HAL
open science

Mise au point théorique-Existe-t-il des motifs" non-juridiques" des jugements internationaux?

Florian Couveinhes

To cite this version:

Florian Couveinhes. Mise au point théorique-Existe-t-il des motifs" non-juridiques" des jugements internationaux?. Florian COUVEINHES MATSUMOTO, Raphaëlle NOLLEZ-GOLDBACH . Les motifs non-juridiques des jugements internationaux: actes de la 1ère Journée de droit international de L'ENS, hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr, pp. 23-78, 2016. hal-03099806

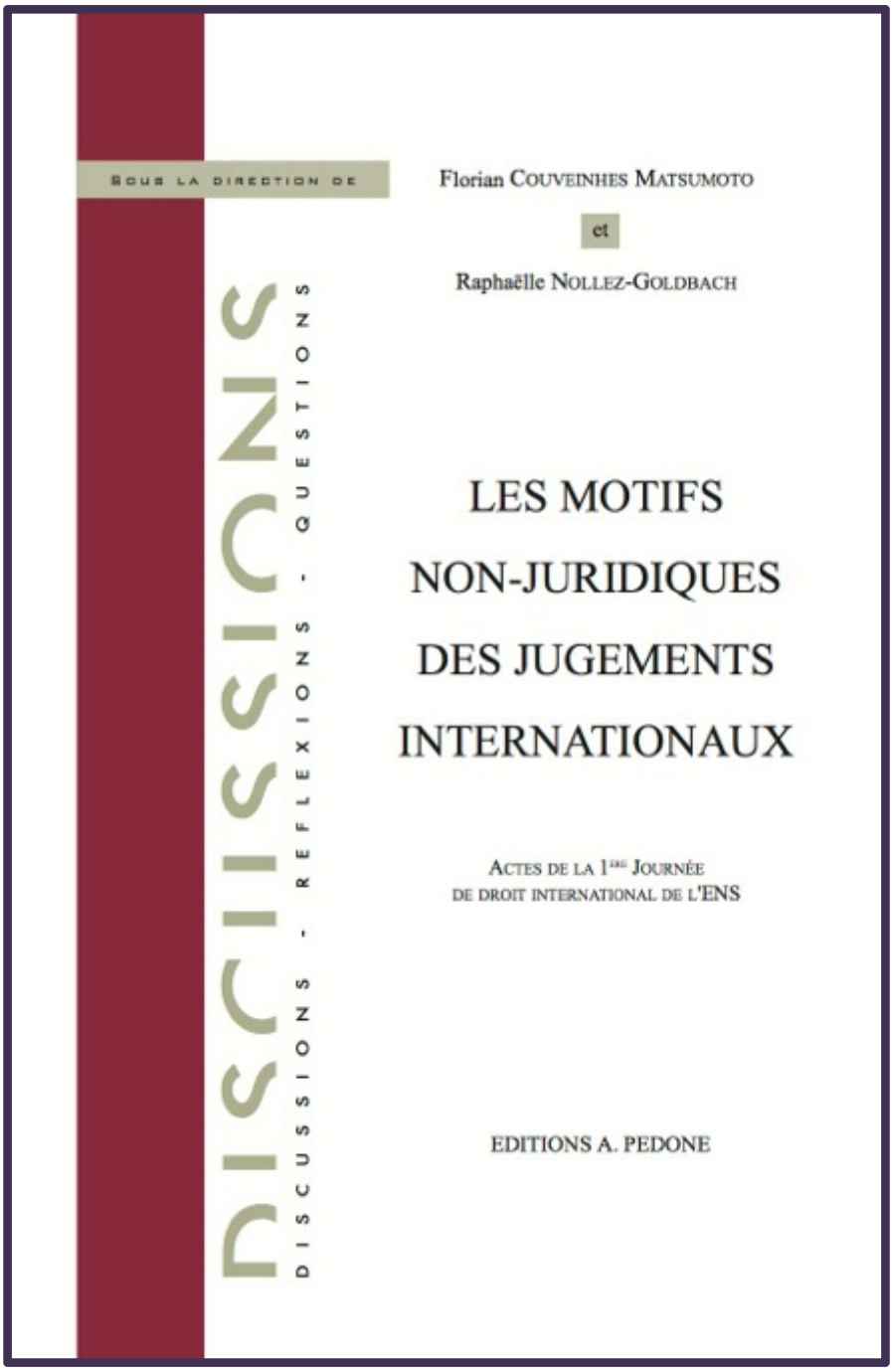
HAL Id: hal-03099806

https://hal.science/hal-03099806v1

Submitted on 28 Jun 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.


Sous la direction de
Florian Couveinhes Matsumoto
et
Raphaëlle Nollez-Goldbach
DISCUSSIONS - REFLEXIONS - QUESTIONS
LES MOTIFS NON-JURIDIQUES DES JUGEMENTS INTERNATIONAUX
Actes de la 1ère Journée de droit international de l'ENS
EDITIONS A. PEDONE

MISE AU POINT THEORIQUE
EXISTE-T-IL DES MOTIFS « NON-JURIDIQUES » DES JUGEMENTS INTERNATIONAUX ?

FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO*

« Socrate : Il faut donc, si l'on doit susciter l'illusion chez quelqu'un sans en être soi-même la dupe, que l'on connaisse exactement la ressemblance et la dissemblance qui sont dans les choses existantes.
Phèdre : Cela est nécessaire.
Socrate : Pourra-t-on dès lors, si l'on ignore la vérité de chaque chose, discerner chez les autres la ressemblance, petite ou grande, de la chose ignorée ?
Phèdre : On ne le pourra pas »[1].

Qu'est-ce qu'un « motif non-juridique » ? Plusieurs des contributeurs de ces actes, et auparavant de la journée d'études consacrée à ce sujet, nous ont avoué leur perplexité face à cette expression. Leur perplexité n'est pas surprenante car bien que l'expression soit assez souvent employée, elle n'a jamais été sérieusement conceptualisée par la doctrine juridique française contemporaine. Ce fait lui-même est étrange car même si l'usage d'expressions comme « motif » ou « motivation non-juridique » est relativement limité, celui d'expressions plus familières à l'enseignant-chercheur comme au juriste praticien, celles de « motif juridique » et de « motivation juridique », impliquent en creux qu'il y ait des motifs ou des motivations *non-juridiques* – un point que note d'ailleurs Mouloud Boumghar un peu plus loin dans cet ouvrage, à propos de l'article 45 de la Convention européenne des droits de l'homme[2].

---

* Maître de conférences en Droit public à l'Ecole Normale Supérieure (Ulm), Université de recherche Paris Sciences et Lettres, membre du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit (UMR CNRS 7074) et chercheur associé à l'Institut de Hautes Etudes Internationales (Université Panthéon-Assas).
[1] PLATON, *Phèdre*, texte ét. et trad. par C. MORESCHINI et P. VICAIRE, préf. de J. BRUNSCHWIG, intr. et notes de G. SAMAMA, Paris, Les belles lettres, coll. *Classiques en poche – bilingue*, 2011, troisième tirage, p. 103.
[2] V. *infra*, p. 186.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

La question qui se pose n'est donc pas de savoir si, objectivement, tel ou tel type de motif « existe » ou « n'existe pas », mais de savoir comment il faut comprendre l'emploi des expressions « motifs juridiques » et « motifs non-juridiques ». Selon quels principes de lecture et d'interprétation faut-il lire les textes où elles sont employées ou suggérérées, et l'exposé des motifs auquel l'expression « motif/vation » pourrait renvoyer ? Si l'on estime classiquement que les deux principales fonctions des enseignants-chercheurs du Droit sont de former de futurs acteurs juridiques éclairés, compétents et droits, et de conseiller et d'aider les acteurs juridiques afin qu'ils assument leurs responsabilités et s'acquittent au mieux de leurs fonctions, la manière dont les enseignants-chercheurs doivent lire les textes et apprécier leur valeur, consiste probablement à le faire au regard des fonctions de leurs auteurs et des effets des discours qu'ils émettent, y compris et prioritairement, des effets de leurs discours propres. Autrement dit, en lisant une décision de justice, l'enseignant-chercheur du Droit doit sans doute se demander si le juge a pris la bonne décision, si celle-ci est justifiée et si la motivation qui l'accompagne est adéquate.

Même si l'importance démocratique de cette démarche, ou le fait qu'elle relève bien de la raison pratique (la seconde négation dissimulant généralement la première) sont parfois contestées, c'est ce type d'appréhension de la jurisprudence qui est très généralement attendue de l'universitaire par les étudiants, par les acteurs juridiques spécialisés (les juges, les avocats, les conseils) comme non-spécialisés (les hommes politiques et les citoyens), pour lesquels les enseignants-chercheurs sont censés dispenser des enseignements et publier leurs recherches. Ici, on attend d'eux qu'ils éclairent les autres acteurs juridiques sur l'opportunité d'une décision en Droit, sur sa motivation et la solidité de cette dernière ; et on l'attend d'eux parce que l'exigence de formuler et de publier une motivation « adéquate » ou « suffisante » des décisions de justice[3] est comprise – par

[3] Cette exigence est claire en Droit international, de sorte que l'absence de motivation est par exemple un motif classique d'annulation des sentences arbitrales (v., déjà en 1958, l'a. 35 al. c) du Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI, *Ann. CDI*, 1958, vol. II, p. 89) et des décisions des tribunaux administratifs d'organisations internationales (v. not. CIJ, *Demande de réformation du jugement n°158 du TANU*, avis consultatif du 12 juillet 1973, *Rec. CIJ 1973*, pp. 210-211 §95). Pour la formulation de cette exigence pour la CIJ et le TIDM, v. *infra* la note 172. V. également l'a. 10 de l'Annexe VII de la Convention de Montego Bay, l'a. 34 §3 du Règlement d'arbitrage de la CPA, l'a. 32 §3 des Règles de procédure du TIAD, les a. 45 §1 et 49 §1 de la ConventionEDH ainsi que l'a. 74 §1 de son Règlement intérieur (mais à propos de la motivation « plus que sommaire » des décisions rendues par un comité de trois juges de la CourEDH, v. P. LAMBERT, « Motivation des décisions de la Cour européenne et frustration des justiciables », *RTDH*, 2007, vol. 69, pp. 211-214, spéc. p. 212). Pour les sentences arbitrales en général, v. (même si ce ne sont pas des textes statutaires) l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau c. Sénégal)* (arrêt du 12 novembre 1991, *Rec. CIJ 1991*, *Rec. CIJ 1991*, p. 67 §43), et l'a. 29 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la CDI en 1958

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

tous les acteurs juridiques : destinataires des règles, avocats, juges[4] et majorité des universitaires[5] – comme un aspect essentiel de l'impératif *d'équité* du procès[6] que le juge doit assurer au justiciable, voire comme une

(*Ann. CDI*, 1958, vol. II, p. 89). En matière économique, v. not. l'a. 12 §7 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC (Annexe 2), l'a. 48 §3 de la Convention CIRDI et l'a. 47 §1.i du Règlement d'arbitrage CIRDI. En matière pénale, v. l'a. 26 de l'Accord de Londres du 8 août 1945, l'a. 17 de la Charte constitutive du TMIEO, l'a. 23 §2 du Statut du TPIY, l'a. 22 §2 du Statut du TPIR, et les a. 74 §5 et 83 §4 du Statut de Rome de la CPI. En Droit des organisations internationales, v. not. les a. 10 §1 *in fine* et 11 §3 du Statut du TANU, l'a. 6 §2 du Statut du TAOIT et l'a. 6 §2 de l'Annexe au Statut du TAOIT. En Droit de l'UE, v. les a. 36 et 53 du Statut de la CJUE et l'a. 81 du Règlement de procédure du TPI. En matière d'arbitrage commercial international, la motivation est généralement obligatoire, sauf convention contraire. V. l'a. 31 §2 de la loi-type de la CNUDCI, l'a. VIII de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, ou les règlements d'arbitrage, comme l'a. 26 §1 du règlement de la *London Cour of International Arbitration*, l'a. 31 §2 de la version de 2012 du règlement d'arbitrage de la CCI, ou encore l'a. 27 §2 du règlement de l'*American Arbitration Association*. L'article 1482, al. 2 du Code français de procédure civile (applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506, al. 4 du même Code), exige également que la sentence soit motivée. La même exigence à l'égard de l'arbitrage international se retrouve dans différentes législations étrangères, par ex. l'a. 52 §4 de l'*Arbitration Act* britannique de 1996, l'a. 189 §2 de la loi fédérale suisse sur le Droit international privé du 18 décembre 1987, l'a. 383 §1e) du Code de procédure civile suisse, et les articles 1057 §4e) et 1065 §1d) du Code de procédure civile néerlandais. Historiquement, v. l'a. 52 de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, et l'a. 79 de la Convention de 1907 sur le même sujet. Avant 1899, l'obligation de motiver n'était pas clairement consacrée (v. not. la plaidoirie de P. GUGGENHEIM dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, *CIJ – Mémoires*, vol. II, pp. 70-71 ; et en doctrine : P.-M. JURET, *op. cit.*, 1960, p. 523, note 23), et c'est en grande partie la sentence *non-motivée* rendue le 3 octobre 1899 dans l'affaire de la *Frontière entre le Venezuela et la Guyane britannique* qui poussa à sa consécration. Par exception, v. l'a. 36 §1 du Règlement d'arbitrage de la CPA, relatif à la sentence de clôture de la procédure arbitrale (qui n'a pas à être motivée en cas de transaction ou de demande des parties).

[4] V. spéc. le Rapport de la Cour de cassation de 1999, p. 60 (citant le Premier Président Rozès) : « c'est seulement parce qu'il est assuré que son juge ne se détermine qu'en considération de la loi, de l'équité, de sa conscience et d'un examen attentif et rigoureux des faits au regard de valeurs éthiques et sociales communément acceptées que le citoyen admet le pouvoir de juger, la force obligatoire de la décision de justice et tient pour légitime l'autorité de celui qui la rend ».

[5] Affirmant le lien entre l'équité du procès et la fourniture et la publication d'une motivation appropriée, v. par ex. L. BORÉ dans « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, 2002-I.104, pp. 121-127, ou A. BRUNET, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 51-60, spéc. pp. 52-53, ou S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *Les petites affiches*, vol. 393, n°105, 26 mai 2004, p. 10 §23.

[6] En Droit européen des droits de l'homme par exemple, bien que la Convention n'énonce pas explicitement une obligation des juridictions nationales de motiver leurs décisions, celle-ci a été clairement comprise comme découlant de l'exigence d'un procès équitable édictée à l'article 6 §1. V. not. CourEDH, plén., 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, aff. n°8950/80, §53 ; CourEDH, plén., 6 décembre 1988, *Barberà, Messegué & Jabardo c. Espagne*, aff. n°10590/83, §68 (éclairé par le §3 de l'op. conc. de trois juges) ; CourEDH, ch., 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grèce*, aff. n°12945/87, §33 ; CourEDH, ch., 19 avril 1993, *Kraska c. Suisse*, aff. n°13942/88, §30), et surtout, plus fortement, CourEDH, ch., 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, aff. n°16034/90, §61 ; CourEDH, ch., 9 décembre 1994, *Ruiz Torija c. Espagne*, n°18390/91, §29, et CourEDH, ch., 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne*, aff. n°18064/91, §27 ; ComEDH, plén., 15 octobre 1996, rapport *Helle c. Finlande*, aff. n°20772/92, §66 ; ComEDH, plén., 27 février 1996, *Georgiadis c. Grèce*, aff n.°21522/93, §53 ; CourEDH, 18 février 1998, *Higgins et autres c. France*, aff.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

garantie de l'impartialité du juge. Négativement, l'obligation de motiver comme la pratique concrète de la motivation répondent à l'objectif d'éviter *l'arbitraire*[7], objectif qui implique notamment d'ouvrir la possibilité à la doctrine[8], aux juges dissidents et surtout aux justiciables[9], de comprendre les motifs de la décision, et d'apprécier et de contester (en appel et en cassation si cela est possible[10], mais également dans la discussion publique) leur conformité au Droit[11]. Comprendre correctement l'exposé des motifs d'une décision, mais aussi être capable de saisir plus largement tous ses motifs, leur légitimité et leur opportunité est ainsi compris comme absolument

n°20124/92 §42 ; CourEDH, 3ème sect., 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, aff. n°34553, §33 et CourEDH, 27 septembre 2001, *Hirvisaari c. Finlande*, aff. n°49684/99, §30. Sur ces arrêts, v. not. P. TITIUN « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur la motivation des décisions internes », in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1403-1408 et F. KUTY, « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, vol. 9, n°36, pp. 843-852. Plus récemment, v. not. CourEDH, 3ème sect., 28 avril 2005, *Albina c. Roumanie*, aff. n°57808/00, §36 ; CourEDH, 2ème sect., 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique*, aff. n°926/05, §43 ; CourEDH, 3ème sect., 10 novembre 2009, *Juez Albizu c. Espagne*, aff. n°25242/06, §21 ; CourEDH, 3ème sect., 1er juin 2010, *Dumitru c. Roumanie*, aff. n°4710/04, §§30, 32 ; CourEDH, 1ère sect., 13 décembre 2011, *Ajdarić c. Croatie*, aff. n°20883/09, §34.

[7] Dans la jurisprudence, v. not. la décision n°2011-113/115 QPC du Conseil constitutionnel en date du 1er avril 2011, *Xavier P. et autre* §11 *in fine*, et les décisions de la CourEDH dans l'affaire *Taxquet c. Belgique* (aff. n°926/05) : 2ème sect., 13 janvier 2009, §43 et Gr. ch., 16 novembre 2010, §90. Pour un cas de décision arbitraire « couverte » par une sentence non-motivée, v. P. REUTER, « La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la paix de La Haye (1899) et le conflit frontalier entre le Royaume-Uni et le Vénézuéla », in V. Ibler (ed.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, p. 238 et la note 2. En doctrine, v. par ex. en Droit international : J.-M. SOREL, « La motivation des actes en droit international », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public – Actes du colloque des 17-18 novembre 2011 à l'Université Jean Moulin – Lyon III*, Paris, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires – Actes*, 2013, p. 205 ; en Droit européen des droits de l'homme : N. FRICERO, *Dalloz*, 1996, somm. comm., p. 202 ; et plus généralement : T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, vol. 71, n°1-2, p. 5 ; M.-C. PONTHOREAU, « L'énigme de la motivation – encore et toujours – L'éclairage comparatif », in F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 12 ; C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice – La vertu pédagogique de la justice*, préf. d'H. Lécuyer, Paris, L'Harmattan, coll. *Bibliothèques de droit*, 2006, p. 17.

[8] V. par ex. en ce sens : A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDciv.*, 1974, vol. 72, p. 487.

[9] V. par ex. en ce sens en jurisprudence : CourEDH, *Hadjianastassiou*, *op. cit.*, 1992, §§34-37 ; CourEDH, *Kraska*, *op. cit.*, *1993,* §30 ; CourEDH, *Dulaurans*, *op. cit.*, 2000, §33 et dans la doctrine : S. GJIDARA, *op. cit.*, 2004, p. 3 §1, p. 6 §8, p. 8 §17, p. 8 §18, pp. 17-18 §§52-56.

[10] Dans la jurisprudence, v. par ex. CJCE, arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt steffen/Hauptzollamt Kiel*, n°158/80, *Rec. CJCE*, p. 1805 §§25-27 ; CJCE, arrêt du 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, n°45/86, *Rec. CJCE*, p. 1519 §11. C'est d'ailleurs pourquoi, en Droit français, « [l]'exigence de motivation n'a pris en réalité tout son sens et toute sa portée qu'avec la fonction de cassation » (S. Gjidara, *op. cit.*, 2004, p. 9 §19).

[11] V. par ex. en ce sens l'opinion du juge G. GUILLAUME, Commentaire de G. CAHIN, « La motivation des décisions de la Cour internationale de Justice » », in H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. *Contentieux international*, 2008, p. 91.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

indispensable à l'amélioration de l'équité des rapports sociaux attendue de l'administration de la justice. Si l'exposé des motifs concrètement fourni par le juge, mais aussi l'éclairage de sa décision par les universitaires, ne permettent en rien de comprendre, de discuter, d'évaluer et éventuellement de contester rationnellement la décision et ses véritables raisons, ce n'est pas seulement en l'absence d'exposé des motifs que la décision est incompréhensible et qu'elle suscite un sentiment d'inéquité, c'est dans tous les cas. Pour cette raison, on comprend que dans la période contemporaine, où l'Occident connaît un double mouvement de recul de la Démocratie d'une part, et de multiplication des instances juridictionnelles, de leurs compétences et des pouvoirs qu'elles se reconnaissent d'autre part, les juges soient fortement invités à faire preuve de « pédagogie »[12]. On le voit, la question du rapport entre l'exposé des motifs et les motifs non-dits de la décision est au cœur de la recherche rationnelle d'un Droit positivement édicté et reconnu, qui tire les relations humaines vers davantage d'équité.

La question des motifs des jugements ne sera donc abordée ici, ni en nous aveuglant délibérément sur les fonctions socialement reconnues à la motivation, ni en rejetant dogmatiquement les représentations courantes de la motivation « juridique » ou « non-juridique » (au nom de « phénomènes » que nous pourrions qualifier de « juridiques » de manière « scientifique », et à la signification juridique desquels nous prétendrions avoir un accès direct, ou encore au nom de notre prétendue capacité à dire « scientifiquement » qui dit ou ne dit pas « authentiquement » le Droit) : il n'y a aucun besoin de considérer le caractère juridique ou non-juridique d'un motif comme une qualité observable à l'instar d'un phénomène, pour retenir une distinction entre motifs juridiques et motifs non-juridiques. Le simple fait de constater que les acteurs juridiques eux-mêmes, à commencer par les juges, retiennent

[12] Soulignant cette invitation contemporaine à la pédagogie, v. par ex. S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. Caudal (dir.), *op. cit.*, 2013, p. 13, et en ce sens pour le juge administratif français : O. LE BLOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in M. Paillet (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France – Actes du colloque organisé les 23 et 24 novembre 2004 à la Faculté de droit de Toulon*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 295, et pour le juge judiciaire : C.-J. GUILLERMET, *op. cit.*, 2006, 106 p. V. aussi L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Droit de l'Union européenne*, 2012, 320 p. Réduisant souvent la Démocratie à la transparence, les universitaires en Droit tendent à ne plus demander au juge de se prononcer en se fondant sur la loi, donc sur la volonté d'un peuple *souverain*, mais seulement en *expliquant* sa décision à un peuple considéré comme encore dans sa *minorité* – d'où la terminologie « éducative » de la pédagogie. En Droit international, la « pédagogie » du juge international qui est allée croissante pendant tout le XXème siècle et au début du XXIème siècle peut également être expliquée par l'augmentation constante de l'emprise des décisions juridictionnelles internationales sur la vie des populations, sans que les règles appliquées par les juges soient de source plus démocratique. Il a par exemple beaucoup été question de la pédagogie de la CIJ à l'égard des ONG et des populations, dans la rédaction des arrêts et des opinions rendus dans des affaires comme celles du *Mandat d'arrêt* ou des *Immunités juridictionnelles.*

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

assez souvent cette distinction rend pertinent le choix de commencer à analyser leurs discours à partir d'elle, et le fait que cette distinction soit utile, et parfois même indispensable pour remplir correctement certaines fonctions juridiques suffit à rendre pertinente son emploi, quelles que puissent être les spéculations sur les présupposés des discours qui y renvoient, ou sur la « pertinence » de la distinction du point de vue de « scientifiques du Droit ». Tout au contraire, c'est le rejet de cette distinction, dont on va longuement démontrer qu'elle est retenue en pratique, qui ne peut se faire que dans le cadre d'une démarche prescriptive – selon laquelle *il ne doit pas* y avoir de motifs non-juridiques, ou selon laquelle *il faut dire* qu'il n'y en a pas – et non descriptive (*i. e.* qui vise à décrire les représentations juridiques effectives). On peut noter dès à présent qu'une telle démarche prescriptive et déductive s'appuie souvent sur l'idée fausse que tous les acteurs juridiques, tous les juges par exemple, emploient toujours les mots dans le même sens, ou font toujours les mêmes distinctions conceptuelles, de sorte qu'on peut aisément exposer ce qu'est *toujours* et *nécessairement l'*interprétation *du* juge, et non *des* juges dans leur pluralité. Pour ces raisons et à l'inverse de ce que font souvent ceux qui se réclament d'une théorie « pure », nous partirons des textes positifs et doctrinaux faisant référence aux « motifs » ou à la « motivation », en essayant d'abord, selon l'incontournable préconisation straussienne, de les saisir tels que leurs auteurs les comprennent, plutôt qu'en prétendant le faire « mieux » qu'eux.

Antérieurement à une véritable étude des usages des expressions « motif/vation juridique », l'intuition qu'on peut avoir est que les acteurs juridiques internationaux identifient sans difficulté les motifs juridiques d'une décision juridictionnelle internationale, en les assimilant à *l'exposé* des motifs. Même une recherche superficielle dans les textes juridiques pertinents fait apparaître que tel n'est pas le cas : d'abord, *au sein même de l'exposé des motifs*, il n'est pas rare que les juges internationaux *distinguent* des motifs juridiques et non-juridiques, ou encore des motifs de la décision et des passages qui ne visent pas à la motiver (I). Ensuite, les universitaires comme les juges estiment fréquemment que les décisions de justice sont également motivées par des arguments avancés dans la décision, mais *en dehors de l'exposé des motifs* (II). Enfin, ils estiment de manière constante que *de multiples argumentations avancées à l'extérieur du texte de la décision participent à sa motivation* (III).

Il faut cependant éviter d'aller trop loin dans ce sens, et de penser qu'au fond, *l'exposé des motifs* ne dit rien de sérieux sur la réalité du processus cognitif du juge, ou sur ce qui justifie véritablement la décision de son point de vue : si cet exposé ne dit évidemment pas « tout » des impressions, réflexions et jugements à l'origine des décisions, et s'il ne le fait pas de

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

manière « pure » (ne serait-ce parce que la nature du langage interdit cette possibilité), *l'exposé des motifs suggère fréquemment leur contenu*, ce dont témoigne clairement la proximité des arguments qu'on y trouve, avec ceux qui sont avancés par les juges dans les travaux préparatoires des décisions, dans leurs opinions séparées ou la jurisprudence postérieure (IV). Une question qui se pose est cependant de savoir dans quelle mesure il y a continuité ou rupture, dans les *considérations prises en compte par les juges internationaux*, par rapport à celles qui déterminent les solutions adoptées par les juges nationaux (V).

I. LES MOTIFS NON- OU MOINS JURIDIQUES RECONNUS DANS LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Il est probable que les étudiants et enseignants-chercheurs du Droit estiment dans la plupart des cas que la motivation juridique désigne la partie formellement consacrée aux motifs dans le texte d'une décision, ou encore une ou « la » signification de ce « morceau » de texte[13]. De fait, les juridictions internationales disent souvent elles-mêmes statuer « dans un premier temps sur les faits, puis [appliquer dans un second temps] les règles pertinentes du droit international [aux faits] qu[e la juridiction] aura jugés avérés »[14]. La motivation serait ce deuxième temps de la démarche cognitive des juges, que refléterait la deuxième partie du texte des décisions.

Une première difficulté de cette assimilation de la motivation juridique à l'exposé des motifs tient au fait que les acteurs juridiques – et en premier lieu, les juges – distinguent assez souvent, au sein de cet exposé des motifs, les motifs juridiques strictement entendus, et d'autres éléments. En effet, comme tous ou presque tous les autres acteurs juridiques, les juges internationaux confrontés à une décision juridictionnelle considèrent que la partie « motivation » du texte d'une décision peut contenir des *obiter dicta*[15],

[13] V. par ex. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, coll. *Universités francophones*, 2001, p. 716 ; M. GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en Droit international public – Contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, préf. de P. Reuter, Paris, A. Pedone, coll. *Publications de la Revue générale de droit international public*, 1979, p. 13.

[14] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec. CIJ 2005*, p. 200 §57.

[15] V. par ex. SA, 19 janvier 1977, *TEXACO-Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (on the merits)*, *J.D.I.*, 1977, vol. 104, n°2, p. 382 §98, où l'arbitre René-Jean DUPUY distingue, au sein de l'exposé des motifs de l'arrêt rendu sur le fond par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow* (arrêt du 16 décembre 1927, *Rec. CPJI*, *Série A*, n°13, p. 47), un principe qui aurait « la valeur d'un « *obiter dictum* » » et « une véritable « *ratio decidendi* » ».

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

des considérations surabondantes[16], et des propositions portant sur les faits de l'affaire. Or, ils considèrent, présentent et décrivent au moins les *obiter dicta* et les propositions portant sur les faits comme nettement *distincts* des motifs, ce qui montre qu'ils admettent parfaitement qu'un exposé des motifs puisse contenir autre chose que des motifs. Et ces distinctions qu'ils opèrent à l'intérieur de l'exposé des motifs formellement entendu n'ont pas de valeur que descriptive ou « extérieure » ; des effets juridiques lui sont attribués. Par exemple, il est *a priori* exclu qu'un *obiter dictum* dispose de l'autorité de la chose jugée, alors que comme on le verra, une énonciation de fait ou un motif peut en être revêtu.

La deuxième difficulté est qu'il n'est pas rare que les juges internationaux distinguent, au sein de l'exposé des motifs, des motifs juridiques et des motifs non-juridiques, ou des motifs « plus juridiques » et des motifs « moins juridiques ». Bien sûr, lorsque le juge désigne expressément un motif qu'il retient, il le considère généralement – et le qualifie parfois – de « juridique » ; symétriquement, lorsqu'il qualifie expressément de « non-juridique » un moyen avancé par les parties, c'est d'ordinaire pour l'écarter. Ainsi, dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la CIJ a qualifié les « arguments d'ordre humain » du Salvador – des « arguments et documents qui [avaient] trait à une pression démographique » et aux « ressources naturelles » – de « considérations de fait », et elle a refusé de leur reconnaître une « incidence juridique directe »[17]. De même, dans l'affaire du *Sud-ouest africain*, elle a écarté des « considérations humanitaires » au motif qu'elles n'étaient que des « principes moraux » sans « forme juridique suffisante », qu'elles formaient un « idéal moral » et ne constituaient pas des « règles juridiques destinées à le mettre en application »[18]. Dans la plupart des cas, la Cour n'a eu recours de manière parfaitement ouverte à l'équité, aux effectivités ou à d'autres considérations souvent comprises comme « non-juridiques » en tout ou en partie, que sur la base de règles internationales y renvoyant[19].

---

[16] V. par ex. l'opinion d'un juge de la CIJ à propos de l'argumentation de la Cour dans l'affaire des plates-formes pétrolières : G. GUILLAUME, *op. cit.*, 2008, p. 95.

[17] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras) (Nicaragua intervenant) (fond)*, arrêt du 11 septembre 1992, *Rec. CIJ 1992*, p. 396 §58.

[18] CIJ, *Sud-Ouest africain (2ème phase) (Libéria c. Afrique du Sud, et Ethiopie c. Afrique du Sud)*, arrêt du 18 juillet 1966, *Rec. CIJ 1966*, p. 34 §§ 49 et 51. De même, lorsqu'une juridiction caractérise l'objet de la requête ou l'intégralité des moyens avancés comme non-juridiques, c'est généralement pour convaincre de son incompétence ou de l'irrecevabilité de la requête. V. par ex. CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, *Rec. CIJ*, 1962, p. 155 ; TIAD, ch. 2, 26 janvier 1983, *Hoffland Honey Company v. National Iranian Oil Company*, sentence n°22-495-2, *ILR*, vol. 71, pp. 628-631, spéc. pp. 629 *in fine*-630.

[19] V. par ex., dans le domaine du Droit de la mer : CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ 1969*, p. 48 §88 et p. 57 §85, et les développements de Niki

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

Il est cependant absolument impossible de s'arrêter à ces remarques superficielles. Il est absolument impossible de s'arrêter ici, premièrement, parce que les juges confrontés à des « arguments d'ordre humain », à des « considérations humanitaires » insuffisamment mises en « forme juridique », ou à des considérations d'équité ou d'effectivité non-reconnus par eux comme règles juridiques, disent étrangement devoir « *inévitablement* les prendre en considération » dans certains cas[20], ou « ne pas perdre de vue [l']aspect de la question » qu'ils mettent en lumière[21]. Autrement dit, tout en refusant de les « appliquer » en tant que règles juridiques, les juges internationaux disent parfois clairement ne pas négliger ces arguments non-juridiques, mais les intégrer à leur évaluation des faits et à leur raisonnement.

Deuxièmement, et c'est plus important, les juges se réfèrent de temps à autres aux considérations mêmes qu'ils disent exclure en l'espèce, ou qu'ils ont exclus dans d'autres affaires au motif qu'il ne s'agissait pas de règles « juridiques » : ils se réfèrent à ce qu'ils ont préalablement exclu, et ils le font sans se justifier en indiquant qu'une règle juridique y renvoie ; ou inversement, ils refusent de reconnaître comme règle juridique ce qu'ils avaient antérieurement considéré tel. Par exemple, dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Cour a exclu que les « arguments d'ordre humain » aient une valeur juridique en eux-mêmes, mais elle les a par la suite largement associé, ou assimilé à des « effectivités » territoriales ayant vocation à jouer un rôle dans le litige[22]. Par ailleurs, un passage de l'arrêt du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger[23] par exemple, montre que cette Cour a pris en compte « l'exigence *en matière*

ALOUPI dans la première partie de sa contribution à cet ouvrage. D'une manière générale, comp. ce que dit P.-M. DUPUY des « principes cardinaux du droit humanitaires » (mais pas des « considérations élémentaires d'humanité ») dans ses conclusions.

[20] CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, *Rec. 1986*, pp. 586-587 §63 (à propos des effectivités territoriales) (les italiques sont ajoutés). On peut naturellement soutenir que la Cour indique simplement ici qu'une règle de Droit international général exige que les effectivités soient prises en compte dans le cas qu'elle précise. Toutefois, le terme « inévitablement » fait penser que c'est une fonction que la Cour doit remplir, plutôt qu'une véritable règle de Droit international général qui la pousse à prendre en compte les effectivités territoriale. La juridiction n'explique d'ailleurs aucunement à quelle source une telle règle renvoyant aux effectivités pourrait être reliée (est-ce une règle coutumière ? Un principe général de Droit ?).

[21] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras) (Nicaragua intervenant) (fond)*, arrêt du 11 septembre 1992, *Rec. CIJ 1992*, p. 396 §58.

[22] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras) (Nicaragua intervenant) (fond)*, arrêt du 11 septembre 1992, *Rec. CIJ 1992*, p. 386 §40 ou p. 395 §57. Dans la réplique de El Salvador, ces arguments d'ordre humain sont appelés « effectivités » (Réplique du 15 décembre 1989, dans l'affaire *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador c. Honduras), pp. 111-120 §§4.1-4.20), et les effectivités invoquées pour chacun des secteurs revendiqués sont parfois elles-mêmes rapprochées de (par ex. pp. 39-40 §3.5) ou confondues avec (par ex. pp. 54-55 §3.29) ces arguments d'ordre humain.

[23] CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. Niger)*, arrêt du 16 avril 2013, *Rec. CIJ 2013*, p. 84, §101 (les italiques sont ajoutés).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

d'accès aux ressources en eau de l'ensemble des populations des villages riverains », c'est-à-dire ce que le Salvador appelait un « argument d'ordre humain » et dont la Cour avait exclu la pertinence juridique dans l'affaire *Salvador c. Honduras*. De même, alors qu'elle a refusé en 1966 de faire produire des effets juridiques à de simples « considérations humanitaires » au motif qu'il ne s'agissait pas de « règles juridiques », la CIJ a qualifié le même type de « considérations élémentaires d'humanité », de « principes généraux et reconnus » dans l'affaire du *Détroit de Corfou* en 1949[24], et elle en a tiré des obligations[25]. Elle s'est référée positivement à ce passage en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[26], et elle a de nouveau renvoyé à de telles considérations d'humanité en 1996, dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires*[27].

Il est difficile d'estimer que le bon universitaire en Droit est celui qui dissimule de telles variations et incohérences, ou le fait manifeste que certaines décisions juridictionnelles font l'objet de multiples interprétations, que plusieurs de ces interprétations sont défendables et que *plusieurs* d'entre elles jouent très souvent des fonctions importantes, quoique différentes, dans la vie des acteurs juridiques. Plus largement, il est trompeur de cacher l'équivocité systématique des discours juridictionnels, le caractère contestable de l'interprétation particulière que certains lecteurs en font, ou le fait que dans *tous* les cas, éclairer la signification et la portée du texte d'une décision de justice ne peut se faire qu'en l'interprétant à partir d'une multitude d'autres énoncés – y compris non-juridictionnels –, de faits et de considérations diverses. Ce raisonnement s'appliquant à *toute* interprétation de *tout* discours prétendant dire le Droit, on ne peut notamment rejeter

[24] CIJ, *Détroit de Corfou (Albanie c. Royaume-Uni) (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, *Rec. CIJ 1949*, p. 22 (« certains principes généraux et reconnus, tels que les considérations élémentaires d'humanité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre »). Ce passage de l'arrêt paraît faire écho à l'extrait suivant de l'arrêt CPJI, *Vapeur Wimbledon (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne)*, arrêt du 17 août 1923, *Série A*, n°1, p. 25 : « Une telle allégation (…) *se heurte en effet à des considérations d'intérêt général de l'ordre le plus élevé*. Elle est contredite en même temps qu'elle est contraire à la lettre de l'article 380, *qui vise manifestement le temps de guerre comme le temps de paix* » (les italiques sont ajoutés).

[25] Pour une interprétation de l'arrêt en ce sens, v. par ex. Sir G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice : General Principles and Substantive Law », *BYBIL*, 1950, vol. 27, p. 4.

[26] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (fond)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ 1986*, p. 112 §215, p. 114 §218.

[27] CIJ, *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec. CIJ 1996*, p. 257 §79 (« c'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du Droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si *fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des considérations élémentaires d'humanité* (...) que la Convention IV de la Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats »). On le voit, il ne s'agissait pas dans ce dernier cas *d'appliquer* ces « considérations » en tant que telles.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

comme dépourvues de fondement rationnel et objectif, les critiques des interprétations dominantes des textes juridiques généralement considérés comme pertinents. Il ne s'agit jamais que d'une *autre interprétation* des énoncés, faits et considérations jugés pertinents.

Pour un chercheur du Droit international par exemple, refuser de dire que la CIJ a considéré des préoccupations humanitaires assez floues, dans un cas comme un motif juridique fournissant une base solide à sa décision, et dans un autre comme un motif non-juridique ne pouvant remplir se rôle, et refuser de dire que cela pose un problème pratique de sécurité juridique et donc de justice – et que c'est là une analyse sérieuse et non le fruit d'un imaginaire délirant – c'est manquer à ses fonctions. Si l'universitaire fuit ainsi ses responsabilités – par exemple parce qu'il refuse pour des raisons *a priori* de suivre la Cour et de parler de « motif non-juridique » –, non seulement il n'informe pas correctement les sujets de Droit, non seulement il n'aide pas les juges qui, eux, adoptent et connaissent ce type de critique et agissent en conséquence, mais il cache tout simplement, au nom d'une réduction de la décision de justice à la signification « objectivement constatable » qu'aurait son texte, la « vérité pratique » de la décision, sa signification idéologique, certains aspects essentiels des modes de raisonnement du juge, etc.

Troisièmement, le juge tire souvent argument du caractère, non pas juridiquement obligatoire ou hiérarchiquement supérieur, mais socialement, politiquement, moralement ou même écologiquement[28] « élémentaire », « absolu »[29], « élevé »[30] ou « important »[31] de certaines règles ou considérations pour justifier sa décision. En réaffirmant ces caractères de certaines règles et considérations, le juge international montre qu'il n'est pas uniquement gardien de leur formulation positive, mais encore des valeurs que portent ces règles. Des exemples très nombreux pourraient être fournis, et en premier lieu celui des fameuses « considérations *élémentaires*

[28] V. par ex. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec. CIJ 1996*, pp. 241-242 §§29-30.

[29] V. not. CIJ, *Détroit de Corfou (Albanie c. Royaume-Uni) (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, *Rec. CIJ* 1949, p. 22 (« certains principes généraux et reconnus, tels que les considérations élémentaires d'humanité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre »).

[30] V. not.CPJI, *Vapeur Wimbledon (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne)*, arrêt du 17 août 1923, *Série A*, n°1, p. 25 : « Une telle allégation (…) se heurte en effet à des considérations d'intérêt général de l'ordre le plus élevé (…) »).

[31] C'est l'interprétation que fait Pierre-Marie DUPUY de la différence, *a priori* peu substantielle et en tous les cas peu explicite, entre des « considérations humanitaires » et des « considérations *élémentaires* d'humanité ». Il suggère que le mot « élémentaire » « manifest[e] la différence de nature qu'il y a entre de simples « considérations » au sens vulgaire du terme et ces principes généraux de droit international auxquels [la CIJ] s'était référée quelques 17 ans plus tôt dans l'affaire du Détroit de Corfou (…) » (« Les « considérations élémentaires d'humanité » dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in R.-J. Dupuy (dir.), L. A. SICILIANOS (coord.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos – Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, pp. 128-129).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

d'humanité » ou encore des « principes de morale *les plus élémentaires* »[32]. Mais l'exemple le plus frappant est peut-être celui de l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*[33]. On y voit la Cour émettre un jugement de valeur sur les règles importantes et moins importantes, à partir de ce qu'elle estime être les « besoins » des membres d'une communauté jugée « complexe »[34] ; elle distingue ces jugements de valeur de véritables *règles* qui s'*imposeraient* à elle ; et elle dit en tirer des conséquences juridiques. La Cour et les arbitres internationaux font d'ailleurs de même des motifs d'autres décisions, tendant parfois, pour trancher une question, à conférer une autorité particulière à la *ratio decidendi* d'une ou de plusieurs autres décisions, et une autorité moindre à des motifs jugés moins importants ou surabondants[35].

Quatrièmement, même lorsqu'une juridiction dit exclure une considération particulière parce que « non-juridique », des éléments d'interprétation de sa décision – par exemple les opinions séparées des juges, ou une comparaison des motifs de la décision avec les moyens des plaideurs – font fortement penser qu'elle les a pris en compte. De multiples illustrations pourraient être fournies et on en trouvera beaucoup dans cet ouvrage. Géraldine Giraudeau par exemple, montre très bien dans sa contribution que tout en excluant officiellement la prise en compte de l'inégalité des ressources naturelles, et notamment de la répartition des

[32] CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec. CIJ 1951*, p. 23.

[33] CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *Rec. CIJ 1980*, pp. 42-43 §§91-92 (« ce qu'il convient de souligner surtout » ; règles « dont la Cour doit fermement réaffirmer le caractère fondamental » ; « extrême importance des principes de Droit », « un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres »).

[34] De ce point de vue, elle paraît se réclamer de la « démarche sociologique » que préconisent un Roscoe POUND (v. par ex. sous sa plume le beau « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n°8, pp. 605-623, ou plus tard, « The Theory of judicial decision – III – A Theory of Judicial Decision for Today », *Harvard Law Review*, 1922-1923, vol. 36, n°7, pp. 940-959) ou un Benjamin CARDOZO (*La nature de la décision judiciaire*, trad. et prés. de G. Calvès, Paris, Dalloz, coll. *Rivages du droit*, 2011 [1ère éd. en langue anglaise (américain) : 1921], pp. 47-92). On peut aussi penser à l'interprétation finaliste prônée par Rudolf VON JHERING, et qui a influencé Roscoe POUND (v. spéc. de ce dernier, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, II », *Harvard Law Review*, 1911-1912, vol. 25, n°2, pp. 140-145).

[35] V. par ex. la sentence *TEXACO* précitée (*JDI*, 1977, vol. 104, n°2, pp. 382-383 §§98-100), ou l'interprétation du passage de l'arrêt *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)* (CIJ, arrêt du 3 juin 1985, *Rec. CIJ 1985*, pp. 43 et ss. §§55 et ss.) par Prosper WEIL dans son op. diss. sous SA, 12 juin 1992, *Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, *RSA*, vol. XXI, §21 p. 309. Sur l'importance de la distinction faite par la CIJ entre *ratio decidendi* et *obiter dicta* dans sa jurisprudence, v. spéc. M. SHAHABUDDEEN, *Precedent in World Court*, Cambridge, Cambridge UP, coll. *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures Series*, n°13, 2007 [1ère éd. : 1996], chap. 11, pp. 152-164.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

gisements pétroliers dans un espace donné afin de déterminer quel Etat détient la souveraineté sur ce dernier, cette considération économique joue parfois un rôle considérable dans la fixation des frontières. La chose ressort nettement si l'on rapproche certains dispositifs des décisions (où les frontières paraissent avoir un rapport avec les concessions pétrolières), au fait que les mémoires et plaidoiries renseignent de plus en plus sur les enjeux économiques des contentieux territoriaux, et au fait que « [l]es tribunaux ont pris l'habitude (…) de rappeler avec précision le cadre socio-économique dans lequel ils interviennent »[36]. Un faisceau d'indices du même type fait par exemple penser la même chose des considérations d'équité dans une affaire comme celle du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali, où l'équité n'est pourtant employée explicitement qu'*infra legem*[37]. Dans ces deux cas et probablement dans la plupart des cas, c'est *le texte même de la décision, éclairé par d'autres documents s'y rapportant*, qui interprétés de manière non dogmatique font comprendre que des motifs non-mentionnés dans la décision ont déterminé son « contenu ».

D'une manière comparable, nous avons démontré ailleurs que le juge du contentieux territorial prête attention aux effectivités territoriales même dans les cas où, selon les principes même qu'il proclame et qu'il dit appliquer, il exclut qu'elles jouent un rôle[38]. En effet, « [t]outes les décisions montrent que les juridictions internationales examinent l'éventualité d'une désuétude ou d'une consolidation, tout en les rejetant formellement sur un plan général, et en les admettant, dans des cas d'espèce, lorsque les valeurs juridiques que le juge a vocation à défendre – la sécurité juridique, la justice, la paix, etc. – exigent exceptionnellement cette solution plutôt que la solution inverse »[39]. Là encore, l'universitaire se condamne à ne rien dire de sérieux et de crédible

[36] V. *infra* pp. 91.

[37] Dans cette affaire, on peut en effet remarquer que le juge sépare les trois mille kilomètres carrés litigieux en deux parties presque égales (G. GIRAUDEAU, *Le juge international et le règlement transactionnel des différends internationaux*, thèse sous la dir. de P. M. Eisemann (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne) et C. R. FERNÁNDEZ LIESA (Université Carlo III de Madrid), Paris, 2010, p. 169), qu'aucun des juges *ad hoc* n'a émis d'opinion dissidente, que la décision a été rendue à l'unanimité, que les réactions des deux Etats à l'arrêt de la Cour furent globalement positives, et que le juge ABI-SAAB suggère dans son opinion individuelle que des considérations d'équité, quoique formellement *infra legem*, ont orienté la décision de manière substantielle. Si c'est évidemment l'une des tâches des universitaires que de mettre en lumière les motifs sous-jacents des décisions, et leur fondement dans l'équité, il est problématique que les enseignants-chercheurs d'Europe continentale l'aient souvent fait pour critiquer cette approche de la part du juge, en se prévalant de la supériorité qu'ils tirent d'une connaissance du Droit « pur », plutôt qu'en s'attachant aux responsabilités et fonctions des juges internationaux. Cette fâcheuse tendance est à l'œuvre en France depuis longtemps. V. par ex. J. P. A. FRANÇOIS, « La Cour permanente d'arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir », *RCADI*, 1955, vol. 87, p. 505 (à propos de l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*).

[38] V. spéc. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, préf. de D. Alland, Bruxelles, Bruylant, coll. *Jus Gentium*, 2014, pp. 330-340 §§307-313.

[39] *Ibid.*, p. 338 §311.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

sur les activités juridiques réelles, sur le *law in action* qui intéresse les acteurs juridiques, s'il s'interdit d'indiquer que certains motifs sont à la fois pris en compte par les juges, et considérées par eux comme non-pertinents en Droit.

Cinquièmement, les juges motivent parfois leurs décisions sur la base de motifs qu'ils présentent eux-mêmes comme non-juridiques. Refuser de prendre acte de cette qualification et des représentations qui la sous-tendent, repose sur le présupposé que les juges n'admettent se fonder que sur des motifs juridiques, et sur un autre présupposé qui veut qu'ils ne fassent aucune distinction entre ces motifs et des motifs non-juridiques (parce qu'ils ne « peuvent » pas en faire). Pourtant, on l'a vu, le juge international exclut lui-même le caractère juridique, ou juridiquement obligatoire, ou le caractère de règle juridique de certaines considérations qu'il prend par ailleurs en compte. Ainsi par exemple, il *oppose* clairement « effectivités territoriales » et titres conventionnels sur un territoire, ou « effectivités territoriales » et titres tirés de la règle de l'*uti possidetis juris*[40], tout en faisant parfois jouer à ces « effectivités » un *rôle* semblable à celui d'un titre conventionnel, et même exceptionnellement en leur attribuant des effets juridiques dans les cas où il a explicitement exclu qu'elles en aient. De la même manière, non seulement la doctrine[41] mais le Statut même de la CIJ (pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres) *oppose* la décision rendue en équité et la décision rendue en Droit ; et pourtant, le juge se fonde parfois, et parfois explicitement et pour autant non-justifié par une règle, sur des considérations imprégnées d'équité – pour dégager des exceptions ou déterminer la signification ou la portée juridique d'un énoncé normatif[42], on pense par exemple à celles évoquées dans l'arrêt *Valentin Câmpeanu* et rappelées par Mouloud Boumghar dans sa contribution[43] – ou même directement sur l'équité ou la justice – Niki Aloupi le rappelant fort bien, un peu plus loin, à propos de l'arrêt *Saiga n°2*[44]. Tout aussi explicitement, la CIJ décrit par exemple la « proportionnalité » comme un « élément à prendre en considération »[45], ou « comme un critère ou un facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables *et non comme un principe général qui*

[40] V. spéc. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *op. cit.*, 2014, pp. 59-60 §56.

[41] V. par ex. en ce sens : P.-M. JURET, « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *RGDIP*, 1960, vol. 64, n°2, p. 584 ou K. J. KEITH, « Resolving International Disputes : The Role of Courts », *New Zealand YBIL*, 2009, vol. 7, p. 262 (où l'auteur estime que la Cour a préféré dans l'affaire du *Plateau continental* de 1969, une approche fondée sur l'équité plutôt que sur des règles de Droit).

[42] Pour des exemples divers, v. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international – Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Droit international*, 2006, pp. 868-874 §§463-464.

[43] V. *infra* la partie III de la contribution de M. Boumghar, pp. 192-196.

[44] V. *infra* la deuxième partie de la contribution de Niki Aloupi, pp. 105-112.

[45] CIJ, *Plateau continental de la mer du nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark, République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ 1969*, p. 52 §98.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental »[46], non comme un « princip[e] » ou une « règl[e] du droit international applicabl[e] à la délimitation »[47].

Plus largement, il est difficile de considérer le recours par le juge international au champ lexical des « considérations », des « arguments » ou des « aspects de la question » qui seront « pris en compte », ou qui « ne seront pas perdus de vue », autrement que *par opposition* à celui des « règles » qu'il juge « obligatoires » et qu'il dit « appliquer ». Là encore, de très nombreuses illustrations pourraient être fournies[48]. Dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* par exemple, la CIJ a eu recours, « *à défaut de règles* offrant le caractère de précision technique affirmé par le Gouvernement du Royaume-Uni », à des « *considérations fondamentales*, liées à la nature de la mer territoriale » [49]. Selon la CIJ, ces « *considérations* » – le terme est répété plusieurs fois en quelques lignes – « conduisent à dégager quelques critères qui, à défaut de précision rigoureuse, fournissent au juge des bases suffisantes de décision ». Toujours selon la Cour, et sans se fonder explicitement sur des règles ou même sur des principes positivement reconnus, certaines de ces « considérations » sont jugées d'un poids limité, tandis que d'autres se révèlent « particulièrement importante[s] en la présente affaire »[50]. Ici comme dans de multiples autres décisions, il est difficile de ne pas voir dans le vocabulaire employé un souci d'opposer des « considérations » simplement pesées ou intégrées au raisonnement, à des règles juridiques, obligatoires et appliquées ; et en même temps, il est difficile de ne pas considérer ces considérations comme participant, d'un point de vue fonctionnel, à ce qui a concrètement motivé le juge à prendre sa décision d'une part, et à ce qui vise à l'expliquer et la justifier auprès des parties, des Etats, des autres juges et de la doctrine d'autre part.

---

[46] TA, *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord et la République française*, 30 juin 1977, *RSA*, vol. 18, p. 189 §101 (les italiques sont ajoutés), approuvant l'arrêt *Plateau continental de la mer du nord*, du 20 février 1969, *Rec. CIJ 1969*, spéc. pp. 49-50 §91, où l'équité résultant de la proportionnalité est invoquée pour empêcher « une injustifiable différence de traitement ».

[47] CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *Rec. CIJ 1985*, p. 44 §57, approuvant également l'arrêt *Plateau continental de la mer du nord* mais plutôt les al. C et D du disposition, *Rec. CIJ 1969*, pp. 53-54.

[48] Plus encore, certaines juridictions s'autorisent à se fonder sur des arguments d'opportunité pour formuler des recommandations qu'elles « ajoutent » à leur décision. Par exemple, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a considéré que « l'importante relation [existant entre la République française et la Nouvelle-Zélande], la nature des décisions rendues par le tribunal, et la discussion antérieurement menée sur la réparation en argent [des préjudices subis, le poussent] à faire une recommandation », « en vue d'aider [les gouvernements concernés] à clore cette malheureuse affaire » (SA, sentence du 30 avril 1990, *Rainbow Warrior (France c. Nouvelle-Zélande)*, *RSA*, vol. XX, p. 274 §126) (notre trad.).

[49] CIJ, *Pêcheries norvégiennes (Royaume-Uni c. Norvège*, 18 décembre 1951, *Rec. 1951*, pp. 132-133 (les italiques sont ajoutés).

[50] *Ibid.*, p. 133.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

Un autre exemple peut être celui de l'affaire des *Réserves*. Dans cette affaire, la Cour se réfère à la finalité de la Convention sur le génocide, pour déterminer si des réserves doivent être admises à cette convention. Selon la Cour, la finalité de la Convention est de « confirmer et [de] sanctionner » en Droit ce qu'elle estime être des « principes *de morale* les plus élémentaires »[51]. Ici, de tels « principes de morale » peuvent difficilement ne pas être compris *par opposition* aux principes ou règles juridiquement édictés par la Convention. Pourtant, c'est clairement en s'appuyant sur le motif que c'est *ce type* de principes, que la Convention vise à « confirmer et à sanctionner », que la Cour a tranché la question de la possibilité d'émettre des réserves à cet instrument – et ceci alors qu'aucune règle en vigueur à l'époque ne conférait sur ce point une importance particulière au contenu moral ou immoral de la convention considérée, ou à sa finalité. Comme les précédents, cet exemple pousse à remarquer que le juge distingue ce type de motif, et des motifs consistant en la mention de règles juridiques, ou en l'affirmation de leur application.

Sixièmement, le juge distingue tout autant ces motifs consistant en un renvoi ou en (l'affirmation de) l'application de règles juridiques, et ceux consistant en un renvoi ou en (l'affirmation de) « l'application » de principes d'interprétation ou de raisonnement. En effet, ni le juge international, ni la CDI, ni la doctrine majoritaire contemporaine ne considèrent les principes d'interprétation ou les méthodes d'interprétation comme des règles juridiques obligatoires, que le juge *doit* appliquer, et qu'il se contente *d'appliquer* pour dégager la signification d'un texte, son applicabilité et les conséquences qu'il convient de tirer de son application. Et pourtant, il est impossible de ne pas admettre que la mention de telles méthodes participe à expliquer et justifier le dispositif choisi. Selon plusieurs juges internationaux, elles l'expliquent et le justifient même sur le plan du *logos*, et non sur le plan du Droit positivement édicté ou reconnu. D'ailleurs, même une règle substantielle comme celle de la *restitutio in integrum* a été mentionnée et appliquée par la CPJI et par un tribunal arbitral en tant que « principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite »[52], ou en tant que « principe de raisonnement »[53], plutôt que comme principe simplement « positif ». Quoi qu'il en soit, la mention de tels principes, méthodes ou directives canoniques d'interprétation ou de raisonnement, ou la mention de leur usage joue, entre autre chose, un rôle de justification de l'interprétation retenue des faits et des

[51] CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec. CIJ*, 1951, p. 23 (les italiques sont ajoutés).
[52] CPJI, *Usine de Chorzow (fond)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Rec. CPJI*, *Série A*, n°13, p. 47.
[53] SA (R.-J. DUPUY), 19 janvier 1977, *TEXACO-Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (on the merits)*, *JDI*, 1977, vol. 104, n°2, p. 382 §98.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

discours, et partant de justification de la décision finale. Selon certaines des études les plus approfondies de l'interprétation en Droit international, elles remplissent même *principalement* une fonction de justification : de justification de l'opinion avancée par la majorité des juges dans leur décision[54], mais aussi de celle de chaque juge pendant la délibération, des parties pendant le procès, et des universitaires lors des discussions relatives à la décision. En remplissant cette fonction, la mention des principes d'interprétation offre aussi des « prises » aux différents interlocuteurs et lecteurs[55] souhaitant se saisir de la décision, la défendre, la critiquer ou simplement en rendre compte. Elle permet l'expression de raisons personnelles (ou une combinaison de raisons personnelles) dans une langue commune, de sorte que le raisonnement mené à l'intérieur de soi est énoncé – et par là partiellement façonné – sous forme de « lieux communs » propices à l'échange et à la discussion[56]. Là encore, il est difficile de ne pas rapprocher des motifs formellement entendus, ces directives d'interprétation qui rendent au moins deux des plus grands services rendus par les motifs : la justification d'un choix, et la fourniture d'une forme permettant l'évaluation et la discussion de la décision sur le plan de la raison pratique.

Septièmement, il faut étendre le raisonnement à des éléments d'interprétation irréductibles à des méthodes d'interprétation (ou à des principes généraux de Droit). C'est en particulier le cas de *topoï* comme le raisonnable[57], qui jouent un rôle clef dans l'interprétation (y compris aux stades de la délibération des juges et du débat doctrinal), et dans la *justification* de l'interprétation des énoncés normatifs[58] et des décisions de justice. On peut rapprocher de ce type de justifications, les structures argumentatives récurrentes que les juges mettent en place au fil de leur jurisprudence. On pense évidemment à la présentation syllogistique des décisions, qui est en partie « un mode de justification »[59]. Mais on peut aussi

[54] V. spéc. : D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, 2014, vol. 362, p. 365.

[55] On sait que Chaïm Perelman, tout en soulignant « que la variété des auditoires est quasi infinie » (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, coll. *de sociologie générale et de philosophie sociale*, 1976, 3ème éd. [1ère éd. : 1970], p. 34), en distingue plus fondamentalement un « premier, constitué de l'humanité toute entière (…) et qu['il appelle] l'auditoire *universel* ; le second, formé, dans le dialogue, par le seul *interlocuteur* auquel on s'adresse ; le troisième, enfin, constitué par *le sujet lui-même*, quand il délibère ou se représente les raisons de ses actes » (*Ibid.*, pp. 39-40, les italiques sont d'origine).

[56] V. not. en ce sens : S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 266 ; D. ALLAND, *op. cit.*, 2014, p. 365.

[57] Sur ce sujet, v. O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international – Discours juridique, raison et contradictions*, préf. de J. Salmon, Bruxelles, Bruylant, coll. *Droit international*, 1997, XXII-696 p.

[58] V. par ex. CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 22 juillet 1952, *Rec. CIJ 1952*, p. 104.

[59] P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, 2004, vol. 39, n°2, p. 216 *in fine*.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

évoquer, par exemple, la structure typique des décisions rendues par les juridictions internationales garantes du libéralisme économique et du libéralisme politique, donc par les juridictions « économiques » et « des droits de l'homme »[60]. Même si la structure de telles décisions doit être distinguée de motifs – même « non-juridiques » – que le juge *invoque* ou *avance* explicitement, elle participe clairement, d'un côté à la structuration des réflexions et des évaluations des juges, et de l'autre à la construction argumentative et rhétorique du texte des décisions. Elle constitue à ces deux titres un élément important de la motivation des décisions, même si personne (à notre connaissance) ne la qualifie de « motif ».

« On pourrait ajouter que les mots utilisés dans un arrêt peuvent à eux seuls servir (…) de précédent », comme en témoigne « [l]'attention prêtée par les juridictions à ne pas se départir des formules linguistiques employées dans des décisions passées ». Ce point « mériterait certainement une analyse à part entière »[61], mais on peut commencer par souligner que la reprise de formules déjà usitées, d'un côté tend à renforcer la motivation et donc l'autorité de décisions passées, en soulignant que les formules retenues dans ces décisions peuvent être reprises dans d'autres cas et n'ont donc pas été choisies en pure opportunité, et d'un autre côté, tend à appuyer la motivation et donc à accroître la force (au moins) rhétorique de la décision qui reprend des formules antérieures, grâce à l'impression de solidité, de continuité et d'impartialité qui se dégage de ce type de réitérations.

*

Tous les motifs et considérations mentionnées ci-dessus – la liste n'est certainement pas exhaustive – sont ou des éléments de l'exposé des motifs, c'est-à-dire des éléments explicitement avancés pour répondre aux exigences d'une bonne administration de la justice ou pour convaincre de l'opportunité de la décision, ou des raisons non-dites ou seulement suggérées par l'exposé des motifs, mais sans lesquels le raisonnement du juge ne peut être correctement compris, ou la légitimité de sa décision appréciée de manière éclairée. Lorsqu'ils sont explicitement avancés, ces motifs non-juridiques

[60] Cette structure est schématiquement la suivante : 1) rappel des *droits et libertés* ; 2) « *ingérence* » constatée dans ces droits, ou « *limites* » proclamées à ces libertés ; 3) a) appréciation de la *légitimité* des buts justifiant ces « ingérences » et ces « limites » ; 3) b) appréciation de la *proportionnalité* de ces « ingérences » et « limites ».

[61] M. FORTEAU, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », in SFDI / N. Aloupi, C. Kleiner (dir.), *Le précédent en droit international – Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2016, p. 89, note 11. P.-M. JURET (*op. cit.*, 1960, vol. 64, n°2, pp. 516-595) présente un historique assez complet des styles de motivation adoptés par les juridictions internationales jusqu'en 1960.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

remplissent largement les mêmes fonctions que les motifs reconnus comme « juridiques ».

Les motifs non-juridiques étant positivement formulés et présentés comme tels dans un grand nombre de cas (par les juges, les plaideurs, les conseils, la doctrine, etc.), l'universitaire qui adopte une démarche « empirique » ne peut qu'être frappé par le « contenu » de l'exposé des motifs : *l'essentiel des mots qui en tissent la trame ne consistent pas à désigner ou même à formuler les règles de Droit en vigueur, mais à justifier une interprétation des faits et des énoncés normatifs jugés pertinents ; et l'essentiel de cette justification est composée de motifs que les juges ou les plaideurs disent ou diraient volontiers « non-juridiques »* (même s'ils appartiennent à une décision à laquelle une valeur juridique est généralement reconnue). Autrement dit, *ce qui motive la décision, c'est une évaluation de faits au regard de critères et de règles divers, implicites comme explicites, un discours visant à convaincre du bien-fondé d'un jugement en Droit, mais également en raison et en morale*.

Cette remarque assez évidente a une importance capitale. Si on la combine au constat du caractère essentiel reconnu à la motivation par les juges et la doctrine, et surtout par les Etats et derrière eux par les citoyens, elle montre que ce qui importe *le plus* aux acteurs juridiques, ce sont des décisions « défendables » du point de vue des valeurs juridiques fondamentales (y compris de valeurs comme la justice ou la sécurité juridique, qui impliquent de prêter une attention particulière aux formulations positives du droit), plutôt que la seule mention d'une base légale. En d'autres termes, ce qui « fonde » le Droit de leur point de vue – qui est le point de vue décisif en pratique –, ce n'est pas tant le Droit en ce qu'il est positivement édicté ou reconnu, mais tout le reste, et en particulier les raisonnements et jugements les plus convaincants du point de vue de la raison pratique. C'est pourquoi les exigences pesant sur les juges (et d'ailleurs sur les universitaires) lorsqu'ils prétendent dire le Droit en vigueur, sont notamment des exigences classiques de la raison pratique : clarté[62], examen exhaustif des arguments en présence[63], justification des applications faites dans des cas d'espèce de notions ou de principes généraux[64], non-contradiction[65], etc.

Le fait que ce que les acteurs juridiques attendent le plus des décisions juridictionnelles, est qu'elles soient raisonnablement justifiées, et équitables sur le fond, implique notamment que les juges qui les rendent expliquent et

[62] V. par ex. CourEDH, *Hadjianastassiou*, *op. cit.*, 1992, §33 ou ComEDH, *Georgiadis*, *op. cit.*, §53.
[63] V. par ex. CourEDH, *Kraska*, *op. cit.*, 1993, §30 ou CourEDH, *Dulaurans*, *op. cit.*, 2000, §33.
[64] V. par ex. CourEDH, *H. c. Belgique*, *op. cit.*, 1987, §53.
[65] V. par ex. *Juez Albizu c. Espagne*, *op. cit.*, 2009, §23, et dans la doctrine : J. P. A. FRANÇOIS, *op. cit.*, 1955, p. 505.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

justifient leur décision en présentant leur interprétation des faits pertinents. Cette attente exige quant à elle qu'on considère que la motivation de la décision est développée dans des parties distinctes de l'exposé des motifs.

II. LES MOTIFS SITUÉS HORS DE L'EXPOSÉ DES MOTIFS : LES MOTIFS DE FAIT

Considérer que des parties distinctes de l'exposé des motifs, et notamment que l'exposé des faits participent à la motivation d'une décision n'est pas original. En Droit privé ou en Droit administratif français, on parle par exemple couramment des motifs ou raisons « de fait » (tout en les distinguant des motifs ou raisons « de Droit », de manière à réserver les questions de fait aux juridictions de première et deuxième instances). Mieux encore, le juge administratif français[66] comme le juge européen des droits de l'homme[67] estime insuffisamment *motivée*, une décision juridictionnelle dans laquelle n'a pas a été tranchée une question *de fait* indispensable à la résolution du litige en Droit. Ces constats suggèrent que, du point de vue du juge national au moins, des « motifs » de la décision peuvent être « non-juridiques », et se trouver dans l'exposé des faits et non des motifs.

L'expression « motif de fait », et plus généralement l'idée que les « circonstances de fait » relatées dans certains actes participent à leur motivation sont courantes dans les travaux francophones relatifs au Droit international[68], mais assez rares dans les textes officiels[69]. En outre, on peut

[66] V. spéc. : CE, 27 juillet 1979, *Dollet*, *Rec. CE*, pp. 341-342 (la décision attaquée doit être annulée car la commission juridictionnelle qui a statué n'a pas suffisamment motivé sa décision, en ce qu'elle s'est abstenue de rechercher des éléments de fait indispensables à une qualification juridique adéquate) ; CE, Ass., 21 décembre 1973, *Sieur Michalet*, *Rec. CE*, pp. 746-747 (la décision attaquée doit être annulée car la commission juridictionnelle qui a statué n'a pas, « en motivant (…) sa décision de rejet », « form[é] sa conviction au vu des pièces du dossier »).

[67] V. par ex. CourEDH, *Dumitru c. Roumanie*, *op. cit.*, 2010, §32 (« (…) le tribunal départemental n'a fourni aucun motif concret pour étayer sa conclusion. Ainsi, il ne s'est aucunement penché sur les éléments matériels et intentionnels constitutifs de l'infraction de diffamation et n'a fait aucune référence concrète aux éléments de fait qui auraient pu justifier la conclusion de culpabilité et le caractère public des faits retenus »).

[68] V. par ex. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, 2001, p. 716 ; M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 17 ; et dans les dictionnaires « généralistes » : L. CADIET in *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 521 ; G. CORNU (dir.)/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. *Quadrige*, 2014, 10ème éd. mise à jour, p. 668.

[69] V. cependant l'a. 2 §4 du Statut du TANU, qui parle des « fait qui (…) motivent » « une requête », ou la sentence CIRDI *Amco Asia et autres c. Indonésie (nouvelle requête) (exceptions préliminaires)*, 10 mai 1988, *JDI*, 1989, vol. 116, p. 145 (selon un partie au litige, « certains motifs de fait ou de droit seraient essentiels à la décision d'annulation »). La CJCE a également estimé que pour que les directives et décisions du Conseil et de la Commission soient motivés au sens de l'article 190 du traité, ils devaient comprendre « l'exposé des éléments *de fait* et de droit sur lesquels l'institution s'est *fondée*, de sorte que la Cour puisse exercer son contrôle (…) » (CJCE, arrêt du 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, n°45/86, *Rec. CJCE*, p. 1519 §5) (les italiques sont ajoutés). Dans le même

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

douter qu'une proposition énonçant que certains faits se sont produits, mais s'abstenant de les évaluer ou d'exiger qu'ils surviennent, puisse véritablement constituer un motif. Toutefois, le fait que l'essentiel du vocabulaire juridique soit composé de « notions éthiques épaisses »[70] – comme « contrat », « juge » ou « homicide » – qui décrivent, évaluent et prescrivent en même temps interdit d'adopter le point de vue à la fois grossier et naïf, consistant à classer les discours juridiques suivant qu'ils sont entièrement descriptifs, ou au contraire entièrement évaluatifs et/ou prescriptifs[71].

Surtout, plusieurs choses sont tout à fait claires : premièrement, les tribunaux internationaux sont toujours tenus, explicitement ou implicitement, de consacrer une partie du texte de la décision à la présentation des « circonstances de fait ». Or, si les juges ont cette obligation, c'est bien que l'exposé des faits sur lequel ils s'appuient participe à expliquer et justifier les motifs et/ou le dispositif. De ce point de vue fonctionnel, il participe donc bien aux motifs et donc à la motivation de la décision.

Deuxièmement, la mention des circonstances de fait rend en principe plus prévisibles de futures décisions portant sur des affaires aux faits analogues ou au contraire très différents (au regard des règles applicables). De cet autre point de vue fonctionnel, la mention des circonstances de fait rend des services très comparables à ceux rendus par la partie « motivation » de la décision. L'importance de faire jouer cette fonction à l'exposé des faits est non seulement reconnue par les acteurs juridiques s'exprimant informel-

sens, v. CJCE, arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt steffen/Hauptzollamt Kiel*, n°158/80, *Rec. CJCE*, p. 1805 §§25-27.

[70] Sur ces dernières, v. not. J. R. SEARLE, *Les actes de langage*, trad. de H. Pauchard, Paris, Hermann, 1972 [1ère éd. : 1969], 261 p., spéc. pp. 241-242, 247-249 ; H. PUTNAM, *Fait/Valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, trad. de M. Caveribère, J.-P. Cometti, L'Eclat, coll. *Tiré à part*, 2004, 187 p., spéc. pp. 42-52 ; B. WILLIAMS, *L'éthique et les limites de la philosophie*, trad. de M-A. Lescourret, Paris, Gallimard, 1990 [1ère éd. : 1985], pp. 141-142.

[71] Même Norberto BOBBIO admet qu'« aucun discours [prescriptif, descriptif ou expressif] n'est réellement employé à l'état pur » (« La norme », in *Essais de théorie du droit*, trad. de M. Guéret et C. Agostini, préf. de R. Guastini, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. *La pensée juridique*, 1998 p. 112). On doit même aller plus loin et dire qu'aucun discours « pur » de ce type n'existe, parce que la plupart des mots (et probablement, directement ou indirectement, *tous* les termes du langage juridique) prescrivent, décrivent et expriment concomitamment, et que toute phrase est susceptible de faire plutôt l'un ou plutôt l'autre suivant l'intention de l'auteur du discours, les références culturelles de l'auditeur/lecteur, les rapports du locuteur et de ses destinataires, et plus largement suivant le contexte. V. not. L. WITTGENTSTEIN, *Recherches philosophiques*, trad. de F. Dastur et a., avt-propos et notes d'E. Rigal, Paris, Gallimard, coll. *Tel*, 2014, §§14, 15, 24. Pour reprendre un exemple célèbre (E. ANSCOMBE, *L'intention*, trad. de M. Maurice et C. Michon, Paris, Gallimard, coll. *Bibliothèque de philosophie*, 2002 [1ère éd. en langue anglaise : 1957], §2, p. 35), la phrase « L'infirmière va vous emmener en salle d'opération » prononcé à un médecin devant un patient et une infirmière, peut être descriptive à l'égard du premier et prescriptive à l'égard de la seconde.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

lement[72], mais elle l'est encore par la jurisprudence elle-même. Ainsi, lorsque la CIJ a eu à se prononcer sur la « présence » d'une motivation dans une décision juridictionnelle, ou sur la « qualité » d'une telle motivation, elle n'a ni limité son examen aux motifs *de Droit*, ni clairement distingué motifs de Droit et motifs de fait. Elle s'est contentée d'exiger des « motifs », un ou des « raisonnements », des « explications », des « raisons », etc., en insistant non pas sur leur caractère « juridique », mais sur leur « ordre logique »[73], leur caractère relativement[74] détaillé[75], clair[76], exhaustif[77], suffisant[78], etc[79]. Dans le même sens, tout comme les juridictions internationales s'appuient fréquemment sur les motifs juridiques déjà énoncés dans des décisions antérieures, elles se réfèrent parfois à des points de fait établis dans des décisions passées[80]. C'est particulièrement le cas des TPI qui sont habilités par l'article 94, *B)* de leurs statuts à dresser constat judiciaire de faits préalablement établis, et qui emploient effectivement cette technique[81].

Troisièmement, s'il n'est pas confié aux parties le soin de déterminer les faits pertinents, ou d'exposer la version de ces faits qui doit être retenue, c'est bien que ces questions sont susceptibles d'être litigieuses, même lorsqu'elles ne sont pas présentées comme telles. Pour cette raison, trancher de telles questions ne peut se faire que par des évaluations et par des décisions qui relèvent de la raison pratique, et qui ont elles-mêmes leurs

---

[72] Cet argument de justice et de sécurité juridique est en effet extrêmement récurrent dans les délibérations et travaux préparatoires des décisions de justice. Pour des exemples, v. P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in *Principes de justice – Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 134, note 55.

[73] CIJ, *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt du 18 novembre 1960, *Rec. CIJ 1960*, p. 216.

[74] Insistant sur ce point, v. CIJ, *Demande de réformation du jugement n°158 du TANU*, *op. cit.*, 1973, pp. 210-211 §§95-96 ; CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, p. 67 §43.

[75] V. par ex. CIJ, *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne*, *op. cit.*, 1960, p. 216 ; CIJ, *Demande de réformation*, *op. cit.*, 1973, pp. 210-211 §§95-96 ; CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, p. 68 §43.

[76] V. par ex. CIJ, *Demande de réformation du jugement n°158 du TANU*, *op. cit.*, 1973, p. 211 §95 ; CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, p. 68 §43.

[77] V. par ex. CIJ, *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne*, *op. cit.*, 1960, p. 216.

[78] V. par ex. CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, p. 74 §63. Et de même par ex. Comité *ad hoc* (CIRDI), *Amco c. Indonésie*, décision du 16 mai 1986, *ILR*, vol. 89, p. 551 §124.

[79] V. également, mais dans un mouvement réflexif de la part de la Cour : CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *Rec. CIJ*, 1955, p. 16 (« La tâche actuelle de la Cour est simplement de statuer (…) en se fondant sur telles raisons par elle jugées pertinentes et appropriées »).

[80] V. par ex. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (fond)*, arrêt du 26 février 2007, *Rec. CIJ 2007*, p. 134 §223, qui renvoie aux « conclusions de fait pertinentes » et « hautement convaincantes » « auxquelles est parvenu le [TPIY] en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel ».

[81] Sur ce point, v. not. A. MARIE, « Précédent et technique du constat judiciaire par les juridictions pénales internationales », in SFDI / N. Aloupi, C. Kleiner (dir.), *op. cit.*, 2016, spéc. pp. 286-291.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

motifs[82]. Autrement dit, le juge évalue et décide lorsqu'il détermine les faits pertinents et la bonne manière de les exposer, donc avant même de les qualifier juridiquement ; et la détermination et l'exposé des faits sont des opérations *normatives*, non seulement en ceci qu'elles influencent ce que le juge décide sur le fond, ce qu'il écrira dans la suite de son arrêt et ce qu'en comprendront ses lecteurs, mais aussi en ce sens qu'elles résultent de jugements et de décisions, et non de purs constats.

Quatrièmement, le prononcé sur les faits implique souvent nécessairement une évaluation des preuves[83], qui implique elle-même souvent l'application de règles juridiques. De même, les faits énoncés dans la décision sont généralement qualifiés, et leur qualification suppose par définition l'application d'au moins une règle de Droit[84]. C'est l'une des raisons pour lesquelles, « [d]ans les arrêts de la CIJ » par exemple, « il arrive (…) que les motifs de fait soient étroitement mêlés aux considérations juridiques »[85]. C'est aussi pour cette raison, et afin « de montrer la continuité de la motivation », que la CIJ n' « intercal[e] » plus « des titres au sein de la motivation, pour distinguer les « points de fait » et les « points de droit » », mais « se contente de séparer les divers développements par des astérisques qui doivent aider à suivre la progression du raisonnement »[86]. D'une manière générale, même si la qualification des faits n'est *a priori* pas litigieuse en l'espèce (sans quoi elle aurait plutôt été opérée dans l'exposé des motifs, ou même dans le dispositif), l'énoncé des faits contient souvent en creux des raisonnements et jugements juridiques, qui interdisent de voir une cloison hermétique entre les parties « énoncé des faits » et « motivation » de la décision, et entre les activités intellectuelles qui ont mené à ces deux parties de la décision.

Ce type de considérations expliquent que lorsqu'un organe juridictionnel international est mandaté pour réexaminer des décisions juridictionnelles du point de vue du seul Droit, il s'estime généralement incompétent en ce qui concerne l'établissement des faits, mais jamais totalement en ce qui concerne l'interprétation et l'évaluation de ces faits. Par exemple, l'Organe d'appel de l'OMC ne connaît en principe que des questions de Droit couvertes par le rapport du groupe spécial et des interprétations juridiques données par celui-ci[87], à l'exclusion des questions de fait censées être tranchées de manière

[82] V. par ex. plutôt en ce sens T. Sauvel, *op. cit.*, 1955, p. 52.
[83] V. par ex. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec. CIJ 2005*, p. 200 §58.
[84] V. par ex. en ce sens F. Rigaux, *La loi des juges*, Paris. O. Jacob, 1997, p. 49.
[85] M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 98 §62, et les exemples relevés par P.M. Juret dans son article précité, 1960, pp. 556-559.
[86] M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 94 §58.
[87] A. 17 §6 du Mémorandum d'accord. Dans les rapports rendus, v. parmi d'autres : Rapport de l'Organe d'appel (OA), « Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes », WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, §§237 et 239 ; Rapport de

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

définitive. Néanmoins, l'Organe d'appel vérifie que le groupe spécial n'a pas « ignoré, faussé ou déformé intentionnellement les éléments de preuves qui lui étaient fournis »[88], qu'il n'a pas jugé ces preuves selon un double standard[89], qu'il a tiré toutes les conclusions qui s'imposaient au regard de tous les faits du dossier[90], que ses déductions tirées des faits sont suffisamment étayées et logiques[91], etc. Autrement dit, s'il ne réexamine pas – en principe – les questions de savoir si les faits établis ont bien eu lieu, et si les preuves sur lesquels le groupe spécial s'est appuyé à cette fin étaient bien convaincantes[92], il contrôle son *interprétation* des faits et son *raisonnement* sur les faits autant que sur les textes. Ces exemples montrent que l'énoncé des faits comporte une forte dimension normative et juridique, et que le travail cognitif du juge lors de la détermination et de la rédaction de l'exposé des faits n'est que partiellement différent de celui qui débouche sur l'exposé des motifs.

Cinquièmement, parce que la présentation des faits vise aussi à convaincre de l'opportunité du raisonnement et de la solution retenus, et à renseigner sur la signification à attribuer à l'exposé des motifs et au dispositif, les circonstances de fait pertinentes ne sont pas choisies et présentées de manière neutre. Elles font partie de l'effort rhétorique du juge[93], qui vise à présenter le dispositif comme le résultat de la motivation, et à « préparer » le lecteur à ce sentiment dès l'énoncé et la qualification des faits, qui laissent souvent deviner la solution et la motivation. En pratique, sur le plan du raisonnement, lorsque les juges déterminent les faits pertinents et leur qualification, ils le font en fonction de l'interprétation du Droit applicable qui leur paraît pertinente, et en fonction d'un exposé des motifs et d'un dispositif acceptables et opportuns au regard de divers paramètres. Au stade de la rédaction, ils présentent également les faits de manière à ce qu'ils paraissent en harmonie avec l'ensemble du raisonnement et avec le dispositif. Mieux, lorsque la procédure le permet (ce qui n'est pas le cas, par exemple, de celle de la CIJ) l'identification définitive des faits pertinents et donc la mise au point finale de leur exposé peuvent avoir lieu une fois fixée

l'OA, « Australie – Mesures visant les importations de saumons », WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, §§260-261 ; Rapport de l'OA, « Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels », WT/DS90/AB/R, 23 août 1999, §§143-144.

[88] Rapport de l'OA, « Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) », WT/DS26/AB/R/, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, §133.

[89] V. not. Rapport de l'OA, « Corée – Taxes sur les boissons alcooliques », WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18 janvier 1999, §163.

[90] V. not. Rapport de l'OA, « Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes », WT/DS166/AB/R, 22 décembre 2000, §175.

[91] V. not. Rapport précité, « saumons », §119 et Rapport précité, « gluten de froment », §§161-162.

[92] V. spéc. le Rapport de l'OA dans l'affaire « hormones » précitée, 16 janvier 2002, §§132 et ss.

[93] Le fait que, par la suite, nous exclurons que la motivation soit uniquement fournie en vue de constituer un « leurre » ou un « paravent » n'exclut évidemment pas qu'elle ait un aspect rhétorique.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

la solution du litige[94]. En conclusion, l'exposé des faits participe à éclairer et justifier le dispositif[95], directement en orientant la manière dont il sera lu, et indirectement en orientant la lecture de l'exposé des motifs. Les « motifs de fait » sont donc bien des motifs, et des motifs qu'il faut distinguer des motifs juridiques formellement entendus.

Les circonstances de fait peuvent cependant être rapprochés des motifs juridiques entendus au sens formel, dans la mesure où les juges internationaux ont parfois considéré que, tant des éléments se trouvant dans l'exposé des motifs que des éléments se trouvant dans l'énoncé des faits pouvaient être revêtus de l'autorité de la chose jugée. Certes, un principe jurisprudentiel[96] et universitaire[97] établi, issu du courant positiviste formaliste qui s'est opposé à la vue antérieure de Friedrich Carl von Savigny[98], veut que « l'autorité de chose jugée [soit] réservée au dispositif énoncé *in abstracto* »[99], donc qu'elle ne bénéficie pas aux motifs ou à l'énoncé des faits. Toutefois, ainsi que Baptiste Tranchant l'a démontré, ce principe à la fois simple et artificiel « n'est pas appliqué en pratique »[100].

En ce qui concerne tout d'abord les motifs entendus au sens formel, il est connu que des juridictions internationales les ont revêtu de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elles ont estimé que ces motifs étaient le « soutien indispensable » ou « nécessaire », ou encore la « condition absolue » du dispositif[101],

---

[94] V. E. JOUANNET, « Remarques conclusives : la motivation ou le mystère de la boîte noire », in H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *op. cit.*, 2008, pp. 262-263.

[95] V. par ex. en ce sens anciennement : CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif du 16 mai 1925, *Rec. CPJI*, Série B, n°11, p. 30, et récemment : CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thailande)*, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. CIJ*, p. 306 §68 ; CIJ, *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 miles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 17 mars 2016, p. 29 §75.

[96] V. not. CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif du 16 mai 1925, *Série B*, n°11, pp. 29 *in fine*-30 ; TA (CPA), *Concession des phares de l'empire ottoman (Grèce c. France)*, sentence des 24/27 juillet 1956, *RSA*, vol. 12, p. 194 (qui s'appuie sur la décision précédente) ; Commission mixte franco-mexicaine, 1er octobre 1928, *Georges Pinson (France c. Mexique)*, *R.S.A.*, vol. V, p. 333 *in fine* (*a contrario*). Comp. TA (CIRDI), *Amco Asia et autres c. Indonésie (nouvelle requête) (exceptions préliminaires)*, sentence du 10 mai 1988, *JDI*, 1989, vol. 116, p. 146 (ou *ILM*, 1988, vol. 27, p. 1281, ou *ICSID Review*, 1988, vol. 3, p. 166). On peut cependant remarquer, par exemple, que dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, le juge G. MORELLI défend cette vue classique dans son op. indiv. (*Rec. CIJ 1966*, p. 59 §1), tandis dans son op. diss. sous le même arrêt (rendu le 18 juillet 1966), le juge Koretsky dit exactement le contraire (*Ibid.*, p. 241).

[97] V. par ex. les auteurs cités par Baptiste TRANCHANT à la page 14 de sa thèse (*L'autorité de chose jugée – Etude de procédure internationale contentieuse*, thèse sous la dir. de C. Santulli, Université Montesquieu-Bordeau IV, 7 décembre 2009).

[98] V. spéc. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VI, pp. 55 et s.

[99] B. TRANCHANT, *op. cit.*, 2009, p. 85, note 231.

[100] *Ibid.* à la même note. Plusieurs développements qui suivent reprennent et poursuivent des recherches effectuées par Baptiste Tranchant dans son travail de doctorat.

[101] V. CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Rec. CPJI*, Série A, n°13, p. 20 (la Cour ne formule pas de position de principe mais estime que des motifs

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

certaines allant jusqu'à considérer que c'était le cas de « (…) toutes les parties d'un jugement ou d'un arrêt concernant les points débattus au litige »[102]. Comme dans la célèbre affaire de l'*Usine de Chorzów*, c'est souvent l'argument tenant à l'irrespect d'un motif mais pas du dispositif, qui pousse le juge à statuer sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Ce peut être aussi la remise en question, au stade du fond, d'un point tranché par la juridiction au stade procédural, mais uniquement dans ses motifs. Dans cette hypothèse, la CourEDH dans l'affaire *Loizidou*[103], comme la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[104] ont estimé qu'un point établi préalablement n'avait pas à l'être de nouveau. C'est également ainsi qu'ont généralement raisonné les tribunaux arbitraux CIRDI, devant lesquels ce fut l'invitation à préciser l'étendue de l'annulation partielle d'une sentence qui les poussa à statuer sur cette question[105]. Il est plus rare que des points de faits aient été expressément

---

des arrêts interprétés sont revêtus de la chose jugée) ; TA, *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, 14 mars 1978, *RSA*, vol. 18, pp. 365-366 §§27-28 ; CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*) (*exceptions préliminaires*) *(Nigéria c. Cameroun)*, arrêt du 25 mars 1999, *Rec. CIJ 1999*, p. 35 §10 *in fine* ; TAOIT, (jugé le) 5 novembre 2007 et (prononcé le) 6 février 2008, *M.J.D.S. c. Organisation européenne des brevets*, aff. n°2668, §5.b) ; CIJ, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), requête du Honduras à fin d'intervention*, arrêt du 4 mai 2011, *Rec. CIJ 2011*, p. 434 §38, p. 443 §70. Dans la jurisprudence européenne, v. par ex. CJCE, 3ème ch., 15 novembre 2012, *Al-Aqsa*, aff. jointes n°C-539/10 P et C-550/10 P, §49, qui renvoie à plusieurs décisions antérieures.

[102] TA, *Fonds pieux des Californies (Etats-Unis d'Amérique c. Etats-Unis mexicains)*, sentence du 14 octobre 1902, *RSA*, vol. IX, p. 12.

[103] CourEDH, Gr. ch., 28 juillet 1998, *Loizidou c. Turquie (satisfaction équitable)*, aff. n°40/1993/435/514, §§25-26 (vu le §57 de l'arrêt rendu au principal, les allégations de l'Etat turc au §21 ont déjà été rejetées).

[104] Dans son arrêt sur la fixation du montant des réparations (*Rec. CIJ 1949*, p. 244), la Cour a estimé que son arrêt antérieur du 9 avril 1949 était revêtu de la chose jugée, qu'il avait établi la compétence de la Cour pour fixer le montant des réparations, « et qu'en conséquence il y a[vait] à cet égard chose jugée » (*Rec. CIJ 1949*, p. 248 ; cf. CIJ, *Détroit de Corfou (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, *Rec. CIJ 1949*, pp. 23-26). Or « dans la phase antérieure de l'affaire, la contestation de la compétence de la Cour n'a[vait] pas pris la forme d'une exception préliminaire (au sens procédural du terme) et la Cour ne l'a[vait] pas traitée dans le dispositif de son arrêt, mais seulement dans ses motifs » (G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale – Etude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*, préf. de P. Guggenheim, Paris, Pedone, 1967, X-279 p, p. 244, note 64).

[105] Dans l'affaire l'affaire *Amco Asia et autres c. Indonésie*, un comité *ad hoc* (*ILR*, vol. 89, pp. 514-551) avait annulé, le 16 mai 1986, le dispositif *et une partie des motifs* d'une sentence rendue sur le fond le 20 novembre 1984 par un premier tribunal (*Ibid.*, pp. 409-514). Les parties s'entendaient sur ce qui avait été annulé, mais non sur ce qui restait *res judicata*. L'Indonésie soutenait en effet que le tribunal statuant en troisième était lié, non seulement par les parties non-annulées de la première décision, mais encore par « l'interprétation de la Convention CIRDI retenue par le Comité *ad hoc* [statuant en deuxième et à l'origine de l'annulation], ses motifs » et « leur formulation » (TA (CIRDI) *(nouvelle requête) (exceptions préliminaires)*, sentence du 10 mai 1988, *JDI*, 1989, vol. 116, p. 145, ou *ILR*, vol. 89, p. 558). Le tribunal estima qu'il n'était pas « lié par « l'intégralité des motifs » ». La position contraire aurait signifié considérer que le Comité *ad hoc* pouvait statuer au fond du litige à l'instar d'une cour d'appel, alors que cela était clairement exclu par les dispositions de la Convention CIRDI, interprétées à la lueur de leurs travaux préparatoires (*JDI*, 1989, vol. 116, p. 147, ou *ILR*, vol. 89, pp. 562-563). V. également TA (CIRDI), *Compania de Aguas*

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

revêtus de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, la chose a été largement reconnue dans la jurisprudence des TPI relative au constat judiciaire[106], et elle l'a également été auparavant dans celle de la CPJI[107].

Quelle que soit la situation ayant amené le juge international à statuer sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée, il est frappant que *dans tous les cas, les juges internationaux ont jugé indifférent le fait que le passage litigieux de leur arrêt se trouve dans l'exposé des motifs ou dans le dispositif, ou que ce passage consiste apparemment en une « décision », un « jugement », une « qualification », ou un « constat ».* Ce qui détermine les points bénéficiant de l'autorité de la chose jugée est seulement le fait que le soin de les trancher a été confié au juge, et que celui-ci estime les avoir tranché[108]. De ce point de vue, le souci de pacification et de stabilité sociale qui dirige fondamentalement la délimitation du champ de l'autorité de la chose jugée peut parfaitement mener à ce qu'un point de fait bénéficie de cette autorité.

Ces exemples et la démonstration qu'ils appuient montrent aussi qu'il est impossible, pour interpréter correctement la jurisprudence, de se satisfaire de la structure formelle des décisions, qui sépare clairement l'énoncé des faits,

---

del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c. Argentine (nouvelle requête) (compétence), 14 novembre 2005, aff. n°ARB/97/3, §§ 71-87, 89, 97, 107.

[106] En effet, l'une des conditions auxquelles les TPI s'autorisent à « constater judiciairement » que des faits ont déjà été établis est qu'ils soient revêtus de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire que la décision qui les consacre ne fasse pas l'objet d'un appel, ou à la limite qu'elle fasse l'objet d'un appel qui ne porte aucunement sur ces faits. V. par ex. TPIY, *Procureur c. Momčilo Krajišnik*, décision du 28 février 2003, aff. n°IT-00-93-PT, §15.

[107] Dans son arrêt n°7 du 25 mai 1926, la CPJI a notamment conclu que la radiation de la Société Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G. aux registres fonciers comme propriétaire de certains biens-fonds à Chorzów, et plus généralement l'attitude de la Pologne à l'égard de cette entreprise « n'étai[en]t pas conforme[s] aux dispositions (…) de la Convention de Genève » conclue le 15 mai 1922 entre l'Allemagne et la Pologne (CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 5 mai 1926, *Rec. CPJI*, Série A, n°7, p. 81 (point 2 *a)* du dispositif)). Par la suite, le gouvernement polonais avait demandé et obtenu d'un « Tribunal régional » polonais, qu'il déclare que la société défenderesse n'était jamais devenue propriétaire des biens litigieux (CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Rec. CPJI*, Série A, n°13, p. 8). Cette décision juridictionnelle polonaise était clairement contraire à l'une des affirmations de la Cour sur un point de fait (plus précisément un point de Droit allemand), qui se trouvait formellement dans l'exposé des motifs de sa décision. L'une des questions qui se posaient alors était de savoir si ce point de fait était revêtu de l'autorité de la chose jugée, ou si cette dernière ne bénéficiait qu'au dispositif. Dans un premier arrêt, le critère que la Cour retint pour identifier les parties de la décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée fût l'appartenance de la proposition aux points de Droit *et de fait* que la Cour avait été explicitement invitée à trancher, et qu'elle avait explicitement tranchés aux termes de son statut (CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, 16 décembre 1927, *Rec. CPJI*, Série A, n°13, p. 20). Dans un second arrêt, elle estima que le point de fait – ou de Droit allemand – qui avait été établi par la Cour, et qui avait été récusé par la suite par une juridiction polonaise, était l'une des conditions logiques de sa décision finale et était donc revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il était en effet interdit à la Cour de revenir – sauf hypothèse prévue par son statut – sur un point tranché par elle antérieurement (CPJI, *Usine de Chorzów (demande en indemnité – fond)*, 13 septembre 1928, *Rec. CPJI*, Série A, n°17, pp. 31-32).

[108] Sur ce point, v. spéc. Sh. ROSENNE, « *Res judicata* : Some Recent Decisions of the International Court of Justice », *BYBIL*, 1951, vol. 28, p. 371, pp. 369-370.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

les motifs et le dispositif. Autrement dit, on peut trouver – le juge lui-même trouve – des motifs dans l'énoncé des faits, et il les traite de manière similaire. Mais les juges comme les autres acteurs juridiques vont souvent plus loin. Les juges de Droit national considèrent par exemple parfois que, de même que la motivation est « l'âme » du jugement juridictionnel[109], ce sont les motifs « de fait » qui sont l'âme de la motivation[110].

Le raisonnement par lequel nous avons rattaché l'exposé des faits à la motivation peut et doit être appliqué plus largement : il doit mener à rattacher à la motivation d'une décision, des textes distincts du texte de cette décision. A cette fin, il n'est nul besoin d'être imaginatif : il suffit de suivre le Droit en vigueur. Dans l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n°158 du TANU* par exemple, la CIJ a considéré qu'une « conclusion » du tribunal n'était pas motivée dans son jugement, mais qu'elle l'était dans une « déclaration de principe » adoptée longtemps auparavant par ce tribunal[111]. Mais même en dehors de ce que disent expressément les décisions, il n'est pas nécessaire, pour maintenir notre constat, d'identifier et de délimiter « de l'extérieur » un motif précis d'une décision, et de souligner qu'il n'est pas mentionné dans son texte mais uniquement, par exemple, dans les opinions des juges ou dans des décisions postérieures faisant référence à cette décision-ci. Il faut seulement admettre que ces opinions, officielles ou officieuses, et ces décisions ultérieures sont susceptibles de préciser, clarifier et compléter notre compréhension du texte de la décision examinée. En le précisant, le clarifiant et le complétant, ces documents influent sur le sens que nous lui attribuons, de même que sur celui que tous les autres acteurs du Droit lui attribuent. La CIJ n'a-t-elle pas elle-même affirmé qu'un jugement motivé de manière correcte, mais pas extrêmement détaillé, « fait appel dans une certaine mesure à des déductions et à des suppositions sans lesquelles on ne saurait comprendre les motifs »[112] ? Ou encore que comme les énoncés

[109] Selon le mot de C.-J. FERRIÈRE au XVIIIème siècle (*Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 3ème éd., Veuve Brunet, 1966, p. 136), cité par ex. in F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation) – Contribution à l'étude des représentations de la justice*, préf. de D. Rousseau, Paris, Dalloz, coll. *Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 125*, 2013, p. 6 §8 et la note 32. Dans un sens comparable, v. A. STONE SWEET, « Path dependence, Precedent and Judicial Power », in M. Shapiro & A. S. Sweet (Eds.), *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford UP, 2003, p. 112.

[110] V. spéc. L. BORÉ, *op. cit.*, 2002, p. 126 (citant E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, Duchemin, 1970, n°95) : « [l]es motifs de fait (…) sont, tout autant que les motifs de droit, indispensables à la justification des décisions de justice qui ne sont pas en suspension dans les airs et ne statuent pas sur des litiges abstraits et désincarnés. Comme l'écrivait le Conseiller FAYE, le juge ne saurait se contenter d'affirmer « qu'une demande est ou n'est pas fondée, qu'elle est ou n'est pas recevable, que le moyen n'est pas sérieux, qu'il y a lieu d'accueillir ou de rejeter une exception ; *ce n'est pas là évidemment motiver une décision, c'est reproduire le dispositif sous une autre forme* » » (les italiques sont ajoutés).

[111] CIJ, avis consultatif du 12 juillet 1973, *Rec. CIJ 1973*, p. 211 §95.

[112] CIJ, *Demande de réformation*, *op. cit.*, 1973, p. 211 §96 ; et dans un sens comparable : CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, pp. 67-68 §43.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

particuliers de ses arrêts peuvent faire l'objet d'interprétations différentes[113], « il peut être nécessaire de lire une conclusion générale [d'un arrêt de la Cour] dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier »[114] ?

III. LES MOTIFS SITUÉS HORS DE LA DÉCISION

Pour ce type de raison, participent dans une large mesure aux motifs d'une décision, les opinions émises officiellement et même officieusement par les juges qui ont pris cette décision, ainsi que diverses décisions juridictionnelles qui en sont *a priori* distinctes (A). Faisant ce constat, on ne peut plus s'étonner de la continuité manifeste existant entre les motifs expressément formulés dans une décision juridictionnelle, et les raisons et arguments développés en dehors, mais en relation avec elle ou avec les problèmes qu'elle soulève (B).

A. Comment les opinions des juges et les autres décisions juridictionnelles participent aux motifs d'une décision

Selon la CIJ elle-même[115] comme selon nombre d'auteurs, les opinions émises par les juges internationaux à côté d'une décision éclairent la motivation de cette dernière[116], et peuvent renseigner sur des aspects de l'apport et de la portée de la décision, qui ne seraient pas connus si l'on essayait de se fonder sur son seul texte. Ainsi, tout comme « [i]l est certain (…) qu'il est presque toujours nécessaire d'avoir recours aux motifs pour bien comprendre le dispositif »[117] (et plus encore si ce dernier renvoie aux

[113] V. par ex. CIJ, *Plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, *op. cit.*, 2016, p. 27 §62.
[114] CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *Rec. CIJ 2007*, p. 95 §126 ; CIJ, *Nicaragua c. Colombie*, *op. cit.*, 17 mars 2016, p. 26 §60.
[115] UN Doc. A/41/591/Add.1 (5 décembre 1986) §8.
[116] V. par ex. en ce sens pour la CIJ : M. BEDJAOUI, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de Justice », in *La méthode de travail du juge international*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 1987, coll. *Justice*, n°17, pp. 55 et ss., spéc. §39, ou Sh. ROSENNE, « Publications of the ICJ », *AJIL*, 1987, vol. 81, p. 689, ou G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ : General Principles and Substantive Law », *BYBIL*, 1950, vol. 27, pp. 1-2 ; et pour la CourEDH : M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, avt-propos d'E. Decaux, préf. de G. Cohen-Jonathan, Paris, Pedone, coll. *Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme*, 2005, pp. 281-282.
[117] Op. diss. de D. ANZILOTTI, sous CPJI, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzow)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Série A*, n°13, p. 24 §2 *in fine.* En ce sens dans la jurisprudence récente, v. not. CIJ, *Plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, *op. cit.*, 2016, p. 26 §61 ; CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt Temple de Préah Vihéar, op. cit.*, 2013, p. 306 §68 ; CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie*, *op. cit.*, 2011, p. 443 §70. Plus anciennement, v. par ex. TA, *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, *op. cit.*, 1978, p. 365 §28 ou TA, *Fonds pieux des Californies*, *op. cit.*, 1902, p. 12. V. également

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

motifs[118] ou consiste simplement en l'admission ou le rejet d'une prétention[119]), les opinions émises officiellement par les juges pris individuellement participent à façonner la signification qu'il convient d'attacher à l'exposé des motifs. C'est naturellement le cas, de manière directe, des opinions concordantes puisque celles-ci explicitent par définition ce qui a convaincu une partie de la majorité à l'origine de la décision. Mais c'est aussi le cas des opinions individuelles, qui fournissent de précieuses informations sur le raisonnement qui n'a pas été retenu, et ainsi sur le contenu et les contours de celui qui l'a été[120]. Enfin, c'est le cas des opinions dissidentes, qui font connaître ce qui n'a pas convaincu la majorité, et ainsi la dimension proprement politique des choix juridictionnels effectués, tant sur le dispositif que sur les motifs. Pour ces raisons, les opinions individuelles et dissidentes permettent d'apprécier « la qualité de la décision »[121] et notamment celle de la motivation adoptées par la majorité du tribunal ; mais elles permettent surtout – la jurisprudence internationale le dit explicitement[122], tout comme Niki Aloupi un peu plus loin dans cet ouvrage, à propos de l'arrêt *Saiga n°2*, et Raphaëlle Nollez-Goldbach, à propos du jugement *Lubanga*[123] – de *connaître* cette décision et cette motivation dans toute leur étendue et leurs implications[124]. L'opinion concordante ou séparée d'un juge « peut [ainsi], parfois, être comprise comme une motivation

l'op. indiv. d'A. A. CANÇADO TRINDADE sous l'arrêt *Interprétation de l'arrêt sur le Temple de Préah Vihéar*, *op. cit.*, 2013, spéc. §§46, 50-51, 59.

[118] V. par ex. le premier point du dispositif de la sentence d'annulation rendue dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur* (TA (CIRDI), 2 novembre 2015, aff. CIRDI n°ARB/06/11, §590) qui renvoie au §586 du récapitulatif du raisonnement antérieurement mené ; ou encore le point n°2 du dispositif (*Rec. CIJ*, 2013, p. 318) de l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire de l'*Interprétation de l'arrêt sur le Temple de Préah Vihéar* (*op. cit.*, 2013) qui renvoie au §98 des motifs (p. 315). En outre, « il est fréquent que [le dispositif] ne soit que la reprise, en plus bref, des conclusions des principaux paragraphes de la motivation » (P.-M. JURET, *op. cit.*, p. 576).

[119] V. par ex. le premier point du dispositif de l'arrêt CIJ, *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 13 juin 1951, *Rec. CIJ 1951*, p. 81.

[120] V. en ce sens l'opinion du juge C-G. WEERAMANTRY dans « Some Practical Problems of ICJ », *Australian YBIL*, 1996, vol. 17, n°1, p. 4 au début.

[121] V. par ex. en ce sens W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *op. cit.*, 2012, pp. 87, 111.

[122] V. CIJ, *Demande de réformation du jugement n°333 du TANU* (aff. *Yakimetz*), avis consultatif du 27 mai 1987, *Rec. CIJ 1987*, p. 45 §49 (« En l'espèce, il est donc légitime, pour mieux saisir la position du Tribunal sur la question à l'examen, de se reporter non seulement au jugement lui-même mais encore à la « déclaration » de M. Ustor et à l'opinion dissidente de M. Kean »).

[123] V. *infra* la seconde partie de la contribution de N. ALOUPI, p. 107, et le I.B. de celle de R. NOLLEZ-GOLDBACH, p. 155.

[124] V. en particulier l'opinion du juge R.Y. JENNINGS dans « The Role of the ICJ », *BYBIL*, 1997, vol. 68, p. 30 ou auparavant, d'une manière un peu différente, celle du juge Sir G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice : General Principles and Substantive Law », *BYBIL*, 1950, vol. 27, p. 2.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

supplémentaire de l'acte juridictionnel »[125], voire, selon beaucoup d'observateurs et d'acteurs du Droit international, *doit* être comprise comme une partie intégrante de celle-ci[126]. Dans le cas de la CIJ, les opinions doivent même être rendues avant la mise au point définitive du texte de l'arrêt, et celui-ci est parfois modifié sur la base d'une opinion (qui peut alors également être rectifiée, mais sur la base du changement opéré dans l'arrêt seulement).

Opposer à ces constats que, certes, les opinions peuvent éclairer l'exposé des motifs, mais que ce dernier reste la motivation « officielle » de l'arrêt est une réponse de bon sens, mais qui est assez superficielle. Elle repose sur la présupposition qu'un texte est ou a une signification objective, de sorte que l'exposé des motifs dit *de lui-même* la vérité sur la motivation. Or, il est bien clair que l'exposé des motifs doit être interprété, et qu'à la fois l'interprétation informée et raisonnable qui doit en être faite, et l'interprétation qui en sera probablement faite par les juges et les autres acteurs juridiques, donc l'interprétation qui compte et comptera en pratique, est une interprétation éclairant le texte de l'exposé des motifs (notamment) à partir des opinions de chaque juge. Ce point est important sur un plan théorique, puisqu'à partir du moment où l'on admet que, pour dire le Droit en vigueur dans une société particulière, il faut interpréter les décisions de justice – ou si l'on préfère les discours des interprètes que l'on juge habilités à interpréter des règles générales –, et que cette interprétation ne peut se faire qu'*à la lueur* de multiples autres énoncés (de règles générales et de la jurisprudence, de textes n'édictant aucun devoir, de textes normatifs anciens ou non-encore entrés en vigueur ou inapplicables, de travaux universitaires, etc.), et aussi à la lueur de multiples faits et considérations, on admet tout simplement que ce à quoi il faut se fier pour dire le Droit *en vigueur*, ce ne sont pas exclusivement les décisions de justice et les discours des interprètes habilités, mais tout aussi bien les énoncés des règles générales, les faits (notamment les pratiques) et mille considérations et textes différents.

Il doit aussi être souligné que l'émission d'une opinion séparée pousse les juges de la majorité à défendre leur opinion d'une manière qui convainque les personnes – y compris non-spécialistes – susceptibles d'être persuadées

[125] M. GOUNELLE, *op. cit.*, pp. 104-105 §65.

[126] V. par ex. en ce sens l'opinion de P.-M. JURET (*op. cit.*, 1960, p. 528) mais aussi celle du juge Mohammed BEDJAOUI (« La fabrication des arrêts de la CIJ », *Mélanges offerts à Michel Virally – Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, p. 105) et, très proches de cette idée, celles du juge R.Y. JENNINGS (*op. cit.*, 1997, p. 29) et surtout de la CIJ elle-même (UN Doc. A/41/591/Add.1 (5 décembre 1986) §10 : « (…) no text omitting any statement delivered for the final inclusion by one or more of the participant judges listed at the head of the decision is the complete and authentic decision of the Court »).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

par les opinions[127]. De même, parce qu'elle est généralement rédigée dans un style plus libre et plus accessible que l'avis ou le jugement, l'opinion incite les juges majoritaires à employer un langage plus courant que technique. Ainsi, les opinions ont une influence directe sur le contenu, le style et éventuellement la structure de l'exposé des motifs, et ces opinions constituent pour cette raison des éléments indispensables à sa compréhension et sa lecture informée : elles participent à renseigner sur le Droit en vigueur *à côté* de textes auxquels cette fonction est plus particulièrement dévolue. De la même manière que ces textes d'ailleurs, certaines opinions sont citées de manière récurrente dans les décisions de justice[128], et il est connu que certaines opinions dissidentes ont préparé des revirements de jurisprudence[129]. Ce faisant, les opinions apparaissent comme des motifs à deux nouveaux titres : en tant qu'éléments expressément mentionnés dans l'exposé des motifs d'une décision (mais d'une *autre* décision, cette fois), et en tant qu'éléments réellement pris en compte par les juges pour rendre leur décision. Dans la plupart des cas, ces opinions n'ont pas pour autant été comprises comme des motifs juridiques.

Même s'il faut évidemment les distinguer à divers égards, *les jugements et avis qui évoquent la motivation d'une décision antérieure*, doivent être rapprochées des opinions des juges jointes à cette décision. Ils doivent l'être en ce que les jugements et avis qui évoquent une décision antérieure peuvent renseigner sur l'interprétation qui doit en être faite, et notamment sur

[127] En ce sens pour la CIJ, v. par ex. L. V. Prott, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, Oxon, Professional Books, 1979, pp. 63 et s ; pour la CourEDH, v. par ex. M. EUDES, *op. cit.*, 2005, pp. 282, 284 ; pour le juge constitutionnel, v. par ex. le point de vue d'une juge constitutionnelle comme Ruth Ginsburg dans « The Role of Dissenting Opinions », *Minnesota Law Review*, 2010, vol. 95, n°1, p. 3, ou celui d'un conseiller à la Cour suprême de Suède comme Lars Welamson, dans « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *RIDC*, 1979, vol. 31, n°3, pp. 516-517 §9.

[128] V. par ex. l'op. diss. de la juge Rosalyn HIGGINS sous l'arrêt du 12 décembre 1996 relatif aux exceptions préliminaires dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (*Rec. CIJ 1996*, p. 847-861, spéc. p. 586 §33), qui est très souvent reprise à divers titres par la jurisprudence arbitrale CIRDI (v. not. les décisions rendues le 8 février 2013 dans l'affaire *Ambiente Ufficio e.a. c. Argentine*, aff. n°ARB/08/9, §540 ; le 13 juin 2013 dans l'affaire *Emmis Int. Holding BV e.a. c. Hongrie*, aff. n°ARB/12/2, décision sur la demande de bifurcation, §52 ; le 3 juillet 2013 dans l'affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. n°ARB/11/20, décision sur l'objection à la compétence tenant à l'absence de consentement, §23 ; et la sentence rendue le 6 mai 2013 dans l'affaire *Rompetrol Group NV c. Roumanie*, aff. n°ARB06/3, §182). Logiquement, la fameuse opinion est aussi fréquemment invoquée par les parties aux litiges pour convaincre la juridiction. V. par ex. le mémoire en défense de la République slovaque en date du 30 juin 2015, dans l'affaire *Eurogas Inc. (Etats-Unis) c. Belmont Resources Inc. (Canada)*, aff. n°ARB/14/14 §139.

[129] De même, « (…) les futures parties à un litige similaire hésiteront moins à procéder devant le juge lorsqu'elles pourront se reposer sur une opinion séparée afin de tenter de faire modifier la jurisprudence qui leur cause préjudice » (C. KESSEDJIAN, « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », in SFDI / N. Aloupi, C. Kleiner (dir.), *op. cit.*, 2016, p. 143). Plus anciennement, v. l'appréciation nuancée d'A. P. SERENI dans « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *RGDIP*, 1964, vol. 68, pp. 855-856 §14.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

l'interprétation à retenir de ses motifs. Si notre intention est de rendre compte des conceptions passées relatives au Droit en vigueur, il faut cependant être prudent dans la mesure où il n'est pas rare que des juges se réfèrent à la motivation de décisions antérieures, en en modifiant plus ou moins délibérément la signification originelle, ou courante, ou raisonnable[130]. Même dans ce cas cependant, les décisions juridictionnelles renvoyant à la motivation d'une autre décision renseignent indéniablement sur la portée qu'elles lui confèrent, et elles donnent une idée de celle qui pourra lui être attribuée par la suite[131].

Nonobstant la difficulté pouvant résulter d'interprétations différentes d'un même exposé des motifs, les juridictions et surtout la même statuant postérieurement, peuvent utilement suggérer ce qui – selon elle(s) – a été déterminant dans une affaire antérieure, en revenant sur le principe qui l'avait justifié, et en précisant l'interprétation qui doit en être retenue[132]. Par exemple, une juridiction tirant une conclusion *x* d'un principe *a* dans une affaire 2, doit *a priori* se justifier si dans une affaire 1, elle – ou une autre juridiction – a tiré une conclusion différente, une conclusion *y* du même principe *a*, alors que les faits paraissent similaires. En montrant que les faits des deux cas d'espèce divergent du point de vue du principe *a*, la juridiction qui se prononce pour la seconde fois sur ce principe, précise sa signification et par là la signification du principe appliqué dans la décision précédente, donc d'une certaine manière la signification de la motivation de la décision précédente. Dans la plupart des cas, cette clarification ou précision du principe vaudra surtout sur un plan général, dans la constitution d'une jurisprudence susceptible d'influer sur les juges à l'avenir. Mais elle peut aussi participer à clarifier ou préciser ce qui a été jugé décisif dans une affaire antérieure, et qui n'a pu être omis que par souci d'économie de motifs, ou pour d'autres raisons. De nouveau, c'est particulièrement le cas si c'est la même juridiction qui se prononce la seconde fois, et qu'elle est aussi soucieuse de cohérence que le sont la plupart des juridictions permanentes.

---

[130] Pour une telle critique chez un juge de la minorité, v. par ex. l'op. diss. de Badawi PASHA sous l'avis relatif aux *Réparations* (11 avril 1949, *Rec. CIJ*, 1949, spéc. p. 214), à propos de la portée de l'avis de la CPJI relatif à la *Compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron* (23 juillet 1926, *Série B*, n°13, pp. 4-24). V. également, pour un exemple frappant, le renvoi à la jurisprudence arbitrale qu'opère la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*, et où la Cour attribue aux arbitres un raisonnement très différent de ce qu'il était en vérité majoritairement. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à F. Couveinhes-Matsumoto, *op. cit.*, 2014, pp. 551-554 §§497-498.

[131] V. not. en ce sens : Sir H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 9.

[132] Pour un exemple, v. à propos de la clarification de l'avis consultatif de la CPJI dans l'affaire de la *Carélie orientale* (23 juillet 1923, *Rec. CPJI*, *Série B*, n°5, p. 27) : M. SHAHABUDDEEN, *op. cit.*, 2007, pp. 112-113.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

Aux décisions postérieures qui se réfèrent expressément à la motivation d'une décision, on peut ajouter les décisions *antérieures* portant sur des questions de Droit ou de fait relativement similaires. C'est surtout le cas si la décision dont la motivation est en cause renvoie explicitement à ces décisions antérieures ; mais, à vrai dire, c'est aussi le cas si elle n'y renvoie qu'implicitement, ou que seuls certains juges les mentionnent au soutien de leur position concordante ou individuelle. On peut rapprocher de ces éléments de lecture de l'exposé des motifs, les opinions que les juges qui ont approuvé cet exposé des motifs ont émises dans des affaires antérieures sur des questions similaires. Ils ont en effet pu se prononcer sur des questions de fait ou de Droit similaires parce que ces autres affaires portaient sur elles, ou simplement parce que les juges qui ont statué ont profité de la possibilité d'émettre une opinion, pour se prononcer sur des questions que la décision elle-même n'aborde pas, mais qu'elle aurait pu aborder[133]. Enfin, les juges adoptant une motivation sur le fond, ont pu déjà suggérer – délibérément ou par maladresse – leur position sur cette question de fond dans une décision ou une opinion émise dans le cadre de la même affaire, mais au stade procédural.

*

Tout ce que nous avons écrit jusqu'ici montre qu'il est non seulement inopportun, mais encore impossible de limiter la motivation d'une décision à son exposé des motifs. Cela est impossible car il faut au moins admettre que ce texte doit et ne peut qu'être lu à la lueur de centaines d'autres discours, faits et considérations, donc admettre *l'inopportunité et l'impossibilité de réduire le Droit en vigueur aux textes mêmes dont on estime qu'ils le formulent positivement*. En bref, les motifs juridiques d'une décision ne sont pas entièrement dans les signes qui composent l'exposé positif des motifs ; et les motifs non-juridiques d'une décision ne sont ni systématiquement absents de l'exposé des motifs, ni toujours expressément mentionnés dans le texte de la décision. Les acteurs juridiques eux-mêmes, les juges eux-mêmes nous le disent, de même qu'ils nous disent que la séparation du juridique et du non-juridique n'a pas pour critère unique ou ultime l'édiction ou la reconnaissance positive d'une règle.

Or, s'il est indispensable à la compréhension de l'exposé des motifs et de la décision dans son ensemble, de dégager sa signification en éclairant son texte par d'autres textes, d'autres considérations et d'autres faits, on peut

[133] V. par ex., dans la jurisprudence de la CIJ, l'opinion individuelle du juge Gilbert Guillaume sous l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (*Rec. CIJ 2002*, pp. 35-45) ou l'opinion individuelle du juge Ronny ABRAHAM sous l'ordonnance du 13 juillet 2006 rendue dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* (*Rec. CIJ 2006*, pp. 137-141).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

difficilement penser que les textes, faits et considérations pertinents ne font pas, en quelque sorte, eux-mêmes partie des motifs. Cette conclusion pose la question de savoir, alors, si une limite peut être tracée entre les motifs de la décision proprement dits, et tout ce qui, dans le monde, peut la justifier. Après tout, n'est-ce pas au regard de tout ce qu'on sait – du travail du juge, mais même des juges, et donc des hommes, ou du langage juridique et donc du langage lui-même – qu'on interprète leurs discours ? C'est bien entendu le cas et c'est donc une certaine interprétation de l'ensemble de tout ce qui peut être connu d'une décision de justice particulière et de son contexte, qui est nécessaire à l'explicitation complète de sa motivation.

A ce sujet, il faut souligner qu'il n'est pas rare, surtout dans les décisions de style narratif plutôt que syllogistique, donc notamment dans les décisions internationales, que les motifs explicitement mentionnés fassent assez clairement signe vers d'autres motifs qui restent cependant plus implicites. Ceux-ci peuvent par exemple ressortir, et le juge sait qu'ils ressortiront, lorsque les lecteurs de son arrêt confronteront l'exposé des motifs à ce que ces lecteurs savent de l'état du droit, de la jurisprudence pertinente, de la nature de la fonction de juger, du contexte de la décision, etc. En d'autres termes, l'interprétation correcte des motifs explicites mène elle-même à la mise en lumière de motifs implicites, que l'une des fonctions essentielles de l'enseignant et du chercheur du Droit est de mettre en lumière. Ainsi, essayer de comprendre l'exposé des motifs des décisions de justice tel qu'il est compris par ses auteurs et ses destinataires principaux, plutôt que tel que nous voulons qu'il soit compris, exige que nous soulignons sur quoi les motifs explicitement avancés sont censés être fondés, c'est-à-dire bien entendu sur des raisons plus fondamentales qui forment ce qu'on appelle couramment le Droit naturel (mais qu'on peut appeler autrement si notre confort intellectuel se trouve bouleversé par cette expression)[134]. On peut naturellement dire que ces raisons fondamentales, parce qu'elles ne sont pas entièrement explicites, sont « non-juridiques », sont des motifs « non-juridiques » de la décision, mais on se sépare alors pour des raisons personnelles du message que le juge souhaite faire passer. Car ces motifs fondamentaux ne sont au fond que certaines déclinaisons de la signification à attacher à l'exposé des motifs, compris de manière profonde et exhaustive.

[134] V. par ex. en un sens relativement similaire, l'article « Reason and *Fiat* in Case Law », *Harvard Law Review*, 1946, vol. 59, p. 379 de Lon Luvois FULLER, qui précise avec autant de clairvoyance que d'humour, que « l'attitude émotionnelle » du juge qui motive une décision rendue dans un cas difficile, est plus proche de celle du cuisinier qui en mélangeant différents ingrédients, cherche le secret d'une pâte feuilletée croustillante, que de celle du mystique qui s'agenouille devant un autel et attend une révélation, qui lui viendrait du Droit positivement formulé ou du Droit naturel.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

Même si, peut-être avec quelque mauvaise foi, le lecteur se prétend incapable de voir les motifs fondamentaux pour lesquels les énoncés normatifs dont s'est saisi le juge ont été consacrés, ou ceux sur la base desquels le juge les a interprété, il reste que des choix ont bien été faits, et qu'il est tout simplement impossible d'en rendre compte sans suggérer leurs motifs les plus probables. A moins de réduire arbitrairement les motifs d'une décision à quelques petits signes noirs sur un bout de papier, ou à la signification qu'ils devraient avoir objectivement au regard d'une convention ou d'une autre (au sens courant du mot « convention »), il est indispensable de les éclairer à partir d'autres raisons ; et si une certaine idée de ces raisons est indispensable à la compréhension de l'exposé des motifs, on peut difficilement penser qu'ils ne font pas, d'une certaine manière, partie des motifs juridiques au sens strict.

Toutefois et naturellement, les arguments ou raisonnements qu'on peut avancer justifient ou expliquent la décision *de manière plus ou moins importante ou plus ou moins directe*. De ce point de vue, s'il est à peu près clair que les motifs mêmes qui sont explicitement avancés par le juge reposent eux-mêmes sur d'autres motifs, sur des considérations morales, techniques, pragmatiques et autres, il est néanmoins significatif qu'on impose au juge de sélectionner et d'indiquer *certains* motifs, et que celui-ci, ou bien *s'abstient* de mentionner certaines considérations qui sont manifestement entrées en jeu, ou bien les *dissimule* délibérément. Ce constat exige de l'enseignant-chercheur qu'il distingue, lorsqu'il présente une décision ou la fonction juridictionnelle, 1) les motifs expressément avancés par les juges pour expliquer et justifier leur décision, 2) les motifs qui sont manifestement entrés en jeu mais que les juges ne mentionnent pas ou ne font que suggérer, et 3) les raisons pour lesquelles ces juges formulent certains motifs ou s'en abstiennent, et pour lesquels ils les formulent et les agencent d'une certaine manière – ce qu'on appelle parfois « les motifs des motifs »[135] et qui seront examinés, pour la CIJ, dans notre seconde contribution à cet ouvrage.

Si l'énonciation d'un motif dans l'exposé « officiel » de la décision ne peut être lu qu'à la lueur de considérations vers lequel il fait (plus ou moins) signe, mais qui ne sont pas clairement dites, *l'exposé des motifs étroitement entendu apparaît nécessairement comme un ensemble d'indications succinctes de l'ensemble des raisonnements et jugements des juges* (et aussi des justifications conventionnellement admises de la décision). Aujourd'hui, d'aucuns affirment que l'exposé des motifs n'est que le masque rhétorique d'une décision prise en pure opportunité. Pour ne pas répéter ce type

[135] V. not. P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » *op. cit.*, 2008, pp. 125-180.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

d'affirmations de manière dogmatique, ou sur la seule base d'un projet idéologique inassumé (ce qui est très souvent le cas), on peut rechercher, tout simplement, s'il existe un décalage entre l'exposé des motifs des décisions, et ce qu'on peut connaître des motifs qui mènent « vraiment » les juges à les adopter. Bien sûr, une telle recherche ne peut porter – du moins dans le cadre de cet article – que sur les motifs consciemment adoptés et endossés par les juges, et non sur les facteurs orientant les décisions sans que les juges en aient conscience ou soient en mesure d'agir dessus[136]. En revanche, on peut se livrer à une lecture croisée et comparée des textes de diverses sortes qui renseignent, d'une manière générale, sur la réalité des processus de réflexion, d'évaluation, de délibération et de décision des juges. Et on peut aussi rechercher si dans certaines affaires déterminées, les motifs officiellement avancés sont en complet décalage avec les motifs que l'on peut connaître d'une multitude de façons – témoignages, travaux préparatoires, fuites, etc. – , ou s'ils sont en harmonie totale ou partielle avec eux. Tant le premier que le second type d'enquête mènent clairement à constater que l'exposé des motifs ne dissimule ni ne formule « directement » ou exhaustivement les motifs qui ont joué un rôle sur un plan mental, mais qu'il en fournit une représentation particulière, dont les caractéristiques principales sont à la fois connues et aisément explicables. Plus largement, les deux recherches font voir la très grande continuité des motifs d'une décision, avec les raisons qu'avancent les

[136] S'il est prouvé que des facteurs comme la fatigue ou le moment de la journée (sur ces deux facteurs, v. récemment : L. BRUNIN, H. EPINEUSE (coord.), *Les cahiers de la justice – Dossier : des juges sous influence*, 2015, n°4, pp. 499-612), comme l'organisation du procès (sur ce facteur, v. spéc. : J. GOLDSZAGLIER, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Ibid.*, 2015, n°4, pp. 507-532) ou du délibéré (sur ce facteur, v. par ex. A. TOUFFAIT, « Conclusions d'un praticien », in P. Bellet, A. Tunc (dir.), *La Cour judiciaire suprême – Une enquête comparative*, Paris, Economica, coll. *Recherches Panthéon-Sorbonne – Université Paris I – Séries Sciences juridiques / Droit comparé*, 1978, pp. 482-483), ou encore les conditions de travail (sur ce facteur, v. par ex., pour les cours suprêmes nationales, A. TUNC, « Conclusions : la cour suprême idéale », in P. Bellet, A. Tunc (dir.), *op. cit.*, 1978, pp. 450-451, ou Lars WELAMSON, « La motivation », *op. cit.*, 1979, pp. 515, 516) ont une influence importante sur les décisions prises par les juges, et sur les caractères de l'exposé des motifs qu'ils rédigent, ce ne sont clairement pas là des motifs consciemment adoptés et endossés par eux. En revanche, les juges sensibilisés à ces influences problématiques pour l'impartialité de la justice, peuvent lutter contre elles et les efforts délibérément déployés par eux à cette fin constituent alors, d'un côté des éléments du processus psychique les menant à prendre leur décision, et d'un autre côté des éléments importants d'explication des décisions réellement prises. Les passionnants travaux de I.V. BLAIR, C.M. JUDD et K.M. CHAPLEAU ont par exemple montré, non seulement que les juges états-uniens rendaient approximativement les mêmes décisions lorsque l'accusé était noir et lorsqu'il était blanc, mais encore que tel était le cas parce qu'ils luttaient délibérément contre un préjugé racial. En effet, à « l'intérieur » des « races » noire et blanche, les juges tendaient inconsciemment à condamner davantage ceux qui avaient des traits africains plus marqués (selon les opinions des personnes interrogées par les psychologues), et à les condamner à des peines plus lourdes que celles préconisées par des juristes ne connaissant pas le visage des accusés. V. not. « The influence of Afrocentric facial features in criminal sentencing », *Psychological Science*, oct. 2004, vol. 15, pp. 674-679.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

juges dans le secret des délibérés[137], et – d'une autre manière – avec les arguments et raisons avancés dans tous les discours portant sur la décision passée (discours de la doctrine) ou à venir (moyens avancés par les parties).

B. La continuité des motifs des décisions avec les raisons et les arguments développés en dehors

Un indice particulièrement significatif d'une telle continuité est le fait que *sont couramment qualifiés de « motifs », des arguments autres que ceux mentionnés dans l'exposé des motifs*. Tout d'abord, les termes « motif/vation » sont fréquemment employés, par la doctrine[138] mais aussi par le statut des juridictions internationales[139] et européennes[140], pour désigner les raisons que donnent les juges s'exprimant à titre individuel, *avant* que la décision définitive soit rendue. Dans le même sens, les textes statutaires comme la doctrine[141] parlent *des « motifs » ou de « la motivation » des juges, lorsqu'ils expriment leur « accord » ou de leur « dissentiment » dans une opinion*[142] *jointe à un arrêt*[143] *ou un avis*[144].

L'usage du même terme de « motifs » à propos des raisons avancées par les juges pour justifier leur position sur la décision, *dans* mais aussi *avant* et *après* la décision définitive, suggère que les délibérations entre juges donnant naissance à un arrêt se poursuivent après l'arrêt, par un « dialogue muet (…) entre [celui-ci] et les opinions séparées ou dissidentes »[145], dialogue qui peut par la suite nourrir les délibérations tenues dans d'autres affaires[146]. Il

[137] Pour une recherche de ce type (dans les travaux préparatoires de la Cour de cassation), et la conclusion que nous disons, v. par ex. P. DEUMIER, *op. cit.*, 2008, spéc. p. 130, et la suite.

[138] Un juge de la CIJ comme Mohammed BEDJAOUI par exemple, ne désigne pas autrement les « raisons » de l'avant-projet d'arrêt, élaboré par le comité de rédaction de la Cour, ou du nouveau projet rédigé pour examen en première lecture (*op. cit.*, 1991, pp. 100 et 101).

[139] V. par ex. l'a. 4 de la Résolution visant la pratique interne de la CIJ en matière judiciaire (Règlement, article 19) (adoptée le 12 avril 1976), selon laquelle « chaque juge prépare », après une première délibération déterminant les points devant être tranchés par la Cour, « une note écrite » dans laquelle « le juge exprime son opinion sur l'affaire en indiquant notamment (…) sur quels *motifs* il fonde son opinion » (les italiques sont ajoutés).

[140] Par ex., l'a. 27 §3 du Règlement de procédure de la CJUE dispose que « chacun des juges présents au délibéré exprime son opinion en la *motivant* » (les italiques sont ajoutés).

[141] V. par ex. M. GOUNELLE, *op. cit.*, p. 104 §65.

[142] Mais pas dans une « déclaration », que les juges peuvent faire à la suite des arrêts, avis et ordonnances de la CIJ ou du TIDM. Celles-ci sont en effet censées ne pas contenir de « motifs » (de sorte d'ailleurs qu'on se demande ce qu'ajoute une déclaration à la mention des votes positifs et négatifs du juge qui la fait).

[143] V. par ex. l'a. 95 §2 du Règlement de la CIJ ou l'a. 125 §2 du Règlement du TIDM ; comp. par ex. l'a. 65 §2 du Règlement de la CourIADH.

[144] V. par ex. l'a. 107 §3 du Règlement de la CIJ (*a contrario*), l'a. 135 §3 du Règlement du TIDM, ou l'a. 75 §3 du Règlement de la CourIADH.

[145] Pour reprendre la belle expression de Paul Reuter dans sa préface à M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 5.

[146] V. par ex. en ce sens pour la CIJ, C-G. WEERAMANTRY, *op. cit.*, 1996, p. 4, et pour la CourEDH, M. Eudes, *op. cit.*, 2005, pp. 281 *in fine*-282, 283.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

suggère ainsi, à côté d'autres indices ou déclarations en ce sens[147], que la motivation des opinions des juges peut jouer le même rôle que l'exposé des motifs à certains égards, par exemple en tant que réflexion aidant à la prise de décision dans le cadre d'affaires ultérieures.

Les arguments avancés par les parties dans le cadre de leurs mémoires ou de leurs plaidoiries sont aussi fréquemment qualifiés de « motifs ». Dans les statuts d'organes de règlement des différends et dans les documents de procédure, les termes « motif/motivation » sont par exemple employés pour désigner les moyens avancés par les parties à un différend au soutien d'une demande d'arbitrage[148], d'une demande d'interprétation[149], d'annulation[150] ou de révision d'une sentence arbitrale[151] ou d'une décision judiciaire[152], au soutien d'une requête[153] ou de la présentation d'une affaire[154], d'une demande de mesures conservatoires[155] ou de consultations[156], d'un déclinatoire de compétence[157] ou d'une contestation de la recevabilité d'une affaire[158], d'un appel[159], d'une demande de récusation d'un juge, d'un arbitre ou d'un conciliateur[160], ou encore pour justifier l'objection d'une partie à une requête[161] ou « concernant les titres, l'impartialité ou l'indépendance » d'un

[147] V. par ex. l'opinion individuelle de Sir Gerald FITZMAURICE sous l'arrêt rendu le 5 février 1970 (deuxième phase) par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light & Power Company*, *Rec. CIJ 1970*, p. 64 §2 : « Bien que ces observations ne puissent avoir que le caractère d'*obiter dicta* sans posséder l'autorité d'un jugement, *les opinions qui émanent d'une manière ou d'une autre d'une instance judiciaire* constituent, tant qu'il ne sera pas possible d'édicter, dans le domaine juridique international, des textes législatifs exprès ayant un effet obligatoire direct, le principal moyen de préciser et de développer le droit de façon quelque peu concrète » (les italiques sont ajoutés).

[148] V. par ex. l'a. 1er de l'Annexe VII de la Convention de Montego Bay, et a. 1er de l'Annexe VIII de la même convention (arbitrage spécial).

[149] V. par ex. l'a. 50 §1c)(iii) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

[150] V. par ex. l'a. 52 §1 de la Convention CIRDI (un motif de la demande pouvant être… le « défaut de motif » de la sentence !).

[151] V., historiquement, l'a. 55 de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, et l'a. 83 §2 de la Convention de 1907 sur le même sujet.

[152] V. par ex. l'a. 84 §§1-2 du Statut de Rome de la CPI.

[153] V. par ex. l'a. 2 §4 du Statut du TANU.

[154] V. par ex. les a. 36 §1 et 36 §1c) du Règlement de la CourIADH.

[155] V. par ex. l'a 73 §2 du Règlement de la CIJ, et l'a. 89 §3 du Règlement du TIDM.

[156] V. par ex. l'a. 4 §4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédure régissant le règlement des différends de l'OMC (Annexe 2).

[157] V. par ex. les a. 32 §2 et 41 §2 de la Convention CIRDI, l'a. 29 §1 du Règlement de conciliation du CIRDI, et l'a. 41 §1 du Règlement d'arbitrage CIRDI.

[158] V. par ex. l'a. 19 §2 du Statut de Rome de la CPI.

[159] V. par ex. l'a. 81 §1b) et §2a) du Statut de Rome de la CPI, l'a. 25 §1 du Statut du TPIY, l'a. 24 §2 du Statut du TPIR.

[160] V. par ex. l'a. 42 §§7 et 8 du Statut de Rome de la CPI, l'a. 13 §§2 et 3 du Règlement d'arbitrage de la CPA, l'a. 57 de la Convention CIRDI, l'a. 9 §1 du Règlement de conciliation du CIRDI, l'a. 9 §1 du Règlement d'arbitrage CIRDI, l'a. 15 §§1 et 2 de l'Annexe A – Règlement de conciliation (Mécanisme supplémentaire CIRDI), l'a. 15 §§1 et 2 de l'Annexe C – Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire CIRDI).

[161] V. par ex. l'a. 4 §1 de l'Annexe A – Règlement de constatation des faits (Mécanisme supplémentaire CIRDI).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

expert[162]. Cette pratique linguistique se retrouve notamment dans la jurisprudence internationale[163], dans le Règlement de la CIJ[164], sur son site internet[165], dans les opinions de ses juges[166], et bien entendu dans les écritures des parties aux différends[167].

Le caractère courant de l'usage des termes « motif/vation » pour désigner des arguments avancés par les parties à un litige, va de pair avec la tendance tout aussi courante à définir des « moyens » comme des « motifs » particuliers. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* dirigé par Gérard Cornu invite, sous le terme « motif », à le comparer avec le mot « moyen », et sous le premier sens fourni au mot « moyen », indique « *motif* destiné à fonder en fait et en droit une demande en justice ou un jugement »[168]. Ces deux éléments vont également de pair avec le fait tout à fait frappant, que *les mémoires et plaidoiries d'un côté, et les décisions juridictionnelles de l'autre sont largement structurés de la même manière*. En particulier, *la distinction entre les moyens et les conclusions dans les mémoires et plaidoiries reflète la distinction entre l'exposé des motifs et le dispositif des arrêts*[169]. Généralement, les bons plaideurs adoptent cette structure argumentative afin de parler aux juges « leur langage », voire afin de leur fournir un arrêt « clef en main », ce qui est une excellente manière de les convaincre de pencher en leur faveur. Réciproquement, le devoir de motivation qui pèse sur les juges a une « étendue » qui « varie » en fonction des « moyens qu'un plaideur peut soulever en justice »[170], de sorte qu'une bonne connaissance des moyens est

[162] V. par ex. l'a. 29 §2 du Règlement d'arbitrage de la CPA.

[163] Un exemple récent peut être trouvé dans le dernier arrêt de la CIJ, rendu le 17 mars 2016 dans l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires)*. En effet, les juges n'y désignent pas les « raisons » des parties par le terme « moyens », mais parlent d'« arguments » (pp. 16 §31, 18 §36, 19 §39, 22 §43, 23 §45, 23 §46, 24 §47, 30 §72, 35 §95, 36 §99, 38 §104, 39 §107) – ce qui peut évidemment désigner tant les motifs de l'arrêt que les moyens des parties. En outre, la Cour cite sans difficulté le terme « motifs » employés par les parties pour désigner leurs moyens (p. 10 §12, p. 12 §13), et elle les emploie de son côté pour indiquer qu'ils soutiennent son dispositif (p. 40 §111).

[164] V. en particulier l'a. 73, al. 2 selon lequel « [l]a demande indique les *motifs* sur lesquels elle se fonde (…) » (les italiques sont ajoutées).

[165] V. par ex. http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=6.

[166] V. par ex. l'op. indiv. du juge SIMMA sous CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec. CIJ 2005*, p. 339 §18 (où « the way in which Uganda presented and *argued* the part of its second counter-claim devoted to this group » est traduit par « la présentation et (…) la *motivation* par l'Ouganda du volet de sa deuxième demande reconventionnelle consacré à ces personnes ») (les italiques sont ajoutés).

[167] Pour un exemple parmi beaucoup d'autres, v. le *Rapport de la CIJ – 1er août 2012-31 juillet 2013*, Assemblée générale, Documents officiels, Soixante-huitième session, Supplément n°4, 2013, p. 27 §139.

[168] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, avt-propos de Ph. Malinvaud, préf. de G. Cornu, Paris, PUF, coll. *Quadrige*, Association Henri Capitant, 2007, p. 600 (les italiques sont ajoutés).

[169] Pour une telle remarque, v. not. G. FITZMAURICE, *Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge UP, 1986, vol. 2, pp. 578 et ss.

[170] CourEDH, *Ruiz Torija*, *op. cit.*, 1994, §29 ou CourEDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, aff.°21522/93, §42.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

indispensable au juge qui fait correctement son travail, mais tout autant à l'universitaire qui essaie de comprendre les motifs formulés par la juridiction, et d'évaluer leur pertinence[171].

Ce type de nécessités pratiques, ainsi que le fait que le terme « motif » désigne aussi bien ceux qui sont exposés dans les décisions juridictionnelles, que les arguments développés par les plaideurs, ou les justifications avancées par les auteurs d'une multitude d'actes juridiques internationaux – avis consultatifs[172], actes pris par des membres (Président, Procureur…) des juridictions internationales ou par les commissions régionales de protection des droits de l'homme[173], actes pris dans le cadre d'organisations internationales[174]... –, montrent que la motivation des décisions de justice doit être pensée dans un *continuum* argumentatif, plutôt que comme des tables de la loi tombant brutalement et se distinguant de toutes les autres argumentations avancées pour justifier une opinion sur le Droit. Milite également en ce sens le fait que, dans leur substance, *les arguments et raisonnements qu'une juridiction avance pour justifier sa décision recoupent manifestement souvent les arguments et raisonnements avancés dans les opinions séparés (en particulier si elles sont concordantes), dans les écritures et plaidoiries des parties*[175]*, et dans les commentaires doctrinaux de la décision*. Il y a naturellement des différences parfois importantes, mais ce qui domine clairement, c'est d'une part la *continuité du « contenu »* des moyens, des motifs des décisions et des arguments avancés par les universitaires, et d'autre part la *similarité des termes employés et des types de raisonnements et de jugements*.

Contrairement à ce que d'aucuns penseraient, ce panorama général (mais non-exhaustif[176]) des usages des termes « motif/vation » est riche

[171] V. par ex. en ce sens M. SHAHABUDDEEN, *op. cit.*, 2007, pp. 124-125, qui cite Charles de Visscher et E. Lauterpacht à son soutien.

[172] Autant le Statut de la CIJ exige que ses arrêts soient motivés (a. 56 §1) mais ne le fait pas pour les avis rendus par la Cour (chapitre IV), autant son Règlement demande expressément que des « motifs de droit » se trouvent dans le texte des arrêts (a. 95 §1) mais aussi des avis consultatifs (article 107 §2). Il en va de même pour le TIDM (a. 30 §1 du Statut et a. 125 §1 du Règlement pour les arrêts du Tribunal, a. 135 §2 du Règlement pour les avis).

[173] V. par ex. l'a. 36 §2 ou l'a. 61 §4 du Statut de Rome de la CPI, ou l'a. 21 §4a) du Statut du TPIY ou 20 §4a) du Statut du TPIR, ou encore l'a. 35 §1c) du Règlement de la CourIADH.

[174] V. par ex. dans la jurisprudence, TAOIT, (jugé le) 27 avril 2007 et (prononcé le) 11 juillet 2007, *M.A.J.H. c. Union internationale des télécommunications*, aff. n°2643, §8, ou encore, dans les traités, l'a. 161 §8e), ou l'a. 298 §1.a.ii) de la Convention de Montego Bay. On ne peut donc pas soutenir que « l'acte juridictionnel » est le « seul acte dont la motivation est juridiquement obligatoire en droit international » (comme le fait par ex. J.-M. SOREL, *op. cit.*, 2013, p. 196).

[175] Nous avons par exemple démontré que l'essentiel de la motivation de la CIJ dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* provient des plaidoiries de Paul REUTER devant la Cour. V. F. COUVEINHES, « Retour sur un classique : les plaidoiries de Paul Reuter dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) », *RGDIP*, 2012, vol. 116, n°2, pp. 464-472.

[176] Ont notamment été exclus les usages des termes « motif/vation » en matière pénale, pour désigner les *intentions* des personnes poursuivies, les *causes de responsabilité* ou d'exonération de la responsabilité, ou encore les *raisons de réduire les peines* appliquées.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

d'enseignement. Le fait que *ni dans les conventions internationales, ni dans les statuts des juridictions internationales, ni même dans la jurisprudence internationale les termes « motif/motivation » ne renvoient exclusivement, ou même principalement à l'exposé des motifs des décisions*, montre le caractère inapproprié de la courante affirmation doctrinale contraire. Il met en lumière le décalage existant entre les exigences linguistiques de la pratique, et la décision de certains universitaires de rejeter sans véritable argument la polysémie et la plasticité des termes juridiques, pour retenir des définitions stipulatives. Il serait certainement préférable de rechercher ce que l'usage systématiquement polysémique des termes par les acteurs juridiques dit des opérations juridiques ordinaires et de leurs exigences.

Tous les exemples avancés montrent également que les motifs juridiques ne sont, en pratique, pas toujours identifiés sur la base d'un critère formel – qui tiendrait à leur inclusion dans une certaine partie du texte de la décision – mais aussi souvent sur la base d'un critère matériel ou fonctionnel. Au fond, dans les textes comme dans la jurisprudence, est essentiellement considéré comme un motif tout argument visant à justifier la valeur d'une opinion ou d'un choix sur le Droit et sur sa valeur. Dans la plupart des cas, une importance très limitée, pour ne pas dire nulle est accordée – dans la qualification de « motif » – au fait que le discours ainsi qualifié provient de la majorité des juges, d'un juge minoritaire, ou encore de quelqu'un qui n'est pas un juge : il peut s'agir d'un juge mais également d'un procureur[177], d'une partie à un litige, ou d'un auteur de doctrine se prononçant après la décision et appréciant la valeur de ses motifs.

Naturellement, il faut nuancer cette conclusion : il est aussi courant d'utiliser un terme spécifique et distinct de celui de « motifs », pour désigner les arguments des parties. L'emploi du mot « moyens » indique bien la différence de poids généralement attribué aux moyens des parties d'un côté, et aux motifs des juges internationaux de l'autre. Toutefois, ce qu'une vue d'ensemble fait ressortir, ce n'est pas tant l'infinie variété des significations des termes « motif/vation » (suivant le contexte dans lequel ils sont employés, ou les groupes nominaux qu'ils forment avec d'autres mots), ce n'est pas non plus leur « noyau » de signification à une époque ou à une autre, dans un *corpus* ou un autre. C'est la continuité matérielle des raisonnements, jugements et interprétations juridictionnels, avec les raisonnements, jugements et interprétations des autres acteurs juridiques. Autrement dit, ce qui frappe, *c'est le tissu préservant de l'arbitraire que constituent ces réseaux multiples de contrôle de la rationalité de la parole*

[177] V. par ex. l'a. 65 §E du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, ou les a. 81 §1a) et 81 §2a) du Statut de la CPI.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

juridictionnelle sur le Droit, et plus largement *la garantie que ces réseaux peuvent fournir d'une interprétation rationnelle – qu'elle soit ou non juridictionnelle – de tout texte juridique – qu'il soit lui aussi juridictionnel ou non-juridictionnel. Ce qui s'exprime à travers ces usages linguistiques multiples, c'est le souci de fixer, de maîtriser ou au moins de contrôler par le langage et la raison, par le* logos*, ce que certains hommes affirment s'imposer juridiquement à d'autres hommes.*

La continuité et la proximité existant entre l'exposé des motifs d'une part, et d'autre part les raisons avancées par les juges dans le cadre des délibérations et de la préparation des décisions, ou d'ailleurs dans le cadre de leurs opinions, suggèrent évidemment fortement que *l'exposé des motifs exprime de manière stylisée, parfois peut-être seulement indirecte ou partielle, mais honnête, les raisons que les juges ont considéré déterminantes*.

IV. LES RAPPORTS ENTRE EXPOSÉ DES MOTIFS ET « VRAIS MOTIFS » DES DÉCISIONS

La position contraire, selon laquelle la motivation ne dit rien des « vraies » raisons des juges, est parfois soutenue. Elle ne l'est cependant pas sur la base d'une étude empirique comparant les exposés des motifs et tout ce qu'on peut savoir des processus réels de réflexion et de délibération des juges, ou de rédaction des décisions. Le principal argument avancé par les tenants de cette thèse est que les juges dont la décision est insusceptible d'appel ou de cassation (donc la plupart des juges internationaux) peuvent *dans les faits* dissimuler leurs « vraies » raisons plutôt que les donner, et ainsi se soustraire *dans les faits*, et sans être sanctionnés, à leur obligation de motiver[178]. La conséquence serait que l'obligation de motiver est dépourvue

[178] Pour Michel Troper par exemple, la question de la « liberté » du juge dans l'exercice de ses fonctions n'est pas tellement une question *de Droit*, elle n'est pas celle de savoir si, par exemple, le *Droit* français exige des juges français qu'ils appliquent la loi, ou s'il leur défend d'inventer arbitrairement les devoirs qu'ils imposent au peuple français en son nom ; elle est seulement de savoir « s[i ces juges] ont *en fait* le pouvoir d'en *créer* », « si, *en fait*, les juges choisissent librement ou non [l]es standards » qu'ils appliquent (« Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin » [initialement in *Droit et société*, 1985, n°2, pp. 41-52], in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 2001, pp. 35-49, spéc. p. 48 (les italiques sont ajoutés)) ; « [l]a liberté *juridique* de l'interprète est donc totale, puisqu'il *peut* [*en fait*] *créer* et *recréer* à chaque instant des normes et des relations entre normes » (« La liberté de l'interprète », in G. Darcy, V. Labrot, M. Doat (coord.), *L'office du juge – Colloque des 29-30 septembre 2006 au Palais du Luxembourg*, Paris, éd. du Sénat, coll. *Les colloques du Sénat*, 2006, p. 40 (les italiques sont ajoutés) et dans un sens comparable pp. 31 et 34). Selon Michel Troper, l'habilitation *juridique* de l'interprète est ainsi identique à sa capacité *physique* d'interpréter (ce que remarque également E. PICARD dans « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *Ibid.*, 2006, pp. 50-51) ; l'obligation juridique dépend d'une situation de fait que Michel Troper juge pertinente pour différentes raisons (raisons qu'il s'abstient d'ailleurs de donner même si on peut les « deviner »). Tout comme cette théorie de l'interprétation, l'usage récurrent des termes « créer » et « recréer » impliquent que le

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

de validité ou de portée, que « (…) la décision n'est fondée ni en droit, ni même simplement en raison »[179], parfois même qu'elle est « arbitraire »[180], et qu'il est trompeur ou naïf de conditionner la reconnaissance de son caractère obligatoire en Droit (comme le font l'écrasante majorité des acteurs juridiques…et Droit positivement reconnu), à la pertinence de la justification de la décision, ou au moins à la présence d'une motivation formelle.

Bien entendu, si la motivation n'est qu'« un « paravent » illusoire », qui ne vise qu'à présenter comme fondé en Droit et en raison ce qui n'a d'autre source que la décision irrationnelle, dépourvue de raison, du juge[181], si elle ne vise qu'à tromper les justiciables ainsi que les universitaires et les autres juges, il est entièrement inutile de pousser le juge à fournir un exposé des motifs clair, développé et cohérent pour « éloigne[r] tout arbitraire »[182]. Le juge n'éloigne tout simplement pas l'arbitraire en motivant ses décisions. Il ne peut chercher qu'à « bien » dissimuler de vraies raisons inavouables. De ce fait, l'idéal d'une motivation claire et cohérente, et surtout l'idéal démocratique d'une motivation renvoyant au Droit démocratiquement et positivement édicté ou reconnu devient simplement incompréhensible, sauf dans une perspective purement sophistique – du point de vue du juge – ou machiavélique – du point de vue de l'universitaire conseillant le juge. Dans le même sens, si on prétend que les décisions juridictionnelles doivent être présentées par les universitaires comme fondées en Droit, quelle que soit la motivation avancée pour les fonder, il est impossible de considérer que l'« argumentation » avancée par une juridiction est « extrême-

Droit soit un fait ou un ensemble de faits (plus exactement un ensemble de « produits »), et non un ensemble de valeurs, de règles ou de devoirs irréductibles à des faits. Quoi qu'il en soit des implications de cette théorie de l'interprétation sur la nature du Droit, il est clair que, même dans les faits, aucun interprète ne dispose d'une liberté radicale ou illimitée. V. sur ce point le I.B. de notre seconde contribution à ces actes.

[179] M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in Ch. Perelman, P. Foriers (études publiées par), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Travaux du Centre national de recherches logiques*, 1978, p. 294. *Contra*, v. M.-C. PONTHOREAU, *op. cit.*, 2012, p. 7 et les références citées.

[180] Nous ne nous risquerions pas à aller aussi loin dans la qualification des décisions de justice selon cette doctrine, si l'auteur qui (sans se confondre avec elle) est à son origine, ne l'avait fait lui-même. Il s'agit bien entendu de Hans Kelsen. V. not. H. KELSEN, « Théorie du Droit international coutumier » [initialement publié dans la *Revue internationale de théorie du Droit*, 1939, vol. X, pp. 253-274], in *Ecrits français de Droit international*, éd. et préf. de Ch. Leben, Paris, PUF, coll. *Doctrine juridique*, 2001, p. 75 §§ 17 et 18. Répété, le terme « arbitraire » est mis en italiques par Hans Kelsen.

[181] L'impossibilité qu'une telle décision soit sans raison est, là encore, démontrée dans notre seconde contribution. V. *infra* pp. 137-138.

[182] Comme le fait pourtant l'ancienne élève de Michel Troper, Wanda MASTOR, dans son article sur « l'effet performatif des opinions séparées », *op. cit.*, 2012, pp. 90 et ss., ou dans « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in S. Caudal (dir.), *op. cit.*, 2013, spéc. pp. 251-254.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

ment critiquable », non pas du point de vue de son efficacité dans la dissimulation des vrais motifs des juges, mais « du point de vue juridique »[183].

On ne peut évidemment pas dire qu'une telle conception de la fonction de l'enseignant et du chercheur du Droit soit neutre idéologiquement ou politiquement : elle habilite et invite les décideurs et juges suprêmes (et donc la plupart des juges internationaux ou encore le Conseil de sécurité) à décider selon leurs caprices et à se livrer ensuite à un pur travail de dissimulation rhétorique ; elle pousse les universitaires à se faire les complices et les cautions d'éventuelles dérives oligarchiques d'organes aristocratiques ; enfin, elle rejette la possibilité même que les destinataires des décisions puissent éviter l'esclavage pur et simple, via un contrôle ou une critique de la rationalité des décisions qui s'appliquent à eux.

Si l'on souhaite dessiner une théorie de la motivation juridictionnelle qui ne soit pas purement idéologique et sophistique, le point de départ ne peut pas être une conception *a priori* de la motivation ou de la décision juridictionnelles, selon laquelle ce sont là des « choses » dotées d'une seule signification évidente et « scientifiquement » constatable. Ce devrait plutôt être la question de savoir *comment il convient de lire* les décisions et leur motivation, ou comment il convient de lire les interprétations qu'en donnent les différents acteurs juridiques et avant tout les juges eux-mêmes. Refuser de prendre au sérieux leur motivation[184], ou ce que les juges *essaient vraiment* de faire lorsqu'ils motivent[185], ou comment leurs motivations *sont effectivement comprises*, c'est préférer sa propre conception des choses aux véritables représentations des acteurs juridiques (ce qui est parfaitement possible mais exige alors une explicitation et une justification rationnelle de cette focalisation exceptionnelle sur la sanction).

Or, dès que l'on s'intéresse aux représentations dominantes – y compris à celles que les juges retiennent *dans leurs décisions* relatives aux motifs adoptés dans d'autres décisions –, il est évident que la théorie qu'on a exposée est intenable. Comme on l'a vu, tous les acteurs juridiques exigent que les décisions juridictionnelles soient fondées en Droit et en raison, et ils déterminent leur valeur juridique à partir d'enquêtes sur la question de savoir

[183] C'est pourtant, là encore, une conséquence que Wanda MASTOR ne tire pas dans son article sur « la motivation des décisions des cours constitutionnelles », *op. cit.*, 2013, p. 249, dont les extraits qui précèdent sont tirés. Dans notre sens, v. E. PICARD, *op. cit.*, 2006, p. 55.

[184] V. spéc. M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *op. cit.*, 2001, pp. 35-49, spéc. p. 49 et P. Brunet, *op. cit.*, 2004, p. 212.

[185] Ainsi, il nous semble qu'on oublie trop souvent l'objection que Lon Luvois Fuller opposait, déjà en 1946 (!), à « Austin, Gray, Holmes et les autres ». Il soulignait en effet que ces auteurs étaient obsédés par le souci de présenter l'activité juridictionnelle sans égard à l'activité réelle de raisonnement et d'évaluation des juges, et ne prenaient pas sérieusement en compte ce que les juges *essayaient de faire*, alors que sur le plan humain, sur le plan politique et éthique, donc sur le plan qui compte en pratique, c'est cela qui a la signification décisive. V. L. FULLER, « Reason and *Fiat* », *op. cit.*, 1946, vol. 59, p. 392.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

si cette exigence est remplie (ou si l'on préfère, ils déterminent la signification du texte de la décision à partir de ce qu'ils estiment fondés en Droit et en raison). C'est heureusement aussi cette conception qu'adoptent la très large majorité des universitaires, qui évaluent avant tout les décisions de justice à partir de catégories de pensée relativement comparables à celles des cours suprêmes : excès de pouvoir, défaut de motif, inobservation des règles de procédure, etc. Liée à l'idéal démocratique d'une amélioration de la société par un usage du *logos* par les acteurs juridiques, cette conception de la motivation (comme du syllogisme) est simplement qu'elle (ou il) constitue une manière de communiquer à la partie perdante – éclairée par son avocat – la règle sur laquelle le juge s'est fondé, et surtout une manière pour le juge de percevoir des faits et d'organiser sa pensée, d'insérer sa décision dans une jurisprudence organisée qu'elle co-construit, ou encore une manière de permettre aux acteurs juridiques de prévoir les décisions à venir, et de rendre possible un contrôle et une évaluation rationnels de leur valeur et de leur portée.

Si l'on quitte l'examen de la réception sociale ordinaire des décisions de justice, pour s'intéresser aux opérations de perception, de réflexion, de jugement et de formulation d'une décision de justice, on peut remarquer que cette dernière est non seulement rédigée, mais encore pensée par son ou ses auteurs en fonction de différents paramètres comme sa réception probable, les motivations envisageables, et les critiques qui pourraient être faites à la motivation qui a *a priori* leur préférence. *Par là, il n'y a pas tant décalage, du point de vue de leur rationalité, entre la décision prise (qui serait arbitraire) et la motivation rédigée (qui fournirait de bonnes raisons, mais qu'il ne faudrait pas croire), ou entre les intentions des juges (qui seraient inavouables ou inconnaissables, et « ininterrogeables » rationnellement) et l'exposé des motifs (dont la signification serait* si *objective*, si factuelle et si détachée des intentions subjectives, qu'elle pourrait être « décrite » à l'instar d'un phénomène physique), *qu'entrelacement de ces éléments dans un même processus à la fois mental et gestuel, largement conscient et réfléchi, de choix-justification-rédaction de la décision*. Lorsque le décalage entre les intentions subjectives et l'exposé des motifs est manifestement trop grand, ou qu'est clairement trop faible la motivation « objective » de la décision en Droit, le juge sait ou peut savoir qu'il a mal rempli sa fonction, qu'il est sorti de ses attributions, voire a violé son statut (pour la CIJ, par exemple l'article 38). Les commentateurs honnêtes de la décision sont généralement en mesure de s'en apercevoir et sur un plan déontologique, ils ont la responsabilité sociale de contester la décision, et de faire savoir publiquement qu'elle est contestable en Droit. Il en va d'autant plus ainsi que, dans les cas dits « difficiles », c'est en partie parce que le juge essaie de prévenir ce type de contestation, qu'il veille à ce que sa décision paraisse fondée sur des motifs crédibles (dont l'exposition,

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

loin de préserver la décision d'une remise en cause, est au contraire ce qui permet de la discuter et de la critiquer[186]).

Cette remarque ne supprime pas la pertinence de la distinction entre les « vraies » raisons ayant amené les juges à prendre une décision, et les raisons qu'ils formulent dans la décision. Elle ne supprime pas cette différence parce que, contrairement aux raisons qui ne sont pas formulées dans la décision de justice internationale, l'exposé des motifs est rédigé (en général par un comité de rédaction ou par le greffe), qu'il l'est dans un contexte très spécifique (lieu et époque particuliers, cadre juridictionnel, etc.), qu'il est destiné à certains publics (les Etats parties au litige mais aussi les autres Etats[187], les organisations internationales[188], la doctrine, d'autres tribunaux, la juridiction même qui est à l'origine du texte, aujourd'hui et aussi demain autrement composée et devant statuer dans d'autres affaires), et qu'il remplit des fonctions propres. Même à supposer que l'opinion de chaque membre de la juridiction soit exactement la même – ce qui n'est jamais le cas[189] –, et même à supposer qu'il peut n'exister aucun décalage entre un discours (fixe et exprimé dans une langue commune) et le flux de la vie intérieure d'une personne

[186] En effet, obliger à donner des raisons, « [c]'est par là même obliger celui qui prend [une décision] à en avoir » (T. SAUVEL, *op. cit.*, 1955, p. 5). Plus précisément, c'est l'obliger à se mettre au clair avec lui-même sur ses raisons et sur leur légitimité, et par là bien souvent – nombre de juges en témoignent – à modifier sa motivation et même sa décision lorsque celles-ci ne passe pas « l'épreuve de la rédaction » (G. GUILLAUME, *op. cit.*, 2008, p. 94) . C'est aussi l'obliger à faire face au jugement d'hommes qui aspirent à la vérité ou à la justice (ou à la vérité sur la justice ou à la réalisation de la vraie justice), car « il y a une orientation fondamentale de la parole, du langage, à la vérité. Accepter de parler, c'est accepter que ma parole soit mesurée à la vérité. Si je parle, c'est que je prétends dire quelque chose de vrai, et j'attends de celui avec qui je parle, qu'il me montre en quoi ce que je dis n'est pas vrai (…) » (J. Caron, « La vérité (III/III), « Dialogue et recherche de la vérité », https://www.youtube.com/watch?v=jkKGLtXqjgQ).

[187] Par exemple, on peut penser au fameux *obiter dictum* de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* à propos de la portée *erga omnes* de certaines obligations internationales (*Rec. CIJ 1970*, p. 32 §33). Loin d'être destiné aux Etats parties au litige, il l'était aux Etats furieux de la déclinaison de compétence de la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain.*

[188] Sur les Etats comme destinataires d'avis pourtant demandés à la CIJ par des organes des Nations Unies, v. J. SALMON, « Chapitre 7 – Quels sont les destinataires des avis rendus par la CIJ le 8 juillet 1996 dans les affaires relatives à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », in J. Salmon, *Droit international et argumentation*, préf. d'O. Corten, Bruxelles, Bruylant, coll. *de Droit international*, 2014 [initialement in L. Boisson de Chazournes, Ph. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge UP, 1999, pp. 27-35], pp. 149-157.

[189] De sorte que le texte de la décision est le résultat de « négociations » entre les majorités et les minorités qui se dégagent sur différents points durant la délibération, et donc le « fruit des interactions entre opinions majoritaires et minoritaires » (W. MASTOR, *op. cit.*, 2012, pp. 90 et 93). Le contenu de la décision est ainsi « le plus petit commun dénominateur » sur lequel s'accordent les différents juges de la majorité (v. par ex. C-G. WEERAMANTRY, *op. cit.*, 1996, p. 3), ou pour dire les choses de manière plus optimiste, « le dénominateur commun le plus élevé des vues des juges » (ce qui est la position de M. Bedjaoui dans « La fabrication des arrêts de la CIJ », *op. cit.*, 1991, p. 105, ou de E. HAMBRO dans « The Reasons Behind the Decisions of the ICJ », *Current Legal Problems*, 1954, p. 22, mais aussi la position de la CIJ elle-même : UN Doc. A/41/591/Add.1 (5 décembre 1986) §8).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

particulière – ce qui n'est évidemment jamais le cas non plus[190] –, le contexte de rédaction et de proclamation de l'exposé des motifs, ses destinataires et ses finalités orientent et façonnent le texte, de sorte que la distinction entre l'exposé des motifs formellement entendu, et les motifs au sens matériel du terme reste incontournable.

Au fond, il est seulement douteux qu'il existe un monde psychologique objectif des juges, dont la saisie permettrait une connaissance parfaite et exhaustive de l'exposé des motifs de l'arrêt, sans qu'on ait à faire référence à son contexte, à ses destinataires et à ses finalités, ou d'ailleurs à l'obligation de motivation pesant sur l'auteur du texte de la décision. Ce type de recherche abstraite n'a pas grand sens, et on peut se demander s'il est vraiment pertinent de considérer, comme on le fait parfois, que les juges ne mentionnent pas certains facteurs qui les influencent au seul motif qu'ils sont objectivement « extrajuridiques »[191] (alors qu'on a vu qu'ils mentionnaient parfois de tels facteurs[192]), ou de lui reprocher d'avancer des motifs non-juridiques[193] (plutôt que, plus précisément, des motifs sans pertinence en Droit). En outre, on peut parier que les juges essaient dans la plupart des cas, non pas de dissimuler, mais de *dire* à leurs différents publics ce qui les a *vraiment* convaincu de la justesse d'une cause, ce qui les a véritablement mené à une solution, et ce qui devrait le faire dans d'autres cas plus ou moins semblables. Même si dans certains cas ces raisons sont plus ou moins inavouables, comme lorsque la CIJ agit en Conseil de sécurité *bis* plutôt qu'en juridiction indépendante des grandes puissances occidentales[194], les juridictions internationales essaient plutôt de dire ce qui les mène à une solution, tout simplement parce que telle est leur mission, et que c'est en même temps leur intérêt – pour gagner en autorité, pour que leurs arrêts soient exécutés, pour qu'ils influencent d'autres acteurs, etc.

Une telle remarque vaut certainement pour toutes les juridictions, mais il n'est pas illégitime de se demander si la place prise par des motifs jugés non-juridiques dans les décisions internationales est similaire à celle qui est la

[190] V. not. en ce sens : E. JOUANNET, *op. cit.*, 2008, p. 257, p. 258.
[191] V. par ex. Ch. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 156.
[192] V. également, à propos de la Cour EDH, A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. de F. Sudre, Paris, Pedone, coll. *Institut René Cassin de Strasbourg – Publications de l'Institut international des droits de l'homme*, 2014, pp. 27-30 §§16-17 et pp. 605-686 §§750-857 (la Cour européenne des droits de l'homme « n'a pas hésité, et n'hésite toujours pas, à faire mention des considérations extra-juridiques qui l'ont déterminé à retenir telle ou telle interprétation et, par extension, telle ou telle solution »).
[193] V. par ex. l'intervention de Baptiste BONNET, et sa discussion avec Guy CANIVET, in S. Caudal (dir.), *op. cit.*, 2013, p. 263, ou encore les critiques de la CourEDH par Marc BOSSUYT, mentionnées dans la contribution de Mouloud BOUMGHAR.
[194] On peut penser à la plupart des affaires qui ont concerné l'ex-Yougoslavie dans les années 1990 et 2000…

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

leur dans les décisions nationales, ou encore si certains motifs non-juridiques ne deviennent pas négligeables, ou au contraire d'une importance cruciale devant le juge international.

V. DES MOTIFS « NON-DITS » PROPRES AUX JURIDICTIONS INTERNATIONALES ?

A moins de voir dans la longueur d'un exposé des motifs l'indice d'un effort particulier de dissimulation de la part des juges, on doit admettre que la longueur remarquable des décisions internationales, et le fait qu'elles soient fréquemment accompagnées d'opinions séparées, renseignent plutôt mieux sur les motifs des juridictions internationales et de leurs membres, que, mettons, le texte des décisions des cours suprêmes françaises ne renseigne sur les motifs de leurs juges. Il serait évidemment trop rapide d'en déduire que la longueur des décisions internationales traduit le fait qu'elles sont fondées sur un plus grand nombre de raisons (au sens matériel du terme) que les décisions nationales ou que certaines d'entre elles. A bien y réfléchir toutefois, il est très probable que la longueur particulière des décisions internationales reflète bien, d'un côté le nombre particulièrement grand de paramètres pris en compte par les juges internationaux (en particulier lorsqu'ils siègent en grand nombre, comme c'est le cas de la CIJ), et d'un autre côté leur souci spécifique de montrer qu'ils ont pris en considération tous ces paramètres et d'exposer exhaustivement ce qu'ils en ont pensé.

Quoiqu'on invoque parfois la complexité des affaires portées devant les juges internationaux pour expliquer la longueur de la motivation de leurs décisions[195], cette raison ne nous paraît pas décisive, tant certaines affaires portées devant les juges nationaux sont tout aussi complexes, et parfois tranchées par des arrêts bien plus brefs. Les deux principales raisons de la longueur des décisions internationales nous paraissent plutôt être les suivantes. D'abord, la plupart des tribunaux internationaux statuent en premier et dernier ressort. Ce fait implique que la plupart des fois où une juridiction internationale statue, aucune ne s'est prononcée auparavant, et aucune ne statuera en appel ou en cassation[196]. Il en résulte que dans l'affaire dont ils sont saisis, les juges ne sont pas déchargés d'une partie de la motivation par le travail d'une autre juridiction, et que l'intégralité du règlement du conflit (par la voie juridictionnelle) leur incombe. Surtout, le fait que la société internationale ne connaisse ni un système

[195] V. not. P.-M. JURET, *op. cit.*, 1960, pp. 558-560, 572.

[196] Si l'on exclut les juridictions régionales (la CJUE notamment) et les projets (par ex. les nouvelles demandes de la Commission européenne dans le cadre des négociations du traité transatlantique), les procédures de réformation de l'acte juridictionnel ne sont généralement pas des appels à proprement parler, sauf peut-être dans le cadre des juridictions pénales internationales (le mécanisme « d'appel » du système de règlement des différends de l'OMC est en vérité plutôt un mécanisme de cassation).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

juridictionnel organisé et hiérarchisé, ni un pouvoir législatif mondial, implique que dans bien des cas, le Droit international applicable et l'interprétation devant en être retenue (en général ou en l'espèce) soient incertains et doivent être « recherchés » par le juge. Celui-ci a alors un devoir particulier d'expliquer et de justifier sa démarche aux parties au litige.

Ce devoir est d'autant plus prégnant – et c'est la deuxième raison – que l'absence de pouvoir exécutif mondial, du moins de pouvoir exécutif centralisé ou même organisé, implique que l'exécution des arrêts dépende principalement de la bonne volonté des parties. Il faut ajouter que tout comme l'exécution des décisions internationales, la compétence des juridictions qui les rendent est pour l'essentiel dans les mains des Etats concernés. Ces caractéristiques de l'organisation internationale renforcent considérablement le souci classique de convaincre les parties, et spécialement la partie perdante, que tous leurs arguments ont été entendus, que la décision est équitable et qu'elle est bien fondée en Droit[197]. Ce souci, et donc la tendance à fournir de longs exposés des motifs sont encore renforcés par le fait que, surtout dans la période contemporaine, les enjeux de l'administration de la justice internationale, quoique de diverses sortes, sont absolument considérables : le sort d'une frontière, celui d'un criminel de guerre, d'une législation sanitaire ou environnementale, ou encore la condamnation à réparation pour plusieurs centaines de millions, voire milliards de dollars[198]. La longueur de l'exposé des motifs des juridictions internationales, et particulièrement de certaines d'entre elles, va également de pair avec le temps important qui leur est alloué pour y réfléchir et le rédiger, temps dont la plupart des magistrats nationaux n'osent même pas rêver.

Ces différents facteurs expliquent assez bien la longueur du texte des décisions de justice internationale, ou le fait que leur motivation « emprunte au modèle « persuasif », suivi en Allemagne ou dans les pays de *common law* », plutôt qu'« à la pratique « autoritaire » des juridictions latines dans lesquelles les motifs de la décisions sont posés, mais à peu près jamais justifiés »[199]. On peut en dire autant du fait que les juridictions internationales et européennes (l'exécution des décisions de justice européennes n'étant pas davantage assurée par un pouvoir exécutif centralisé) mentionnent

[197] Pour des raisonnements comparables, v. par ex. J.-M. SOREL, *op. cit.*, 2013, p. 197 ; G. GUILLAUME, *op. cit.*, 2008, p. 91 ; M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 95 §58.

[198] On pense notamment à l'affaire *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. République d'Equateur* (aff. CIRDI n°ARB/06/11) : sentence du 5 octobre 2012, §876, (v), et sentence d'annulation du 2 novembre 2015, §586. La société Transcanada demande quant à elle quinze milliards de dollars états-uniens aux Etats-Unis, pour son rejet du projet d'oléoduc transfrontalier Keystone XL.

[199] C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Monteschrestien, coll. *Domat droit public*, 2015, 2ème éd., p. 488 §786. Comp. par ex. A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDciv.*, 1974, vol. 72, pp. 487 et 488 §1.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

généralement les avis et les décisions de justice sur lesquels elles s'appuient, qu'elles présentent « les conclusions des parties (…) avec beaucoup de soin »[200], qu'elles exposent les faits de manière développée[201], et qu'elles « proc[èdent] à un traitement complet des moyens soulevés »[202] même quand elle pourrait en écarter comme inopérants[203].

Dans une veine semblable, et à l'inverse de ce qui se passe pour la jurisprudence française ou pour la jurisprudence allemande non-constitutionnelle, les opinions des juges internationaux et régionaux sont non seulement très généralement autorisées[204], mais encore assez longues (voire très longues) et jointes à la décision lors de la publication. La CIJ met en outre en ligne les mémoires et plaidoiries soumis par les parties, et c'est aussi ce que prévoient, plus récemment, les articles 2, 3 et 6 §1 du Règlement de la CNUDCI sur la

[200] M. GOUNELLE, *op. cit.*, 1979, p. 93 §57. En exemple, l'auteur indique en note que « le rappel des conclusions des parties [dans l'affaire de la *Barcelona Traction*] tient une vingtaine de pages ».

[201] V. not. en ce sens : M. GOUNELLE, *op. cit.*, p. 99 §62. L'auteur souligne à juste titre que c'est particulièrement le cas en matière territoriale, où les faits sont souvent plus disputés que les règles applicables.

[202] C. SANTULLI, *op. cit.*, 2015, p. 212 §334. C'était aussi le cas de la CJCE qui s'est ensuite autorisée à ne pas répondre à tous les moyens des parties. V. J. KOMÁREK, « Questioning Judicial Deliberations », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29, pp. 805, 820. Dans un sens comparable, sa motivation relève désormais souvent du « copier-coller » (*Ibid.*, pp. 815, 819) et se limite dans bien des cas à l'invocation de buts purement institutionnels (l'effectivité du Droit, l'application uniforme). Dans certains cas en outre, « la Cour n'offre presque aucun argument » et « même des décisions fondamentales – comme l'arrêt Ruiz Zambrano en matière de citoyenneté de l'Union, décidé par la grande chambre de la Cour [CJUE, arrêt du 8 mars 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, *Rec.* p. I-1177] – sont presque dépourvues de toute argumentation » (Ch. SCHÖNBERGER, « « Mi-attendu, mi-dissertation », le style de décision de la Cour de Justice de l'Union européenne », *Droit et société*, 2015, vol. 91, n°3, p. 518).

[203] D'une manière générale, « la juridiction [internationale] n'est pas tenue de répondre dans ses motifs à tous les aspects des argumentations développées par les parties » (C. SANTULLI, *op. cit.*, 2015, p. 407 §650). V. spéc. dans la jurisprudence internationale, CIJ, *Demande de réformation*, *op. cit.*, 1973, p. 166 §92 et pp. 210-211 §95 ; CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *op. cit.*, 1991, pp. 67-68 §43, p. 74 §63 ; TAOIT, 30 juin 1988, *Dashiell (n°2) c. OMS et PAHO (Organisation panaméricaine de la santé)*, aff. n°912, §2 (*a contrario*) et plus clairement §4. Pour de la jurisprudence de tribunaux CIRDI, v. spéc. TA (CIRDI), 17 sept. 2009, *Cemetownia « Nowa Huta » S.A. c. Turquie*, n°ARB(AF)/06/2, § 115, e). Concernant d'autres arbitrages internationaux, v. par ex. CA, Paris, ch. 1, sect. C, 20 avril 2000, *SA Barbot Construction métallique c. SA J. Richard Ducros*, n°RG 1998/23386 (n°*Jurisdata* 2000-122975) ; CA, Paris, ch. 1, sect. C, 15 septembre 2005, *SA Socopad c. Société Champagne Céréales*, n°RG 2003/17473 (n°*JurisData* 2005-292586). Dans le même sens pour les juridictions nationales, la CourEDH estime qu'un tribunal national peut ne répondre qu'aux moyens susceptibles de déterminer la solution du litige. V. par ex. ComEDH, 15 juillet 1986, aff. n°10857/84 ; CourEDH, *Van de Hurk op. cit.*, 1994, §61, ou CourEDH, *Hiro Balani op. cit.*,, 1994, §27.

[204] V. not., pour la CIJ, l'a. 57 de son Statut et l'a. 95 §2 de son Règlement, et pour le TIDM, l'a. 30 §3 de son Statut et les a. 125 §2 et 135 §3 de son Règlement. V. également l'a. 45 §2 de la ConventionEDH, l'a. 65 §2 du Règlement de la CourIADH, et pour le CIRDI, l'a. 48 §4 de la Convention de Washington, l'a. 47 §3 du Règlement, l'a. 52 §2 du Règlement du Mécanisme supplémentaire, et l'a. 15 §3 de l'Annexe A – Règlement de constatation des faits (Mécanisme supplémentaire CIRDI). Comp. l'a. 104 des Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/3/Rev.8). A l'inverse, le Règlement de la CPA ne prévoit pas cette possibilité et la jurisprudence a considéré que le texte interdisait implicitement les opinions. V. SA (CPA), 13 octobre 1922, *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (ILR)*, vol. 1 (1919-1922), p. 378.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités. La CJUE quant à elle, n'autorise pas les opinions des juges[205], mais « a rapidement senti le besoin de procéder à une publication systématique et annexe des conclusions dans son recueil officiel »[206], en plus d'une longue motivation, afin d'asseoir l'autorité de la Cour et de ses décisions[207]. Tous ces détails montrent la nécessité d'expliquer et de convaincre les Etats parties – leur gouvernement mais également leurs médias, leurs universitaires, leurs populations – pour que les arrêts soient respectés. Il semble ainsi que la longueur de l'exposé des motifs des décisions internationales, si elle ne constitue pas un motif, dit par elle-même quelque chose des raisons de la décision d'espèce (si celles-ci sont brièvement formulées, les juges suggèrent que la décision était « évidente » ; si elles sont plus longues, ils donnent le sentiment que tel n'était pas le cas), et quelque chose de la situation et des fonctions particulières du juge international, qui déterminent fortement la manière dont il raisonne et dont il rédige ses arrêts.

L'impression que les motifs « non-juridiques » pris en compte par le juge international sont particulièrement nombreux, ou pèsent davantage qu'en Droit national est compréhensible mais doit être relativisée. Il est possible qu'elle provienne de la longueur et du style narratif des décisions internationales qui, pour les raisons qu'on a dites, exposent les considérations prises en compte de manière détaillée. De ce point de vue d'ailleurs, les juges internationaux procèdent de la même manière que de nombreuses juridictions de *common law*, à propos desquels le juriste continental a souvent la même impression. Or, il existe une forte « similitude entre les *motifs des motifs* des arrêts de la Cour de cassation et les *motifs* des arrêts d'autres juridictions européennes ou de *Common law* »[208]… ou encore de ceux des juridictions internationales ! Tout comme les juges internationaux, les juges français prennent par exemple régulièrement en compte, d'un côté la capacité de leur décision à rendre certaines relations sociales plus équitables[209], en tous les cas la nécessité de ne pas fournir une prime à la fraude, et d'un autre côté la puissance (et la légitimité)

[205] Ce que critiquent notamment des universitaires états-uniens. V. par ex. J. H. H. WEILER, « Epilogue: The Judicial Après Nice », in G. de Búrca, J. H. H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford UP, coll. *the Collected Courses of the Academy of European Law*, 2001, p. 225.
[206] Ch. SCHÖNBERGER, *op. cit.*, 2015, p. 513.
[207] O. DUE, « Pourquoi cette solution ? De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden : Nomos, 1995, t. I, p. 273.
[208] P. Deumier, *op. cit.*, 2008, p. 180 (les italiques sont ajoutés).
[209] V. par ex. *Ibid.*, pp. 170-171 ou M. DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, *op. cit.*, pp. 383-385.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

de ceux qu'ils jugent[210], ou le degré probable dans lequel leur décision va influer sur les comportements qu'ils cherchent à transformer[211].

D'une manière générale, les raisons pour lesquelles les juges internationaux préfèrent traiter certaines considérations en motifs *non-juridiques*, plutôt que de les formuler sous forme de règles, ne sont pas spécifiques à la fonction juridictionnelle *internationale*. En effet, si ces raisons varient certainement suivant les cas, il est clair que dans un grand nombre d'entre eux, *le décalage qui peut exister entre les règles énoncées ou rappelées dans une décision, et les règles effectivement appliquées ou les considérations vraiment considérées comme décisives, vient du souci du juge d'éviter de formuler en termes trop généraux ou trop normatifs ce qui le détermine en l'espèce*. Et *dans la plupart des cas, il s'en abstient en raison des conséquences probables que cette formulation générale pourrait avoir en l'espèce* – elle pourrait par exemple rendre politiquement difficile l'exécution de la décision – *et surtout en raison des conséquences qu'elle pourrait avoir dans le futur* : elle pourrait donner de faux espoirs à des requérants insuffisamment au fait du cocktail complexe de considérations prises en compte par le juge, ou au contraire les pousser à profiter indûment, dans des affaires ultérieures, de l'importance exceptionnellement accordée en l'espèce, à l'un des éléments du mélange. Il peut s'agir d'éviter l'afflux massif de requêtes que pourrait susciter l'énonciation d'un principe justifiant l'accueil de l'une d'entre elles[212], ou au contraire d'éviter un tarissement du contentieux lié à l'adoption d'un motif politiquement déplaisant ou inquiétant par trop les Etats[213]. Eviter d'énoncer clairement des paramètres pris en compte par le juge international, par exemple dans le contentieux territorial, peut également viser à lui permettre de laisser une place importante à l'équité, ou à éviter d'inciter les Etats à mener une politique du fait accompli[214].

Malgré la banalité de ces politiques juridictionnelles, il est probable que le dosage de ces motifs « non-juridiques » chez le juge international et chez le juge national soit assez différent : le juge international est certainement plus

[210] A propos de « l'ascendant de l'administration » sur le juge administratif français, comme « influence d'ordre structurel plus ou moins subie », v. *Ibid.*, pp. 374-375.
[211] V. par ex. P. SARGOS, « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *L'office du juge*, *op. cit.*, pp. 329-332.
[212] V. par ex. notre interprétation en ce sens de l'affaire *Nottebohm* : F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *op. cit.*, 2014, pp. 513-518 §§467-468.
[213] On peut donner l'exemple de la décision de la CIJ de rejeter les requêtes du Libéria et de l'Ethiopie dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (*op. cit.*, 18 juillet 1966, *Rec. CIJ 1966*, pp. 6-58), décision qui entraîna de très fortes critiques de la part d'une grande partie des Etats du monde, et spécialement des Etats africains qui tendirent ensuite à « bouder » la Cour.
[214] Politique qu'encouragerait probablement une admission explicite de mécanismes comme ceux de la désuétude et de la prescription acquisitive. V. par ex. sur ce point : F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *op. cit.*, 2014, pp. 348-349 §322.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

souvent sensible que le juge national à l'acceptabilité politique de sa décision, et moins au souci d'éviter les afflux de requêtes. Là encore cependant, il faut se garder de généraliser : la CJUE est loin de faire toujours primer l'acceptabilité politique de ses décisions sur ses autres objectifs, et le nombre des requêtes est une préoccupation lancinante de la CourEDH. Inversement, de célèbres décisions nationales ont entraîné de fortes augmentations des recours. De même que dans les Droits nationaux il faut distinguer, par exemple, les juridictions de première instance, les cours d'appel et les cours suprêmes – car la motivation de leurs décisions ne remplit pas les mêmes fonctions[215], de sorte que leurs « motifs des motifs » sont différents –, il faut distinguer en Droit international entre les juridictions permanentes – spécialement soucieuses de créer une jurisprudence cohérente – et les juridictions *ad hoc* – qui peuvent plus aisément privilégier l'équité –, entre les juridictions à vocation générale – donc souvent attentives à leur influence possible sur d'autres juridictions, et attachées à éviter la fragmentation d'un « ordre juridique » – et les juridictions spécialisées, et entre les juridictions à vocation universelle et les juridictions à vocation régionale – les premières pouvant encore moins légitimement que les secondes, se départir de la volonté des Etats et s'improviser législateur.

Certaines juridictions ont aussi un auditoire particulier : tandis que les arrêts et avis de la CIJ sont inévitablement scrutés et décortiqués par les universitaires, et qu'elles peuvent faire l'objet de réactions fortes de la part des ministères des affaires étrangères, certaines décisions de la CourEDH ont surtout les législateurs et les juges des Etats européens pour destinataires. Ainsi que les juges en ont parfaitement conscience[216], cela a un impact direct sur les motifs qu'ils avancent, la manière dont ils les formulent, voire les décisions qu'ils prennent.

Certains contentieux impliquent également systématiquement la prise en compte de moyens (jugés) peu juridiques (par exemple les considérations démographiques ou économiques dans le domaine du contentieux territorial), ou de certains paramètres (comme par exemple, en matière d'expropriation, la capacité d'exécution d'une décision sanctionnant la nationalisation d'une entreprise étrangère[217]). Si ce type de motif non-juridique est pris en compte de manière récurrente par une juridiction, s'il apparaît couramment dans la jurisprudence relative à un contentieux donné, les parties aux litiges

[215] V. par ex. en ce sens A. TUNC, « Conclusions : la cour suprême idéale », *op. cit.*, 1978, pp. 435-436.
[216] V. not. *infra* notre seconde contribution et celle de Mouloud Boumghar à cet égard.
[217] La restitution de la chose de la part de l'Etat qui vient d'exproprier a par exemple peu de chances de se produire V. à ce propos la critique de la sentence *Texaco-Calasiatic c. Libye* (SA (R.-J. DUPUY), 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, vol. 104, pp. 380-388 §§ 92-112) par J. VERHOEVEN (« Droit international des contrats et droit des gens », *RBDI*, 1978-1979, vol. 14, p. 226 §19) ou P. RAMBAUD (« Arbitrage, concession et nationalisation – Quelques observations sur la sentence B.P. », *AFDI*, 1981, vol. 27, p. 229 §16 *in fine*).

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

s'attendront à ce que la considération non-juridique en question détermine la décision du juge dans ce domaine, et qu'il s'explique sur elle dans le texte de sa décision, de la même manière que pour une règle positivement édictée ou reconnue. Dans ce cas, tout en en étant distinguées formellement, ces considérations seront *perçues et traitées* par les conseils des parties aux litiges d'une manière comparable aux moyens « juridiques ».

Last but not least, les considérations « non-juridiques » prises en compte par les juges internationaux dépendent aussi des particularités d'espèce, par exemple de la puissance des parties au litige[218] ou du contexte (relations pacifiques entre les parties ou conflit armé ?[219]). Là encore, il faut cependant se garder de penser que de telles considérations sont absentes chez les juges nationaux, qu'on pense par exemple aux spécificités de leur attitude à l'égard d'un élu ou d'un candidat à l'élection présidentielle lorsqu'il fait l'objet de poursuites, ou encore aux décisions qu'ils rendent au cours d'une guerre civile ou au lendemain d'un coup d'Etat.

CONCLUSION

Une conclusion importante de cette étude est qu'il existe plusieurs définitions possibles du motif *juridique* : une première approche, qui peut être qualifiée de *positiviste stricte*, consiste à estimer qu'est un motif *juridique* de la décision, *tout motif qu'avance le juge dans la décision*. Cette approche parfois retenue par les universitaires ne l'est pas par les juges internationaux : ceux-ci suggèrent en effet fréquemment que certains motifs sont non-juridiques en raison de leur substance (et ils leur refusent un caractère juridique *pour cette raison*) ; et cette approche oblige à considérer que les motifs de fait sont des motifs juridiques, ce qui est contraire à leur séparation formelle dans les statuts et la jurisprudence.

Une deuxième approche, qu'on peut qualifier de *positiviste formaliste*, consiste à estimer qu'est un motif juridique de la décision, *tout motif avancé dans l'exposé des motifs*. Même si elle est assez souvent retenue, cette approche se heurte à plusieurs objections : les juges considèrent parfois que certains éléments de l'exposé des motifs ne sont pas des motifs de la décision, ou qu'en raison de leur substance (et non de leur situation hors de l'exposé des motifs) ils ne sont pas juridiques ; ils qualifient même assez souvent de motifs

[218] Par exemple, le choix de la CIJ, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, de ne pas imputer aux Etats-Unis, déjà fortement condamnés, les violations du Droit humanitaires commis par les *contras* (CIJ, *(fond)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ 1986*, pp. 63-65 §§112-116) a souvent été compris ainsi.

[219] Sur l'importance de cet aspect des litiges territoriaux sur leur résolution juridictionnelle, v. spéc. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *op. cit.*, 2014, pp. 340-347, §§315-319.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9

de la décision, des raisons que l'on trouve uniquement, en réalité, dans les opinions séparées des juges ou dans la doctrine relative à la décision.

La troisième approche est une approche qu'on peut appeler *juridictionnelle* en ce que, même si le juge ne la retient pas toujours, c'est celle qu'il retient le plus souvent (avec l'approche légaliste qu'on va voir). Elle consiste à qualifier de motif juridique de la décision, *tout motif avancé par la juridiction, et qu'elle juge manifestement juridique*. Cette approche juridictionnelle trouve ses limites dans le fait que les juges adoptent également parfois une position positiviste stricte, ou une position positiviste formaliste, mais plus encore parce qu'il est fréquent qu'ils retiennent une conception *légaliste* de la motivation (surtout dans leur discours « officiel », celui des arrêts), ou encore une conception *objective* de celle-ci (surtout dans leurs opinions séparées).

L'approche légaliste (la quatrième) consiste à considérer comme le motif juridique d'un arrêt, tout motif avancé dans l'ensemble du texte de cette décision, à partir du moment où le texte fait bien référence à une règle de Droit que les juges estiment applicable. Il arrive ainsi qu'il soit reproché aux juges, par des universitaires ou un juge dissident, d'avoir qualifié un argument politique ou « pragmatique » de juridique[220] ; et symétriquement, il n'est pas rare que ces universitaires ou un juge dans une opinion estiment que la décision est justifiée, mais sur la base d'autres règles qui constituent « objectivement » des motifs de la décision. L'approche peut alors être dite objective (c'est la cinquième).

On peut préférer une approche ou une autre en général, ou en privilégier certaines suivant les situations, mais la vérité la plus englobante à propos des significations de l'expression « motif/vation juridique » est qu'aucune de celle qu'on a mentionnée n'est exclue par les acteurs juridiques, et qu'ils renvoient – qu'ils soient juges, avocats, conseils, représentants d'Etats ou universitaires – tantôt à une signification, et tantôt à une autre lorsqu'ils emploient les termes « motif/vation juridique ». Autrement dit, les termes « motif/vation juridique » ont leur polysémie et leur choisir telle ou telle signification exclusive implique de recourir à un critère normatif – un motif – transcendant.

[220] Pour des exemples, v. *infra* la deuxième partie de la contribution de Niki ALOUPI à propos de la décision *Saiga n°2*, pp. 109-110 ou, à propos d'une autre décision, Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2002, vol. 106, p. 695-696 ; M. G. KOHEN, « The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes », in M. G. Kohen (ed.), *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 772 §15, p. 775 §24, p. 778 §30.

© Editions A. PEDONE – 2016 –
I.S.B.N. 978-2-233-0000816-9