

18. Le pouvoir de prononcer un *non liquet*¹

La notion du *non liquet*² est définie comme suit dans le Dictionnaire de droit international public édité en 2001 : « Impossibilité pour le juge ou l'arbitre de statuer sur le fond de l'affaire à cause d'une insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire »³. Indépendamment des cas de recevabilité générale relatifs à la fonction judiciaire, qu'il est douteux d'assimiler à un cas de *non liquet*, la question porte sur des situations dans lesquelles la Cour est dans l'impossibilité matérielle de décider, faute de disposer des éléments nécessaires à cette fin. A cet égard, il faut distinguer méticuleusement le plan du fait et celui du droit. Dans la doctrine, cette distinction n'est pas toujours faite avec la clarté nécessaire. S'ensuivent alors des confusions entre des situations de *non liquet* et des situations ne relevant pas de cette catégorie.

Le fait. Il est rare qu'une impossibilité matérielle de statuer puisse découler de l'absence de faits pertinents. Il en est ainsi parce que toute procédure judiciaire connaît des règles sur la charge de la preuve. En effet, il peut arriver – et il arrive fréquemment – que le débat judiciaire ne permette pas d'éclaircir avec certitude les faits pertinents pour la décision de l'espèce. Des doutes irrépressibles peuvent demeurer sur la *quaestio facti*. Ces situations découlent du caractère même de la question de fait. Celle-ci concerne des événements et des positions de la réalité matérielle extérieure s'étant inscrites dans le temps. Il peut être extrêmement difficile de les reconstruire par la suite, faute d'avoir pu les observer sur l'instant ou dans les entrefaites pertinents. Si tout doute légitime empêchait le juge de statuer à raison de l'obscurité du fait, la justice ne remplirait pas sa mission pacificatrice de solution des litiges. Elle devrait très souvent refuser de statuer, en laissant le différend intact et les parties en litige. Or, le tribunal doit éliminer le différend, même s'il ne peut éliminer le doute⁴. C'est la raison pour laquelle la procédure judiciaire attribue le risque de l'absence de preuve suffisante d'un fait à l'une ou l'autre des parties, au demandeur ou au défendeur.

¹ H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 105ss ; H. Lauterpacht, « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *Mélanges J. H. W. Verzijl*, La Haye, 1958, p. 196ss ; L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, 1959, p. 205ss ; I. Tammelo, « On the Logical Openness of Legal Orders », *American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, p. 187ss ; J. Stone, « Non Liquet and the Function of Law in the International Community », *BYIL*, vol. 35, 1959, p. 124ss ; J. Salmon, « Quelques observations sur les lacunes du droit international public », *RBDI*, vol. 3, 1967, p. 440ss ; J. Stone, « Non Liquet and the Judicial Function », dans : C. Perelman (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 305ss ; G. G. Fitzmaurice, « The Problem of Non Liquet : Prolegomena to a Restatement », *Mélanges C. Rousseau*, Paris, 1974, p. 89ss ; I. Tammelo, « Logical Aspects on the Non-Liquet Controversy in International Law », *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, p. 1ss ; U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht*, Berlin, 1991, p. 272ss ; P. Weil, « 'The Court Cannot Conclude Definitively'... – Non Liquet Revisited », *Mélanges L. Henkin*, La Haye e.a., 1997, p. 105ss ; J. Salmon, « Le problème des lacunes à la lumière de l'avis 'Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires' rendu le 8 juillet 1996 par la Cour internationale de Justice », *Mélanges N. Valticos*, Paris, 1999, p. 197ss ; Thirlway, *Law... (1989)*, *op. cit.*, p. 77ss. Cf. aussi l'affaire *Desgranges c. OIT* (1953), *ILR*, vol. 20, p. 530. Et sur les lacunes en droit international, voir aussi A. Bleckmann, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*, Fribourg en Br. / Munich, 1982, p. 198ss.

² Le terme vient du mot « liqueo », être liquide, être pur, être clair.

³ J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 747.

⁴ Selon les mots très justes de K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 3. éd., Stuttgart, 1964, p. 61.

La procédure de la Cour étant du type d'une procédure de droit privé⁵, avec un demandeur et un défendeur se confrontant sur un pied d'égalité, ce risque est partagé entre les deux parties. Par principe, sauf renversement du fardeau de la preuve, chacune porte la charge de prouver ce qu'elle avance. Si le défendeur avance un fait à son bénéfice, par exemple à titre d'exception, il portera la charge de le prouver. Dès lors, chacun est demandeur et doit établir certains faits, non pas simplement en fonction de sa position générale dans l'instance, mais plutôt face à chaque argument concret (*reus [=defendentis] in exceptione actor est*). Devoir établir un fait à la satisfaction du juge signifie que cette partie porte le risque du non-établissement du fait. Le juge n'est pas tenu d'enquêter lui-même sur l'existence et l'entité du fait en cause. Si la partie grevée du fardeau de la preuve ne réussit pas à l'établir, elle succombera par rapport à la demande juridique qu'elle faisait découler de ce fait. Il existe aussi des situations dans lesquelles les deux parties doivent collaborer à l'établissement d'un fait. Cette situation ne doit toutefois pas être confondue avec le fardeau de la preuve. Même dans le cas de collaboration, l'une des deux parties porte en définitive le risque en cas de preuve insuffisante du fait.

Tout ce qui précède signifie concrètement que le juge n'aura pas à prononcer un *non liquet* à cause de l'obscurité du fait. Il pourra décider sur le fond en estimant que la requête du demandeur en rapport à ce fait doit être rejetée ou qu'elle ne peut être accueillie. Est-ce à dire que le *non liquet* ne peut jamais se présenter en relation avec une question de fait ? Théoriquement, certains cas peuvent être construits dans lesquels le juge pourrait rejeter une requête pour un *non liquet* au regard des faits. Il s'agit toutefois des situations peu pratiques et il n'est pas étonnant qu'aucun précédent de la Cour ne vienne les éclairer. On pourrait imaginer des cas où des parties soumettent conjointement au juge un différend territorial et frontalier sans lui donner toutes les informations de fait voulues quant aux localisations géographiques et aux autres circonstances pertinentes. Si elles ne donnent pas suite aux injonctions du juge de préciser ces aspects, ce dernier pourrait (être tenu de) refuser de statuer, estimant qu'il n'est pas en possession des éléments indispensables pour émaner un acte juridictionnel revêtu de la force de la chose jugée. Le juge ne pourra pas ici se borner à rejeter la requête insuffisamment fondée, puisque la demande de délimitation est conjointe et qu'il n'y a par rapport à elle ni demandeur ni défendeur. En somme, il est très rare qu'un *non liquet* puisse découler de l'illiquidité des faits. En effet, la science juridique a tenté d'éliminer cette ornière par l'invention des règles sur la charge de la preuve.

Le droit. C'est dans le domaine de l'incertitude et des lacunes du droit que le *non liquet* a sa place principale. Il ne saurait être question à cette place d'entrer dans la question hautement complexe de l'existence de lacunes en droit et de la configuration exacte à donner à ce terme⁶. Si du point de vue théorique cette question est parmi les plus difficiles et reste largement tributaire des conceptions générales de chaque auteur sur la nature du phénomène juridique, du point de vue pratique les choses sont moins compliquées.

En premier lieu, il faut en principe s'abstenir de traiter comme lacune au sens ici pertinent l'absence de règles dans une source du droit déterminée. Si une convention ne contient pas une règle qu'elle devrait en principe contenir, par exemple à cause d'un oubli des parties, il reste non seulement

⁵ Voir *infra* VII. 2.

⁶ Sur ce sujet, voir les ouvrages de Siorat et de Fastenrath cités ci-devant. Voir aussi R. Kolb, « La règle résiduelle de liberté en droit international public ('tout ce qui n'est pas interdit est permis') », *RBDI*, vol. 34, 2001, p. 100ss. ; et I. Stribis, *La manifestation des lacunes en droit international*, Athènes, 2009.