

SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, 497 p.

SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, 545 p.

SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 1987, 439 p.

SUDRE F. (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, 944 p.

SUSANI N., *Le Règlement des différends dans le Mercosur, un système de droit international pour une organisation d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 2008, 321 p.

TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 513 p.

VATTEL E., « *Le droit des gens* », ou *Principes de la loi naturelle : appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains (1758)*, Buffalo, New York, The Classics of International Law, 1995, 541 p.

WITENBERG J.-C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale : traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, 436 p.

WYLER E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF, 1990, 293 p.

ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1577 p.

1.4. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

ABOU-EL-WAFA A., « Les différends internationaux concernant les frontières terrestres dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 2009, p. 27-567.

BERLIA G., « Contribution à l'interprétation des traités », *RCADI*, 1965, p. 283-333.

CALFISCH L., « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI*, 2001, p. 245-467.

DE VISSCHER C., « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, p. 325-455.

DE VISSCHER P., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972, p. 1-202.

LIMBURG J., « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *RCADI*, 1929, p. 519-618.

MBAYE K., « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 1998, p. 227-345.

QUENEUDEC J-P., « La notion d'Etat intéressé en droit international », *RCADI*, 1995, p. 339-462.

RANJEVA R., « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, 1997, p. 9-105.

SALMON J., « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982, p. 267-414.

SERENI A. P., « La représentation en droit international », *RCADI*, 1948, p. 69-166.

THIRLWAY H., « Concepts, Principles, Rules and Analogies : International and Municipal Legal Reasoning », *RCADI*, 2002, p. 265-405.

TORRES BERNARDEZ S., « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *RCADI*, 1995, p. 193-457.

VERDROSS A., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, p. 195-251.

WEIL P., « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992, p. 9-370.

WITENBERG J-C., « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1932, p. 1-136.

YASSEEN M. K., « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *RCADI*, 1976, p. 1-114.

1.5. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

ABI-SAAB G., « Le règlement des différends à l'OMC et le droit international général », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, Genève, Organisation Mondiale du Commerce, 2007, p. 7-11.

ABI-SAAB G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », in PEREZ GONZALEZ M. (Dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velaso*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 19-26.

AGNELLO F., « Dialogue between ICJ and specialized bodies in human rights matters », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 29-60.

AKL J., « La procédure de prompt mainlevée du navire ou de prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », *Annuaire du droit de la mer*, 2001, p. 219-246.

ALLCOCK J. B., « Le praticien des sciences sociales en qualité d'expert et de témoin », in DELPA I., BESSONE M. (Dir.), *Peines de guerre : la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010, p. 137-149.

ALOUPI N., KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 15-46.

AMBOS K., « The Right of Non-self-incrimination of Witnesses before the ICC », *LJIL*, 2002, p. 155-177.

ARCARI M., « En guise de... complément. Dialogue, dialectique ou conflit des juridictions ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 319-335.

ASCENSIO H., « Les droits des victimes devant les juridictions pénales internationales », in FLAUSS J-F. (Ed.), *La protection internationale des droits de l'Homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 77-109.

ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202.

ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, p. 897-930.

AUDIT M., « La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », *ACDI*, 2017, p. 333-370.

AUDIT M., « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », in LEBEN C. (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 119-133.

BAKER R. B., « Customary International Law in the 21st Century : Old Challenges and New Debates », *EJIL*, 2010, p. 173-204.

BARBIER DE LA SERRE E., SIBONY A-L., « Expert Evidence before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 941-985.

BARDONNET D., « Frontières terrestres et frontières maritimes », *AFDI*, 1989, p. 1-64.

BARSALOU O., « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, 2006, p. 1-18.

BARTHOLOMEUSZ L., « The *Amicus Curiae* before International Court and Tribunals », in BIANCHI A. (Ed.), *Non-State Actors and International Law*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 253-330.

BASTIN L., « The *Amicus Curiae* in Investor-State Arbitration », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 208-234.

BELKAHLA M., « Le précédent jurisprudentiel international dans le contentieux de la délimitation maritime : entre cohérence et développement du droit », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 271-281.

BENNOUNA M., « La protection diplomatique : un droit de l'Etat ? », in VASAK K. et al., *Paix, développement, démocratie, Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber, Tome I*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 245-250.

- BENTOLILA D., « Le précédent arbitral », *Revue de l'arbitrage*, 2017, p. 1167-1195.
- BERLIA G., « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*, 1957, p. 63-72.
- BERNHARDT R., « Article 59 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1231-1251.
- BITTI G., « Les victimes devant la Cour pénale internationale : les promesses faites à Rome ont-elles été tenues ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 293-343.
- BLACKABY N., WILBRAHAM A., « Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2016, p. 655-669.
- BOISSON DE CHAZOURNES L., « Transparency and “Amicus Curiae” briefs », *The journal of world investment and trade*, 2004, p. 333-336.
- BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., « The amici curiae and the WTO dispute settlement system : the doors are open », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, p. 205-248.
- BOLLECKER-STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (Dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherches du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Librairies Techniques, 2000, p. 223-244.
- BOSLY H-D., « Les victimes d'infractions et la Cour pénale internationale », in DELPEREE F., VANDEPUTTE T. et al., *Liber Amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 303-325.
- BOSLY H-D., « La coopération pénale avec les tribunaux internationaux », in BOSLY H.-D., BOSSUYT M. et al., *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons : avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 1-9.
- BOY L., « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RIDE*, 2003, p. 471-493.

BRANT L. N. C., « L'autorité de la chose jugée et la révision devant la Cour internationale de Justice à la lumière des derniers arrêts de celle-ci (Yougoslavie c. Bosnie et El Salvador c. Honduras) », *AFDI*, 2003, p. 248-265.

BRAUD P., « Recherches sur l'Etat tiers en droit international public », *RGDIP*, 1968, p. 17-96.

BROSSET E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », in TRUILHE-MARENGO E. (Dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 247-280.

BUERGENTHAL T., « The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court », *AJIL*, 1985, p. 1-27.

BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in BARTHELEMY J. et al., *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 67-81.

CAHIN G., « Le comportement des Etats et des organisations internationales comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 49-86.

CALFISCH L., « La pratique suisse de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales : actes de la Journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 73-86.

CALFISCH L., « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *AFDI*, 1979, p. 9-45.

CANAL-FORGUES E., « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du Commerce », *AFDI*, 1996, p. 845-863.

CASTELLARIN E., « L'emploi du précédent jurisprudentiel international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 405-418.

CASTELLO J., « Le précédent en arbitrage d'investissement : le rôle des parties », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 245-253.

CATALDI G., DELLA MORTE G., « La preuve devant les juridictions pénales internationales », in RUIZ-FABRI H., SOREL J-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2007, p. 197-224.

CAVARE L., « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, p. 496-509.

CAZALA J., « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage », *RIDE*, 2009, p. 5-32.

CAZALA J., « Est-il risqué pour les Etats de coopérer avec les juridictions pénales internationales ? Réflexions sur les relations entre juridictions nationales, tribunaux pénaux internationaux et Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue européenne de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, p. 721-732.

CHAEVA N., « Les opinions dissidentes des arbitres CIRDI et la production normative en droit international des investissements », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 359-370.

CHAMPY G., « Inquisitoire – Accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *Revue internationale de droit pénal*, 1997, p. 149-193.

CHARNOVITZ S., « Nongovernmental Organizations and International Law », *AJIL*, 2006, p. 348-372.

CHARNOVITZ S., « Opening the WTO to Nongovernmental Interests », *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 173-216.

CHEVALLIER J., « L'entrée en expertise », *Politix*, 1996, p. 33-50.

CHRISTOFOROU T., « Settlement of Science-Based Trade Disputes in the WTO : A Critical Review of the Developing Case Law in the Face of Scientific Uncertainty », *New York University Environmental Law Journal*, 2000, p. 622-648.

COCATRE-ZILGIEN A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *RGDIP*, 1976, p. 689-737.

COHEN-JONATHAN G., « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in BERGER V. et al., *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 39-64.

CONDORELLI L., « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques*

nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3-28.

CONDORELLI L., « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 1987, p. 277-313.

CONFORTI B., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Exceptions préliminaires) », *AFDI*, 1992, p. 460-467.

CONFORTI B., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental* entre la Libye et Malte », *RGDIP*, 1986, p. 313-343.

CORTEN O., « L'interprétation de "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP*, 1998, p. 4-53.

COSNARD M., « Les "immunités de témoignage" devant les tribunaux pénaux internationaux », in TAVERNIER P. (Dir.), *Actualités de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 137-167.

COSSY M., « Consultations d'experts scientifiques par les groupes spéciaux : le droit de demander des renseignements en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, Genève, Organisation Mondiale du Commerce, 2007, p. 222-239.

COTE C.-E., « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in BLIN O. (Dir.), *Regards croisés sur le Règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce : Actes de la Journée d'études du 1^{er} décembre 2006 organisée par l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC) à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 33-67.

COUVREUR P., « Le règlement juridictionnel », in SFDI, *Le processus de délimitation maritime : étude d'un cas fictif. Actes du Colloque international de Monaco tenu du 27 au 29 mars 2003*, Paris, Pedone, 2004, p. 349-388.

COVELLI N., « Public international law and third party participation in WTO panel proceedings », *Journal of World Trade Law*, 1999, p. 125-139.

DE BECO G., « La participation des victimes à la procédure devant la Cour pénale internationale », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2007, p. 787-815.

DE CARA J.-Y., PHILIP C., « Nature et évolution de la juridiction internationale », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 1987, p. 3-43.

DECAUX E., « L'intervention », in SFDI, *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, 1987, p. 219-255.

DECAUX E., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental (Libye / Malte), arrêt du 3 juin 1985 », *AFDI*, 1985, p. 294-323.

DECAUX E., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur la requête de l'Italie à fin d'intervention dans l'affaire du Plateau continental entre la Libye et Malte, arrêt du 21 mars 1984 », *AFDI*, 1984, p. 282-303.

DE HOOGH A.J., « Intervention under Article 62 of the Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties », *LJIL*, 1993, p. 17-46.

DE SCHUTTER O., « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2005, p. 85-104.

DE SCHUTTER O., « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL*, 1996, p. 372-410.

DELLA MORTE G., « Les tribunaux pénaux internationaux et les références à leur propre jurisprudence : *auctoritas rerum similiter judicatarum* ? », in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (Dir.), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 211-222.

DELCOURT B., « Un seul Etat vous manque... (L'application de la jurisprudence de l'Or monétaire à l'affaire du Timor oriental) », *RBDI*, 1996, p. 191-215.

DE VISSCHER C., « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *RBDI*, 1965, p. 5-14.

DISTEFANO V. G., « La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes entre l'Erythrée et le Yémen : quelques observations complémentaires », *AFDI*, 2000, p. 255-284.

DOBOZI V., « Les rapports entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme : peuvent-elles avoir un avenir commun ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international*.

Entre pluralisme et sécurité juridique, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 91-129.

DOUSSIS E., « Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de justice », *RGDIP*, 2001, p. 55-91.

DUBIN L., « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2006, p. 101-149.

DUBOIS L., « La distinction entre le droit de l'Etat réclameant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique », *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 615-640.

DUCOULOMBIER P., « Le sort des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme devant le juge britannique », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 419-430.

DURAND E., MARGUERITTE T., « Le droit au procès équitable devant les juridictions internationales pénales », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009, p. 121-142.

DURLING J., HARDIN D., « Participation *d'amici curiae* au règlement des différends à l'OMC : Réflexions sur la décennie écoulée », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, Genève, Organisation Mondiale du Commerce, 2007, p. 240-251.

ELASSAL E-F., « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes », *RQDI*, 2011, p. 259-308.

EL BOUDOUHI S., « Le précédent étranger relatif au droit international devant les juridictions indiennes et sud-africaines », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 431-444.

FAWCETT J., « The Exhaustion of Local Remedies : Substance or Procedure », *British Yearbook of International Law*, 1954, p. 452-458.

FENTON R., « A Civil Matter for a Common Expert : How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration ? », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2006, p. 279-293.

FERNANDEZ ARROYO D. P., « Les décisions arbitrales comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 113-134.

FERNANDEZ DE GURMENDI S. A., FRIMAN H., « The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court », *International criminal law*, 2015, p. 424-475.

FLAUSS J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *RGDIP*, 2005, p. 407-419.

FLAUSS J.-F., « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique », in AMSELEK P. et al., *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Tome I*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 813-838.

FLAUSS J.-F., « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 29-61.

FLORENT J.-L., « Les destinataires non étatiques des résolutions du Conseil de sécurité », in SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 107-115.

FREYER D. H., « Assessing Expert Evidence », in NEWMAN L. W., HILL R. D. (Eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2nd ed., Huntington, Juris Publishing, 2008, p. 429-443.

FOMETE J.-P., ADJOVI R., « Les relations entre le Tribunal pénal international pour le Rwanda et les Etats : l'obligation de coopération dans l'exécution du mandat du Tribunal », *Annuaire français de relations internationales*, 2005, p. 180-196.

FORLATI S., « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice : quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo / Ouganda », *RGDIP*, 2007, p. 89-116.

FOUDA G., « La justice internationale et le consentement des Etats », in KOUFA K. (Ed.), *International Justice*, Thessaloniki, Sakkoulas, Collection : Thesaurus Acroasium, 1997, p. 883-903.

GAJA G., « Assessing Expert Evidence in the ICJ », *The law and practice of international courts and tribunals*, 2016, p. 409-418.

GAJA G., « Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », in FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63-69.

GALLALA I., « La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer », *RGDIP*, 2001, p. 931-966.

GAO H. S., « *Amicus Curiae* in WTO Dispute Settlement : Theory and Practice », *Big Country, Small World, China Rights Forum*, 2006, p. 51-57.

GARA N., « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in HORCHANI F. (Dir.), *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Paris, Pedone, 2007, p. 45-52.

GARCIA T., « Faut-il changer l'Organisation mondiale du Commerce ? : propos relatifs au rapport sur l'avenir de l'OMC », *RGDIP*, 2005, p. 665-679.

GARCIA-ARIAS L., « La doctrine des "clean hands" en droit international public », *Annuaire des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, 1960, p. 14-22.

GARIBIAN S., « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *AFDI*, 2008, p. 119-141.

GATTINI A., « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, p. 303-336.

GHARBI F., « Le statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, p. 213-274.

GHARBI F., « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, p. 433-502.

GONZALEZ G., « Règlement territorial et effets à l'égard des tiers », in WECKEL P. (Dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace : la spécificité du contentieux territorial*, Paris, Pedone, 1998, p. 177-202.

GOWAN D., « Kosovo : the British Government and ICTY », *LJIL*, 2000, p. 913-929.

GRADONI L., RUIZ-FABRI H., « La hiérarchisation des précédents », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 191-211.

GRISEL E., « *Res judicata* : l'autorité de la chose jugée en droit international », in DUTOIT B., GRISEL E. (Dir.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 139-160.

GUILLAUME G., « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 685-703.

GUILLAUME G., « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 23-30.

GUINAND J., « La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'Homme », *RBDI*, 1968, p. 471-484.

GOMEZ K. F., « Rethinking the Role *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : How to Draw the Line Favorably for the Public Interest ? », *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 510-564.

GRISEL F., VINALES J. E., « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review*, 2007, p. 380-432.

HAMANN A., « L'autorité du précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 151-190.

HAMULI KABUMBA Y., « Incidence de la jurisprudence de la CIJ sur les règles d'interprétation du Statut de Rome, sur la qualification des faits et sur la preuve devant la CPI », *RGDIP*, 2010, p. 779-810.

HARELIMANA J.-B., « La reconnaissance du statut de la victime : un nouveau chapitre de la justice internationale », *Miskolc journal of international law*, 2009, p. 35-59.

HELINCK P., « Les mesures de protection des victimes et des témoins dans le système de la Cour pénale internationale face aux droits de l'accusé », *RBDI*, 2012, p. 609-633.

HENNEBEL L., « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2007, p. 641-668.

JOUANNET E., « La notion de jurisprudence internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 343-391.

JOUANNET E., « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », in ANDERSON D. H. et al., *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, 2003, p. 315-341.

JOUANNET E., « Le principe de l'*Or monétaire*. A propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *RGDIP*, 1996, p. 673-714.

KARAGIANNIS S., « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? » in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 7-161.

KATSARIS P-T., « The Domestic Side of the ICTY Completion Strategy : focus on Bosnia and Herzegovina », *Revue internationale de droit pénal*, 2007, p. 183-207.

KAZADI MPIANA J., « La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG : regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2013, p. 315-352.

KEARNEY J. D., MERILL T. W., « The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court », *University of Pennsylvania Law Review*, p. 743-856.

KELLY J. P., « The Twilight of Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 449-543.

KESSEDIAN C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 135-147.

KINSCH P., « La méthode de la reconnaissance et le précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 213-224.

KLEIN P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *RBDI*, 1988, p. 184-216.

KLIP A., « Witnesses before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Revue internationale de droit pénal*, 1996, p. 267-295.

KOHEN M. G., « L'utilisation du précédent devant et par la CIJ : les immunités pénales des détenteurs de fonctions officielles à la lumière des affaires *Yerodia* et *Djibouti c. France* », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 255-261.

KOHEN M. G., « La requête à fin d'intervention du Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras)*. L'ordonnance de la Cour du 28 février 1990 et l'arrêt de la chambre du 13 septembre 1990 », *AFDI*, 1990, p. 341-367.

KOLB R., « La maxime de la "bonne administration de la justice" dans la jurisprudence internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 5-21.

KOPELMANAS L., « Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3 du Statut de la CPJI », *RGDIP*, 1936, p. 285-308.

KOVACS P., « Développements et limites de la jurisprudence en droit international », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, p. 269-341.

LAMBERT P., « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'expérience de l'intervention des barreaux », *RTDH*, 2006, p. 331-336.

LA ROSA A.-M., « La preuve », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 945-967.

LA ROSA A.-M., « Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit à un procès équitable », *RGDIP*, 1997, p. 945-986.

LATTANZI F., « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats », *RGDIP*, 1999, p. 425-444.

LAUCCI C., « Démystifier la participation des victimes devant la Cour pénale internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, 2012, p. 189-217.

LAUCCI C., « Tribunaux pénaux internationaux : pas de justice sans témoins », *L'Observateur des Nations Unies*, 1998, p. 199-235.

LE BRIS C., « Vers la "protection diplomatique" des non-nationaux victimes de violation des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2012, p. 329-347.

LE FLOCH G., « OMC, protection diplomatique et endossement », in TOMKIEWICZ V., avec la collaboration d'HOEFFNER W., PAVOT D. (Dir.), *Organisation mondiale du commerce et responsabilité. Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49-66.

LE FLOCH G., « L'urgence et la bonne administration de la justice internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 143-177.

LELARGE A., « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009-2, p. 23-51.

LEVINE E., « *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration : the Implications of an Increase in Third-Party Participation », *Berkeley Journal of International Law*, p. 200-224.

LIENARD Q., « Editorial », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009, p. 1-2.

LJUBOJA L., « Justice in an Uncooperative World : ICTY and ICTR Foreshadow ICC Ineffectiveness », *Houston journal of international law*, 2010, p. 767-804.

LOUNICI D., SCALIA D., « La première décision de la Cour pénale internationale relative aux victimes : état des lieux et interrogations », *Revue internationale de droit pénal*, 2005, p. 375-408.

LUCAS-ALBERNI K., « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la sécurité juridique », *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 479-523.

MACDONALD G. K., « Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY », *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 558-571.

MAISON R., « Immunités et tribunaux pénaux internationaux », in VERHOEVEN J. (Dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 190-218.

MARCEAU G., STILWELL M., « Practical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs before WTO Adjudicating Bodies », *Journal of International Economical Law*, 2001, p. 155-187.

MALENOVSKY J., « La pratique de la protection diplomatique dans les pays d'Europe centrale et orientale, en République tchèque en particulier », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales : actes de la Journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 97-103.

MALINVERNI G., « Les principes internationaux relatifs à une bonne administration de la justice », in BIAGGINI G., DIGGELMANN O., KAUFMANN C. (Dir.), *Polis und Kosmopolis : Festschrift für Daniel Thürer*, Zürich, Dicke, 2015, p. 473-483.

MALJEAN-DUBOIS S., MARTIN J.-C., « L'affaire de l'Usine Mox devant les Tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, p.437-471.

MARCEAU G., « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », in YERXA R. (Dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC : les dix premières années*, Genève, Organisation Mondiale du Commerce, 2007, p. 30-48.

MARION L., « La saisine de la CIJ par voie de compromis », *RGDIP*, 1995, p. 257-300.

MARTHA R. S., « World Trade Dispute Settlement and the Exhaustion of Local Remedies Rule », *Journal of World Trade*, 1996, p. 107-130.

MARTIN-CHENUT K., « Procès international et modèle de justice pénale », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 847-863.

MASSIDA P., WALTER C., « L'expression des vues et préoccupations des victimes dans les procédures devant la Cour pénale internationale : un premier bilan, principaux enjeux et perspectives », *L'Observateur des Nations Unies*, 2012, p. 163-187.

MAUREL R., « Le précédent jurisprudentiel international dans les conclusions des Rapporteurs publics », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 459-473.

MAYER P., « Le poids des témoignages dans l'arbitrage international », in D'AVOUT L. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, 2014, p. 525-531.

MBENGUE M. M., « Brèves réflexions sur quatre visages du (non ?) *stare decisis* en arbitrage d'investissement », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 341-345.

MEHDI R., « La preuve devant les juridictions communautaires », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2007, p. 165-181.

MEHDI R., « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », in BERR C. J. et al., *L'intégration européenne au XXI^{ème} siècle : en hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 113-136.

MENETREY S., « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, 2010, p. 1-19.

MENJUCQ M., « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in ANTAKI N. et al., *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 831-843.

MIGAZZI C., « Vers un dialogue des juridictions dans le domaine de l'énergie ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 269-291.

MILLER N., « An International Jurisprudence ? The Operation of "Precedent" across International Tribunals », *LJIL*, 2002, p. 483-526.

MORANCHEK L., « Protecting National Security Evidence While Prosecuting War Crimes : Problems and Lessons for International Justice from the ICTY », *The Yale journal of international law*, 2006, p. 477-501.

MOURRE A., « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspectives d'évolution », in ROSELL J. (Dir.), *Les arbitres internationaux, Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 153-164.

MOYER C., « The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights », in NIKKEN P. et al., *La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, San Jose, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, p. 119-133.

NAMOUNTOUGOU M. A., « La saisine du juge international africain des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 261-294.

NOUVEL Y., « Précisions sur le pouvoir du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie d'ordonner la production des preuves et la comparution des témoins : l'arrêt de la Chambre d'Appel du 29 octobre 1997 dans l'Affaire *Blaskić* », *RGDIP*, 1998, p. 157-164.

NOUVEL Y., « La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *RGDIP*, 1997, p. 905-943.

ORTINO F., « The Impact of *Amicus Curiae* Briefs in the Settlement of Trade and Investment Disputes », in MEESSEN K. M. (Ed.), *Economic Law as an Economic Good : its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Munich, Sellier, 2009, p. 301-316.

PACCAUD F., « La protection de l'environnement passée au crible du juge : dialogue ou renvoi ? », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 293-318.

PALCHETTI P., « La protection des intérêts d'Etats tiers par la Cour internationale de justice : l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria », *RGDIP*, 2003, p. 865-884.

PALCHETTI P., « Opening the International Court of Justice to Third States : Intervention and Beyond », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, p. 139-181.

PARODI F., « Les fonds internationaux en faveur des victimes », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 719-724.

PASTOR RIDRUEJO J., « La pratique espagnole de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales : actes de la Journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 109-113.

PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *International and comparative law quarterly*, 2002, p. 325-364.

PAUWELYN J., « Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement : Who Bears the Burden ? », *Journal of international economic law*, 1998, p. 227-258.

PELLET A., « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *ICSID Review*, 2013, p. 223-240.

PELLET A., « Land and Maritime Tripoints in International Jurisprudence », in HESTERMEYER H. P. (Dir.), *Coexistence, cooperation and solidarity : liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leyde, Nijhoff, 2012, p. 245-263.

PELLET A., « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in ANGELET N., CORTEN O., DAVID E., KLEIN P. (Dir.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1359-1382.

PELLET A., « Le projet d'articles sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », in KOHEN M. G. (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Calfisch*, Brill, Leyde, 2007, p. 1133-1155.

PELLET A., « Harmonie et contradictions de la justice internationale », in BEN ACHOUR R., LAGHMANI S. (Dir.), *Harmonie et contradictions du droit international, Colloque de la Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales de Tunis*, Paris, Pedone, 1996, p. 195-214.

PELLET S., « La place de la victime », ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 933-944.

PETROVIC V., « Les historiens comme témoins-experts au TPIY », in DELPA I., BESSONE M. (Dir.), *Peines de guerre : la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010, p. 119-135.

POWLES S., « International criminal courts : practice, procedure and problems relating to evidence : privilege from testimony at the ICTY and the ICTR », *The law and practice of international courts and tribunals*, 2003, p. 467-478.

POZEN J., « Justice Obscured : the Non-Disclosure of Witnesses' Identities in ICTR Trials », *New York University journal of international law and politics*, 2005-2006, p. 281-322.

PRATT M., « The Role of the Technical Expert in Maritime Delimitation Cases », in LAGONI R., VIGNES D. (Eds.), *Maritime Delimitation*, Leyde, Nijhoff, 2006, p. 79-94.

PUMA G., « Human Rights Law and Investment Law : Attempts at Harmonization Through a Difficult Dialogue Between Arbitrators and Human Rights Tribunals », in ARCARI M., BALMOND L. (Dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Centre de recherche franco-italien, Naples, Scientifica, 2014, p. 193-243.

QUENEUDEC J.-P., « A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal international du droit de la mer », *Annuaire du droit de la mer*, 2002, p. 79-92.

RAACH F., « La compétence des juridictions internes dans la répression des violations graves du droit humanitaire : la mise en œuvre de l'article 11 *bis* du règlement de procédure et de preuve du TPIR », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2009, p. 139-156.

RACINE J.-B., « Les entreprises et l'Organisation mondiale du Commerce », in GARCIA T., TOMKIEWICZ V. (Dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit. Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 231-243.

RESS G., « La pratique allemande de la protection diplomatique », in FLAUSS J.-F. (Dir.), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales : actes de la Journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 121-151.

RICHE D., « Ne pas suivre les précédents dans l'arbitrage international », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 383-396.

RIOS RODRIGUEZ J., « Expertise scientifique, normes techniques et bonne administration de la justice », *L'Observateur des Nations Unies*, 2009, p. 85-103.

RIOS RODRIGUEZ J., « Le juge et l'expert : la connaissance spécialisée dans les procès internationaux », in RUIZ-FABRI H., GRADONI L. (Dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 267-304.

RIVIER R., « La preuve devant les juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, Collection : Contentieux international, 2007, p. 9-54.

RÖBEN V., « Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale », *German Yearbook of International Law*, 1989, p. 382-407.

ROSENNE S., « Article 59 of the Statute of the International Court of Justice Revisited », in ROSENNE S., *Essays on international law and practice*, 2007, Leyde, Nijhoff, p. 129-159.

ROUSSEAU C., « Le règlement arbitral et judiciaire et les Etats tiers », in BAUGNIET J. et al., *Mélanges offerts à Henri Rolin : Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 300-310.

RUIZ-FABRI H., « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, p. 39-83.

RUIZ-FABRI H., « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 881-947.

RUIZ-FABRI H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (Dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherches du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 303-334.

RYDBERG A., « The protection of the interests of witnesses : the ICTY in comparison to the future ICC », *LJIL*, 1999, 455-478.

SAKAI H., « La bonne administration de la justice in the Incidental Proceedings of the International Court of Justice », *The Japanese Yearbook of International Law*, 2012, p. 110-133.

SALMON J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », in VASSART P. (Publ.), HAARSCHER G., INGBER L., VANDER ELST R. (Dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 21-47.

SALMON J. A., « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, 1964, p. 225-266.

SANTULLI C., « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation : éléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 85-98.

SANTULLI C., « Les juridictions de droit international : Essai d'identification », *AFDI*, 2001, p. 45-61.

SANTULLI C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58-81.

SAVADOGO L., « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, p. 231-258.

SCALIA D., « Le droit international pénal face aux victimes », in STRICKLER Y. (Dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 229-251.

SCHLIEMANN C., « Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration : a Deconstruction of the Procedure Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15 », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 365-390.

SCHUYLER G. T., « Power to the People : Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System », *Fordham Law Review*, 1997, p. 2275-2311.

SERENI A. P., « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *RGDIP*, 1964, p. 819-857.

SICILIANOS L.-A., « Le précédent et le dialogue des juges : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'Homme », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2015, p. 225-241.

SIDIBE M., « L'intervention devant la CIJ et le TIDM », in DOUMBE-BILLE S., GHERARI H., KHERAD R. (Dir.), *Droit, liberté, paix, développement : mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, Paris, Pedone, 2011, p. 273-288.

SIMMALA D-G., « La participation de la victime à la procédure devant le Tribunal spécial pour le Liban », *RQDI*, 2012, p. 143-174.

SIMON D., RIGAUX A., « Le "précédent" dans la jurisprudence du juge de l'Union », in BERROD F. et al., *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547-578.

SIMON D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : “je t’aime, moi non plus ?” », *Pouvoirs*, 2001, p. 31-49.

SOLANO MONGE A. S., « The expert testimony before the Inter-American Court of Human Rights », *ISLA Journal of International & Comparative Law*, 1999, p. 567-581.

SOREL J.-M., « Les tribunaux pénaux internationaux. Ombre et lumière d’une récente grande ambition », *Revue Tiers Monde*, 2011, p. 29-46.

SOUBEYROL J., « “*Forum prorogatum*” et Cour internationale de Justice, de la procédure contentieuse à la procédure consultative », *RGDIP*, 1972, p. 1098-1104.

SPERDUTI G., « Notes sur l’intervention en droit international », *AFDI*, 1984, p. 273-281.

STANGOS P., GRYLLOS G., « Le droit communautaire à l’épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 429-481.

STERN B., « L’intervention des tiers dans le contentieux de l’OMC », *RGDIP*, 2003, p. 257-303.

TALMON S., « Article 43 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 977-1038.

TAMS C. J., « Article 50 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1109-1118.

TAMS C. J., « Article 51 », in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1119-1128.

TANAKA Y., « Quelques observations sur deux approches jurisprudentielles en droit de la délimitation maritime : l’affrontement entre prévisibilité et flexibilité », *RBDI*, 2004, p. 419-455.

TENEKIDES C.-G., « Considérations sur la clause Calvo, essai de justification du système de la nullité intégrale », *RGDIP*, 1936, p. 270-284.

THOUVENIN J.-M., « L’arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l’affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *AFDI*, 1995, p. 328-353.

TOMKA P., « Custom and the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 195-216.

TOMKIEWICZ V., « OMC et équité », in TOMKIEWICZ V., avec la collaboration de GARCIA T., PAVOT D. (Dir.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC. Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010*, Paris, Pedone, 2012, p. 153-168.

TORRES BERNARDEZ S., « The new theory of “indispensable parties” under the Statute of the International Court of Justice », in WELLENS K. (Ed.), *International law : theory and practice : Essays in honour of Eric Suy*, La Haye, Nijhoff, 1998, p. 737-750.

TOUZE S., « L'affaire des emprunts russes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 283-316.

TRACOL X., « The precedent of Appeals Chambers decisions in the International Criminal Tribunals », *LJIL*, 2004, p. 67-102.

TREVES T., « Cross-fertilization between different international courts and tribunals : the Mangouras Case », in HESTERMEYER H. P. (Dir.), *Coexistence, cooperation and solidarity : liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leyde, Nijhoff, 2012, p. 1787-1796.

TREVES T., « Le Règlement du Tribunal international du droit de la mer entre tradition et innovation », *AFDI*, 1997, p. 341-367.

TRIBOLO J., « L'articulation des compétences des juridictions internes avec celles des juridictions nationales », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (Dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 1039-1054.

VAILHE J., « Les opinions individuelles des juges devant les Tribunaux internationaux », in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (Dir.), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 443-449.

VAN DEN EYNDE L., « An Empirical Look at the *Amicus Curiae* Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights, Netherlands Institute of Human Rights*, 2013, p. 271-313.

VELU J., « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », in DELPEREE F., VERHOEVEN J. et al., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 527-562.

VELU J., « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in MELCHIOR M., EISSEN M.-A. et al. (Dir.), *Introduire un recours à Strasbourg ?*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 153-202.

VINCENT J., « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité ? », *La revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2010, p. 79-104.

VITANYI B., « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” », *RGDIP*, 1982, p. 48-116.

VITANYI B., « La signification de la généralité des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536-545.

WALLET-HOUGET J., « La participation des ONG au mécanisme de règlement des différends de l'OMC : une perspective environnementale », *RQDI*, 2005, p. 127-169.

WALLEYN L., « Victimes et témoins de crimes internationaux : du droit à une protection au droit à la parole », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2002, p. 51-78.

WECKEL P., « L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI*, 1993, p. 232-261.

WEIL P., « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in MAKARCZYK J. (Ed.), *Theory of international law at the treshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 833-848.

WEIL P. « La technique “comme partie intégrante du droit international” : à propos des méthodes de délimitation des juridictions maritimes, in CARREAU D., DAUDET Y. et al., *Droits et libertés à la fin du XXème siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 347-359.

WIEBRINGHAUS H., « La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme », *AFDI*, 1959, p. 685-704.

WOLFRUM R., « Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », in CHANDRASEKHARA RAO P., KHAN R. (Eds.), *The international Tribunal for the Law of the Sea : Law and Practice*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, p. 161-172.

WYLER E., « La protection diplomatique : la concurrence des réclamations », in CAHIN G., LAGRANGE E., POIRAT F. (Dir.), *Les compétences de l'État en droit international. Colloque*

de l'Université Rennes 1 (du 2 au 4 juin 2005), Paris, Pedone, 2006, p. 239-262.

ZONNEKYN G. A., « The Appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case : An Echternach Procession ? », *Journal of World Trade*, 2001, p. 553-569.

1.6. Références doctrinales accessibles en ligne

AMERASINGHE C.F., *Diplomatic Protection*, Oxford, Oxford University Press : Oxford Scholarship Online, 2008.

DUGARD J., « Articles sur la protection diplomatique », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2014 (www.un.org/law/avl).

EASTERDAY J., « Protection des témoins : bilan du procès Lubanga », *Le procès de Lubanga à la Cour pénale internationale*, 26 juin 2009 (<http://tinyurl.com/y6ubhhsz>).

ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002 (<http://tinyurl.com/zgh42mx>).

BONNEUIL C., LEVIDOW L., « Une science du libre-échange ? La mise en scène de l'expertise scientifique à l'OMC », *Hermès*, 2012 (<http://tinyurl.com/h22x7wj>).

GIANNOPOULOS C., *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public de l'Université de Strasbourg, soutenue le 9 novembre 2017, 750 p. (<https://www.theses.fr/2017STRAA031>).

LAMBERT-ABDELGAWAD E., « La Cour européenne des droits de l'Homme et le traitement de la connaissance scientifique sur la nocivité des ondes électromagnétiques, produits chimiques et autres activités polluantes », *Vertigo, La revue électronique en sciences de l'environnement*, 2016 (<http://tinyurl.com/jxakejt>).

« Les témoins de la CPI sont-ils suffisamment protégés ? », *#JusticeGlobale*, 20 mai 2015 (<http://tinyurl.com/y7fbcav9>).

LIMA L.-C. « Weighing the evidential value of expert opinion : The *Whaling Case* », *QIL*, 2015, p. 31-38 (<http://tinyurl.com/h8ctjag>).

MBENGUE M. M., « Between law and science : A commentary on the *Whaling in the Antarctic case* », *QIL*, 2015, p. 3-12 (<http://tinyurl.com/pvt6964>).

NAGY P., « L'affaire Arctic Sunrise devant le TIDM : étude comparée de la possibilité pour les ONG d'obtenir le statut d'*amicus curiae* devant une juridiction internationale », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Ouest*, 2014, (<https://blogs.parisnanterre.fr/content/laffaire-arctic-sunrise-devant-le-tidm-étude-comparée-de-la-possibilité-pour-les-ong-dobteni>).

NGUYEN N. H., *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, Thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue le 2 juillet 2015, 476 p (<https://www.theses.fr/2015AIXM1034.pdf>).

POLICHINELLE R., « Procès Gbagbo : Le témoin Adomo Bonaventure craint pour sa sécurité à Abidjan », *Afrique sur 7*, 10 février 2017 (<http://tinyurl.com/y8bm3rk4>).

RFI, « Procès Gbagbo : divulgation de noms de témoins protégés, la CPI enquête », *RFI Afrique*, 6 février 2016 (<http://tinyurl.com/y9b85rw3>).

SCOVAZZI T., « Between law and science : Some considerations inspired by the *Whaling in the Antarctic* judgment », *QIL*, 2015, p. 13-30 (<http://tinyurl.com/o5qmyq6>).

TRIBOLO J., *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public de l'Université d'Aix-Marseille, présentée et soutenue le 28 mars 2017, 463 p. (<https://www.theses.fr/2017AIXM0071>).

TRUILHE-MARENGO E., « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC, la gouvernance confiée aux experts ? », *Vertigo, La revue électronique en sciences de l'environnement*, 2009 (<http://tinyurl.com/jz2cwf>).

2. Jurisprudence

2.1. Sentences arbitrales

CPA, *Boutres de Mascate* (France / Grande-Bretagne), Sentence, 8 août 1905, *RSA*, vol. XI., p. 83-100.

CPA, *Larsen c. Royaume de Hawaïi*, Sentence, 5 février 2001.

CPA, *Romak S. A. c. Ouzbékistan*, Sentence, 23 novembre 2009.

CPA, *Eureko B. V. Slovaquie*, Décision sur la compétence, 26 octobre 2010.

NAFTA/UNCITRAL, *Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae » in the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade*

Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation (Claimant) v. United States of America (Respondent), Décision du 15 janvier 2001.

NAFTA, *Petitions for Intervention and Participation as « Amici Curiae », in the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*, Décision du 17 octobre 2001.

NAFTA/UNCITRAL/ICSID, *Application and Submission by Quechuan Indian Nation in the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the American Free Trade Agreement (NAFTA) in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) between Glamis Gold Ltd (Claimant) v. The United States of America (Respondent)*, Décision du 16 septembre 2005.

Sentence arbitrale, *Frontière entre la colonie de Guyane britannique et les Etats-Unis du Venezuela*, Décision du 3 octobre 1899, *RSA*, vol. XXVIII, p. 331-340.

Sentence arbitrale, *Delimitation of the frontier line between Bolivia and Peru*, Décision du 9 juillet 1909, *RSA*, vol. XI, p. 133-146.

Sentence arbitrale, Commission mixte de réclamations américano-allemandes, *Veuves du Lusitania*, Décision du 1^{er} novembre 1923, *RSA*, vol. VII, p. 32-44.

Sentence arbitrale, Commission des réclamations Etats-Unis / Allemagne, *Mackenzie and others v. Germany*, Décision du 30 octobre 1925, *UN Reports*, vol. VII, p. 288-292.

Sentence arbitrale, *William A. Parker (U.S.A v. United Mexican States)*, Décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol. IV, p. 35-41.

Sentence arbitrale, Commission générale des réclamations Etats-Unis / Mexique, *North American Dredging Company of Texas*, Décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol. IV., p. 26-35.

Sentence arbitrale, Commission de réclamations Royaume-Uni / Mexique, *Mexican Union Railway (Ltd.)*, Décision du 21 février 1930, *RSA*, vol. V., p. 115-129.

Sentence arbitrale, Commission des réclamations Etats-Unis / Mexique, *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, Décision de juillet 1931, *RSA*, vol. IV, p. 669-691.

Sentence arbitrale, *Forêts du Rhodope central (question préalable) (Grèce c. Bulgarie)*, Décision du 4 novembre 1931, *RSA*, vol. III, p. 1389-1404.

Sentence arbitrale, *Forêts du Rhodope Central* (fond) (Grèce c. Bulgarie), Décision du 29 mars 1933, *RSA*, vol. III, p. 1405-1436.

Sentence arbitrale, Tribunal arbitral (Etats-Unis / Egypte), *Salem*, Décision du 8 juin 1932, *RSA*, vol. II, p. 1161-1237.

Sentence arbitrale, *Affaire Junghans* (première partie) (Allemagne c. Roumanie), Décision du 7 juillet 1939, *RSA*, vol. III., p. 1845-1859.

Sentence arbitrale, *Affaire Junghans* (deuxième partie) (Allemagne c. Roumanie), Décision des 21-29 octobre 1940, *RSA*, vol. III., p. 1883-1891.

Sentence arbitrale, *Trail Smelter Case* (Etats-Unis / Canada), Décision du 11 avril 1941, *RSA*, vol. III., p. 1938-1982.

Sentence arbitrale, *Plateau continental de la mer d'Iroise* (France / Royaume-Uni), Décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 3-337.

Sentence arbitrale, *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau* (Guinée / Guinée Bissau), Décision du 14 février 1985, *RSA*, vol. XIX, p. 149-196.

Sentence arbitrale, *Délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada (Saint-Pierre et Miquelon)* (France / Canada), Décision du 10 juin 1992, *RSA*, vol. XXI, p. 265-341.

Sentence arbitrale, *Second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)* (Yémen / Erythrée), Décision du 17 décembre 1999, *RSA*, vol. XXII, p. 335-410.

Sentence arbitrale, *Rhin de fer* (Belgique / Pays-Bas), Décision du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, p. 1-105.

Sentence arbitrale, *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them* (Trinité-et-Tobago / Barbade), Décision du 11 avril 2006, *RSA*, vol. XXVII, p. 147-251.

Sentence arbitrale, *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (Guyane / Suriname), Décision du 17 septembre 2007, *RSA*, vol. XXX, p. 1-144.

2.2. Cour permanente de Justice internationale

CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif, 7 février 1923, Série B.

CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt (question d'intervention de la Pologne), 28 juin 1923, Série A.

CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif, 23 juillet 1923, Série B.

CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt, 17 août 1923, Série A.

CPJI, *Jaworzina*, avis consultatif, 6 décembre 1923, Série B.

CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), 30 août 1924, Série A.

CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt, 26 mars 1925, Série A.

CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, 16 mai 1925, Série B.

CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt (exceptions préliminaires), 25 août 1925, Série A.

CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt (fond), 25 mai 1926, Série A.

CPJI, *Lotus*, arrêt, 27 septembre 1927, Série A.

CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt (réadaptation) (compétence), 10 octobre 1927, Série A.

CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt, 16 décembre 1927, Série A.

CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, 3 mars 1928, Série B.

CPJI, *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt, 26 avril 1928, Série A.

CPJI, *Usine de Chorzów*, arrêt (demande en indemnité) (fond), 13 septembre 1928, Série A.

CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance, 19 août 1929, Série A.

CPJI, *Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927*, avis consultatif, 8 mars 1932, Série A/B.

CPJI, *Zones franches*, arrêt, 7 juin 1932, Série A/B.

CPJI, *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt, 5 avril 1933, Série A/B.

CPJI, *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pàzmány c. Etat Tchécoslovaque)*, arrêt, 15 décembre 1933, Série A/B.

CPJI, *Oscar Chinn*, arrêt, 12 décembre 1934, Série A/B.

CPJI, *Ecoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 6 avril 1935, Série A/B.

CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 28 février 1939, Série A/B.

CPJI, *Compagnie d'Electricité de Sofia et Bulgarie*, arrêt (exception d'incompétence), 4 avril 1939, Série A/B.

CPJI, *Société commerciale de Belgique*, arrêt, 15 juin 1939, Série A/B.

2.3. Cour internationale de Justice

CIJ, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*, avis consultatif, 28 mai 1948.

CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), ordonnance (expertise), 17 décembre 1948.

CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt (fond), 9 avril 1949.

CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt (réparation), 15 décembre 1949.

CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949.

CIJ, *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif, 3 mars 1950.

CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif, 30 mars 1950.

CIJ, *Droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950.

CIJ, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), arrêt, 13 juin 1951.

CIJ, *Pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt, 18 décembre 1951.

CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt (exception préliminaire), 18 novembre 1953.

CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943* (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 15 juin 1954.

CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955.

CIJ, *Antarctique* (Royaume-Uni c. Argentine et Royaume-Uni c. Chili), requêtes introductives d'instance, 4 mai 1955.

CIJ, *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, avis consultatif, 1^{er} juin 1956.

CIJ, *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, avis consultatif, 23 octobre 1956.

CIJ, *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt (exceptions préliminaires), 6 juillet 1957.

CIJ, *Interhandel* (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (exceptions préliminaires), 21 mars 1959.

CIJ, *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israël c. Bulgarie), arrêt, 26 mai 1959.

CIJ, *Temple de Préah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt (exceptions préliminaires), 26 mai 1961.

CIJ, *Temple de Préah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt (fond), 15 juin 1962.

CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif, 20 juillet 1962.

CIJ, *Sud-Ouest africain* (Libéria et Ethiopie c. Afrique du Sud), arrêt (exceptions préliminaires), 21 décembre 1962.

CIJ, *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), arrêt (exceptions préliminaires), 2 décembre 1963.

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (exceptions préliminaires), 24 juillet 1964.

CIJ, *Sud-Ouest africain* (Libéria et Ethiopie c. Afrique du Sud), arrêt (deuxième phase), 18 juillet 1966.

CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne / Danemark ; République fédérale d'Allemagne / Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969.

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962), arrêt (deuxième phase), 5 février 1970.

CIJ, *Demande de réformation du jugement n°158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif, 12 juillet 1973.

CIJ, *Compétence en matière de pêcheries* (République fédérale d'Allemagne c. Islande), arrêt, 25 juillet 1974.

CIJ, *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande), arrêt, 25 juillet 1974.

CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), arrêt (compétence et recevabilité), 20 décembre 1974.

CIJ, *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), arrêt, 19 septembre 1978.

CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, 24 mai 1980.

CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt (requête de Malte à fin d'intervention), 14 avril 1981.

CIJ, *Plateau continental* (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, 24 février 1982.

CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt (requête de l'Italie à fin d'intervention), 21 mars 1984.

CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (Canada / Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 12 octobre 1984.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (compétence de la Cour et recevabilité de la requête), 26 novembre 1984.

CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne / Malte), arrêt, 3 juin 1985.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 1986.

CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / République du Mali), arrêt, 22 décembre 1986.

CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, 20 décembre 1988.

CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, 20 juillet 1989.

CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, 15 décembre 1989.

CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras), arrêt (requête du Nicaragua à fin d'intervention), 13 septembre 1990.

CIJ, *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), arrêt, 26 juin 1992.

CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenant)), arrêt, 11 septembre 1992.

CIJ, *Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt, 30 juin 1995.

CIJ, *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), ordonnance (mesures conservatoires, compétence et recevabilité, intervention), 22 septembre 1995.

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996.

CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, 8 juillet 1996.

CIJ, *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 12 décembre 1996.

CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie / Slovaquie), arrêt, 25 septembre 1997.

CIJ, *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance (mesures conservatoires), 9 avril 1998.

CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), arrêt (exceptions préliminaires), 11 juin 1998.

CIJ, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, 29 avril 1999.

CIJ, *Ile de Kasikili / Sedudu* (Botswana / Namibie), arrêt, 13 décembre 1999.

CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde), arrêt, 21 juin 2000.

CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt, 16 mars 2001.

CIJ, *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 2001.

CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie / Malaisie), arrêt (requête des Philippines à fin d'intervention), 23 octobre 2001.

CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, 14 février 2002.

CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)), arrêt, 10 octobre 2002.

CIJ, *Plates-formes pétrolières* (République Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt (fond), 6 novembre 2003.

CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 31 mars 2004.

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004.

CIJ, *Différend frontalier* (Bénin / Niger), arrêt, 12 juillet 2005.

CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, 19 décembre 2005.

CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, 26 février 2007.

CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (exceptions préliminaires), 24 mai 2007.

CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, (Nicaragua c. Honduras), arrêt, 8 octobre 2007.

CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt (exceptions préliminaires), 18 novembre 2008.

CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 19 janvier 2009.

CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire*, (Roumanie c. Ukraine), arrêt, 3 février 2009.

CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, 20 avril 2010.

CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (fond), 30 novembre 2010.

CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt, 1^{er} avril 2011.

CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Costa Rica à fin d'intervention), 4 mai 2011.

CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt (requête du Honduras à fin d'intervention), 4 mai 2011.

CIJ, *Jugement n°2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, avis consultatif, 1^{er} février 2012.

CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), arrêt, 3 février 2012.

CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt (indemnisation), 19 juin 2012.

CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt, 19 novembre 2012.

CIJ, *Différend frontalier* (Burkina Faso / Niger), arrêt, 16 avril 2013.

CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, 31 mars 2014.

CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), arrêt, 3 février 2015.

CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et CIJ, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, 16 décembre 2015.

CIJ, *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 (exceptions préliminaires), 17 mars 2016.

CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 2 février 2018.

2.4. Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail

TAOIT, *Jurado*, Jugement n°70, 11 septembre 1964.

2.5. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Tribunal CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Sentence, 27 juin 1990, ARB/87/3.

Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori S. p. A. et Italstrade S. p. A. c. Royaume du Maroc*, Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, ARB/00/4.

Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les parties, 25 septembre 2001, ARB/98/2.

Tribunal CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Sentence, 16 décembre 2002, ARB(AF)/99/1.

Tribunal CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, Sentence, 29 mai 2003, ARB(AF)/00/2.

Tribunal CIRDI, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Sentence, 26 juin 2003, ARB(AF)/98/3.

Tribunal CIRDI, *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 avril 2004, ARB/02/18.

Tribunal CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte*, Sentence, 6 août 2004, ARB/03/11.

Tribunal CIRDI, *Consortio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. Algérie*, Sentence, 10 janvier 2005, ARB/03/08.

Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, 19 mai 2005, ARB/03/19.

Tribunal CIRDI, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Décision sur la compétence, 27 avril 2006, ARB/03/15.

Tribunal CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, Sentence, 14 juillet 2006, ARB/01/12.

Tribunal CIRDI, *Saipem S. p. A. c. République populaire du Bangladesh*, Décision sur la compétence et Recommandation mesures provisoires, 21 mars 2007, ARB/05/07.

Tribunal CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, Sentence, 25 juillet 2007, ARB/02/1.

Tribunal CIRDI, *City Oriente Ltd. c. Equateur*, Décision sur les mesures provisoires, 19 novembre 2007, ARB/06/21.

Tribunal CIRDI, *The Rompetrol Group N. V. v. Romania*, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 avril 2008, ARB/06/3.

Tribunal CIRDI, *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*, Order Concerning the Participation of a Counsel, 6 mai 2008, ARB/05/24.

Tribunal CIRDI, *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, Sentence, 3 novembre 2008, ARB/05/03.

Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation c. Grenade*, Sentence, 13 mars 2009, ARB/05/14.

Tribunal CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. c. Pakistan*, Sentence, 27 août 2009, ARB/03/19.

Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et InterAgua Servicios Integrales de Agua S. A. c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, ARB/03/17.

Tribunal CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, ARB/03/19.

Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, Décision sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, ARB/07/02.

Tribunal CIRDI, *RSM Production Corporation et al. c. Grenade*, Sentence, 10 décembre 2010, ARB/10/6.

Tribunal CIRDI, *ABCI Investments N. V. c. Tunisie*, Décision sur la compétence, 18 février 2011, ARB/04/12.

Tribunal CIRDI, *Abaclat et al. c. Argentine*, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, ARB/07/05.

Tribunal CIRDI, *Swisslion DOO Skopje v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Sentence, 6 juillet 2012, ARB/09/16.

Tribunal CIRDI, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, Sentence, 22 août 2012, ARB/05/1.

Tribunal CIRDI, *Bosh International, Inc. et B&P Ltd. Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, Sentence, 25 octobre 2012, ARB/08/11.

Tribunal CIRDI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*, Decision on Bifurcation, 5 mars 2013, ARB/11/28.

Tribunal CIRDI, *Kiliç Insaat Ithalat Iharacat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi c. Turkménistan*, Sentence, 2 juillet 2013, ARB/10/1.

Tribunal CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 19 mai 2014, ARB/07/29.

Tribunal CIRDI, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. Italie*, Sentence, 27 décembre 2016, ARB/14/3.

Tribunal CIRDI, *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italie*, Sentence, 20 mars 2017, ARB/15/50.

2.6. Mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce

Etats-Unis - *Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, Rapport du Groupe spécial adopté par le Comité des subventions et des mesures compensatoires, SCM/153, 28 avril 1994.

Etats-Unis – *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS26/R, 18 août 1997.

Argentine – *Mesures affectant les importations de chaussures, textiles vêtements et autres articles*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS56/R, 25 novembre 1997.

Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998.

Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998.

Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, arbitrage au titre de l'article 21:3 c), Décision de l'arbitre, WT/DS48/13, 29 mai 1998.

Australie – *Mesures visant les importations de saumons*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS18/R/, 12 juin 1998.

Etats Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

Japon – *Mesures visant les produits agricoles*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS76/R, 27 octobre 1998.

Japon – *Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS76/AB/R, 22 février 1999.

Turquie – *Restrictions quantitatives à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS34, 31 mai 1999.

Canada – *Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, recours à l'article 21:5, Rapport du Groupe spécial, WT/DS70/RW, 9 mai 2000.

Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminé à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/138/AB/R, 10 mai 2000.

Communautés européennes – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

Communautés européennes – *Désignation commerciale des sardines*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

Japon – *Mesures visant l'importation de pommes*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS245/R, 15 juillet 2003.

Etats-Unis – *Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS322/R, 20 septembre 2006.

Etats-Unis – *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS344/AB/R, 30 avril 2008.

Etats-Unis – *Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008.

Etats-Unis – *Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS350/AB/R, 4 février 2009.

2.7. Tribunal international du droit de la mer

TIDM, *Affaire du Navire « Saïga » (No. 1)* (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, 4 décembre 1997.

TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (No. 2)* (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, 1^{er} juillet 1999.

TIDM, *Affaire du « Camouco »* (Panama c. France), arrêt, 7 février 2000.

TIDM, *Affaire du « Monte Confurco »* (Seychelles c. France), arrêt, 18 décembre 2000.

TIDM, *Affaire du « Grand Prince »* (Belize c. France), arrêt, 20 avril 2001.

TIDM, *Affaire du « Chaisiri Reefer 2 »* (Panama c. Yémen), ordonnance, 13 juillet 2001.

TIDM, *Affaire du « Volga »* (Fédération de Russie c. Australie), arrêt, 23 décembre 2002.

TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), ordonnance (mesures conservatoires), 8 octobre 2003.

TIDM, *Affaire du « Juno Trader »* (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau), arrêt, 18 décembre 2004.

TIDM, *Affaire du « Hoshinmaru »* (Japon c. Fédération de Russie), arrêt, 6 août 2007.

TIDM, *Affaire du « Tomimaru »* (Japon c. Fédération de Russie), arrêt, 6 août 2007.

TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, avis consultatif, 1^{er} février 2011.

TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale* (Bangladesh / Myanmar), arrêt, 14 mars 2012.

TIDM, *Affaire du navire « Louisa »* (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne), arrêt, 28 mai 2013.

TIDM, *Affaire de l'« Artic Sunrise »* (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), ordonnance (mesures conservatoires), 22 novembre 2013.

TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »* (Panama / Guinée-Bissau), arrêt, 14 avril 2014.

TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous régionale des pêches (CSRP)*, avis consultatif, 2 avril 2015.

TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique* (Ghana / Côte d'Ivoire), arrêt, 23 septembre 2017.

2.8. Commission européenne des droits de l'Homme et Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt, 18 janvier 1978.

Commission EDH, *Bertrand Russel Peace Foundation Ltd c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité, 2 mai 1978.

CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt, 24 octobre 1979.

CEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt, 13 août 1981.

CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt, 27 septembre 1990.

CEDH, *Papamichalopoulos c. Grèce*, arrêt, 31 octobre 1995.

CEDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 18 janvier 2001.

CEDH, *Karner c. Autriche*, arrêt, 24 juillet 2003.

CEDH, *Herz c. Allemagne*, arrêt, 12 juin 2003.

CEDH, *Vo c. France*, arrêt, Grande Chambre, 8 juillet 2004.

CEDH, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 4 février 2005.

CEDH, *Öcalan c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 12 mai 2005.

CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, arrêt, Grande Chambre, 30 juin 2005.

CEDH, *Kyprianou c. Chypre*, arrêt, Grande Chambre, 15 décembre 2005.

CEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, arrêt, Grande Chambre, 19 avril 2007.

CEDH, *E. B. c. France*, arrêt, Grande Chambre, 22 janvier 2008.

CEDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 29 janvier 2008.

CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, arrêt, 12 février 2008.

CEDH, *Opuz c. Turquie*, arrêt, 9 juin 2009.

CEDH, *Géorgie c. Russie (I)*, décision sur la recevabilité, 30 juin 2009.

CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, arrêt, 7 janvier 2010.

CEDH, *Gäfgen c. Allemagne*, arrêt, Grande Chambre, 1^{er} juin 2010.

CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 7 juillet 2011.

CEDH, *Bayatyan c. Arménie*, arrêt, Grande Chambre, 7 juillet 2011.

CEDH, *Géorgie c. Russie (II)*, décision sur la recevabilité, 13 décembre 2011.

CEDH, *Zontul c. Grèce*, arrêt, 17 janvier 2012.

CEDH, *Cristian Teodorescu c. Roumanie*, arrêt, 29 juin 2012.

CEDH, *Sabri Güneş c. Turquie*, arrêt, Grande Chambre, 29 juin 2012.

CEDH, *Nada c. Suisse*, arrêt, Grande Chambre, 12 septembre 2012.

CEDH, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 14 janvier 2014.

CEDH, *Ruiz Rivera c. Suisse*, arrêt, 18 février 2014.

CEDH, *Marguš c. Croatie*, arrêt, Grande Chambre, 27 mai 2014.

CEDH, *Géorgie c. Russie (I)*, arrêt, 3 juillet 2014.

CEDH, *The Center for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, arrêt, Grande Chambre, 17 juillet 2014.

CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt, Grande Chambre, 16 septembre 2014.

CEDH, *Kapetanios et autres c. Grèce*, arrêt, 30 avril 2015.

CEDH, *Delfi AS c. Estonie*, arrêt, Grande Chambre, 16 juin 2015.

CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management c. Suisse*, arrêt, Grande Chambre, 21 juin 2016.

CEDH, *Svetina c. Slovénie*, arrêt, 22 mai 2018.

CEDH, *Dimitras c. Grèce*, arrêt, 29 mai 2018.

CEDH, *Bagniewski c. Pologne*, arrêt, 31 mai 2018.

2.9. Cour interaméricaine des droits de l'Homme

CIADH, « *Other Treaties* » *Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Article 64 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion of September 24, 1982.

CIADH, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988 (*Merits*).

CIADH, *Benavides Cevallos c. Equateur*, arrêt, 19 juin 1998 (*fond, réparations, frais et dépens*).

CIADH, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion of September 17, 2003.

CIADH, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Judgment of November 28, 2003 (*Competence*).

CIADH, *Huilca-Tesce v. Peru*, Judgment of March 3, 2005 (*Merits, Reparation and Costs*).

CIADH, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment of March 11, 2005 (*Merits, Reparation and Costs*).

CIADH, *Yatama c. Nicaragua*, arrêt, 23 juin 2005 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*).

CIADH, *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, Judgment of January 31, 2006 (*Merits, Reparation and Costs*).

CIADH, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, arrêt, 26 septembre 2006 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*).

CIADH, « *Article 55 of the American Convention on Human Rights* », Advisory Opinion of September 29, 2009.

CIADH, *Manuel Cepeda Vargas c. Colombie*, arrêt, 26 mai 2010 (*exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*).

CIADH, *Fleury et autres c. Haïti*, arrêt, 23 novembre 2011 (*fond et réparations*).

CIADH, *López Lone et al. v. Honduras*, Judgment of October 5, 2015 (*Preliminary objection, Merits, Reparation and Costs*).

2. 10. Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples et Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples

Commission ADH, *Interights c. Ethiopie et Interights c. Erythrée*, Communications 233/99 et 234/99, 29 mai 2003.

Commission ADH, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. l'Etat du Kenya*, Communication 276/03, 25 novembre 2009.

Commission ADH, *Kenneth Good c. République du Botswana*, Communication 313/05, 26 mai 2010.

Commission ADH, *Samuel Muzerengwa et 110 autres c. Zimbabwe*, Communication 306/05, 1^{er} mars 2011.

Commission ADH, *Front de libération de l'Etat du Cabinda c. République d'Angola*, Communication 328/06, 5 novembre 2013.

CADH, *Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples c. Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, arrêt, 15 mars 2013.

CADH, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, arrêt, 5 décembre 2014.

CADH, *Wilfred Onyango et autres c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 18 mars 2016.

CADH, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, ordonnance, 18 mars 2016.

CADH, *Kennedy Owino Onyachi et autres c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 28 septembre 2017.

CADH, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, arrêt, 24 novembre 2017.

CADH, *Nguza Viking, Johnson Nguza c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 23 mars 2018.

CADH, *APDF et IHRDA c. République du Mali*, arrêt, 11 mai 2018.

CADH, *Amiri Ramadhani c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 11 mai 2018.

CADH, *George Maili Kemboge c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 11 mai 2018.

2.11. Cour de Justice de l'Union européenne

CJUE, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare et Attorney General*, arrêt, 25 juillet 1991, C-208/90.

CJUE, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, arrêt, 24 novembre 1993, affaires jointes C-267/91 et C-268/91.

CJUE, *P c. S et Cornwall County Council*, arrêt, 30 avril 1996, C-13/94.

CJUE, *Fantask A / S e. a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, arrêt, 2 décembre 1997, C-188/95.

CJUE, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*, arrêt, 17 février 1998, C-249/96.

CJUE, *Commission des Communautés européennes c. République Fédérale d'Allemagne*, arrêt, 10 avril 2003, affaires jointes C-20/01 et C-28/01.

CJUE, *HLH Warenvertriebs GmbH et Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, arrêt, 9 juin 2005, affaires jointes C-211/03, C-299/03, C-316/03, C-317/03 et C-318/03.

TPICE, *Ayadi c. Conseil*, arrêt, 12 juillet 2006, T-253/02.

TPICE, *Hassan c. Conseil et Commission*, arrêt, 12 juillet 2006, T-49/04.

CJUE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, arrêt, 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 et C-415/05.

CJUE, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, arrêt, Grande Chambre, 17 juin 2010, C-31/09.

CJUE, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider*, arrêt, Grande Chambre, 9 novembre 2010, C-137/08.

CJUE, *Commission européenne, Royaume-Uni et Conseil de l'Union européenne c. Yassin Abdullah Kadi*, arrêt, Grande Chambre, 18 juillet 2013, C-584/10P.

CJUE, *InnoLux Corp. c. Commission européenne*, arrêt, 9 juillet 2015, C-231/14P.

CJUE, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. Vlaams Gewest*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 29 mai 2018, C-426/16.

CJUE, *Lucia Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 5 juin 2018, C-677/16.

CJUE, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, arrêt (renvoi préjudiciel), Grande Chambre, 5 juin 2018, C-210/16.

2.12. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c. Simić et consorts*, Acte d'accusation initial, 21 juillet 1995, IT-95-9.

TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre d'appel, arrêt du 2 octobre 1995, IT-94-I.

TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Chambre de première instance I, jugement du 7 mai 1997, IT-94-1-T.

TPIY, *Le Procureur c. Zelenović et al.*, Premier acte d'accusation modifié, 7 octobre 1999, IT-96-23-I.

TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelisić (« Brčko »)*, Chambre de première instance I, jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10-T.

TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, IT-95-16-T.

TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, IT-95-14/1-A.

TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, IT-95-14-T.

TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre d'appel, arrêt du 21 juillet 2000, IT-95-17/1-A.

TPIY, *Le Procureur c. Mucić et consorts (« Camp de Čelebić »)*, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, IT-96-21-A.

TPIY, *Le Procureur c. Kordić & Čerkez (« Vallée de la Lašva »)*, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001, IT-95-14/2-T.

TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, Chambre d'appel, décision du 25 mai 2001, IT-98-30/1-AR73.5.

TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić (« Srebrenica-Corps de la Drina »)*, Chambre d'appel, arrêt du 2 août 2001, IT-98-33-T.

TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts (« Camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje »)*, Chambre d'appel, arrêt du 28 février 2005, IT-98-30/1-A.

TPIY, *Ordonnance tenant lieu d'acte d'accusation pour outrage concernant Dragan Jokić*, Chambre de première instance II, 1^{er} novembre 2007, IT-05-88-R77.1

TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre d'appel, arrêt du 3 juillet 2008, IT-03-68-A.

TPIY, *Le Procureur c. Boškoski & Tarčulovski*, Chambre de première instance II, jugement du 10 juillet 2008, IT-04-82-T.

TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar (« Dubrovnik »)*, Chambre d'appel, arrêt du 17 juillet 2008, IT-01-42-A.

TPIY, *Le Procureur c. Milan Martić (« RSK »)*, Chambre d'appel, arrêt du 8 octobre 2008, IT-95-11-A.

TPIY, *Le Procureur c. Popović et consorts (« Srebrenica »)*, Chambre de première instance II, jugement du 10 juin 2010, IT-05-88-T.

TPIY, *Version publique expurgée du jugement relatif aux allégations d'outrage*, Chambre de première instance II, 24 février 2012, IT-95-5/18-R77.2.

TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre d'appel, arrêt du 28 février 2013, IT-04-81-A.

TPIY, *Le Procureur c. Prlić et al.*, Chambre de première instance III, jugement du 29 mars 2013, IT-04-74-T.

TPIY, *Le Procureur c. Šainović et consorts (Milutinović et consorts)*, Chambre d'appel, arrêt du 23 janvier 2014, IT-05-87-A.

TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre d'appel, décision du 20 mars 2014, IT-04-81-A.

TPIY, *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, Chambre d'appel, arrêt du 8 avril 2015, IT-05-88/2-A.

2. 13. Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998.

TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Chambre de première instance III, jugement et sentence du 15 mai 2003, ICTR-97-20-T.

TPIR, *Georges Anderson Nderubmwe Rutaganda c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 26 mai 2003, ICTR-96-3-A.

TPIR, *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze*, Chambre de première instance I, jugement et sentence du 3 décembre 2003, ICTR-99-52-T.

TPIR, *Le Procureur c. Vincent Rutaganira*, Chambre de première instance III, jugement du 14 mars 2005, ICTR-95-1C-T.

TPIR, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 20 mai 2005, ICTR-97-20-A.

TPIR, *Le Procureur c. Aloys Simba*, Chambre de première instance I, jugement du 13 décembre 2005, ICTR-2001-76-T.

TPIR, *Le Procureur c. Joseph Serugendo*, Chambre de première instance I, jugement du 12 juin 2006, ICTR-2005-84-I.

TPIY, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, Chambre de première instance I, jugement du 13 décembre 2006, ICTR-2001-66-I.

TPIR, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 28 novembre 2007, ICTR-99-52-A.

TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, Chambre d'appel, arrêt du 12 mars 2008, ICTR-2001-66-A.

TPIR, *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, Chambre d'appel, décision du 10 septembre 2008 (mémoire d'*amicus curiae* présenté au nom du gouvernement rwandais), ICTR-2002-78-R11bis.

TPIR, *Protais Zigiranyirazo c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt du 16 novembre 2009, ICTR-01-73-A.

TPIR, *Le Procureur c. Nyiramasuhuko et al. (Butare)*, Chambre de première instance II, jugement du 24 juin 2011, ICTR-98-42-T.

2. 14. Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux

TPIR/MTPI, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Juge unique, décision du 16 septembre 2015 (décision relative à la requête aux fins de désignation d'un Procureur *amicus curiae* chargé d'enquêter sur le témoin à charge Gek), MICT-13-33.

2. 15. Cour pénale internationale

CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décision du 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06.

CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre préliminaire I, décision du 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07.

CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, Chambre préliminaire III, décision du 3 mars 2009, ICC-01/05-01/08.

3. **Webographie et documents officiels**

3.1. Accords, Traités, Conventions internationales

Accord de siège entre les Nations Unies et le Royaume des Pays-Bas concernant le siège du TPIY, disponible ici :

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Member_States_Cooperation/headquarters_agreement_fr.pdf

Accord de siège entre les Nations Unies et la République-Unie de Tanzanie concernant le siège du Tribunal international pour le Rwanda, disponible ici :

http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/960924_annual_report_fr%20%281%29.pdf

Accord de siège entre la Cour pénale internationale et l'Etat hôte, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008, disponible ici :

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/277526/ICCBD040108FRA.pdf>

Accord sur les privilèges et immunités du Tribunal international du droit de la mer du 23 mai 1997, disponible ici :

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/agr_priv_imm_fr.pdf

Accord entre le Tribunal international du droit de la mer et la République fédérale d'Allemagne relatif au siège du tribunal, disponible ici :

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Premises.Agr.Fr.pdf

Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws du 12 avril 1930, disponible ici :

<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280046354>

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946, disponible ici :

https://treaties.un.org/doc/Treaties/1946/12/19461214%2010-17%20PM/Ch_III_1p.pdf

Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, disponible ici :

http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/Convention-relative-au-statut-des-apatrides_1954.pdf.

Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961, disponible ici :

http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/Convention-sur-la-réduction-des-cas-dapatridie_1961.pdf

Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et Protocole du 4 octobre 1967, disponibles ici :

<http://www.unhcr.org/fr/4b14f4a62>

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, disponible ici :

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-french.pdf>

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, disponible ici :

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf.

Dayton Peace Agreement of November 21, 1995, disponible ici :

https://www.cvce.eu/obj/les_accords_de_paix_de_dayton_paris_21_novembre_1995-fr-b87f31f6-2c03-420c-8689-6cb134732335.html

3.2. Résolutions onusiennes

a- Résolutions du Conseil de sécurité, disponibles ici :

<http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/>

Résolution 780 du 6 octobre 1992 (S/RES/780 (1992))

Résolution 787 du 16 octobre 1992 (S/RES/787 (1992))

Résolution 827 du 27 mai 1993 (S/RES/827 (1993))
Résolution 955 du 8 novembre 1994 (S/RES/955 (1994))
Résolution 1166 du 13 mai 1998 (S/RES/1166 (1998))
Résolution 1329 du 30 novembre 2000 (S/RES/1329 (2000))
Résolution 1503 du 28 août 2003 (S/RES/1503 (2003))
Résolution 1534 du 26 mars 2004 (S/RES/1534 (2004))
Résolution 1730 du 19 décembre 2006 (S/RES/1730 (2006))
Résolution 1966 du 22 décembre 2010 (S/RES/1966(2010))
Résolution 2083 du 17 décembre 2012 (S/RES/2083 (2012))
Résolution 2161 du 17 juin 2014 (S/RES/2161 (2014))

b- *Résolutions de l'Assemblée générale, disponibles ici :*

<http://www.un.org/fr/sections/documents/general-assembly-resolutions/>

Résolution 957 (X) du 8 novembre 1955
Résolution A/RES/50/54 du 29 janvier 1996
Résolution A/RES/62/228 du 22 décembre 2007

3.3. Documents de la Commission du droit international

Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs (2001), disponible ici :

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf

Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs (2006), disponible ici :

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf

« Premier rapport sur la protection diplomatique, par M. John DUGARD, rapporteur spécial », Cinquante-deuxième session, 7 mars et 20 avril 2000, Doc. A/CN.4/506 et Add. 1*, p. 219-264, disponible ici :

http://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_506.pdf.

« Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-quatrième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Doc. A/CN.4/SER.A/2004/Add. 1 (Part 2), Nations Unies, New-York et Genève, 2012, p. 1-135, disponible ici :

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_2004_v2_p2.pdf.

3.4. Document de l'Institut de droit international

« La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations » (Rapporteur : M. Herbert Wittaker BRIGGS), Session de Varsovie de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 1965, p. 157-253, disponible ici :

<http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-51B-OCR-min.pdf>

« Le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats » (Rapporteur : M. Rudolf BERNHARDT), Session de Berlin de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 1999, p. 1-4, disponible ici :

http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1999_ber_02_fr.pdf

« Les obligations *erga omnes* en droit international » (Rapporteur : M. Giorgio GAJA), Session de Cracovie de l'Institut de droit international, *Ann. IDI*, 2005, p. 1-3, disponible ici :

http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_fr.pdf

3.5. Rapports et documents des juridictions et organisations internationales

COE/CEDH, *Rapport de recherche : Les organisations non gouvernementales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2016.

COE, « Renforcer la subsidiarité : intégrer la jurisprudence de la Cour dans les législations et les pratiques judiciaires nationales », *Allocution de M. Christos Pourgourides, Président de la Commission des questions juridiques, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe*, Skopje, 1-2 octobre 2010, 10h30.

COE, *Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, Série des traités du Conseil de l'Europe n°194, Strasbourg, 13 mai 2004.

COE, *Zones où la Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut pas être appliquée*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1606, 2003.

Communication présentée par S. E. le Juge Rüdiger WOLFRUM, Président du Tribunal international du droit de la mer devant la Commission du droit international, Genève, 31 juillet 2008, 10 p.

CPI, *Code de conduite professionnelle des conseils*, ICC-ASP/4/32, adopté par consensus à la troisième séance plénière, 2 décembre 2005 (Résolution ICC-ASP/4/Res.1).

CPI, *Guide pratique de procédure pour les chambres*, mai 2017.

CPI, *Deuxième rapport annuel*, A/61/217.

CPI, *Troisième rapport annuel*, A/62/314.

CPI, *Cinquième rapport annuel*, A/64/356.

CPI, *Sixième rapport annuel*, A/65/313.

CPI, *Huitième rapport annuel*, A/67/308.

CPI, *Douzième rapport annuel*, A/71/342.

CPI, *Rapport complet sur la réorganisation du Greffe de la Cour pénale internationale*, août 2016.

CPI, *Rapport de synthèse sur le séminaire consacré au thème de la protection des victimes et des témoins comparaisant devant la Cour pénale internationale*, 2010.

CPJI, *Rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°1.

CPJI, *Troisième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°3.

CPJI, *Cinquième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°5.

CPJI, *Septième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°7.

CPJI, *Huitième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°8.

CPJI, *Neuvième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°9.

CPJI, *Dixième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°10.

CPJI, *Onzième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°11.

CPJI, *Douzième rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale*, Série E, n°12.

ICTY-UNICRI, *ICTY Manual on Developed Practices*, 2009.

MICT, *Politique d'accès aux documents conservés par le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux*, 12 août 2016, Doc. MICT/17.

MICT, *Directive pratique relative à la mise en œuvre de l'article 110 B) du Règlement de procédure et de preuve portant sur la désignation de l'officier instrumentaire et l'attestation qui s'ensuit*, 9 mars 2016, MICT/15.

MICT, *Directive pratique relative à la procédure de désignation de l'Etat dans lequel un condamné purgera sa peine d'emprisonnement*, 5 juillet 2012, MICT/2 et 24 avril 2014, Doc. MICT/2. Rev.1.

MICT, *Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins*, 26 juin 2012.

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (16 novembre 2017 – 15 mai 2018)*, 17 mai 2018 (S/2018/471).

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (16 novembre 2016 – 15 mai 2017)*, 17 mai 2017 (S/2017/434).

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Evaluation et rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (23 mai 2013 – 15 novembre 2013)*, 18 novembre 2013 (S/2013/679).

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport sur l'avancement des travaux du Mécanisme (1^{er} juillet – 14 novembre 2012)*, 16 novembre 2012 (S/2012/249).

Nations Unies, Assemblée générale, *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives du TPIY et du TPIR, et sur le siège du ou des mécanismes appelés à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux*, 21 mai 2009 (S/2009/258).

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport sur la situation judiciaire du TPIY et sur les perspectives de déférer certaines affaires devant les juridictions nationales*, 19 juin 2002 (S/2002/678).

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport final de la Commission d'experts des Nations Unies*, 27 mai 1994 (S/1994/674/Add.2).

TIDM, *Rapport annuel du Tribunal international du droit de la mer pour 2004*, SPLOS/122.

TPIR, *Premier rapport annuel*, A/51/399, S/1996/778.

TPIR, *Rapport de clôture*, S/2015/884.

TPIR, *Directive pratique portant procédure de désignation de l'Etat d'exécution des peines d'emprisonnement*, 23 septembre 2008 (R08-0013.Rev.1(F)).

TPIR, *Directive à l'intention du Greffe du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, 14 mars 2008.

TPIY, *Note d'information concernant la soumission de mémoires d'amicus curiae*, IT/222/Rev. 1.

TPIY, *Premier rapport annuel*, A/49/342, S/1994/1007.

TPIY, *Deuxième rapport annuel*, A/50/365, S/1995/728.

TPIY, *Troisième rapport annuel*, A/51/292, S/1996/665.

TPIY, *Quatrième rapport annuel*, A/52/375, S/1997/729.

TPIY, *Cinquième rapport annuel*, A/53/219, S/1998/737.

TPIY, *Sixième rapport annuel*, A/54/187, S/1999/846.

TPIY, *Septième rapport annuel*, A/55/273, S/2000/777.

TPIY, *Huitième rapport annuel*, A/56/352, S/2001/865.

TPIY, *Neuvième rapport annuel*, A/57/379, S/2002/985.

TPIY, *Dixième rapport annuel*, A/58/297, S/2003/829.

TPIY, *Onzième rapport annuel*, A/59/215, S/2004/627.

TPIY, *Douzième rapport annuel*, A/60/267, S/2005/532.

TPIY, *Treizième rapport annuel*, A/61/271, S/2006/666.

TPIY, *Quatorzième rapport annuel*, A/62/172, S/2007/469.

TPIY, *Quinzième rapport annuel*, A/63/210, S/2008/515.

TPIY, *Seizième rapport annuel*, A/64/205, S/2009/394.

TPIY, *Dix-septième rapport annuel*, A/65/205, S/2010/413.

TPIY, *Dix-huitième rapport annuel*, A/66/210, S/2011/473.

TPIY, *Dix neuvième rapport annuel*, A/67/214, S/2012/592.

TPIY, *Vingtième rapport annuel*, A/68/255, S/2013/463.

TPIY, *Vingt-et-unième rapport annuel*, A/69/225, S/2014/556.

TPIY, *Vingt-deuxième rapport annuel*, A/70/226, S/2015/585.

UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR OSCE, *Manual on International Criminal Defence ADC-ICTY Developed Practices*, 2011.

4. Sitographie

Base de données des constitutions mondiales : <https://www.constituteproject.org>

Base de données des traités des Nations Unies : <https://treaties.un.org>

Dictionnaire *Larousse* en ligne : <https://www.larousse.fr>

Journal officiel de l'Union européenne : <https://eur-lex.europa.eu>

Site du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : <https://icsid.worldbank.org/fr>

Site de la Cour africaine des droits de l'Homme : <https://fr.african-court.org>

Site de la Cour de justice de l'Union européenne : <https://curia.europa.eu>

Site de la Cour européenne des droits de l'Homme : <https://www.echr.coe.int>

Site de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme : <https://www.corteidh.or.cr>

Site de la Cour internationale de Justice : <https://icj-cij.org>

Site de la Cour pénale internationale : <https://icc-cpi.int>

Site de la Cour permanente d'arbitrage : <https://pca-cpa.org>

Site du Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux (MTPI/MICT) :
<https://www.unmict.org>

Site de l'OMC : <https://www.wto.org>

Site de l'Organisation internationale du Travail : <https://www.ilo.org>

Site du Tribunal international du droit de la mer : <https://www.itlos.org>

Site du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie : <https://www.icty.org.fr>

Site du Tribunal international pénal pour le Rwanda : <https://unictr.irmct.org/fr>

INDEX ALPHABÉTIQUE¹⁷⁹⁴

- A -

Actio popularis : 208, 209, 265, 361

Accusatoire : 385, 396

Amicus curiae : 29, 33, 90, 91, 235, 251, 260, 262, 294, 302, 323, 324, 344, 345 à 383, 402, 491, 496

Analogie (raisonnement par analogie) : 93, 95, 100, 104, 105, 144

Attentes légitimes : 98, 130, 131 à 138, 142, 145, 256

Autorité :

- de la chose interprétée (*res interpretata*) : 35, 41, 67, 75 à 85, 93, 144, 256, 327, 341
- (relative) de la chose jugée (*res judicata*) : 15, 16, 32, 35, 36, 39 à 93, 99, 100, 101, 107, 113, 144, 145, 256, 259, 262, 296, 300 à 302, 310 à 324, 327, 340, 341, 491, 494
- du précédent juridictionnel (y compris *stare decisis*) : 32, 36, 39, 41, 42, 71, 79, 82, 89, 93, 95 à 145, 245, 256, 322, 324, 341, 383, 494

- B -

Base de compétence (lien juridictionnel) : 267, 274 à 283, 310

Bonne administration de la justice : 27 à 29, 32, 33, 44, 60, 70, 90, 92, 93, 98, 130, 131, 132, 200, 242, 250, 269, 276, 284, 294, 298, 303, 315, 321, 322, 323, 327, 334, 347, 351, 352, 354, 360, 362, 365, 370, 371, 374, 378, 381, 382, 389, 396, 398, 405, 411, 415, 416, 432, 433, 464, 473, 477, 492, 493, 495, 498

- C -

Clause Calvo : 225, 226, 227

Communauté :

- des justiciables : 32, 36, 48, 98, 116, 124, 125, 129 à 145, 256, 493, 494
- internationale : 36, 44, 61, 69, 72, 93, 100, 116, 138, 142, 145, 256, 458, 493, 494, 498

¹⁷⁹⁴ Le présent index renvoie aux pages pertinentes de la thèse.

Confiance (des justiciables dans la justice internationale) : 125, 131, 132, 142, 145
Consentement (à la juridiction internationale) : 15, 32, 35, 36, 45, 46 à 56, 80, 81, 92, 144, 256, 275, 279, 280, 283, 307 à 311, 314, 324, 491, 494
Continuité (règle de continuité de la nationalité) : 155, 160, 167 à 169, 175
Coutume : 40, 86 à 91, 95, 225

- D -

Délimitation (territoriale) : 26, 35, 44, 58, 61, 63, 68, 69, 70, 71, 87, 89, 117, 120, 125, 133 à 138, 263 à 325, 393, 395, 401, 423, 491
Désignation (de l'expert) : 390, 392, 394, 397 à 405, 408, 409, 432, 435
Désistement d'instance : 237, 238, 297
Dialogue (des juges) : 36, 97, 109, 115 à 125, 130, 136, 256, 383
Dispositif : 35, 39, 40, 41, 44, 92, 93, 98, 99, 100, 103, 104, 107, 144, 256, 291, 232, 340, 341, 383
Distinguishing : 93, 106 à 108, 138
Division d'aide aux victimes et aux témoins (également Section / Unité d'aide aux victimes et aux témoins) : 438, 456, 458 à 462, 467, 468, 469, 476, 481 à 487
Doute (« au-delà de tout doute raisonnable ») : 260, 386, 388
Droit :

- droits de l'accusé / de la défense : 17, 131, 372, 374, 443, 446, 448, 452, 453, 463, 472, 473, 475, 476, 477, 488
- droit individuel à la protection diplomatique : 228 à 234

- E -

Endopécédent : 109, 110 à 115, 142, 144
Endossement (des réclamations privées) : 30, 36, 37, 147 à 257, 494
Épuisement des voies de recours internes : 148, 153, 154, 169, 173, 181 à 192, 194, 199, 200, 207, 209, 211, 212, 216, 217, 220, 225
Equipage (d'un navire) : 32, 36, 110, 173 à 177, 183, 205 à 208, 218, 238, 242, 494
Exceptio rei judicatae : 39, 43, 70, 71, 72, 75, 78, 92, 311
Exopécédent : 109, 115 à 125, 135, 142, 144
Expert, expertise : 26, 29, 33, 172, 173, 242, 246, 260, 299, 345, 349, 351, 352, 356, 358, 366, 385 à 435, 437, 439, 440, 467, 468, 478, 489, 492, 496

- expert-conseil : 390, 397, 415

- expert-fantôme : 415, 416
- témoin-expert : 243, 373, 439, 440, 485

- F -

Forum shopping : 73, 136

Fragmentation du droit international : 36, 135 à 137

- G -

Greffe, greffier : 50, 63, 77, 79, 81, 238, 249, 266, 270, 296, 299, 328 à 332, 334, 336, 337, 340, 372, 373, 374, 400, 412, 416, 417, 446, 452, 456, 458 à 462, 466, 468, 474, 477, 479, 480, 484, 485, 486, 487

- I -

Indemnisation (également réparation) : 50, 51, 116, 120, 124, 148, 151, 153, 154, 159, 161, 171, 172, 176, 180, 182, 185, 186, 192 à 212, 216, 219, 221, 222, 223, 224, 230, 233, 237, 239, 240, 242, 244, 245, 250, 257, 424, 442

Indépendance :

- de l'organe juridictionnel, du Procureur : 354, 370, 421, 431
- du tiers (*amicus curiae*, expert, témoin) : 361, 374, 387, 398, 406 à 410, 417, 418, 422, 428, 429

Indispensable (caractère indispensable du tiers dans le contentieux international) : 15, 25, 29, 31, 32, 33, 45, 51, 55, 134, 242, 260, 307, 309, 311, 383, 387, 421, 425, 487, 488, 489, 492, 497, 498

Impartialité :

- de l'organe juridictionnel : 354, 370, 374
- du tiers : 24, 351, 387, 398, 406 à 409, 418, 419, 423, 427, 489, 492

Inquisitoire : 385, 397

Intérêt :

- collectif(s) : 33, 259, 345, 496
- communauté d'intérêts : 68, 308
- général(aux) : 33, 84, 90, 259, 325, 345, 346, 360, 361, 378, 383, 496

- juridique en cause : 25, 33, 62 à 65, 286 à 294
- mondial : 78
- particulier(s) / propre(s) : 259, 263 à 266, 322 à 325, 345, 378, 491, 496
- social : 57, 84, 98, 145

Interprétation d'une convention multilatérale : 26, 44, 58 à 66, 76 à 85, 90, 328 à 344, 382, 383, 491, 495

Intervention (tierce intervention) : 28, 29, 33, 51, 58 à 66, 77, 78, 81, 90, 92, 157, 259 à 383, 443, 491, 492, 495, 496, 498

- J -

Jurisprudence :

- stable, constante, cohérente : 22, 26, 95, 98, 99, 100, 105, 109, 111, 113, 115, 120, 123, 124, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 137, 138, 142, 144, 145, 256, 274, 316, 379
- revirement de jurisprudence : 105, 106, 109, 125 à 129, 130, 139, 140, 142, 341

Justiciable : 26, 32, 36, 37, 46, 48, 98, 100, 116, 124, 125, 129, 130, 131, 133, 134, 138, 142, 144, 145, 229, 230, 256, 257, 493, 494

Jus standi : 29, 164, 221, 222, 235, 236, 245, 250, 253, 254, 256, 351, 369

- L -

Légitimité :

- de la juridiction, de la jurisprudence, de la procédure : 105, 106, 315, 353, 355, 356, 372, 381, 396, 410, 422, 491
- des tiers (de leurs intérêts, de leur qualité) : 28, 90, 266, 289, 315, 322, 323, 356, 362, 403, 441, 487

Liberté :

- de l'Etat : 155, 161, 215, 239, 312, 324
- de l'organe juridictionnel : 97, 320, 386, 399, 404, 432, 433

Locus standi in judicio : 245, 250, 252, 254, 351

- M -

Motifs (d'une décision de justice) : 35, 40, 41, 54, 75, 85, 93, 97, 98, 100, 101, 103, 104, 105, 124, 127, 137, 144, 156, 256, 259, 262, 291, 323, 341, 342, 383

Motivation (des décisions de justice) : 19, 33, 40, 128, 158, 323, 279, 396, 432, 497

- N -

Navire : 18, 32, 36, 102, 110, 153, 170, 173, 174, 175, 176, 183, 200, 282, 205, 206, 207, 208, 217, 218, 238, 241, 494

Neutralité (de l'expert) : 409, 432, 489, 492

- O -

Obiter dictum (dicta) : 40, 90, 104, 256

Or monétaire (principe) : 15, 48, 50 à 56, 59, 60, 92, 108, 134, 306 à 311, 314, 319 à 321, 383

- P -

Paix (maintien de la paix) : 32, 78, 98, 131, 132, 463, 470, 493

Pavillon : 36, 149, 153, 154, 170, 173, 174 à 177, 207, 217, 218

Personne privée : 19, 32, 36, 37, 49, 119, 132, 133, 138, 144, 145, 147, 148, 151, 153, 175, 179, 180, 185, 202, 208, 213, 214, 215, 223, 224, 235, 236, 237, 240, 242, 244, 246, 247, 248, 253, 254, 255, 256, 257, 348, 369, 493, 494, 498

Preuve (administration, admission, appréciation de la force probante) : 26, 28, 33, 71, 117, 160, 175, 187, 190, 191, 198, 199, 202, 217, 236, 242, 243, 245, 250, 260, 274, 281, 288, 289, 291, 293, 351, 354, 357, 366, 371, 385 à 492, 496, 497

Prévisibilité juridique : 32, 36, 39, 42, 113, 116, 126, 127, 131, 132, 134, 136, 138 0 143, 145, 256, 293, 294

Principes généraux (de procédure) : 28, 40, 45, 46, 259, 283, 287, 295, 376, 377, 416

Privilège :

- privilèges et immunités : 417, 418
- privilège d'intervention : 381, 382, 496

Probité : 387, 407, 429, 434, 489

Prompte mainlevée : 30, 36, 110, 149, 150, 154, 167, 170, 173, 174, 176, 181, 183, 184, 185, 203, 204, 205, 206, 207, 211, 212, 218, 238, 240, 241, 242, 253, 494

Protection diplomatique : 29, 32, 36, 120, 147 à 255, 361, 494, 497

Protection fonctionnelle : 32, 36, 149, 150, 154, 170, 171, 172, 172, 176, 181, 182, 185, 202, 203, 204, 211, 212, 214, 253, 493, 494

Pouvoir discrétionnaire (de l'organe juridictionnel vis-à-vis des tiers) : 287, 327, 377, 378, 382, 491, 496

- R -

Ratio decidendi : 40, 63, 78, 88, 101, 104, 138, 256, 337, 341

Récusation (de l'expert) : 406, 408, 410, 418, 432

Renonciation (à la protection diplomatique) : 224 à 228

Risque :

- d'affectation d'un intérêt : 56, 69, 279, 289, 291, 292, 293, 294, 306, 307, 311, 319, 322, 324, 334, 341, 495
- de fragmentation du droit international : 36, 135, 136
- pour les témoins : 441, 474, 477, 479, 482, 483, 484, 485, 486, 490

- S -

Sécurité juridique : 26, 32, 36, 39, 42, 44, 70, 71, 93, 98, 100, 109, 112, 113, 115, 116, 123, 124, 127, 130 à 145, 256

Stratégie contentieuse : 107, 223

Systematique :

- références systématiques aux décisions juridictionnelles antérieures : 96, 97, 105, 108, 109 à 125, 129, 130, 135, 142, 144, 145
- caractère systématique du tiers : 377, 496, 497

- T -

Témoignage, témoins : 26, 29, 31, 33, 173, 240 à 246, 250, 252, 260, 351, 366, 371, 372, 373, 374, 385, 386, 387, 388, 392, 397, 409, 410, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 421, 423, 435, 437 à 492, 496, 497, 498

- V -

Vérité (légale, judiciaire) : 26, 33, 39, 243, 260, 383, 385, 386, 387, 392, 406, 427, 429, 434, 435, 441, 453, 489

Victime :

- dans le cadre de l'endossement des réclamations privées : 147, 171, 172, 190, 196, 197, 203, 204, 211, 220, 233, 237, 239
- dans le cadre du contentieux international pénal : 440 à 449, 456, 459, 460 à 492, 498

Volontaire :

- caractère volontaire du recours à la juridiction internationale : 47, 92, 98, 132, 142
- caractère volontaire de l'intervention : 33, 64, 78, 293, 311, 315, 491, 492, 495

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	7
SIGLES ET ABBREVIATIONS	9
SOMMAIRE.....	13
INTRODUCTION	15
PARTIE I – LA PROTECTION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	35
TITRE I – LES TIERS PROTÉGÉS DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL.....	39
Chapitre I – Les tiers protégés par la relativité de l’autorité de la chose jugée	43
Section I - Les principes généraux du contentieux international protégeant les tiers	45
I- Le consentement à la juridiction internationale, moyen indirect de protection des tiers	45
A- Le principe fondamental du consentement à la juridiction.....	46
B- Le principe consécutif dit « de l’Or monétaire »	50
II- Le principe de l’autorité relative de la chose jugée, moyen direct de protection des tiers	57
A- La mise en œuvre du principe de l’autorité relative de la chose jugée	58
B- Les procédures de tierce-intervention, moyen complémentaire éventuel de protection des tiers	62
Section II – L’autorité de la chose jugée au-delà de sa relativité	67
I- L’autorité de la chose jugée des décisions <i>in rem</i>	67
II- L’autorité de la chose interprétée des décisions déclaratoires	75
A- L’autorité des décisions statuant sur l’interprétation d’une convention multilatérale	76
B- L’autorité des décisions statuant sur l’applicabilité d’une coutume internationale	86
Conclusion du Chapitre I.....	92
Chapitre II – Les tiers protégés par l’autorité du précédent juridictionnel	95
Section I – La construction d’une jurisprudence internationale cohérente.....	99
I- La technique du recours au précédent juridictionnel	100
A- La prise en compte des décisions juridictionnelles antérieures	100
1- La diversité des actes juridictionnels à l’origine des précédents	101
2- L’autorité <i>de facto</i> des motifs de droit.....	104
B- L’application d’une solution antérieurement dégagée à une situation nouvelle similaire	105
II- L’établissement d’une jurisprudence constante	109
A- Les références systématiques aux décisions juridictionnelles antérieures	109
1- Les références systématiques des juridictions à leurs propres décisions antérieures : l’« endoprécedent »	110
2- Les références croissantes des juridictions aux décisions antérieures d’autres juridictions : l’« exoprécedent »	115
B- L’encadrement des revirements de jurisprudence	125
Section II- La cohérence de la jurisprudence au service de la sécurité juridique	130
I- La satisfaction des attentes légitimes des justiciables.....	131
II- La prévisibilité juridique permise par l’autorité des précédents	138

Conclusion du Chapitre II	142
Conclusion du Titre I.....	144
TITRE II – LES TIERS PROTÉGÉS PAR LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL.....	147
Chapitre III – Le tiers protégé, « raison d’être » du différend	153
Section I – Une recevabilité de l’action conditionnée par des caractéristiques propres au tiers protégé.....	154
I- Le tiers protégé uni à l’Etat demandeur par un lien de rattachement.....	154
A- La nature nationale du lien de rattachement dans le cadre de la protection diplomatique.....	155
1- L’individu protégé, ressortissant de l’Etat demandeur	155
2- La personne morale protégée, les actionnaires et salariés négligés.....	162
3- La règle incertaine de la continuité de la nationalité des personnes physiques et morales	167
B- La nature variable du lien de rattachement dans le cadre de l’endossement.....	170
1- L’agent protégé par son organisation internationale : un lien de nature fonctionnelle.....	170
2- Le navire protégé par l’Etat du pavillon : un lien juridique de rattachement assimilé à la nationalité	173
3- L’opérateur économique privé dans le cadre de l’ORD de l’OMC : un lien de rattachement indéterminé.....	177
II- Le tiers protégé, tenu à l’épuisement préalable des voies de recours internes	181
A- Une exigence variable dans le cadre de l’endossement.....	181
1- L’agent d’une organisation internationale doit-il épuiser les voies de recours internes pour bénéficier de la protection fonctionnelle de celle-ci ?	181
2- Les personnes se trouvant à bord du navire ne sont pas tenues d’épuiser les voies de recours internes avant la saisine du TIDM	183
3- Les opérateurs économiques privés ne sont pas tenus d’épuiser les voies de recours internes avant la saisine de l’ORD	184
B- Une exigence certaine dans le cadre de la protection diplomatique	185
1- L’épuisement préalable des voies de recours internes, « règle bien établie du droit international coutumier »	186
2- La teneur de l’obligation : que signifie « épuiser les voies de recours internes » ?.....	188
Section II - Une réparation évaluée sur la base de caractéristiques propres au tiers	193
I- Le préjudice subi par le tiers au centre de l’évaluation de la réparation dans le cadre de la protection diplomatique	193
A- L’étendue de la réparation calculée sur la base du préjudice subi par le tiers	193
B- L’influence du comportement préalable du tiers sur l’étendue de la réparation.....	199
II- Le préjudice subi par le tiers délaissé dans l’évaluation de la réparation dans le cadre de l’endossement.....	202
A- L’imprécision des modalités de réparation dans le cadre de la protection fonctionnelle.....	203
B- La détermination du montant de la caution raisonnable dans le cadre des procédures de prompt mainlevée.....	205
C- La réparation prospective mise en œuvre dans le cadre de l’OMC	208
Conclusion du Chapitre III	211

Chapitre IV – Le tiers protégé, « étranger » au différend	213
Section I – Le tiers protégé, privé d'un droit individuel à la protection diplomatique	215
I- Les droits protégés : droits étatiques et droits individuels	215
A- Le respect des droits étatiques : les réclamations directes.....	216
B- Le respect des droits individuels et étatiques : les réclamations mixtes ...	218
C- Le respect des droits individuels : les réclamations indirectes	222
II- La protection des droits : l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et exclusif de l'Etat.....	224
A- L'invalidité des renonciations individuelles à la protection diplomatique.....	225
B- L'absence de droit individuel au déclenchement de l'action contentieuse en protection diplomatique.....	228
Section II - Le tiers protégé, privé d'une participation active à l'instance	235
I- Un prétoire fermé aux tiers	235
A- Le désistement d'instance, prérogative exclusive de l'Etat.....	237
B- Le reversement des indemnités, prérogative exclusive de l'Etat.....	239
II- Vers un prétoire plus accessible aux personnes privées ?.....	240
A- L'audition occasionnelle de témoins par le TIDM dans le cadre de la prompte mainlevée	240
B- L'audition exceptionnelle de témoins par la CIJ dans le cadre de la protection diplomatique.....	242
Conclusion du Chapitre IV.....	252
Conclusion du Titre II	253
Conclusion de la Partie I	256
PARTIE II – LA PARTICIPATION DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL.....	259
TITRE III – LA TIERCE INTERVENTION	261
Chapitre V - L'intervention-protection	263
Section I - La recevabilité de la requête à fin d'intervention.....	266
I- Le respect des conditions de forme.....	268
A- La souplesse de la condition <i>ratione temporis</i> attachée au dépôt de la requête	269
B- L'interprétation pragmatique de la condition relative à la jonction d'un bordereau des documents annexés	273
II- Le respect des conditions de fond.....	274
A- La base de compétence liant l'intervenant et les parties : une nécessité dépendant de la nature de l'intervention sollicitée.....	275
B- La consécration jurisprudentielle d'un double objet de l'intervention	284
C- L'appréciation de l'existence d'un intérêt juridique en cause pour l'Etat intervenant et risquant d'être affecté par la décision future.....	286
1- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique ..	288
2- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique en cause dans le différend principal.....	290
3- L'Etat désireux d'intervenir doit prouver qu'il a un intérêt juridique en cause dans le différend principal risquant d'être affecté par la décision future	292
Section II - Les effets de l'intervention recevable	295
I- Les effets procéduraux de l'intervention recevable	296
A- Les prérogatives attachées à la qualité d'Etat intervenant.....	296
B- La chose jugée et l'Etat intervenant.....	300
II- Les effets substantiels de l'intervention recevable.....	303

A- Recevabilité ou irrecevabilité de l'intervention : la prise en compte indifférenciée des positions de l'Etat tiers	303
B- Abstention ou action en intervention : la protection indifférenciée des droits et intérêts des Etats tiers	306
1- Les rapports entre l'article 62 du Statut de la CIJ et le principe de l' <i>Or monétaire</i>	307
2- Les rapports entre les articles 59 et 62 du Statut de la CIJ.....	311
3- Le développement d'une jurisprudence de protection des tiers en matière de détermination des frontières	315
Conclusion du Chapitre V	321
Chapitre VI – L'intervention-influence	327
Section I - L'intervention en interprétation d'une convention multilatérale	328
I- Les conditions de recevabilité de la déclaration d'intervention.....	329
A- Les conditions de forme.....	329
1- « L'avertissement » du Greffier.....	330
2- Les modalités du dépôt de la déclaration.....	333
B- Les conditions de fond.....	335
1- La « participation » de l'Etat déclarant.....	335
2- L'interprétation d'une convention multilatérale.....	337
II- Les effets de l'intervention recevable.....	339
A- Les effets procédurax.....	339
B- Les effets substantiels	342
Section II - L'intervention en qualité d' <i>amicus curiae</i>	345
I- L'identification de la notion.....	346
A- Définition(s) générale(s).....	346
B- Identification razione personae.....	348
1- L' <i>amicus curiae</i> , acteur privé.....	348
2- L' <i>amicus curiae</i> , sujet « classique » du droit international	350
C- Identification razione materiae	351
II- Les enjeux soulevés par l'acceptation des mémoires d' <i>amicus curiae</i>	353
A- Les craintes liées à la « pénétration » du procès.....	353
B- Les bénéfices liés à l'accès au prétoire	355
III- L'admission des mémoires d' <i>amicus curiae</i> par les tribunaux internationaux : d'une souplesse judiciaire à un principe général de procédure ?.....	357
A- L'admission des mémoires d' <i>amicus curiae</i> par les tribunaux internationaux : un phénomène généralisé	357
1- L' <i>amicus curiae</i> dans le contentieux interétatique : CIJ et TIDM	358
2- L' <i>amicus curiae</i> dans le contentieux régional : CEDH, CIADH, CADH et CJUE	359
3- L' <i>amicus curiae</i> dans le contentieux international économique : OMC et arbitrage d'investissement	368
4- L' <i>amicus curiae</i> dans le contentieux pénal international : TPIY, TPIR, CPI.....	370
B- L' <i>amicus curiae</i> dans le contentieux international : un principe général de procédure ?	375
Conclusion du Chapitre VI.....	381
Conclusion du Titre III.....	382
TITRE IV – LA TIERCE-COOPÉRATION	385
Chapitre VII - L'expertise juridictionnelle	389
Section I - Le recours à l'expertise juridictionnelle.....	392
I- Le déclenchement de la procédure d'expertise juridictionnelle.....	392
A- Choisir l'expertise, choisir l'expert	392

1-	La raison d'être du recours à l'expert.....	392
2-	Les modalités de désignation de l'expert.....	397
a-	L'expert désigné par les parties	397
b-	L'expert désigné par le juge	399
B-	La qualité d'expert	406
1-	Les qualités exigées	406
2-	Les qualités sanctionnées.....	408
II-	La participation de l'expert à la procédure	410
A-	La participation de l'expert à la procédure écrite	411
B-	La participation de l'expert à la procédure orale	414
C-	La protection de l'expert participant à la procédure	416
Section II - L'impact de l'expertise juridictionnelle sur le processus	décisionnel	419
I-	La fonction consultative de l'expert.....	419
A-	La valeur d'avis du rapport d'expertise	419
B-	La preuve par expertise : une preuve parmi d'autres.....	420
II-	La fonction contributive de l'expert.....	422
A-	La fonction contributive certaine de l'expertise infallible.....	423
B-	La fonction contributive relative de l'expertise dubitable.....	427
Conclusion du Chapitre VII		432
Chapitre VIII - Le Témoignage		437
Section I – La participation des témoins au procès pénal international.....		444
I-	La participation des témoins à la phase préparatoire	444
A-	La participation des témoins à la phase d'enquête	444
B-	La participation des témoins à la phase de mise en accusation	446
II-	La participation des témoins à la phase décisive	449
A-	Les modalités générales de production de la preuve testimoniale.....	450
B-	La conduite des interrogatoires.....	453
Section II – La protection des témoins participant au procès pénal international		456
I-	Les institutions protégeant les témoins	458
A-	Le Greffe, organe investi d'une mission générale	
de protection des témoins		458
B-	La coopération des juridictions internationales	
avec les autres acteurs		463
1-	La coopération entre les juridictions pénales internationales	
et les acteurs étatiques.....		465
2-	La coopération entre les juridictions pénales internationales	
et les acteurs non-étatiques		469
II-	Les mesures de protection des témoins.....	472
A-	Les mesures protectrices de nature procédurale	472
1-	Les mesures protectrices générales.....	473
2-	Les mesures protectrices spéciales	479
B-	Les mesures protectrices de nature logistique	481
Conclusion du Chapitre VIII		487
Conclusion du Titre IV		489
Conclusion de la Partie II		491
CONCLUSION.....		493
RÉPERTOIRE DES SOURCES		499
INDEX ALPHABÉTIQUE		563
TABLE DES MATIÈRES		571