



Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2010, doct. 8

Le précédent dans la justice et l'arbitrage international . - Lalive Lecture, 2 juin 2010

Etude par Gilbert Guillaume
Membre de l'Institut
Ancien président de la Cour internationale de justice

Sommaire

Dans les droits nationaux, le précédent constitue le point de départ de la réflexion des juges. Ils s'y tiennent le plus souvent par souci de sécurité juridique et par crainte d'être censurés par les juridictions supérieures. Cette pratique trouve sa traduction dans la règle *Stare decisis* en *Common Law* et dans le concept de jurisprudence constante en droit romano-germanique.

En droit international, la règle *Stare decisis* a été écartée dès 1922, mais les juridictions permanentes se réfèrent constamment à leurs décisions antérieures. Elles n'en sont pas moins amenées par des méthodes diverses à réexaminer leurs jurisprudences pour tenir compte des évolutions du droit et de la société internationale. Les juridictions régionales le font plus volontiers que les juridictions mondiales. Quant aux tribunaux arbitraux, ils recourent aux précédents de manière très variable selon les domaines : relations interétatiques, commerce international, investissement ou sport.

La multiplication des tribunaux et des institutions arbitrales pose par ailleurs le problème de l'utilisation par chacun d'entre eux des précédents adoptés par les autres. Le problème apparaît pour l'application d'un même droit dans un domaine particulier et pour l'application du droit international général. Il en résulte des risques à la fois d'incohérence jurisprudentielle et de gouvernement des juges.

Le culte du précédent apparaît ainsi tout aussi dangereux que le mépris du précédent.

In national laws, legal precedent constitutes the starting-point of judges' reasoning. Most of the time, they stick to it for purposes of legal security and for fear of their decisions being quashed by higher jurisdictions. This practice translates into the *Stare decisis* rule in *Common Law*, and in the concept of constant jurisprudence in Roman-German Law.

In international law, *Stare decisis* rule has been ruled out since 1922, but permanent jurisdictions constantly refer to their previous decisions. Nonetheless, the former are still led to reassess by various methods their jurisprudence in order to take into consideration law's and international society's evolutions. Regional jurisdictions are more inclined to do it than

worldwide ones. As for arbitral courts, they have recourse to legal precedents in a very variable manner according to the area : interstate relationships, international trade, investment or sport.

Furthermore, the increase in the number of courts and arbitral institutions sets the problem of the use, by each one of them, of the legal precedents which have been adopted by the others. The problem appears for the application of a same law in a particular area and for the application of general international law. The result of it is hazards, at one and the same time, of jurisprudential incoherence and judges' government.

Thus, legal precedent worship and legal precedent disregard appear to be equally dangerous.

1. - Le juge ou l'arbitre national, comme le juge ou l'arbitre international, a pour fonction première de trancher des différends. Il le fait rarement *ex aequo et bono* et le plus souvent se prononce sur la base du droit applicable. Ce faisant, il interprète la règle de droit qu'il retient. Mais le juge et l'arbitre ne sont pas des machines à distribuer arrêts et sentences. Ils jouissent dans l'exercice de leur mission d'une certaine liberté.
2. - Cette liberté ne peut cependant devenir licence. Si les décisions juridictionnelles ne sont jamais acquises, elles ne doivent jamais être arbitraires. Tout système de droit implique un minimum de certitude et tout système de règlement des différends un minimum de prévisibilité. Ils supposent en outre que les personnes se trouvant dans des situations comparables soient traitées de manière comparable. Le précédent joue à cet égard un rôle irremplaçable. Il est garant pour le justiciable de sécurité et d'égalité de traitement.
3. - Mais suivre constamment les précédents, c'est aussi figer le droit et lui interdire de progresser en fonction des exigences nouvelles de la société. Un équilibre doit par suite être trouvé par le juge et l'arbitre entre la nécessaire sécurité et la nécessaire évolution du droit.
4. - Les droits nationaux posent à cet égard des règles qui ont le plus souvent pour but de faire prévaloir la sécurité au niveau des juridictions subordonnées et de laisser aux juridictions suprêmes le soin de consacrer les évolutions jurisprudentielles. Mais ils cherchent à atteindre ce résultat par des voies diverses.
5. - On sait que la *Common Law* britannique connaît la règle *Stare decisis* ou plus exactement la règle *Stare rationibus decisis* selon laquelle les tribunaux sont liés par les motifs des jugements déjà rendus. Ces derniers créent le droit et le droit ainsi créé doit être respecté.
6. - Une solution aussi radicale ne va évidemment pas sans nécessiter des aménagements. D'une part, justiciables et juges cherchent inlassablement à distinguer les cas dont ils ont à traiter des précédents invoqués. Il y a là un exercice auquel les juristes anglo-saxons se livrent avec délectation. D'autre part, la Chambre des Lords, dans un *Practice statement* bien connu de 1966, avait rappelé qu'elle regardait ses décisions antérieures « *as normally binding* », mais s'était réservée le droit « *to depart from a previous decision when it appears right to do so* »^{Note 2}.
7. - La situation est dans son principe très différente dans les pays de droit romano-germanique dans lesquels le juge occupe une toute autre place. En principe, il ne crée pas le droit et par exemple, dans le cas de la France, l'article 5 du Code civil lui interdit de procéder par voie d'arrêt de règlement, c'est-à-dire de poser une norme générale à l'occasion d'un procès déterminé.
8. - Les tribunaux n'en sont pas moins amenés à s'inspirer dans chaque espèce des solutions retenues dans les espèces précédentes. Ils le font notamment en cas de jurisprudence constante ou de *staendige Rechtsprechung*. Pour qu'il en soit ainsi, il convient bien entendu que la jurisprudence ait un degré suffisant de clarté, de continuité et de permanence. Mais certains arrêts de principe émanant de juridictions suprêmes peuvent rapidement acquérir une telle autorité, tandis que d'autres auront plus de mal à s'imposer. Le concept est à l'évidence plus souple que la règle *Stare decisis*.
9. - En définitive, dans tous les droits nationaux, les précédents constituent le point de départ de la réflexion des juges. Ils s'y tiennent le plus souvent, par souci de sécurité juridique, par crainte d'être censurés par les juridictions suprêmes, voire par paresse intellectuelle.

Qu'en est-il en droit international ?

10. - Pendant longtemps la réflexion sur cette question y est restée fort lacunaire. En 1967, Sir Robert Jennings pouvait encore noter que « *Very little has been done to elaborate principles governing the use of precedents in International Law* »^{Note 3}. Cette observation visait la Cour internationale de justice et les tribunaux arbitraux interétatiques. Mais elle valait *a fortiori* en ce qui concerne l'arbitrage commercial international où la confidentialité des décisions était la règle.

11. - La situation est aujourd'hui toute différente du fait de la multiplication des juridictions internationales et de l'institutionnalisation croissante de l'arbitrage. Au niveau mondial, la Cour internationale de justice a retrouvé une nouvelle jeunesse. Puis sont apparus le Tribunal international pour le droit de la mer, les juridictions pénales internationales, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du Commerce et de nombreux tribunaux administratifs internationaux. Au niveau régional, ont été créées la Cour de justice de l'Union européenne et les Cours européenne, interaméricaine et africaine des droits de l'homme. Les formes traditionnelles de l'arbitrage ont prospéré, mais des formes nouvelles sont apparues, avec le Tribunal des différends irano-américain, le tribunal des sports ou le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI).

12. - Cette évolution a conduit à s'intéresser davantage à la question du précédent tant en droit international public qu'en droit international privé. Il est alors apparu que dans ces domaines, l'utilisation des précédents pose deux types de problèmes :

- comme en droit interne, il convient de s'interroger en premier lieu sur les méthodes suivies par chacune des instances juridictionnelles et arbitrales dans l'usage de ses propres précédents ;
- mais en outre, du fait de la multiplication de juridictions autonomes, il est nécessaire de rechercher dans quelle mesure chaque cour ou tribunal fait usage des précédents posés par les autres cours ou tribunaux. Un problème analogue se pose pour les institutions arbitrales.

13. - Dans le premier cas, la sécurité du droit dans un domaine déterminé est en cause. Dans le second, c'est la cohérence du droit international dans son ensemble

1. L'utilisation par chaque instance juridictionnelle de ses propres précédents

A. - Les juridictions internationales

14. - Historiquement, la question du précédent en droit international a pour la première fois fait l'objet d'un examen attentif lors de la création de la Cour permanente d'arbitrage par les Conventions de La Haye de 1899 et 1907. Les rédacteurs de ces conventions étaient certes conscients du fait que la Cour qu'ils avaient créée n'avait de Cour que le nom et n'était nullement permanente. Mais ils espéraient, pour reprendre les mots de Louis Renault, que « Lorsqu'une question controversée aura été tranchée de la même façon par plusieurs tribunaux arbitraux, la solution ainsi retenue entrera dans le corps du droit international »^{Note 4}.

15. - Ces espoirs furent déçus dans les années qui suivirent et, comme l'observait Hersch Lauterpacht peu de temps après, « *the necessity of providing for a tribunal developing international law by its own decisions had been the starting point for the attempts to establish a truly permanent international court as distinguished from the Permanent Court of Arbitration* »^{Note 5}.

16. - Dans cette perspective la question de la valeur des précédents se posait nécessairement. Les auteurs du statut de la Cour permanente de justice internationale n'entendaient pas donner à cette Cour compétence pour créer le droit, et sur ce point les experts britanniques rejoignaient les experts continentaux. En effet devant le comité consultatif des juristes chargé de la préparation du statut, Lapradelle déclara qu'il serait utile de préciser que « la Cour ne saurait agir comme législateur » et Lord Phillimore ajouta que « *judicial decisions state, but do not create law* »^{Note 6}.

17. - Le texte de l'article 38 du statut adopté par le Comité refléta ces préoccupations. Il disposait en ses paragraphes (a) à (c) que la Cour applique les conventions et la coutume internationales, ainsi que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Puis il précisait en son paragraphe (d) que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés ne constituent qu'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

18. - Ces précautions parurent cependant insuffisantes à Balfour et à Léon Bourgeois^{Note 7} et le Conseil de la SDN ajouta au texte un article 59 selon lequel « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui est décidé ». Bien plus le Conseil modifia l'article 38 (d) qui ne permet désormais à la Cour de se référer aux décisions judiciaires que « sous réserve de la disposition de l'article 59 ».

19. - Toutefois, lors des débats à l'Assemblée de la Société des Nations, un amendement argentin tendant à interdire à la Cour de donner à ses décisions judiciaires le caractère de précédent fut écarté^{Note 8}.

20. - Ainsi aux termes du Statut de 1922 recopié sur ce point en 1945, les décisions judiciaires ne constituent pas en droit international une source de droit. Elles peuvent tout au plus jouer un rôle « auxiliaire » et « indirect » dans la détermination de la règle de droit^{Note 9}. Lors de l'élaboration de sa jurisprudence, la Cour peut se référer à ses précédents, mais ceux-ci n'ont aucun caractère obligatoire. La règle *Stare decisis* est écartée.

21. - La Cour permanente de justice internationale, comme la Cour internationale de justice, ont dans les dix dernières décennies développé une jurisprudence conforme aux règles ainsi posées

22. - La Cour a tout d'abord affirmé à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas de créer le droit. Ainsi, dans l'affaire des pêcheries, elle a précisé en 1973 qu'« en tant que tribunal, [elle] ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté »^{Note 10}. De même dans l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, la Cour s'est refusée en 1996 à se substituer au législateur défaillant et a par suite estimé qu'en l'état du droit international, elle ne pouvait se prononcer sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans « une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »^{Note 11}. À de très nombreuses reprises, des membres de la Cour dans diverses déclarations ou opinions ont également rappelé que « le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur... Il doit se borner à constater l'état du droit sans pouvoir substituer son appréciation à la volonté des États souverains »^{Note 12}.

23. - La Cour n'en a pas moins été amenée à tenir le plus grand compte dans ses arrêts des décisions antérieurement adoptées par elle^{Note 13}. Dès l'abord, la Cour permanente avait certes rappelé en 1926 que « le but de l'article 59 du Statut (...) est (...) d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres parties ou d'autres litiges »^{Note 14}. Cette jurisprudence a été reprise par la Cour internationale de justice et celle-ci a solennellement confirmé qu'elle n'a aucune obligation de suivre ses précédents^{Note 15}.

24. - Mais elle s'y réfère fréquemment en vue d'assurer la « cohérence de la jurisprudence »^{Note 16}. Elle le fait tantôt en se bornant à faire état d'une « jurisprudence constante »^{Note 17}, tantôt en mentionnant des arrêts précédemment intervenus^{Note 18}.

25. - Tous ces arrêts n'ont cependant pas la même valeur. Il est en premier lieu des cas extrêmes dans lesquels la Cour, en adoptant un jugement, a précisé elle-même que la solution retenue ne saurait constituer un précédent^{Note 19}. Par ailleurs des arrêts ou avis consultatifs adoptés en plénière à l'unanimité ou à une très large majorité ou des solutions répétées à de nombreuses reprises auront à l'évidence plus de poids que des jugements isolés, adoptés, soit par des chambres de la cour, soit à une courte majorité. De même les motifs qui constituent le support nécessaire du dispositif pèseront plus lourd que des *obiter dicta* insérés dans un arrêt pour répondre aux préoccupations d'un juge. Mais il est difficile de généraliser en ce domaine. Tout est question d'espèce et le fameux *obiter dicta* concernant les obligations *erga omnes* inséré dans l'arrêt de la Barcelona Traction a eu une longue postérité^{Note 20}.

26. - En réalité, la question qui se pose dans chaque cas à la Cour est de savoir si les solutions antérieurement retenues par elle doivent ou non être maintenues. Cette question surgit tantôt lorsqu'une des parties remet en cause ces solutions, tantôt lorsque la Cour estime d'elle-même devoir faire évoluer sa jurisprudence. Deux exemples topiques peuvent en être fournis, l'un de confirmation de la jurisprudence, l'autre de revirement de jurisprudence.

27. - La première affaire avait opposé le Cameroun au Nigeria quant au tracé de leur frontière. Le Nigeria avait en 1965 accepté la juridiction obligatoire de la Cour par déclaration unilatérale comme prévu à l'article 36, § 2, du Statut. En mars 1994, le Cameroun déposa à son tour une telle déclaration et quelques jours plus tard, il introduisit une requête devant la Cour. Le Nigeria opposa à cette requête une exception d'incompétence : selon lui, le Cameroun, en déposant une telle requête, avait agi prématurément, sans laisser au Nigeria la possibilité de réagir ; il s'agissait là d'un manquement à la bonne foi et d'un abus de droit. Le Cameroun opposa à cette exception un arrêt, favorable à ses

thèses, rendu en 1957 par la Cour, dans des circonstances analogues, dans l'affaire du droit de passage en territoire indien. Le Nigeria invoqua alors l'article 59 du Statut, soutint que cet arrêt ne lui était pas opposable, qu'il était en tout état de cause dépassé et que l'exception qu'il avait développée devait par suite être retenue.

28. - La Cour rappela tout d'abord les conclusions auxquelles elle était parvenue en 1957, en les explicitant quelque peu. Puis elle souligna que, contrairement à ce que soutenait le Nigeria, l'arrêt rendu dans l'affaire du droit de passage n'était pas resté isolé. Elle ajouta : « Il est vrai que, conformément à l'article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigeria les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptées dans ces précédents »^{Note 21}.

29. - Ayant examiné longuement les arguments présentés à cet égard par le Nigeria, la Cour décida que la solution retenue antérieurement devait être maintenue.

30. - À l'inverse, le droit de la délimitation des espaces maritimes, tel que fixé par la Cour a connu au cours des quarante dernières années de telles évolutions qu'il est bien difficile de ne pas y voir un revirement de jurisprudence.

31. - On sait que deux méthodes ont été préconisées pour procéder à de telles délimitations. Certains se sont référés à la méthode dite de l'équidistance selon laquelle la frontière des États en mer doit suivre la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des côtes. D'autres ont plaidé pour l'application de principes équitables ou la recherche de résultats équitables.

32. - En 1969, dans l'affaire du plateau continental de la mer du nord, la Cour s'était prononcée pour une délimitation de ce plateau conformément à des « principes équitables et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes », notamment géologiques^{Note 22}. Elle avait de ce fait écarté la méthode de l'équidistance. Elle s'était à nouveau inspirée de tels principes en 1982 pour la délimitation du même plateau entre la Tunisie et la Libye^{Note 23}, puis en 1984 dans l'affaire du golfe du Maine^{Note 24}, se refusant toutefois à tenir compte d'une géologie trop incertaine. Dans cette dernière affaire, la chambre de la Cour alla même jusqu'à préciser que chaque délimitation était un *unicum*. Le droit apparaissait de plus en plus incertain, voire arbitraire.

33. - La Cour en prit conscience et par touches successives revint sur sa jurisprudence. Dans l'affaire *Libye/Malte*^{Note 25}, elle prit en 1985 la ligne d'équidistance comme point de départ de la délimitation du plateau continental, puis la déplaça vers le nord, compte tenu des principes équitables à appliquer en l'espèce, à savoir la configuration générale et la longueur des côtes. Puis dans l'affaire opposant le Danemark et la Norvège en ce qui concerne la délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen^{Note 26}, elle unifia le droit des délimitations maritimes, qu'il s'agisse du plateau continental, de la mer territoriale ou de la zone économique exclusive en jugeant que dans tous ces cas il convenait de tracer la ligne d'équidistance, puis de la corriger pour tenir compte des facteurs pertinents liés pour l'essentiel au dessin des côtes. Enfin, elle généralisa cette solution en 2001 dans l'affaire *Bahreïn/Qatar*^{Note 27} et la reprit en 2009 dans l'affaire *Roumanie/Ukraine*^{Note 28}.

34. - La solution retenue en 1969 était ainsi condamnée et le droit des délimitations maritimes était unifié et précisé. Toutefois, on observera que, pour ce faire, la Cour n'a pas procédé à un renversement assumé de jurisprudence. Elle a procédé par touches successives sans reconnaître son erreur initiale.

35. - De cette double analyse, se dégage une leçon : la Cour internationale de justice ne reconnaît certes aux précédents aucune valeur obligatoire. Mais elle en tient le plus grand compte. Elle n'en est pas moins prête à réexaminer sa jurisprudence soit sur la demande des parties, soit d'office. Ces réexamens se traduisent le plus souvent par une confirmation des jurisprudences antérieures, notamment dans le domaine procédural. Des évolutions ne sont cependant pas exclues, en particulier quant au droit substantiel, en fonction des transformations du droit et de la société internationale.

36. - Si l'on passe maintenant aux autres juridictions internationales, on aboutit en droit à des conclusions analogues. Les tribunaux n'ont en effet nulle obligation de se conformer aux précédents^{Note 29}. Toutefois ils s'y réfèrent fréquemment^{Note 30}, mais n'excluent pas de s'en écarter^{Note 31}. Deux observations doivent cependant être présentées.

37. - La première concerne les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours internes. Dans ce cas, la question se pose en effet de savoir si les jugements rendus après recours devant l'instance supérieure sont, non seulement obligatoires dans l'affaire en cause, mais encore si, de manière plus générale, leur motivation s'impose aux chambres ou tribunaux qui lui sont subordonnées. Cette question a été résolue par l'affirmative par la Chambre d'appel des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans l'affaire *Aleksovski*^{Note 32}. Elle semble également appeler une réponse positive pour les arrêts rendus par la Grande chambre de la Cour de Strasbourg, compte tenu de la rédaction de l'article 30 de la Convention européenne des droits de l'homme^{Note 33}. Une réponse négative semble s'imposer pour les décisions de l'Organe d'appel de l'OMC^{Note 34}. La situation est en revanche incertaine pour la Cour pénale internationale^{Note 35} et pour la Cour de Luxembourg^{Note 36}. Mais bien entendu, dans tous les cas, les organes subordonnés sont courtoisement invités et naturellement portés à respecter les décisions prises au niveau supérieur.

38. - Par ailleurs, si la situation de droit est la même pour les juridictions à caractère mondial et celles à caractère régional, la pratique de ces juridictions est fort différente. Dans les deux cas, les précédents sont souvent invoqués. Mais dans le premier, ils sont rarement abandonnés^{Note 37}. Dans le second, les évolutions, voire les revirements jurisprudentiels sont plus fréquents.

39. - L'exemple de la Cour de Strasbourg est à cet égard révélateur. L'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose de manière classique que « *les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ». Dans son arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni*, la Cour en a déduit de manière non moins classique en 1990 qu'elle « ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures ». Elle a ensuite ajouté qu'elle n'en a moins « toujours 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 ».

40. - Mais immédiatement après, la Cour a admis la possibilité pour elle d'effectuer un revirement de jurisprudence en Grande chambre, lequel pourrait « se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles »^{Note 38}. Plus tard, dans un arrêt *Stafford c/ Royaume-Uni*, la Cour ira encore plus loin en relevant qu'il est « d'une importance cruciale que la convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui rende les droits pratiques et effectifs... Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme et amélioration »^{Note 39}.

41. - Sur ces bases, la Cour de Strasbourg a dans les dix dernières années opéré de nombreux revirements de jurisprudence, assumés comme tels, ayant pour but soit de créer de nouveaux droits par exemple au profit des détenus^{Note 40}, des minorités^{Note 41} et des transsexuels^{Note 42}, soit d'abandonner la règle de l'économie de moyens^{Note 43} afin de statuer plus complètement sur les droits des justiciables.

42. - Cette politique jurisprudentielle ne va pas sans débats qui se traduisent tant dans les opinions jointes aux arrêts que dans la doctrine. Les « activistes » des droits de l'homme appellent en effet à une remise en cause permanente de la jurisprudence, tandis que d'autres, plus prudents, soulignent l'insécurité qui en résulterait en soutenant pour reprendre les propos du président Wildhaber que « *The existing case-law and the doctrine of precedent should be observed, except for compelling, serious and objective reasons* »^{Note 44}.

43. - La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas davantage hésité à faire évoluer ses jurisprudences au fil du temps. Pour ce faire, elle a largement usé de la méthode consistant à distinguer entre les précédents invoqués et les affaires examinées. Mais elle n'en a pas moins procédé dans certains cas à de véritables renversements de jurisprudence assumés comme tels^{Note 45}.

44. - Au total, on voit que toutes les juridictions internationales écartent par principe la règle *Stare decisis*. On voit aussi qu'elles construisent toutes une jurisprudence fondée sur leurs propres précédents. Elles reconnaissent cependant toutes qu'elles peuvent s'écarter de ces précédents. Mais les juridictions mondiales, soucieuses de sécurité juridique, ne le font qu'avec prudence, tandis que les juridictions européennes n'hésitent pas à opérer des revirements de jurisprudence, tantôt camouflés, tantôt assumés, au nom des fins qu'elles entendent poursuivre.

B. - L'arbitrage international

45. - La situation est bien entendu très différente en ce qui concerne l'arbitrage international. En effet, les tribunaux

arbitraux sont normalement composés à l'occasion de chaque arbitrage et n'ont par suite pas la permanence qui caractérise une juridiction. En outre leurs décisions sont de qualité variable^{Note 46}. Bien plus, toutes ces décisions ne sont pas rendues publiques et de ce fait les tribunaux n'ont pas connaissance de toutes les sentences antérieurement rendues. Le précédent joue dès lors devant les arbitres un rôle plus réduit que devant les juges. La cohérence du droit en souffre parfois

46. - Dans certains secteurs toutefois, permanence et transparence sont plus grands que dans d'autres. Aussi le tableau est-il plus complexe qu'on ne pourrait le croire au premier abord.

47. - L'arbitrage interétatique est le plus souvent confié à des juges, membres des tribunaux internationaux en particulier de la Cour internationale de justice, ou à des universitaires familiers de ces institutions. Les sentences sont toujours rendues publiques. Aussi sont-elles le plus souvent imprégnées de la jurisprudence de la Cour de La Haye et des tribunaux arbitraux sur laquelle elles s'appuient. Elles peuvent parfois marquer une certaine distance par rapport à cette jurisprudence et chercher à la compléter ou à la nuancer^{Note 47}. Mais pour l'essentiel elles sont fidèles aux précédents qu'elles citent abondamment^{Note 48}.

48. - À l'autre extrémité du spectre, figurent les sentences arbitrales rendues entre entreprises dans le domaine commercial. Ces sentences demeurent confidentielles dans l'immense majorité des cas. Elles tranchent des différends contractuels spécifiques à la lumière des engagements des parties et des faits de la cause. Pour ce double motif, elles le font le plus souvent sans référence à la jurisprudence arbitrale.

49. - Un premier exemple est à cet égard topique. Il concerne les contrats internationaux standards pour la construction publiés par la Fédération internationale des ingénieurs conseils, plus connus sous le nom de contrats FIDIC. D'analyses opérées en 2006 par Gabrielle Kaufmann-Köhler^{Note 49} et 2008 par Christopher Seppälä^{Note 50}, il résulte qu'une centaine de sentences étaient alors plus ou moins disponibles sur les 500 sentences identifiées. Dans cette centaine, six seulement se référaient à des décisions antérieures, et ce, presque toujours, en vue de statuer sur l'application du délai de prescription fixé à l'article 67 des FIDIC. La moisson est faible et peu significative.

50. - Elle est un peu plus abondante, mais demeure limitée dans le cas des arbitrages commerciaux opérés dans un cadre institutionnel. Seulement 12 % des sentences adoptées sous les auspices de la Chambre de commerce internationale (CCI) sont publiées (après écoulement d'un délai de trois ans). Le pourcentage des sentences rendues publiques est encore plus faible pour la plupart des autres institutions arbitrales, selon une étude récente d'Alexis Mourre^{Note 51}. Le secret demeure enfin la règle pour les arbitrages *ad hoc*.

51. - Par ailleurs, il résulte de l'étude approfondie à laquelle s'est livrée Gabrielle Kaufmann-Köhler que 15 % seulement des sentences publiées par la CCI, soit une trentaine de sentences, mentionnent des précédents arbitraux. Ces mentions portent le plus souvent sur des questions de compétence ou de recevabilité ou sur l'étendue des pouvoirs dont jouissent les arbitres pour adopter des mesures provisoires. Des références aux précédents apparaissent également lors de la détermination de la loi applicable. Le bilan, là encore, est mince.

52. - La situation est cependant totalement différente dans deux domaines ; celui du sport et celui des noms utilisés sur la toile. En effet, depuis quelques années, les arbitres du Tribunal du sport se réfèrent systématiquement aux décisions antérieurement prises par leurs collègues^{Note 52}. Il en est de même dans les décisions de l'ICANN (*Internet Corporation for assigned names and numbers*). Dans l'un comme dans l'autre cas, il en est probablement ainsi par souci d'assurer l'égalité de traitement entre de nombreux demandeurs dans des affaires ayant un caractère répétitif.

53. - Reste un cas particulièrement intéressant : celui des litiges réglés dans le cadre du Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI). Ces litiges sont soumis à des tribunaux arbitraux constitués en vertu d'une Convention unique, celle de Washington, créant le Centre. Ils sont examinés conformément aux dispositions de cette convention et des règlements pris pour son application. Un certain contrôle est exercé sur les sentences par des comités *ad hoc* constitués conformément à l'article 52 de la Convention.

54. - Ces dispositions jouent sans aucun doute en faveur d'une jurisprudence cohérente fondée sur l'utilisation des précédents. Mais en sens inverse, on doit observer que les tribunaux arbitraux statuant dans le cadre du CIRDI sont constitués pour chaque affaire et sont amenés à appliquer près de trois deux mille accords bilatéraux d'investissement (BIT) aux rédactions variables. En outre les comités *ad hoc* sont par définition *ad hoc* et n'ont qu'un contrôle limité sur

les sentences.

55. - Quel rôle jouent en fait les précédents au CIRDI ? À cet égard, on rappellera tout d'abord que l'article 53 de la Convention de Washington dispose que « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties* » et que la règle *Stare decisis* ne s'applique pas plus au CIRDI que devant les autres instances juridictionnelles internationales^{Note 53}. Les tribunaux arbitraux n'en sont pas moins amenés à se pencher sur les précédents existants en vue d'en évaluer la pertinence. Ils le font même aujourd'hui avec un zèle quelque peu excessif^{Note 54}.

56. - En résulte-t-il au stade actuel du développement du droit des investissements internationaux une jurisprudence constante ? Le débat est ici ouvert et lors d'un colloque parisien organisé en 2007 par l'Institut pour l'arbitrage international, des opinions divergentes furent exprimées à cet égard^{Note 55}.

57. - En réalité, une telle jurisprudence s'est développée sur certains points, mais qu'il reste beaucoup à faire.

58. - Il est ainsi admis aujourd'hui que le consentement des États à l'arbitrage peut être déduit de l'existence même de traités bilatéraux d'investissements ou de lois nationales, sans qu'il y ait lieu à signature de compromis (ce qui n'allait pas de soi au vu des textes applicables)^{Note 56}. Il est de même reconnu qu'un investisseur peut n'avoir pas été traité de manière « juste et équitable », même en l'absence de mauvaise foi de la part de l'État concerné^{Note 57}.

59. - Par ailleurs, la jurisprudence progresse pour ce qui est du contenu exact de la clause de traitement juste et équitable et des obligations des États en ce qui concerne l'indemnisation des préjudices.

60. - En revanche, elle demeure hésitante sur de nombreuses questions, telle les rapports entre griefs fondés sur les traités et griefs fondés sur les contrats (*Treaty and Contract Claims*)^{Note 58}, la portée de la clause parapluie (*Umbrella clause*)^{Note 59}, les conséquences à tirer des attentes légitimes des investisseurs ou l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux procédures contentieuses^{Note 60}.

61. - Ces divergences sont évidemment regrettables. Elles deviennent difficilement supportables lorsque des questions identiques, concernant le même État, sont tranchées différemment par des tribunaux arbitraux différents, comme c'est actuellement le cas en ce qui concerne l'existence ou non de l'état de nécessité en Argentine en 2002 et les conséquences à tirer de cette situation^{Note 61}.

62. - Certains ont proposé de résoudre ce problème en transformant en fait ou en droit les comités *ad hoc* en une instance d'appel. Mais ce projet posait à son tour divers problèmes^{Note 62}. Il fut abandonné et l'on en est réduit pour l'instant à s'en remettre à la sagesse des arbitres, voire à leur esprit de corps.

63. - Au total, les tribunaux arbitraux font aujourd'hui davantage référence aux précédents qu'ils ne le faisaient par le passé. Mais l'exigence de transparence et de cohérence n'est pas la même dans tous les domaines et pour tous les acteurs. Cette exigence est beaucoup plus grande dans les rapports interétatiques que dans les relations commerciales. Le contentieux des investissements constitue, quant à lui, un cas intermédiaire dans lequel certains progrès sont à la fois possibles et nécessaires.

2. L'utilisation des précédents extérieurs aux juridictions saisies

64. - On peut espérer que de tels progrès seront réalisés dans les années qui viennent par tous les tribunaux en ce qui concerne l'utilisation de leurs propres précédents. Resterait, en pareil cas, à s'assurer de la cohérence d'ensemble des divers jugements et sentences rendus par les multiples instances juridictionnelles existantes. En effet la prolifération de ces instances dans les dernières décennies pose à cet égard des problèmes sérieux.

65. - Elle augmente tout d'abord les risques de chevauchement de compétences et de contrariété de jugements. On a pu le constater dans les relations interétatiques à l'occasion du différend sur la pêche à l'espadon entre l'Union européenne et le Chili que les uns entendaient porter devant le tribunal du droit de la mer et les autres devant l'Organisation mondiale du commerce. On l'a vu dans l'arbitrage entre l'Irlande et le Royaume-Uni concernant l'usine Mox où sont intervenus à la fois le Tribunal du droit de la mer, un Tribunal arbitral *ad hoc* et la Cour de justice de l'Union européenne^{Note 63}. On le voit fréquemment pour les différends en matière d'investissement qui peuvent être soumis tantôt aux tribunaux CIRDI, tantôt aux instances de règlement des litiges prévues par les contrats.

66. - Mais cette prolifération crée non seulement des risques de contrariété de décisions dans une affaire déterminée, mais encore des risques de contrariété de jurisprudence. De telles contrariétés peuvent être le fruit d'une volonté proclamée d'écarter les précédents étrangers au tribunal saisi. Ainsi, dans l'affaire *Tadic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a-t-il entendu s'opposer à la Cour internationale de justice pour ce qui est du droit régissant les responsabilités encourues par un État intervenant dans une guerre civile survenue sur le territoire d'un autre État^{Note 64}. Ces divergences peuvent aussi être la conséquence, dans certaines branches du droit, d'une spécialisation croissante dont les juges ou les arbitres se font alors les chantres. Ainsi dans l'affaire *Loizidou*, la Cour de Strasbourg a écarté la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les réserves au nom de la spécificité des droits de l'homme. Enfin les divergences peuvent simplement être le fruit de l'ignorance.

67. - Quelles qu'en soient l'origine, de telles difficultés apparaissent, d'une part, dans des domaines particuliers du droit international dont l'application relève de plusieurs tribunaux et, d'autre part, pour l'application du droit international général dans son ensemble.

A. - L'utilisation des précédents extérieurs aux juridictions saisies dans des domaines particuliers du droit international

68. - De nombreux exemples pourraient être donnés de cas dans lesquels divers juges et arbitres sont amenés à faire application du même droit dans un domaine particulier. En pareille hypothèse, ils n'ont bien entendu aucune obligation de suivre les décisions adoptées par d'autres juges ou arbitres. Mais ils se doivent, me semble-t-il, de considérer les solutions ainsi retenues, en vue de s'y rallier ou de les écarter, en justifiant leur choix. Tel n'est cependant pas toujours le cas.

69. - La Cour internationale de justice, pour commencer par elle, a pendant longtemps cité exclusivement ses propres arrêts et avis. Elle s'est même refusée dans l'affaire de la *Barcelona Traction* à se référer aux sentences arbitrales invoquées, en soulignant qu'elles ne pouvaient « faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce »^{Note 65}. Puis la Cour a évolué. Elle s'est tout d'abord appuyée dès 1953 sur les sentences rendues, un siècle auparavant, dans l'affaire de l'Alabama qui posaient, a-t-elle dit, le principe d'après lequel tout tribunal a « la compétence de la compétence »^{Note 66}. Puis elle s'est référée en 1982 à la sentence rendue en 1977 pour la fixation des frontières maritimes entre la France et le Royaume-Uni en mer d'Iroise et a pour partie repris à son compte la méthode suivie alors par le tribunal arbitral^{Note 67}. Dans les dernières années, ces références se sont multipliées, par exemple pour la délimitation des frontières dans le golfe de Fonseca^{Note 68}, entre Bahreïn et Qatar^{Note 69}, la Malaisie et l'Indonésie^{Note 70} ou le Cameroun et le Nigeria^{Note 71}. On observera que toutes les sentences citées par la Cour concernent des différends interétatiques et que celle-ci n'a jamais fait référence à des sentences intervenues dans d'autres cadres, tels que l'arbitrage commercial ou l'arbitrage dans le domaine des investissements.

70. - Par ailleurs, si dans les affaires bosniaques, elle s'est appuyée, à propos des massacres de Srebrenica, sur les constatations de fait du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, elle en a écarté sans hésitation les appréciations de droit^{Note 72}. Elle s'est enfin toujours abstenue de faire la moindre référence aux motivations retenues par les juridictions régionales. Au total, la politique des précédents suivie par la Cour a essentiellement pour but d'assurer un dialogue constructif avec les tribunaux arbitraux statuant dans les litiges entre États, notamment dans les querelles frontalières. Ces tribunaux étant de leur côté très attentifs à la jurisprudence de la Cour, la cohérence est assurée de manière satisfaisante en ces matières.

71. - Dans le domaine du droit pénal international, la première jurisprudence dégagée a été celle de la Chambre d'appel des tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. La question s'est par suite posée de savoir si les tribunaux ultérieurement constitués devaient s'inspirer de cette jurisprudence, voire la suivre. Il en a été tout d'abord ainsi pour les tribunaux nationaux à composante internationale et le statut du tribunal pour la Sierra Leone lui a même fait obligation de procéder de la sorte^{Note 73}.

72. - Devant la Cour pénale internationale, les précédents des tribunaux *ad hoc* sont constamment invoqués, mais la Cour a adopté une attitude prudente. Elle a à plusieurs reprises utilisé ces précédents, comme d'ailleurs des jugements de la Cour internationale de justice et de la Cour de Strasbourg^{Note 74} lorsqu'il s'est agi de droit substantiel. En revanche, elle s'y est refusée en matière procédurale, en soulignant que son statut était à cet égard fort différent de celui des tribunaux *ad hoc*, en ce qui concerne tant la situation des victimes que le rôle du procureur et des juges.

Cette jurisprudence illustre, me semble-t-il, assez bien l'importance, comme les limites des précédents extérieurs aux juridictions saisies.

73. - Les droits de l'homme fournissent un troisième exemple intéressant au niveau européen, compte tenu des compétences respectives des Cours de Strasbourg et de Luxembourg. La première s'assure, comme on sait, du respect de la Convention européenne des droits de l'homme par les États parties à cette convention. La seconde, du respect par l'Union européenne des droits fondamentaux tels que garantis par la convention. Ce partage de compétence, parfois contesté et d'ailleurs remis en cause par le traité de Lisbonne, n'a pas été sans soulever certains problèmes, malgré le soin apporté par chacune des Cours à tenir compte de la jurisprudence de l'autre. Récemment encore, des difficultés sont apparues par exemple en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme international ou le statut des biens immeubles à Chypre Nord^{Note 75}. Là encore, les précédents ne sont pas ignorés, mais chaque juridiction n'en poursuit pas moins sa route au nom des fins que lui assignent les traités.

74. - Dans le domaine du droit des investissements, les tribunaux arbitraux sont également amenés à se pencher sur l'ensemble des précédents existants. Ainsi devant le CIRDI, sont fréquemment invoquées des sentences ad hoc rendues conformément au règlement arbitral de la CNUDCI, ou dans le cadre d'associations de libre échange, telle l'ALENA. On en retrouve la trace dans les sentences.

75. - À travers cette analyse, il apparaît que, si dans le domaine du droit interétatique, une certaine cohérence est atteinte grâce à l'utilisation des précédents, il n'en est pas toujours de même dans d'autres domaines, où l'on a l'impression que les précédents extérieurs à la juridiction concernée sont parfois ignorés, parfois utilisés pour renforcer un raisonnement auquel on est parvenu par d'autres voies.

B. - L'utilisation des précédents extérieurs aux juridictions saisies en droit international général

76. - S'agissant du droit international général, on notera en premier lieu que de nombreux statuts y font référence d'une manière ou d'une autre^{Note 76}. On est en outre frappé par la volonté affichée par tous d'appliquer ce droit. Ainsi l'Organe d'appel de l'OMC, dès sa première décision, précisait qu'« il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »^{Note 77}. De même la Cour de Luxembourg a rappelé que « les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international »^{Note 78}. La Cour de Strasbourg a elle-même réaffirmé récemment que la Convention européenne des droits de l'homme « doit s'interpréter à la lumière des règles pertinentes et des principes du droit international applicables aux relations entre ses Parties contractantes »^{Note 79}.

77. - Dans la pratique, ces affirmations de principe trouvent leur reflet, aussi bien chez les juges que chez les arbitres, dans de très nombreuses références aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme aux arrêts de la Cour internationale de justice conférant aux dispositions de ces articles un caractère coutumier. On trouve également un grand nombre de jugements et de sentences arbitrales^{Note 80} s'appuyant sur des précédents de la Cour permanente ou de la Cour internationale traitant de la responsabilité des États, par exemple dans l'affaire de l'usine de Chorzow^{Note 81}. Sur ces terrains, les jurisprudences semblent cohérentes au moins en apparence.

78. - Mais les précédents tirés du droit international général sont parfois invoqués dans une toute autre perspective, à savoir pour permettre à certains tribunaux de justifier des solutions qui pouvaient difficilement être fondées sur les seuls textes les régissant. Deux exemples sont à cet égard très éclairants : celui des mesures provisoires et celui du *jus cogens*.

79. - La question de savoir si les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice présentent un caractère obligatoire pour les États concernés a longtemps été regardée comme incertaine. Par interprétation de l'article 41 de son statut, la Cour l'a tranchée par l'affirmative en 2001^{Note 82}. Cette décision a provoqué une évolution jurisprudentielle allant dans le même sens pour d'autres juridictions qui se sont parfois prévalues de l'arrêt de la Cour, alors que les textes les régissant étaient bien différents. Il en a été par exemple ainsi pour la Cour de Strasbourg dont le statut ne prévoit même pas la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires et l'on a vu des tribunaux du CIRDI affirmer le caractère obligatoire des mesures provisoires adoptés par eux^{Note 83}, alors que l'article 47 de la Convention de Washington en fait de simples recommandations. Ces jurisprudences s'appuyaient ainsi non sur les textes applicables, mais sur des précédents extérieurs ou des principes dégagés de ces précédents.

80. - Une évolution analogue peut être notée en ce qui concerne l'existence dans tel ou tel domaine de normes impératives du droit international général, parfois qualifiées de *ius cogens*. On sait que, selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, doivent être regardées comme impératives les normes acceptées et reconnues comme telles par la Communauté internationale des États dans son ensemble. Il s'agit là de normes conventionnelles ou plus souvent coutumières nées de la pratique et de l'*opinio juris* des États, puis élevées au rang de normes impératives dans les conditions ainsi fixées par la Convention de Vienne.

81. - La Communauté internationale des États ayant été à ce sujet d'une remarquable discrétion, ce sont les arbitres et les juges qui ont été amenés à promouvoir ce concept et à en définir le contenu. Les premières décisions à cet égard ont été prises par des tribunaux arbitraux dans l'affaire *Aminoil c/ Koweït*^{Note 84} et dans l'affaire *Guinée Bissau c/ Sénégal*^{Note 85}, puis par la Commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie^{Note 86}. Sont intervenus ensuite le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie^{Note 87}, les Cours de Strasbourg^{Note 88} et de San Jose de Costa Rica, le Tribunal de première instance des Communautés européennes^{Note 89} et, en dernier lieu, la Cour internationale de justice^{Note 90}. Mais il est intéressant de noter que de sentences en jugements et de jugements en arrêts, les arbitres et les juges se sont pour l'essentiel appuyés sur les précédents juridictionnels qu'ils énumèrent, sans plus s'interroger sur la position même des États quant au caractère impératif, voire au caractère coutumier des normes appliquées. Le recours aux précédents masque mal en pareil cas la volonté d'ignorer le droit positif et de promouvoir le droit naturel né de la conscience des juges.

82. - Au terme de deux festins au cours desquels avaient seulement été servies des langues accommodées de diverses manières, Esope fit reconnaître à son maître Xantus que la langue était la meilleure et la pire des choses. Au terme de cet exposé, je crains de devoir aboutir à la même conclusion en ce qui concerne le précédent.

83. - Au sein de chaque juridiction et de chaque système arbitral, le précédent est certes garantie de sécurité et d'égalité de traitement des justiciables. Il est par suite indispensable d'y faire appel dans les nouvelles branches du droit où la norme est encore incertaine. En outre, il constitue un instrument privilégié du dialogue des juges et des arbitres et peut de ce fait contribuer à mettre un peu d'ordre dans un système juridictionnel décentralisé, tel celui que nous connaissons en droit international. À ce double titre, le recours au précédent est une nécessité.

84. - Mais il est de bons et de mauvais précédents et les meilleurs ne s'imposent pas toujours immédiatement. Le culte du précédent est de ce fait aussi dangereux que le mépris du précédent. Des distinctions s'imposent et c'est souvent sagesse de ne s'incliner que devant une jurisprudence constante.

85. - Par ailleurs, s'en remettre toujours aux précédents risque de figer le droit propre à chaque juridiction. Des évolutions, et plus exceptionnellement des revirements de jurisprudence ne doivent jamais être exclus.

86. - Enfin et surtout, le précédent ne doit pas faire oublier les textes et plus généralement le droit applicable. Il ne saurait être un instrument du gouvernement des juges : il n'est qu'un auxiliaire dans la détermination du droit et les juges et arbitres devraient constamment conserver à l'esprit la maxime de Justinien : « *Non exemplis, sed legibus indicandum est* »^{Note 91}.

Note 1 Texte issu d'une conférence prononcée à l'Institut des hautes études internationales et du développement, Genève.

Note 2 A. T. Denning, *The discipline of Law* (1979), p. 296.

Note 3 Jennings, *Cours général de droit international public : Académie de droit international*, 1967, II, p. 342.

Note 4 Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I (1798-1855), préf. Louis Renault, p. VII.

Note 5 *British Yearbook of International Law*, 1931, p. 59.

Note 6 *Procès-verbaux*, 1920, p. 584.

Note 7 *Procès-verbaux*, 1920, p. 592, 593, 745, 746, et 754.

Note 8 *Procès-verbaux*, 1920, p. 94.

Note 9 *Oppenheim's International Law*, 9^e Edn, I, p. 41, § 13.

Note 10 *Affaire des pêcheries islandaises* : *Rec. CIJ 1973*, p. 23-24, § 53.

Note 11 *Avis consultatif du 8 juillet 1996* : *Rec. CIJ 1996*, I, p. 266, § 105 (2) (E).

Note 12 V. par ex. les opinions et déclarations des juges Weiss (*CPJI, série A, n° 10, p. 43*), Krylov (*Rec. CIJ 1949, p. 219*), Read (*Rec. CIJ, 1950, p. 244*) et Guillaume (opinion individuelle d'où provient cette citation : *Rec. CIJ 1996, p. 293*).

Note 13 Pour une analyse approfondie, V. M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* : Cambridge University Press, 1996.

Note 14 *Haute Silésie polonaise, fond, recueil série A, n° 7, p. 19*. - V. aussi *Usine de Chorzow, 1927, recueil, série A, n° 1, p. 20*.

Note 15 *Plateau continental Tunisie/Malte* : *Rec. CIJ 1984*, p. 26, § 42.

Note 16 Voir la déclaration commune de sept juges dans l'affaire du Kosovo. *Exceptions préliminaires, 15 déc. 2004* : *Rec. CIJ 2004*, p. 1208.

Note 17 *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* : *Rec. CIJ 1980*, p. 18, § 33. - *Interprétation de l'accord entre l'OMS et l'Égypte* : *Rec. CIJ 1980*, p. 87, § 33.

Note 18 Solution très fréquemment retenue depuis l'arrêt rendu dans l'affaire des concessions Mavrommatis : *CPJI, 1927, série A, n° 11, p. 18*.

Note 19 *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* : *CPJI, série E, 16, p. 190*. - V. aussi différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras : *Rec. CIJ, p. 745, § 281*.

Note 20 *Barcelona Traction Light and Power Company, 5 févr. 1970* : *Rec. CIJ 1970*, p. 32, § 33 et 34.

Note 21 *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c/ Nigeria)* : *Rec. CIJ 1998*, p. 290, § 21 et s.

Note 22 *Plateau continental de la mer du Nord* : *Rec. CIJ 1969*, p. 5, § 101.

Note 23 *Plateau continental Tunisie/Libye* : *Rec. CIJ 1982*, p. 4.

Note 24 *Frontière maritime dans la région de golfé du Maine* : *Rec. CIJ 1984*, p. 300, § 112.

Note 25 *Plateau continental Libye/Malte* : *Rec. CIJ 1985*, p. 13.

Note 26 *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* : *Rec. CIJ 1993*, p. 38.

Note 27 *Qatar/Bahreïn* : *Rec. CIJ 2001*, p. 230.

Note 28 *Roumanie/Ukraine* : *CIJ, 3 févr. 2009*.

Note 29 Ainsi, pour le Tribunal international du droit de la mer, l'article 196 de la Convention de Montego Bay précise que les décisions qu'il rend « n'ont force obligatoire que pour les parties et dans le cas d'espèce considéré » (texte repris de l'article 59 du statut de la Cour internationale de justice).

Note 30 L'article 21, § 2, de la Convention de Rome précise même pour la Cour pénale internationale que « La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures ».

Note 31 L'Organe d'appel de l'OMC précisa ainsi dans sa décision sur les mesures antidumping américaines visant l'acier inoxydable que « Absent cogent reasons, an adjudicating body will resolve the same legal questions in the same way in subsequent cases » (*WT/DS /344/AB/R du 30 avril 2008*).

Note 32 Affaire *Aleksovski (IT-95-14/1)*. Arrêt en appel du 24 mars 2000, § 113.

Note 33 La Convention telle qu'amendée dispose en effet en son article 30 que « Si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou 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 qu'une partie s'y oppose ».

Note 34 V. H. Ruiz Fabri, *Le règlement des différends au sein de l'OMC : CREDIMI*, t. 20, p. 319.

Note 35 Voir la jurisprudence rapportée par Gilbert Bitti dans son étude sur l'article 21 du statut de la Cour pénale internationale, dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*.

Note 36 Dans un sens négatif, voir les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Internationaler Hilfsfonds (CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-331/05 P : Rec. CJCE 2007, I, 5475, pts 85 à 87)*. Pour une approche plus respectueuse des arrêts de la Cour, V. TPI, ord., 16 févr. 2005, aff. T-142/03, *Fost Plus c/ Commission : Rec. CJCE 2005, II, 589, pt 80*.

Note 37 Ainsi dans l'affaire de la taxe sur les boissons alcooliques, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a dès 1996 décidé que « les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'acquis du GATT », à prendre en compte dans les décisions à intervenir au sein de l'OMC (4 octobre 1996, p. 1). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire des crevettes (12 octobre 1998, § 108). De même le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a précisé à de nombreuses reprises en appel qu'il ne voyait pas de raison « impérieuse » de s'écarter de sa jurisprudence antérieure (V. par ex. le jugement du 29 février 2001 dans l'affaire IT-96-21-A, Procureur c/ Delalic et a., § 136).

Note 38 *Cossey c/ Royaume-Uni, 27 sept. 1990, série A, n° 184, § 35*.

Note 39 *Stafford c/ Royaume-Uni, 28 mai 2002, § 67-68*.

Note 40 *Stafford, préc., § 70 et s.*

Note 41 *Chapman c/ Royaume-Uni, 18 janv. 2001 : Rec. CJCE 2001, I*.

Note 42 *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, § 74-75*.

Note 43 *Kudla c/ Pologne, 26 oct. 2000 : Rec. CJCE 2000, XI, § 146 et s.*

Note 44 L. Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, p. 1545.

Note 45 V. par ex. *CJCE, 17 oct. 1990, aff. C-10/89, CNL-Sugal c/ Hag : Rec. CJCE 1990, I, 3711*. - *CJCE, 24 nov. 1993, aff. C-267/91 et 268/91, Procédure pénale c/ Keck et Mithouard : Rec. CJCE 1993, I, 6097, pt 14*. - *CJCE, 25 juill. 2008, aff. C-127/08, Metock e.a. : Rec. CJCE 2008, I, 6241*. - sur l'ensemble de la question, V. L. Coutrou, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire : RTDE 2009, p. 643*.

Note 46 À cet égard, la qualité des plaidoiries et celle des arbitres sont déterminantes (V. les judicieuses observations de J. Paulsson, *The role of precedent in investment arbitration in Arbitration under international investment agreements : Oxford University Press*, p. 710-711).

Note 47 Voir par exemple l'arbitrage du Rhin de fer (*sentence 24 mai 2005, § 59*) dans lequel le tribunal, en interprétant l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, a précisé que « Lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer cette pollution » (V. V. Barral, *La sentence du Rhin de fer : RGDIP 2006, p. 647*).

Note 48 Voir par exemple la sentence arbitrale du 11 avril 2006 délimitant la frontière maritime entre la Barbade et Trinité et Tobago conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de justice.

Note 49 G. Kaufmann-Köhler, *Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse : Freshfield Lecture 2006, p. 357*.

Note 50 Ch. Seppälä, *The development of case law in construction disputes relating to FIDIC contracts, Precedent in international*

arbitration : IAI, p. 67.

Note 51 A. Mourre, *Precedent and confidentiality in International Commercial Arbitration : the case for the publication of arbitral awards*, *Precedent in international arbitration : IAI*, p. 39.

Note 52 G. Kaufmann Köhler, *op. cit.* p. 365.

Note 53 V. par ex. *El Paso Energy International vs République argentine*, ICSID case ARB/03/15, *Décision sur la compétence*, 27 avr. 2006, § 39.

Note 54 Ils le font généralement sans préciser sur quel terrain. Tout au plus peut-on relever que, dans l'affaire *Saipem c/ Bangladesh*, le tribunal déclara qu'il « believes that, subject to compelling grounds, it has the duty to adopt solutions established in a series of consistent cases » (§ 67).

Note 55 *Precedent in International Arbitration : IAI*, p. 97, 137 et 149.

Note 56 Pour la compétence fondée sur une loi, V. *SPP vs Egypt*, *sentence 14 avr. 1988*. - pour une compétence fondée sur un traité, V. *AAPL c/ Sri Lanka*, *sentence 27 juin 1990*, suivies de multiples autres sentences

Note 57 *Mondev International Ltd vs United States of America*, ICSID case ARB/99/2, *sentence 11 oct. 2002*. - *Tecmed c/ Estados Unidos de Mexico*, ICSID case ARB (AF)/00/2, *sentence 29 mai 2003* et de nombreuses sentences postérieures

Note 58 La distinction remonte à l'affaire *Vivendi c/ Argentine*, ICSID case ARB/97/3, décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002. Mais elle a fait depuis lors l'objet d'interprétations nombreuses et diverses

Note 59 V. par ex. *Salini Costruttori c/ Jordanie*, ICSID case ARB/02/13, *déc. 29 nov. 2004*. - *SGS c/ Pakistan*, ICSID case ARB/01/13, *déc. 6 août 2003*. - *SGS c/ Philippines*, ICSID case ARB/02/6, *déc. 29 janv. 2004*.

Note 60 Sur tous ces points voir les exposés de James Crawford et Gabrielle Kaufmann-Köhler lors du colloque de l'IAI mentionné en note de renvoi 54.

Note 61 V. dans un sens *CMS c/ Argentine*, ICSID case ARB 01/8, *sentence 12 mai 2005*, § 324. - *Enron vs Argentine*, ICSID case ARB/01/3, *sentence 22 mai 2007*, § 307. - *Sempra vs Argentine*, ICSID case ARB 02/16, *sentence 28 sept. 2007*, § 346. - *Continental Casualty Company c/ Argentine*, *sentence 5 sept. 2008*. - en sens inverse *LGE c/ Argentine*, ICSID case ARB/02/1, *sentence 3 oct. 2006*, § 339. Dans deux cas, la question de l'état de nécessité en droit international général n'est pas abordée (*BG Group Plc c/ Argentine*, *sentence 24 déc. 2007*. - *National Grid Plc c/ Argentine*, *sentence 3 nov. 2008*). - pour un commentaire d'ensemble, V. Th. Christakis, *Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI ?* : RGDIP 2007, p. 879.

Note 62 V. K. Sauvart (ed.), *Appeals mechanism in international investment disputes* : Oxford University Press 2008.

Note 63 V. Y. Kerbrat, *Le différend relatif à l'usine Mox* : *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 607.

Note 64 *TPI pour l'ex-Yougoslavie*, *Chambre d'appel*, affaire 94-1-A, *déc. 15 juill. 1999*, § 115 et s. - V. aussi CEDH, 18 déc. 1996, *Loizidou c/ Turquie* : Rec. CEDH 1996, IV, § 56.

Note 65 *Barcelona Traction Light Power Company*, 5 févr. 1970 : Rec. CIJ 1970, p. 40, § 63.

Note 66 *Nottebohm, exceptions préliminaires*, 18 nov. 1953 : Rec. CIJ 1953, p. 119. - *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau c/ Sénégal)*, 12 nov. 1991 : Rec. CIJ 1991, p. 68, § 46.

Note 67 *Plateau continental (Tunisie c/ Libye)*, 24 févr. 1982 : Rec. CIJ 1982, p. 57, § 66 et p. 79, § 111.

Note 68 *Différend frontalier, terrestre et maritime entre le Salvador et le Honduras*, 11 sept. 1992 : Rec. CIJ 1992, p. 351, § 391.

Note 69 *Délimitation maritime et certaines questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, 16 mars 2001 : Rec. CIJ 2001, p. 40 et s., § 100 et 117.

Note 70 *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan*, 17 déc. 2002 : Rec. CIJ, 2002, § 135.

Note 71 *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, 10 oct. 2002 : Rec. CIJ 2002, p. 415, § 222.

Note 72 *Application de la Convention sur le génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-Monténégro)*, arrêt 26 févr. 2007 : *Rec. CIJ* 2007 (pour les faits § 297 ; pour le droit § 402 et 403).

Note 73 L'article 20.3 du statut du tribunal pour la Sierra Leone se lit ainsi : « *The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunal for the former Yugoslavia and for Rwanda* ».

Note 74 V. des exemples dans *W. A. Schabas, The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, p. 396. - pour les tribunaux *ad hoc*, V. des exemples dans *Volker Nerlich, préc.*, p. 310.

Note 75 *J. Malenovsky, L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme* : *RGDIP* 2009, p. 754.

Note 76 Pour le Tribunal international du droit de la mer, voir par exemple les articles 58,74, 83, 295 et 304 de la Convention de Montego Bay ; pour l'Organe d'appel de l'OMC, voir l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ; pour l'arbitrage CIRDI, voir l'article 42(1) de la Convention de Washington.

Note 77 *États-Unis, Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, (WT/DS2/ARB/R)*, rapport d'appel, 29 avr. 1996.

Note 78 *CJCE, 24 nov. 1992, aff. C-286/90*. - pour plus de précisions concernant l'utilisation du droit international général par la Cour européenne des droits de l'homme, V. *M. Eudes, La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme* : *Pedone* 2005, p. 266 et annexe V.

Note 79 *CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/93*.

Note 80 V. *F. Latty, Arbitrage transnational et droit international général* : *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 467.

Note 81 *CPJI, série A, n° 17, p. 47*.

Note 82 *CIJ, arrêt 27 juin 2001, aff. LaGrand* : *Rec. CIJ*, p. 501-506, § 98 et s.

Note 83 *Maffezini c/ Spain, Procedural Order n° 2, 28 oct. 1999, § 9* ; *Pey Casado c/ Chile, Procedural Order, 25 sept. 2001, § 17-26* ; *Tokio Tokelés c/ Ukrainr, Procedural Order n° 1, 1er juill. 2003, § 4* ; *Occidental c/ Ecuador, Procedural Order, 17 août 2007, § 58*.

Note 84 *Sentence du 24 mars 1982* : *JDI* 1982 p. 89.

Note 85 *Sentence 31 juill. 1989* : *RGDIP* 1990, p. 234.

Note 86 *Avis n° 1, 2 et 10* : *RGDIP* 1992 p. 265 et 1993 p. 594.

Note 87 *TPI pour l'ex-Yougoslavie, 10 déc. 1998, Furundzija, § 147 et 153* ; *14 décembre 1999, Jelusic, § 60* ; *2 août 2001, Krstic, § 541*.

Note 88 *CEDH, n° 35763/97, 21 nov. 2001, aff. Al Adsani c/ Royaume-Uni, § 61*.

Note 89 *TPICE, 21 sept. 2005, aff. Ahmed Ali Yusuf, § 283 et s.*

Note 90 *Activités armées sur le territoire du Congo, 3 févr. 2006* : *Rec. CIJ* 2006, p. 31 et 32, § 64.

Note 91 *Digest, 7.45.13*.