

LES DÉCISIONS JUDICIAIRES  
COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL  
CHEZ FITZMAURICE ET JENNINGS

Saïda EL BOUDOUHI

*Maître de conférences de l'IHEI, Université Panthéon-Assas*

Gerald FITZMAURICE,  
« Some Problems Regarding the Formal  
Sources of International Law »  
(1958)

Robert JENNINGS,  
« What is International Law  
and How do We Tell when we See it »  
(1981)

L'école anglaise du droit international, si elle existe, est probablement celle d'un positivisme pragmatique peu porté sur la construction de grands édifices théoriques. Sir Gerald G. Fitzmaurice (1901-1982) et Sir Robert Y. Jennings (1913-2004) ont été formés à cette même école principalement par Arnold McNair. Les deux « comparses » ont pourtant eu des parcours et des positions assez contrastés. Jennings, qui a occupé les postes les plus prestigieux d'enseignement et d'administration à l'université de Cambridge, a eu un parcours d'universitaire relativement classique, sans que sa vocation d'enseignant ne l'empêche de devenir juge à la CIJ à partir de 1981 et de prendre part à de multiples affaires contentieuses. Il est par ailleurs une des incarnations les plus fidèles de l'approche pragmatique typiquement britannique du droit international. Au contraire, Fitzmaurice s'en est parfois écarté, non seulement par son penchant pour le droit naturel<sup>1</sup>, mais aussi par une

---

<sup>1</sup> Son intérêt pour le droit naturel apparaît assez clairement dans son cours général à l'Académie de La Haye : « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, tome 92 (1957 -II), p. 1-227.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

rigidité de vue qui lui a valu bien des inimitiés et lui a coûté, paraît-il, la présidence de la CIJ<sup>2</sup>. Ce trait de personnalité ne manque d'ailleurs pas de surprendre chez quelqu'un dont le métier était proche de la diplomatie: après avoir gravi les échelons en tant que conseiller juridique au *Foreign office*<sup>3</sup> qu'il a représenté dans de nombreuses conférences internationales<sup>4</sup>, il est devenu juge à la CIJ et à la CEDH, en passant par la CDI où il a été le deuxième rapporteur sur le droit des traités<sup>5</sup>. Quoi qu'il en soit, Fitzmaurice n'était pas qu'un praticien comme l'a souligné Jennings: « *[h]e was made by God to be an academic* »<sup>6</sup>. Outre ses liens avec l'Université et l'enseignement du droit international, il a également contribué à la doctrine de celui-ci qui lui doit des apports aussi fondamentaux que la distinction entre les obligations intégrales et les obligations réciproques<sup>7</sup>, traduite en droit positif au paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les deux auteurs étaient donc très différents dans leur approche du droit, comme le montre, l'écart important entre le nombre d'opinions d'ailleurs séparées produites par l'un et par l'autre pendant qu'ils siégeaient à la CIJ. Alors que les points de vue souvent tranchés de Fitzmaurice lui ont valu de faire partie des rares juges à la CIJ dont les opinions séparées font l'objet d'un recueil commenté<sup>8</sup>, Jennings a publié très peu d'opinions séparées, faisant preuve d'un esprit aussi pragmatique que consensuel.

Malgré ces différences, nos deux auteurs se retrouvent sur la question précise des décisions judiciaires parmi les sources du droit international puisqu'ils adoptent une même position de compromis empreinte de pragmatisme, voire d'un certain réalisme. Ils méritent donc d'être étudiés ensemble dans un esprit non pas de comparaison mais de combinaison. Malgré de légères divergences, leurs points de vue se complètent et se combinent dans ce qui relève davantage du bric-à-brac que du système. En effet, les deux auteurs ne proposent

<sup>2</sup> R. Y. JENNINGS, Avant-propos de J. G. Merrills, *Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the Discipline of Law : Opinions on the International Court of Justice, 1961-1973*, La Haye, Kluwer, 1998, p. x.

<sup>3</sup> Il faut relever que les conseillers juridiques du *foreign office* sont une catégorie d'agents de l'Etat un peu à part et n'ont pas le statut de diplomate.

<sup>4</sup> V. la publication des archives du Foreign Office : *Sir Gerald Fitzmaurice and the World Crisis* : A. Carty et R. Smith, *A Legal Adviser in the Foreign Office, 1932-1945*, La Haye, Kluwer, 2000.

<sup>5</sup> Pour plus de détail sur son parcours, v. J. G. MERRILLS, *op. cit.*, pp. 1-23 (« The Making of an International Judge »).

<sup>6</sup> A. CASSESE, « Sir Robert Jennings », in *Five Masters of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 141.

<sup>7</sup> V. Le deuxième rapport de FITZMAURICE sur le droit des traités, *Annuaire CDI*, 1957, vol. II, p. 54.

<sup>8</sup> J. G. MERRILLS, *Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the Discipline of Law : Opinions on the International Court of Justice, 1961-1973*, La Haye, Kluwer, 1998.

LES DÉCISIONS JUDICIAIRES D'APRÈS FITZMAURICE ET JENNINGS

pas de nouvelle théorie des sources en droit international mais la finesse de leurs analyses rend assez bien compte de l'état et des insuffisances du système juridique international.

Sur la question plus précise des décisions judiciaires comme source du droit international, deux raisons, dont l'une est plus contingente que l'autre, poussent à en étudier le point de vue. La première, la principale, c'est que les deux auteurs se sont intéressés à la théorie des sources du droit international, particulièrement à travers deux articles : « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law » écrit par Fitzmaurice en 1958<sup>9</sup> et le fameux « What is International Law and How do We Tell when we See it » publié par Jennings en 1981<sup>10</sup>. Les deux écrits ont d'ailleurs été réédités par M. Koskeniemi dans un volume renfermant une sélection de textes sur les sources du droit international<sup>11</sup>. Si ce qui relève des « Grandes pages du droit international » se mesure à l'usage qui est fait de ces « pages » par la doctrine, ces deux articles en sont assurément eu égard à leur omniprésence dans toute étude sur les sources du droit international ou sur les décisions judiciaires comme sources du droit international. Cela tient à ce que les auteurs réservent dans ces écrits, mais aussi dans d'autres travaux<sup>12</sup>, une place importante et originale aux décisions judiciaires parmi les sources du droit international.

La seconde raison, plus contingente, est leur appartenance à un système de *common law*. On peut en effet se dire, assez naïvement, que seul un juriste de *common law*, qui a été confronté depuis sa plus jeune formation à la doctrine du précédent obligatoire, pourra mieux que quiconque traiter des décisions judiciaires comme source du droit. Cette raison est contingente non seulement parce qu'un juriste de tradition civiliste est parfaitement capable de la gymnastique intellectuelle nécessaire pour appréhender le *common law*, mais aussi et surtout parce que, à ce sujet, les différences entre les deux systèmes ne sont pas aussi importantes que l'on a tendance à le croire. Outre que les positions

<sup>9</sup> *In Symbolae Verzijl*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1958, pp. 153-176.

<sup>10</sup> *Annuaire suisse de droit international*, 1981, pp. 59-88.

<sup>11</sup> M. KOSKENIEMI (dir.), *Sources of International Law*, Ashgate/Dartmouth, 2000, 571 p.

<sup>12</sup> S'agissant de Fitzmaurice, il faut principalement se reporter à son ouvrage *Law and Procedure of the International Court of Justice* de 1986 car son cours général (« General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *op. cit.*) d'approche très originale, n'aborde quasiment pas la question des sources. Le point de vue de Jennings est quant à lui plus amplement développé dans son cours général à l'Académie de la Haye en 1967, « *General Course on Principles of Public International Law* », *RCADI*, tome 121 (1967-II), pp. 323-606.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

théoriques ne sont pas toujours celles que l'on croit, les pratiques ont tendance à converger malgré quelques différences irréductibles. S'agissant des positions théoriques, il est en effet intéressant de relever qu'il ne pèse pas toujours sur les juridictions de *common law* une obligation de motiver leurs décisions<sup>13</sup>, obligation qui a souvent une valeur réglementaire<sup>14</sup>, législative, voire constitutionnelle dans les systèmes de droit civil. Il est vrai en revanche que les deux systèmes se distinguent en ce que l'un ne connaît que la doctrine de la jurisprudence constante alors que l'autre est marqué par la règle du précédent obligatoire. La différence n'est pas négligeable puisque dans le premier cas il faut une série de décisions cohérentes pour fonder une règle de jurisprudence constante, alors que dans le second une seule décision jurisprudentielle peut suffire à fonder l'application de la règle du *stare decisis*.

En réalité, la principale différence tient au style de motivation retenu par chacun des systèmes. La tradition civiliste est en général attachée à une sorte d'*imperatoria brevitatis* découlant de la fiction selon laquelle le juge n'aurait pas à justifier sa décision mais simplement à la formuler dès lors qu'il n'est que la « bouche de la loi » d'après la fameuse formule de Montesquieu. Si toutes les juridictions de droit civil ne produisent pas des décisions aussi succinctes et énigmatiques que peuvent l'être celles du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation française, il n'en reste pas moins que le juge est censé ne faire qu'appliquer et interpréter un droit créé par d'autres, à savoir les pouvoirs exécutif ou législatif. Au contraire, la tradition de *common law* assume en quelque sorte le rôle créateur de droit du juge et le contraint par conséquent à se justifier de manière très détaillée sur le cheminement intellectuel qui le conduit à une décision donnée<sup>15</sup>, et ce même dans les cas où il n'est pas tenu par la loi ou la Constitution de motiver sa décision<sup>16</sup>.

A vrai dire, même cette dernière observation sur les caractéristiques de la tradition anglo-saxonne mérite d'être nuancée. On affirme trop souvent que le juge de *common law* crée du droit, alors que le

---

<sup>13</sup> Ainsi, la Cour suprême américaine n'est pas tenue par une obligation de motivation de ses décisions. V. Edward A. HARTNETT, « A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion », *New York University Law Review*, n° 174, 1999, p. 146.

<sup>14</sup> Ainsi de l'article 455 du Code procédure civile en France selon lequel « les jugements doivent être motivés ».

<sup>15</sup> Sur les différences entre les styles de motivation, v. G. CANIVET, « La motivation brève en question », in *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle. Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Marrakech, 17 au 19 mai 2004*, p. 87. Accessible à : <[http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/pdf\\_Actes\\_Marrakech.pdf](http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/pdf_Actes_Marrakech.pdf)>.

<sup>16</sup> *Supra*, note 13.

LES DÉCISIONS JUDICIAIRES D'APRÈS FITZMAURICE ET JENNINGS

juge continental n'est pas censé en faire autant. Et pourtant, tout en posant que les décisions judiciaires sont des sources formelles en *common law*, Fitzmaurice précise que ce postulat est discutable, alors même qu'il est adopté par une grande partie de la doctrine<sup>17</sup>. En effet, contrairement à un raccourci trop vite fait, les juridictions de *common law* ne sont pas autorisées à créer ouvertement, abroger ou changer le droit. Elles peuvent simplement le formuler, l'interpréter ou le développer. Ainsi Jennings rappelle-t-il dans son cours que « *[e]ven the common law with its extreme system of binding precedent has a strong tradition that the judge must not seem to act as law-giver* »<sup>18</sup>. On pourrait certes rétorquer que la frontière entre l'interprétation et la création du droit est mince. Mais cela est également valable pour les systèmes civilistes, ce qui tend justement à rapprocher les positions théoriques des deux systèmes.

Plus précisément, la convergence entre les deux systèmes tient à deux phénomènes simultanés : d'une part, si les juridictions de tradition civiliste ne sont pas tenues par la règle du précédent, elles n'en connaissent pas moins le principe de la jurisprudence constante, qui les mène à ne s'écarter d'une solution passée que si cela est justifié. D'autre part, la règle du précédent pour les juridictions de *common law* ne signifie pas qu'elles sont toujours tenues de suivre leur jurisprudence passée. Elles ont tout d'abord à leur disposition la technique du *distinguishing* qui leur permet d'écarter une règle antérieure en raison des différences entre les contextes, juridiques et factuels, des deux affaires. Il existe ensuite des dérogations à la règle du précédent obligatoire même dans les systèmes où la doctrine s'applique de manière stricte. Ainsi, en 1966 par exemple, la Chambre des Lords affirmait que si les décisions passées sont « normalement contraignantes », elle se réservait la discrétion de s'écarter d'une décision « *when it appears right to do so* »<sup>19</sup>.

C'est pourquoi l'appartenance de nos auteurs à la tradition de *common law* n'est que partiellement déterminante de leur position doctrinale sur la question des décisions judiciaires comme source du droit international. Elle l'est néanmoins quelque peu si l'on considère que c'est elle qui les rend particulièrement attentifs et sensibles à ce problème. Leur point de vue peut se résumer de manière schématique

<sup>17</sup> G. FITZMAURICE, « Some Problems... », *op. cit.*, p. 169.

<sup>18</sup> R. JENNINGS, « Cours général », *op. cit.*, p. 341.

<sup>19</sup> Lord DENNING, *The Discipline of Law*, Oxford University Press, 1979, p. 296.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

en deux propositions : la première est relative, en amont, au statut des décisions judiciaires parmi les sources du droit international (I) ; la deuxième porte, en aval, sur le régime de l'utilisation qui peut être faite des décisions judiciaires comme source du droit (II).

I. PREMIÈRE PROPOSITION :  
LE STATUT DES DÉCISIONS JUDICIAIRES  
COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL

Sur ce point, Jennings apporte quelques précisions utiles, mais il s'appuie largement sur la thèse développée par Fitzmaurice dans son article de 1958. Cette thèse part d'un constat (A) pour aboutir à une proposition (B).

A. Le constat : pas de règle de *stare decisis* en droit international

La règle du *stare decisis* est celle qui fonde la doctrine du précédent obligatoire dans les systèmes de *common law*. On la définit généralement comme signifiant que les tribunaux ne doivent pas s'écarter des décisions antérieures. Elle comporte néanmoins deux volets : d'une part, les juridictions inférieures sont tenues par les décisions des juridictions supérieures ; d'autre part, une même juridiction doit, dans la mesure du possible, à suivre ses décisions antérieures. Or, comme tous les auteurs et sans guère d'originalité sur ce point, Fitzmaurice constate qu'il n'existe pas en droit international de règle de *stare decisis*<sup>20</sup>.

Toutefois, là où son raisonnement revêt si ce n'est une originalité, du moins une spécificité, c'est qu'il fonde ce constat sur l'article 59 du Statut de la CIJ d'après lequel « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Selon Fitzmaurice, les décisions judiciaires, parce qu'elles ne s'appliquent qu'aux parties et qu'elles ne s'imposent aucunement aux autres tribunaux, ni même à la même juridiction dans d'autres affaires, ne sont pas des sources formelles du droit. Ce constat, peut-être un peu vite dressé, mérite que l'on s'y attarde. La question de savoir ce qui, dans l'ordre juridique international, fait que les décisions judiciaires ne sont pas des sources formelles du droit est peut-être plus complexe que ne le suppose Fitzmaurice. Il n'est pourtant pas le seul à affirmer que c'est l'article 59 qui fonde l'absence de *stare decisis*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> G. FITZMAURICE, « Some Problems ... », *op. cit.*, p. 170.

<sup>21</sup> P. WEIL, « Introductory Remarks », in Y. BANIFATEMI et E. GAILLARD (dir.), *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, 2008, p. 96 : « Article 59 provides ...which theoretically undermines the recognition of judicial decisions as a source of law ».