

Provisoire

Réservé aux participants

10 juillet 2023

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-quatorzième session (première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3627^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 18 mai 2023, à 10 heures

Sommaire

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international (*suite*)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@un.org).



Présents :

Présidente : M^{me} Oral
Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
M. Cissé
M. Fathalla
M. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M. Mavroyiannis
M. Mingashang
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M. Ouazzani Chahdi
M. Oyarzábal
M. Paparinskis
M. Patel
M^{me} Ridings
M. Ruda Santolaria
M. Sall
M. Savadogo
M. Tsend
M. Vázquez-Bermúdez

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international
(point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/760)

M. Oyarzábal dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international (A/CN.4/760), un document approfondi et stimulant qui facilitera et accélérera considérablement les travaux de la Commission. Le sujet est incontestablement pertinent, en particulier à la lumière des travaux que mène la Commission sur les principes généraux du droit. La nature même du droit international, un système en évolution constante dépourvu d'autorité centrale, et la croissance exponentielle des décisions judiciaires internationales et de la doctrine font de la question des sources du droit international une question pérenne. Si la nécessité de tenir compte de la diversité des sources est également incontestable, le rapport ne contient guère de références à des décisions judiciaires ou écrits doctrinaux qui n'émanent pas de l'Occident ou des systèmes de *common law* et sont rédigés dans d'autres langues que l'anglais. Le Rapporteur spécial a demandé aux membres de la Commission et aux États de lui soumettre des références dans diverses langues, et M. Oyarzábal l'encourage à remédier à ce déséquilibre dans ses rapports suivants, ce qui contribuerait à corriger le parti pris implicite dans les travaux du Rapporteur spécial et les moyens auxiliaires pris en compte par la Commission. Établir une bibliographie multilingue serait utile et important, mais l'essentiel est que tant le Rapporteur spécial que la Commission l'utilise effectivement aux fins des travaux.

De manière générale, l'État continue d'être au centre du droit international. À quelques exceptions près, le consentement de l'État est la source d'autorité ultime dans l'élaboration du droit international, et l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice reflète cette réalité. Les traités, la coutume et les principes généraux du droit sont des sources de droit, alors que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes servent à vérifier l'existence d'une règle de droit ou d'une obligation contraignante que le droit international impose aux États. Bien que les décisions de la Cour internationale de Justice aient un poids juridique et une autorité morale indéniables, il faut se garder de porter atteinte à des règles et pratiques bien établies en surestimant l'importance des décisions judiciaires et de la doctrine dans le développement du droit international.

S'agissant de la question – soulevée par le Rapporteur spécial dans son rapport – de savoir si les avis consultatifs font partie des « décisions judiciaires », donner des avis consultatifs est une fonction clé de la Cour internationale de Justice et l'autorité que revêtent ces avis n'est guère contestée dans la pratique. Si leurs effets matériels peuvent faire l'objet de débats, comme dans le cas de l'avis concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, et être fonction de leur caractère non contraignant, les avis consultatifs n'en restent pas moins un moyen auxiliaire, tout comme les arrêts sont un moyen auxiliaire qu'ils soient ou non exécutés et alors même que, aux termes de l'Article 59 du Statut, ils ne sont obligatoires que pour les parties en litige. Aux termes de l'Article 68, la Cour, dans l'exercice de ses attributions consultatives, s'inspire également des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse. De plus, les avis consultatifs contribuent à leur manière à clarifier et à développer le droit international. Leur pertinence a été démontrée par le fait que les autorités du Royaume-Uni ont accepté de négocier avec Maurice la restitution de l'archipel des Chagos à la suite de l'avis consultatif donné en 2019 par la Cour en ce qui concerne les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* et par l'« effet juridique » conféré à cet avis par le Tribunal international du droit de la mer dans l'arrêt qu'il a rendu en 2021 dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien*. De même, dans son avis du 14 novembre 1997, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné que ses avis consultatifs avaient un effet juridique indéniable. La même approche semble avoir été adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui déclare, dans un document de réflexion sur la proposition d'élargissement de sa compétence consultative, que même si ses avis consultatifs « [ne sont] pas contraignants pour les juridictions internes, la Cour elle-même pourrait les considérer comme une jurisprudence valable qu'elle suivrait lorsqu'elle statuerait sur d'éventuelles requêtes ultérieures ». Les demandes d'avis consultatif sur les changements climatiques

présentées au Tribunal international du droit de la mer, à la Cour interaméricaine des droits de l'homme et à la Cour internationale de Justice montrent que les États eux-mêmes ont recours aux avis consultatifs pour développer le droit international. Du point de vue fonctionnel, les avis consultatifs sont bien un moyen auxiliaire ; ils relèvent de la catégorie des « décisions judiciaires » visées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et il n'y a aucune raison de les exclure des travaux de la Commission.

Pour ce qui est des décisions des juridictions nationales, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut ne se limite effectivement pas aux décisions des juridictions internationales. Les décisions des tribunaux internes ont une valeur probante quant à la pratique de l'État du for. De plus, elles ont constitué une source importante de pratique en matière d'immunité diplomatique, d'immunité souveraine et d'extradition. Bien que l'application du droit international soit confiée, en premier lieu, aux tribunaux internes, il est fréquent que ceux-ci l'appliquent incorrectement. Un exemple frappant est fourni par la décision rendue en 2012 par une juridiction ghanéenne ordonnant saisie d'un navire de guerre étranger, qui n'a finalement été infirmée par la Cour suprême du Ghana qu'après que le Tribunal international du droit de la mer eut déclaré l'immobilisation du navire illicite et en eut ordonné la mainlevée immédiate. La décentralisation du système juridique international signifie toutefois que, le plus souvent, aucune juridiction internationale n'est disponible pour remédier aux décisions défectueuses, bien que la saisine des cours régionales des droits de l'homme constitue à cet égard une exception notable. De plus, si les décisions des tribunaux internes des pays occidentaux sont relativement faciles à consulter, celles des tribunaux des pays en développement sont souvent difficiles à trouver et à replacer dans leur contexte, et elles sont de ce fait souvent méconnues. Par exemple, le droit international des immunités de l'État tel que le conçoit la doctrine dominante découle en grande partie de la jurisprudence des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni, bien qu'un certain nombre d'autres pays continuent d'accorder l'immunité souveraine aux « actes de commerce », ce qui soulève la question de savoir quelles règles sont d'application générale. Dans l'ensemble, de sérieuses questions se posent quant à la « qualité » des décisions des juridictions nationales et quant à la légitimité de leur transposition en droit international étant donné leur application limitée et sélective. M. Oyarzábal dit que pour cette raison il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle, quel que soit l'intérêt que présentent les décisions des juridictions nationales comme moyen auxiliaire, il faut les envisager avec beaucoup de prudence.

M. Oyarzábal dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que les décisions des juridictions internationales et régionales spécialisées méritent d'être prises en considération, ce qui soulève la question du poids à leur accorder dans la détermination des règles internationales d'application générale par opposition aux règles spéciales propres au régime juridique spécifique en cause. Le rapport sur la fragmentation du droit international publié par la Commission en 2006 est pertinent à cet égard, et les travaux en cours pourraient contribuer à renforcer la cohérence et la sécurité juridique. Ils offrent également à la Commission l'occasion de souligner l'autorité particulière qui doit être conférée aux décisions de la Cour internationale de Justice eu égard à sa fonction d'« organe judiciaire principal » de l'Organisation des Nations Unies et à la qualité de sa jurisprudence. La Commission devrait également s'intéresser à la « jurisprudence » des tribunaux d'arbitrage entre investisseurs et États, que le Rapporteur spécial ne mentionne pas dans son rapport. Les problèmes qui se posent au sujet de l'impartialité des arbitres, de l'incohérence des interprétations, de la médiocrité des sentences, des vices de procédure et de l'absence de juridiction d'appel composée de juges à plein temps mettent sérieusement en doute la crédibilité de ces décisions en tant que source matérielle pour la détermination du droit international. L'imprévisibilité et l'incohérence dans la prise des décisions sont des problèmes communs aux autres organes judiciaires internationaux, y compris les tribunaux pénaux internationaux et les commissions et cours régionales des droits de l'homme, et le Rapporteur spécial pourrait, dans son deuxième rapport, examiner comment il serait possible d'y remédier.

Il est clair que « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » visée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut a contribué à poser les fondements du droit international. Bien que les écrits des publicistes ne soient que rarement invoqués dans les arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice, ils le sont directement dans les opinions dissidentes et individuelles et indirectement dans l'application

des « principes généraux de droit ». Comme ces principes découlent du droit interne, les publicistes ont beaucoup contribué à élucider le droit des divers États et les décisions des juridictions et autorités nationales sur des questions juridiques. Du point de vue historique, la croissance de l'activité judiciaire s'est accompagnée d'une diminution du poids accordé à la doctrine. L'influence de la doctrine sur la jurisprudence et vice versa est toutefois importante. Il serait difficile de s'y retrouver dans la masse des sentences arbitrales et décisions des tribunaux internes sans les opinions des auteurs et organes d'experts, qui souvent procèdent à des évaluations subjectives des décisions de justice. La question est de savoir non pas tant s'il existe une hiérarchie entre l'activité judiciaire et la doctrine, puisqu'il est clair qu'une telle hiérarchie existe effectivement en pratique, mais si l'une et l'autre remplissent des fonctions quelque peu différentes en tant que sources de droit auxiliaires. Si les décisions judiciaires internationales peuvent contribuer à développer ou façonner le droit international, le rôle de la doctrine se limite à « découvrir » ce qu'est la règle de droit. Aussi difficile soit elle, la clarification des fonctions de la doctrine et des décisions judiciaires comme moyens auxiliaires sera fondamentale aux fins des travaux de la Commission. La question de savoir si la doctrine joue un rôle différent de celui des traités et de la coutume et « supérieur » à celui-ci dans la détermination des principes généraux pourrait être étudiée de manière plus approfondie.

La notion d'« autres moyens auxiliaires » consacrée par le Rapporteur spécial soulève deux questions : celle de savoir s'il existe d'autres moyens auxiliaires que les décisions judiciaires et la doctrine aux fins de la détermination des règles de droit international et, dans l'affirmative, quels sont ces autres moyens. Pourraient notamment constituer des moyens supplémentaires les résolutions des organisations internationales et les textes issus des travaux de la Commission sur des sujets substantiels. Les autres candidats potentiels soit ne sont pas des moyens auxiliaires, comme c'est le cas des actes unilatéraux, soit relèvent à proprement parler de la doctrine, par exemple les opinions individuelles ou dissidentes jointes aux décisions judiciaires et les rapports des rapporteurs spéciaux de la Commission. Celle-ci a déjà établi, dans la conclusion 12 de ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier, qu'« [u]ne résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement », une position qu'elle a réaffirmée dans la conclusion 8 du projet de conclusions qu'elle a adopté en 2022 sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), qui indique que les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale sont l'une des formes de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance qu'une norme du droit international général est une norme impérative. En particulier, la valeur probante des résolutions de l'Assemblée générale a été reconnue par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a donné en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel elle a déclaré que ces résolutions, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir « une valeur normative » et « fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ». Il faut, dans chaque cas, examiner « le contenu ainsi que les conditions d'adoption » de la résolution et vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif.

Il semble donc que de l'avis de la Cour et de la Commission les résolutions de l'Assemblée générale peuvent à la fois participer du processus de création du droit et constituer un moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit international. Un argument comparable peut être avancé en ce qui concerne les textes issus des travaux de la Commission du droit international. Comme souligné dans le rapport, les arrêts et avis consultatifs renvoient de plus en plus souvent aux travaux de la Commission, qu'il s'agisse d'interpréter les conventions de codification que la Commission a élaborées ou de rapporter la preuve de l'existence de règles coutumières en citant des conclusions de la Commission. Eu égard au mandat de celle-ci – aider les États à développer progressivement et codifier le droit international –, à son statut d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale, à ses méthodes de travail rigoureuses et à sa relation étroite avec l'Assemblée générale, les résultats de ses travaux peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire particulier. M. Oyarzábal dit qu'il espère que le Rapporteur spécial procédera à une analyse plus poussée de la question de savoir si les textes issus des travaux d'autres organes de caractère universel

créés par les États, par exemple les résolutions du Conseil des droits de l'homme et les règles élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, peuvent aussi être considérés comme un moyen auxiliaire.

En ce qui concerne l'intention du Rapporteur spécial d'analyser, dans son deuxième rapport, la relation entre les moyens auxiliaires et les sources primaires, bien qu'une telle analyse puisse être productive, tenter de déterminer le poids à accorder aux moyens auxiliaires, en particulier aux décisions judiciaires, dans le développement du droit international peut comporter des risques. M. Oyarzábal dit qu'il souscrit pleinement aux observations faites à la séance précédente par MM. Fathalla, Patel et Forteau. Il est notoire qu'en *common law*, les décisions judiciaires lient les juges, alors qu'en droit civil seuls les dispositions législatives sont considérées comme obligatoires pour tous et la place laissée au droit prétorien est plus limitée. Cette question fait l'objet de débats doctrinaux depuis des décennies, voire des siècles, et on peut douter que la Commission puisse la résoudre. De plus, la différence n'est pas sans conséquences pratiques lorsqu'on la transpose dans l'ordre international, dans lequel le consentement de l'État, exprimé dans les traités et la coutume, est au cœur du processus de développement du droit. Comme les sources du droit international sont celles visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi qu'on peut le déduire du texte de cette disposition et de la jurisprudence de la Cour, on peut supposer sans craindre de se tromper que les États partagent cette opinion. La Commission ne devrait donc pas se lancer dans une telle entreprise sans un mandat clair de la Sixième Commission.

En conclusion, M. Oyarzábal dit qu'il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Grossman Guiloff dit que le leadership, les connaissances et les compétences du Rapporteur spécial sont parfaitement adaptées à la tâche qui l'attend. Au fur et à mesure que la Commission avance dans ses travaux sur le sujet, elle ne doit pas perdre de vue son objectif, à savoir promouvoir tant le développement progressif que la codification du droit international. M. Grossman Guiloff félicite le Rapporteur spécial d'avoir recensé, dans sa déclaration liminaire, les questions sur lesquelles l'avis des membres de la Commission lui serait le plus utile. En raison de sa longueur, le rapport à l'examen aurait peut-être gagné à contenir un résumé. S'agissant de la méthodologie définie par le Rapporteur spécial, M. Grossman Guiloff dit qu'il pense comme M. Forteau que la Commission doit étudier le recours aux moyens auxiliaires dans la pratique et se pencher sur les questions qui se sont posées. Il rappelle de plus que jusqu'alors, les États-Unis d'Amérique et la Sierra Leone sont les seuls États qui ont fourni des informations sur leur pratique en matière de moyens auxiliaires. L'absence de contributions d'autres États risque d'être préjudiciable aux travaux de la Commission.

C'est à juste titre que le Rapporteur spécial conclut que les décisions judiciaires et la doctrine ne doivent pas être considérées comme des sources secondaires du droit international. Elles ont pour fonction d'aider à l'identification des règles de ce droit et non à en déterminer le contenu. À cet égard, le sujet à l'examen offre à la Commission l'occasion de définir, en ce qui concerne les moyens auxiliaires, un cadre stable, exhaustif et cohérent permettant de faire face aux difficultés découlant de la fragmentation du droit international. Cet aspect spécifique des travaux, qui a constitué l'une des raisons pour lesquelles certains États Membres ont appuyé l'étude du sujet, devrait être pris en compte par la Commission, comme l'indique le Rapporteur spécial dans son rapport.

Au paragraphe 273, le Rapporteur spécial évoque brièvement les décisions quasi judiciaires, notamment celles d'organes conventionnels tels que le Comité des droits de l'homme. M. Fathalla, qui a une longue expérience de ce comité, a souligné l'importance dans le développement du droit international des décisions rendues par celui-ci sur les plaintes individuelles. M. Grossman Guiloff dit que sa propre expérience d'ancien membre du Comité contre la torture et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme l'amène à partager cette opinion. Il appuie également la recommandation de M. Fathalla tendant à ce que la Commission étudie plus avant les effets et l'importance des actes des organes conventionnels et des organes régionaux de l'Organisation des Nations Unies. Ces organes sont le résultat de l'action directe des États : ce sont les États qui les ont créés et leur ont conféré leurs pouvoirs, qui élisent leurs membres et qui les financent.

Outre leurs origines, la Commission devrait se pencher sur d'autres aspects pertinents des organes conventionnels et organes régionaux de l'Organisation des Nations Unies, notamment sur la nature de leur raisonnement, la suite donnée à leurs décisions et les pouvoirs qui leur sont conférés par les traités qui les ont créés. S'agissant de la qualité de leur raisonnement, la Commission devrait évaluer la mesure dans laquelle ces organes ont tenu compte de la pratique des États. Le Comité contre la torture, par exemple, lorsqu'il a élaboré son observation générale n° 3 (2012), a compilé la pratique des États, réuni leurs commentaires et analysé sa propre base de données sur les plaintes émanant de particuliers afin d'interpréter la teneur des obligations des États au titre de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

L'importance accordée aux décisions quasi judiciaires varie d'un pays à l'autre. La constitution de certains États d'Amérique latine vise explicitement non seulement les traités mais aussi les décisions des organes internationaux, y compris les décisions quasi judiciaires. Par exemple, les articles 10, 11 et 426, entre autres, de la Constitution de l'Équateur renvoient aux « instruments internationaux » en tant que source de droits humains. Il existe toutefois des pays, en particulier ceux dotés d'un système dualiste, dans la constitution desquels le droit international occupe une place différente. Par exemple, dans la décision qu'elle a rendue en 2008 dans l'affaire *Medellin v. Texas*, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les obligations de droit international n'étaient pas exécutoires si le Congrès des États-Unis n'avait pas adopté une législation pour les mettre en œuvre ou si le traité les énonçant n'était pas directement applicable. Une analyse plus détaillée de ces décisions est nécessaire. Il appartient à la Commission de trouver un terrain d'entente sans méconnaître ces divergences et la complexité du sujet.

Bien que l'arbitrage international, y compris en matière d'investissements et de commerce, joue un rôle important dans la détermination des règles de droit international, il a ses caractéristiques propres. Par exemple, de nombreuses sentences ne sont pas publiées pour des raisons de confidentialité. De plus, bien qu'ils soient limités par les clauses d'arbitrage, il est fréquent que les arbitres tranchent des questions touchant diverses obligations internationales. Il est ainsi arrivé que dans certains arbitrages relatifs à des investissements, des obligations internationales soient en conflit. Dans les affaires *Bear Creek Mining v. Peru* et *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, des obligations énoncées tant dans des traités bilatéraux d'investissement que dans des traités relatifs aux droits humains étaient en cause. Il est donc possible qu'une décision arbitrale soit en conflit avec une décision d'un organe conventionnel ou autre organe établi par la communauté internationale. L'intérêt majeur des sentences en question en tant que moyen auxiliaire réside toutefois dans les débats auxquels elles donnent lieu. Comme de manière générale les sentences arbitrales ne suivent pas la règle du précédent, les arbitres sont obligés de déployer des efforts intellectuels intenses. Il n'est donc pas sans intérêt de continuer à étudier l'influence et le champ d'application des sentences arbitrales, compte tenu de leur complexité.

M. Grossman Guiloff pense comme le Rapporteur spécial que les avis consultatifs ont un caractère judiciaire. Comme l'a expliqué M. Oyarzábal, la Cour interaméricaine des droits de l'homme donne également des avis consultatifs, qui portent sur des questions telles que les garanties judiciaires durant un état d'urgence, le droit à l'information sur l'assistance consulaire, les droits de l'enfant, les droits des migrants sans papiers, la liberté d'expression, l'élection présidentielle sans limitation du nombre de mandats et certains groupes de personnes privées de liberté. Ces avis consultatifs influencent les tribunaux et parlements des pays de la région, notamment dans le contexte du « contrôle de conventionnalité », une doctrine obligeant tribunaux internes et autorités nationales à veiller à ce que les lois adoptées et mesures prises au niveau national soient conformes à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Ce mécanisme doit être étudié plus avant car, dans une certaine mesure, il montre comment des traités adoptés dans un contexte reposant en grande partie sur la tradition du droit civil servent de guide de conduite.

Dans nombre de ses commentaires, la Commission a souligné que les décisions des juridictions nationales doivent être envisagées avec prudence. Diverses cours suprêmes et constitutionnelles américaines ont invoqué des règles du droit international, universelles ou régionales, à l'appui de leurs décisions. Si les décisions en question ne sont pas des sources

primaires, elles fournissent d'importantes indications sur l'interaction entre le droit international et le droit interne. Les décisions concernant le commerce et les investissements en sont un exemple. La question devrait être étudiée plus avant et la Commission devrait à cette fin suivre une triple approche. Premièrement, elle devrait examiner comment les juridictions nationales interagissent avec les juridictions internationales. Deuxièmement, elle devrait accorder l'attention voulue aux différentes traditions juridiques, en particulier celles des pays de droit civil, comme l'ont fait valoir M. Forteau et d'autres. Troisièmement, comme l'a recommandé M. Fathalla, la Commission devrait s'intéresser davantage aux décisions des juridictions internationales qu'à celles des juridictions nationales. Il sera en outre nécessaire d'examiner dans quelle mesure la jurisprudence des juridictions internationales, celle des juridictions régionales et celle des juridictions nationales servent de guide de conduite.

Tant le Rapporteur spécial que M. Patel ont soulevé la question du précédent. Dans certaines traditions, la décision rendue dans une affaire n'a force obligatoire que pour les parties en litige. Toutefois, en pratique, les juridictions tant nationales qu'internationales suivent et citent des décisions antérieures, ce qui signifie que leurs décisions touchent également les parties à des différends futurs. La doctrine du contrôle de conventionnalité, à laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme continue d'adhérer, est particulièrement pertinente à cet égard. M. Grossman Guiloff dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial qu'il existe de facto en droit international une règle du précédent qui renforce à la fois l'efficacité et la cohérence de l'activité des juridictions internationales. Il serait incohérent qu'une juridiction internationale se prononce différemment sur un même point de droit dans deux affaires présentant des circonstances factuelles similaires.

M. Grossman Guiloff pense comme le Rapporteur spécial que la fragmentation constitue une difficulté majeure pour la codification et le développement progressif du droit international. Dans certains cas, les règles du droit coutumier ou les traités ont été interprétés différemment par différentes juridictions, ce qui a entraîné de nouvelles incohérences. La responsabilité de l'État à raison des actes d'acteurs non étatiques est un exemple classique. La Cour internationale de Justice et la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ont adopté des positions opposées dans les affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* et *Le Procureur c. Duško Tadić*, respectivement. La Cour a jugé que l'État devait exercer un « contrôle effectif » sur les acteurs non étatiques, alors que la Chambre d'appel du Tribunal a introduit le critère de « contrôle global ». De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme sont parvenus à des conclusions différentes en ce qui concerne l'interdiction de la burka dans les affaires *S. A. S. c. France* et *Yaker c. France*, respectivement.

Nonobstant la possibilité de fragmentation, il existe également des points de convergence, ou de « fertilisation croisée », au niveau international. En ce qui concerne l'emploi de la force par les policiers, par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté les critères définis par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kakoulli c. Turquie*, et par les organes internationaux de protection des droits de l'homme. Cette fertilisation croisée peut également être constatée dans l'interprétation des notions de situation d'urgence et de torture, par exemple. De fait, les critères appliqués pour interpréter les obligations des fonctionnaires de police en matière d'emploi de la force ont été élargis et appliqués dans divers pays d'Amérique latine. Par exemple, dans son arrêt n° 33-20-IN/21, la Cour constitutionnelle de l'Équateur s'est appuyée sur les critères établis par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'étude de la Commission devrait tenir également compte de la cohérence dans l'application de ces critères.

M. Grossman Guiloff dit que comme M. Patel, il compte que le Rapporteur spécial examinera la pratique d'autres juridictions régionales et sous-régionales. Un exemple est donné par la Cour de Justice de la Communauté andine, dont la fonction principale est de faire en sorte que les États membres de la Communauté andine interprètent et appliquent les lois de celle-ci de manière uniforme. Les interactions entre la Cour internationale de Justice et les juridictions nationales ont donné lieu à une pratique abondante qui appelle une analyse plus poussée.

Comme l'a noté le Rapporteur spécial, la doctrine peut prendre la forme de contributions individuelles ou collectives. M. Grossman Guiloff dit qu'il souhaiterait toutefois avoir des informations additionnelles sur la catégorisation des travaux des groupes d'experts dans ce contexte. Il convient avec le Rapporteur spécial et d'autres que, en elle-même, la doctrine ne constitue pas une source d'obligations. Elle joue néanmoins un rôle important dans l'identification des règles de droit international en vigueur et l'analyse de la pratique des États. Le processus de sa validation devrait être axé non seulement sur l'auteur mais également sur la doctrine elle-même.

Les études menées par des institutions ou groupes privés jouent un rôle important dans l'identification de la pratique des États. À cet égard, les études menées par des groupes d'experts de pays, traditions juridiques et milieux professionnels différents, comme l'Institut de droit international, ont plus de valeur. Un bon exemple d'instance permettant un dialogue constructif est constitué par le Colloque sur les défis en droit international des réfugiés, qui a abouti à des résultats importants, notamment les *Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative* (Lignes directrices du Michigan sur la possibilité de protection interne). Un exemple plus récent est fourni par le Forum universitaire sur le règlement des différends entre investisseurs et États, composé d'universitaires, de praticiens, d'arbitres et de représentants du ministère de la justice de divers pays. Sa principale fonction est d'étudier les possibilités de réforme de l'arbitrage en matière d'investissements.

Les organes d'experts réunissent des exemples de pratique étatique, fonctionnent essentiellement sur la base du consensus et, dans certains domaines, jouent un rôle crucial dans la détermination des règles de droit international et la facilitation de la codification et du développement progressif de ce droit. Par exemple, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones conseille le Conseil des droits de l'homme et aide les États Membres à réaliser les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. On ne peut dire que les prononcés de ces organes n'ont en eux-mêmes aucune valeur, car ils sont prescriptifs et entraînent des changements de conduite. Une analyse plus détaillée de leur contribution est donc nécessaire.

Il est regrettable qu'ainsi que le Rapporteur spécial l'a relevé, la plus grande partie de la doctrine prise en compte en droit international continue d'émaner d'auteurs originaires d'un petit nombre de pays occidentaux et s'exprimant dans un petit nombre de langues. Avec l'aide du Rapporteur spécial, l'étude du sujet offre la possibilité de remédier à ce déséquilibre en accordant le poids voulu aux travaux d'auteurs de pays du Sud.

S'agissant des autres sources susceptibles d'être prises en compte dans le cadre des travaux sur le sujet, le Rapporteur spécial a sollicité les vues de la Commission sur deux sources distinctes, à savoir les résolutions des organisations internationales et les actes unilatéraux des États. Il a fait part de son intention d'étudier les résolutions, en particulier celles de portée mondiale. M. Grossman Guiloff dit qu'il considère que la proposition du Rapporteur spécial d'exclure les actes unilatéraux des États est justifiée. À sa cinquante-huitième session, la Commission a adopté les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. La principale difficulté que présentent ces actes est celle de leur identification. De plus, étant donné leur dimension politique, si la Commission les envisage de manière indûment légaliste, elle risque de limiter le champ des échanges et initiatives diplomatiques et politiques dans le domaine des relations internationales.

M. Grossman Guiloff dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que les résolutions des organisations internationales, notamment celles de portée universelle, peuvent concourir à la détermination et à la clarification des règles de droit international. Comme l'a noté M. Oyarzábal, la Commission a déjà reconnu leur caractère auxiliaire en de précédentes occasions. Cette catégorie ne doit pas être nécessairement limitée aux résolutions qui sont contraignantes ou obligatoires en vertu de la Charte des Nations Unies. En effet, l'Organisation des États américains adopte elle aussi, en vertu de sa Charte, des résolutions de portée diverse qui jouent un grand rôle dans l'exercice de son mandat. Il serait intéressant d'étudier également d'autres exemples. Quoiqu'il en soit, la question des résolutions des organisations internationales doit être envisagée séparément, peut-être à un stade ultérieur des travaux, car elles diffèrent dans leur portée des décisions judiciaires et de la doctrine.

M. Grossman Guiloff souligne que, comme la Commission n'en est qu'au début d'une entreprise pluriannuelle de formulation de projets de conclusion sur le sujet, il appuie le caractère général de cette entreprise.

S'agissant de l'alinéa c) du projet de conclusion 2, la troisième catégorie de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international proposée par le Rapporteur spécial, à savoir « [t]ous autres moyens tirés de la pratique des États ou des organisations internationales », représente un exemple important de développement progressif du droit international conforme au mandat de la Commission. Cet alinéa demeure toutefois ambigu, car il ne précise pas en détail quelles pratiques des États et des organisations internationales peuvent servir de moyen auxiliaire. Une disposition inconditionnelle en ce sens risque de créer de nouveaux désaccords et incertitudes. La Commission devrait aussi faire en sorte que, dans le cas des organisations internationales, les pratiques prises en compte soient celles dont les États ont officiellement chargé ces organisations. La tâche principale du Comité de rédaction consistera à identifier quelles pratiques peuvent aider directement à identifier et déterminer les règles de droit international.

S'agissant des moyens auxiliaires autres que ceux explicitement visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le rapport indique que les résolutions des organisations internationales peuvent être considérées comme une source matérielle supplémentaire. M. Grossman Guiloff dit que s'il partage l'opinion du Rapporteur spécial sur ce point, il tient à souligner que les résolutions des organisations internationales peuvent avoir des fonctions diverses. La multiplicité des types et formes de ces résolutions oblige la Commission à procéder à une étude approfondie afin de clarifier leur rôle et leur statut dans la détermination des règles de droit international.

S'agissant du projet de conclusion 3, qui porte sur les critères d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, ses dispositions pourraient être renforcées en donnant davantage de détails quant à chacun de ces critères. Par exemple, le texte proposé vise « la compétence des acteurs concernés » sans expliquer ce qu'il faut entendre par « compétence » ni quel est le niveau de compétence requis. Ces indications peuvent être fournies dans le commentaire, mais la Commission devrait se demander si elles ne doivent pas figurer dans le projet de conclusion lui-même. Le Comité de rédaction pourra vouloir calquer la structure de cette disposition sur celle des projets de conclusions 2 et 4, divisés en alinéas par souci de clarté. Pour ce qui est de la « qualité » et de la « compétence », M. Grossman Guiloff se dit préoccupé quant aux critères d'appréciation de la qualité des moyens de preuve. Si cette appréciation repose uniquement sur la réputation de l'auteur, elle risque d'être arbitraire, car la valeur des écrits doctrinaux ne dépend pas toujours de la réputation de leur auteur ; elle dépend également de l'appréciation des autres publicistes. Un élément de preuve qui décrit de manière critique et fidèle la pratique des États peut être considéré comme valide. Il faut réaliser un équilibre entre les différentes perspectives, et le commentaire peut jouer à cet égard un rôle très important.

M. Grossman Guiloff appuie le projet de conclusion 4, relatif aux décisions de juridictions. La Commission pourra devoir décider si, comme indiqué dans le plan d'étude de 2021, la question des décisions judiciaires contradictoires ne relève pas des travaux. Aux termes de l'alinéa c) du projet de conclusion, les décisions de juridictions nationales peuvent être utilisées comme moyen auxiliaire « dans certaines circonstances ». Certes, aussi bien la Commission que la Cour internationale de Justice ont invoqué des décisions de juridictions nationales dans leurs travaux, mais les circonstances spécifiques dans lesquelles ces décisions peuvent être utilisées comme moyen auxiliaire devraient être définies plus clairement dans le commentaire. Au stade actuel, les travaux du Rapporteur spécial reposent en grande partie sur l'étude du secrétariat (A/CN.4/759), et peut-être n'est-il pas possible d'analyser la question de manière plus approfondie tant que de nouvelles études ou autres informations pertinentes ne seront pas disponibles.

En ce qui concerne le projet de conclusion 5, relatif à la doctrine, M. Grossman Guiloff dit que s'il approuve l'idée d'accorder un poids particulier à la doctrine lorsqu'elle reflète « les opinions concordantes des spécialistes », il estime que cette formule devrait être expliquée dans le commentaire. La Commission devrait, par exemple, se demander si les opinions en question doivent être représentatives des différents systèmes juridiques du monde, comme l'exigent la lettre et l'esprit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

De plus, il conviendrait de préciser que la formule « les opinions concordantes des spécialistes » englobe les travaux des organes d'experts privés ou habilités par les États, puisque le Rapporteur spécial s'est efforcé dans son rapport de distinguer ces travaux des travaux individuels et de ceux d'organes non dotés d'un mandat officiel.

Enfin, M. Grossman Guiloff dit qu'il considère que les critères énoncés dans le projet de conclusion 3 doivent être utilisés pour évaluer la crédibilité des sources auxiliaires du droit, qui sont définies dans les projets de conclusions 4 et 5. Il serait toutefois bon de l'indiquer expressément, soit dans le projet de conclusion 3 lui-même, soit dans un alinéa des projets de conclusions 4 et 5, lequel pourrait être libellé comme suit : « Les sources relevant de ces catégories devraient être appréciées au moyen des critères énoncés dans le projet de conclusion 3. ».

La Commission est dans une position unique pour souligner l'importance des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans son rapport, le Rapporteur spécial insiste sur la nécessité cruciale de prendre formellement note de la question, de l'analyser et de l'étudier comme il convient. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie les propositions et vues du Rapporteur spécial en ce qui concerne la poursuite des travaux de la Commission sur le sujet. L'exhaustivité du premier rapport du Rapporteur spécial et la qualité de son analyse devraient inciter la Commission à s'efforcer d'appréhender le sujet dans toute sa complexité. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie le renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Nguyen dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour son premier rapport sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » et pour la présentation orale qu'il en a faite. Le Rapporteur spécial a clarifié non seulement les moyens auxiliaires mais également le débat académique sur la nature et la fonction des sources du droit international et les travaux préparatoires du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il partage néanmoins la préoccupation exprimée par M. Forteau quant à la longueur du rapport, qui en rendra l'étude par les États plus difficile.

L'Article 38, qui codifie une règle du droit international coutumier, est important en ce qu'il indique précisément à la Cour le droit qu'elle doit appliquer pour régler les différends interétatiques. Cette disposition est aussi invoquée par d'autres organes internationaux ou nationaux pour régler des différends qui ne sont pas portés devant la Cour. L'examen par la Commission du sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international constitue une étape initiale sur la voie de l'achèvement d'un de ses projets les plus anciens et les plus influents : l'élucidation des sources du droit international. Il n'est pas douteux que les résultats des travaux de la Commission sur le sujet doivent prendre la forme d'un projet de conclusions, puisque c'est la forme qu'elle a donnée aux textes issus de ses travaux antérieurs sur des sujets touchant les sources du droit international, notamment « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », « Détermination du droit coutumier international », « Principes généraux du droit » et « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Comme l'a dit Georg Nolte, un ancien membre de la Commission, le terme « conclusions » vise à exprimer l'idée que les dispositions en question reposent solidement sur le droit international et sur la pratique et n'ont pas seulement valeur de recommandations. Le choix de la forme à donner aux textes issus des travaux dépend en grande partie des besoins des États. De manière générale, c'est d'un projet de conclusions expliquant le rôle des moyens auxiliaires et non d'un projet d'articles susceptible de servir de base à un traité dont les États ont besoin en l'occurrence.

Les projets de conclusion proposés dans le rapport reposent principalement sur des observations relatives au rôle des moyens auxiliaires figurant dans des travaux antérieurs de la Commission ainsi que dans les prononcés de la Cour internationale de Justice. Cela est nécessaire mais non suffisant : devrait également être appréciée l'utilisation des moyens auxiliaires par d'autres juridictions, nationales comme internationales, et par les États dans leur pratique, comme l'ont déjà fait valoir M. Patel et M. Grossman Guiloff. Des appréciations générales du rôle des moyens auxiliaires figurent déjà dans les rapports de la Commission sur les sujets « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », « Détermination du droit

international coutumier » et « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Les observations relatives à l'utilisation des moyens auxiliaires figurant dans les travaux antérieurs de la Commission pourraient être élargies *mutatis mutandis* aux renvois aux moyens auxiliaires figurant dans les travaux des organes juridictionnels.

Le paragraphe 112 du rapport à l'examen évoque la référence par la Commission, dans son projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, à l'interprétation des termes « généralisée » et « systématique » utilisés dans la définition des « crimes contre l'humanité » retenue dans la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour internationale de Justice. Pourrait être également mentionnée l'utilisation de ces termes par la Commission dans ses travaux sur le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » en lien avec la responsabilité à raison des dommages étendus, durables et graves causés à l'environnement. Dans le cadre de ces travaux, la Commission a aussi invoqué la jurisprudence établie du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone relative au crime de guerre de « pillage ».

La Commission a également, dans le cadre de travaux antérieurs, évoqué les résultats des travaux d'organes d'experts et les commentaires présentés par les États. Par exemple, les travaux du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international ont leur origine dans les débats de la Commission sur les sujets « Protection de l'atmosphère » et « Protection des personnes en cas de catastrophe » et dans des communications écrites émanant des États fédérés de Micronésie et du Forum des îles du Pacifique. La Commission a aussi consulté les travaux du Comité sur le droit international et l'élévation du niveau de la mer de l'Association de droit international. Elle a en outre invoqué des moyens auxiliaires tels que des décisions de juridictions, des travaux d'organes d'experts et des communications écrites des États, selon la nature du sujet qu'elle examinait, dans le cadre tant de la codification du droit international que de son développement progressif. Dans de rares cas, la Commission et d'autres organes juridiques se sont fondés uniquement sur des moyens auxiliaires pour déterminer des règles de droit international. La Commission n'a pas utilisé séparément les sources primaires et secondaires énumérées aux alinéas a) à d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Le secrétariat dans son étude et le Rapporteur spécial dans son premier rapport font observer que dans le cadre de ses travaux la Commission accorde une importance particulière aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. À l'inverse, les conclusions et commentaires de la Commission sont souvent invoqués, entre autres moyens auxiliaires, dans les arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions. La Commission, un organe subsidiaire de l'Assemblée générale, et la Cour internationale de Justice, l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, interagissent en vue de la codification et du développement progressif du droit international. La Cour utilise les travaux de la Commission en tant que travaux préparatoires aux fins de l'identification, de la clarification et de la cristallisation des règles du droit international parce que ces travaux constituent l'un des principaux moyens de déterminer la pratique et l'*opinio juris* des États. Dans certains cas, la Cour modifie les conclusions de la Commission ; dans de rares cas, les deux organes sont en désaccord sur la même question juridique. Les travaux de la Commission ont également une influence dans d'autres contextes judiciaires. Par exemple, des juridictions britanniques ont déjà invoqué les conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier et les commentaires y relatifs.

M. Nguyen dit qu'il prend note de la troisième observation provisoire du Rapporteur spécial sur l'utilisation des moyens auxiliaires par la Commission. Le fait que les travaux de celle-ci reposent davantage sur la jurisprudence, en particulier sur celle de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, que sur la doctrine ne signifie pas qu'une source est hiérarchiquement supérieure à l'autre. De plus, au paragraphe 249 de son rapport, le Rapporteur spécial confirme que le fait que les juridictions préfèrent s'appuyer sur les décisions judiciaires ne signifie pas que la doctrine est moins pertinente ou moins importante. Cela est particulièrement vrai dans les rares cas où la justice internationale ne s'est pas encore prononcée sur une question juridique en train de se faire

jour. Les décisions judiciaires, instruments de nature collégiale faisant autorité, peuvent être plus facilement invoquées que les opinions d'auteurs individuels. L'histoire regorge toutefois de cas dans lesquels des règles de droit international ont été développées à partir des écrits doctrinaux d'auteurs individuels. En droit de la mer par exemple, les doctrines *mare liberum* et *mare clausum*, élaborées par Hugo Grotius et John Selden, respectivement, ont servi de fondement à des décisions judiciaires internationales.

Les deux moyens auxiliaires expressément mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et ceux qui n'y sont pas mentionnés ont le même objet, à savoir déterminer les règles de droit international à appliquer pour régler des problèmes juridiques concrets, et les mêmes fonctions, à savoir compléter les sources primaires visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 et se compléter réciproquement en tant que moyens auxiliaires. La décision d'invoquer un moyen auxiliaire, plusieurs moyens auxiliaires ou tous les moyens auxiliaires et l'ordre dans lequel ils sont invoqués dans une procédure dépendent de la nature et de la portée de la question juridique en cause. L'absence de hiérarchie formelle entre les sources primaires visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 a été solidement établie. Il n'y a donc aucune raison de continuer de débattre de l'existence éventuelle d'une hiérarchie informelle entre les sources secondaires dans le contexte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, d'autant plus que la liste des moyens auxiliaires qui y figure n'est pas exhaustive.

À la différence des décisions, les avis consultatifs peuvent apporter ou indiquer des solutions à des problèmes mondiaux tels que les changements climatiques et les pandémies. Les États sont de plus en plus enclins à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice sur des problèmes contemporains, par exemple le droit à l'autodétermination dans le cadre de la procédure concernant les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, ou les obligations des États en matière de changements climatiques, question sur laquelle l'Assemblée générale a, par sa résolution 77/276, demandé à la Cour de donner un avis consultatif. Le Tribunal international du droit de la mer et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont également été priés de donner des avis consultatifs sur les changements climatiques. Étant donné leur rôle et leur nature, les avis consultatifs, notamment ceux de la Cour internationale de Justice, du Tribunal international du droit de la mer et d'autres organes, sont des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. À cet égard, M. Nguyen dit qu'il pense comme M. Fathalla, M. Oyarzábal et M. Grossman Guiloff que les avis consultatifs peuvent constituer un moyen auxiliaire et que le terme « décisions » désigne à la fois les arrêts et les avis consultatifs.

Au paragraphe 112 de son étude, le secrétariat fait observer qu'il est arrivé à la Commission d'invoquer les décisions de commissions de conciliation. Il serait bon que le Rapporteur spécial mette en lumière le rôle de ces décisions, qui se situent à mi-chemin entre les décisions judiciaires, en particulier dans le cas des mécanismes de conciliation obligatoires, et les travaux d'organes d'experts. La *Conciliation relative à la mer de Timor (Timor-Leste/Australie)* met en lumière les avantages de la procédure obligatoire de conciliation prévue par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et la décision de la commission de conciliation peut être considérée comme un moyen auxiliaire.

S'agissant des projets de conclusion proposés dans le rapport, le projet de conclusion 1, qui est calqué sur la conclusion 1 des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, est clair et concis. L'alinéa c) du projet de conclusion 2 développe l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 en ajoutant « [t]ous autres moyens tirés de la pratique des États ou des organisations internationales » à la liste des moyens auxiliaires. Cet ajout rend compte de la pratique contemporaine en matière de sources du droit international. Un futur projet de conclusion 6 devrait toutefois donner des éclaircissements sur l'alinéa c) du projet de conclusion 2 ; à défaut, le titre du projet de conclusion 4, « Décisions de juridictions », ne refléterait pas pleinement le sens du terme « décisions judiciaires » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Pour ce qui est du projet de conclusion 5, il conviendrait d'insérer les mots « sur des questions de droit international » après les mots « en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes » pour souligner que c'est la doctrine relative à des questions juridiques, et pas simplement tous les écrits doctrinaux, qui vaut comme moyen auxiliaire.

M. Nguyen dit qu'il appuie le renvoi des cinq projets de conclusion au Comité de rédaction, compte tenu des commentaires et observations faits durant le débat en plénière.

M. Mingashang remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, un document clair qui repose sur de solides recherches et est, par son esprit d'ouverture, intellectuellement courageux. Il remercie en outre le secrétariat pour son étude sur les éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet.

M. Mingashang dit qu'il n'a pas d'observations particulières à faire sur le fond du rapport, qui le satisfait pleinement, et que son intervention aura un caractère exploratoire. Il tient en premier lieu à appeler l'attention de la Commission sur une série de considérations analytiques que le Rapporteur spécial pourrait envisager dans son deuxième rapport. La première est le risque que les travaux sur le sujet perpétuent tacitement un ordre juridique international à l'origine d'un déséquilibre fondamental dans la représentation des civilisations du monde. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial reprend à son compte le souhait exprimé par les États Membres à la Sixième Commission, à savoir que les travaux de la Commission « contribue[nt] à pallier les conséquences de la fragmentation du droit international ».

À la section E du chapitre VIII de son rapport, qui porte sur la signification des mots « différentes nations », le Rapporteur spécial expose de manière particulièrement lucide et frappante les biais idéologiques du discours universaliste sur le droit international qui masquent les rentes historiques découlant des situations de violence coloniale caractéristique du contexte dans lequel la théorie des sources de droit international, et donc celle des moyens auxiliaires de détermination desdites sources, a été élaborée. Cela ressort de l'analyse de l'origine de la disposition en question que fait le Rapporteur spécial aux paragraphes 214 et suivants de son rapport. Les règles de droit international à propos desquelles on débattait à l'époque étaient celles que « reconnaissait la conscience juridique des nations civilisées ». Il suffit de lire les ouvrages des auteurs contemporains de la formation progressive du droit international classique, par exemple Franz von Liszt, John Westlake et James Lorimer, pour comprendre ce qui constituait dans ce contexte une « nation civilisée ». James Lorimer enseignait que l'humanité était divisée en trois sphères concentriques : il y avait l'humanité civilisée, l'humanité barbare et l'humanité sauvage. Il va sans dire que l'Afrique entrait dans la dernière catégorie, celle de l'humanité sauvage. L'idée que l'Afrique n'était pas « civilisée » a été reprise dans un certain nombre de déclarations publiques notoires à l'époque, comme celle de Victor Hugo de mai 1879 ou celle du Roi des Belges, Léopold II, de septembre 1876. Toutes choses étant égales par ailleurs, le seul fait de remplacer les mots « nations civilisées » par les mots « différentes nations » est un jeu sémantique qui n'ébranle aucunement le socle épistémologique sur lequel le droit international a toujours été fondé. M. Mingashang dit qu'il n'a pas relevé dans le rapport d'éléments de nature à évaluer les possibilités théoriques de remise en cause de ce que le Rapporteur spécial appelle les « assises conceptuelles » de ce cadre théorique originaire, qui demeure foncièrement eurocentrique et continue de véhiculer subrepticement, en dépit d'ajustements de façade, l'idéologie qui sous-tend un droit dont le caractère « international » est de plus en plus discuté, ainsi que l'indique à juste titre le Rapporteur spécial dans la note de bas de page 615 de son rapport, en reprenant le titre ô combien évocateur de l'ouvrage d'Anthea Roberts intitulé *Is International Law International?*.

La deuxième considération qui mérite de retenir l'attention de la Commission concerne la nécessité de compléter l'analyse théorique par la présentation des grands courants doctrinaux qui structurent le discours international contemporain. Au chapitre VI du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial indique que la question de la nature et de la fonction des sources est un point central de toute discussion de droit international et que son rapport passera en revue une série de questions théoriques qui reviennent fréquemment dans les débats doctrinaux sur les sources du droit international. Le chapitre en question aborde de nombreuses questions qui méritent indiscutablement d'être étudiées. Toutefois, une question qui aurait permis à la Commission de définir plus précisément les assises conceptuelles de ses travaux concerne les oppositions fondamentales entre les courants doctrinaux en droit international. M. Mingashang dit que sa préoccupation à cet égard s'est encore accrue à

l'écoute de la déclaration de M. Forteau à la séance précédente de la Commission, en particulier lorsque celui-ci a critiqué l'approche sociologique adoptée dans le rapport pour expliquer comment les sources du droit international sont utilisées par les juridictions internationales. M. Forteau a noté à juste titre que le juge dit le droit et ne légifère pas, mais cette position ne peut être valablement défendue que dans le cadre d'une conception formaliste du droit.

Ainsi, il convient de se demander si les variations observables dans la perception des sources du droit international peuvent avoir une incidence sur la perception des moyens auxiliaires de détermination de ces sources. On pourrait d'ailleurs se demander, compte tenu de ces variations, si la notion de « moyens auxiliaires », comprise selon une présentation manifestement positiviste du droit international depuis que la Cour permanente de Justice internationale a rendu son arrêt dans l'affaire du *S.S. « Lotus »*, demeure de manière générale valide. Il suffit de rappeler la polarisation considérable des juges de la Cour internationale de Justice, notamment lors du vote sur l'un des avis consultatifs les plus emblématiques de la Cour, celui concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dont l'un des paragraphes du dispositif a été adopté grâce à la voix prépondérante du Président d'alors, M. Bedjaoui. Où étaient les moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit dans ce cas d'espèce, pour aider les juges à éviter le *non liquet* au sujet de l'utilisation d'armes nucléaires dans un conflit armé ? Cette préoccupation est également incontournable lorsqu'il s'agit de justifier la classification des différents types de sources figurant au paragraphe 164 du rapport, dans lequel le Rapporteur spécial distingue entre les sources ultimes, les sources fonctionnelles, les sources matérielles et les sources formelles. On pourrait ajouter à cette liste, par souci d'exhaustivité, les sources transcendantales par opposition aux sources conventionnelles fondées sur la théorie du contrat social, les sources axiologiques par opposition aux sources techniques, selon que l'on souscrit ou non à une approche essentialiste, formaliste, matérialiste ou simplement objectiviste du droit international. Dans le même ordre d'idées, ces considérations sont à mettre en relation avec la question des lacunes du droit international et donc du rôle que pourraient jouer les moyens auxiliaires dans la détermination des règles de droit dans de tels cas. L'analyse figurant au paragraphe 247 du rapport est à cet égard pertinente.

La troisième considération est la nécessité d'adopter une approche pragmatique de la manière dont fonctionne le système juridique international en ce qui concerne la question des sources. À cet égard également, le cadre conceptuel de référence doit être clarifié de crainte que l'objectif annoncé, à savoir donner une assise conceptuelle aux travaux de la Commission, ne soit difficile à réaliser. L'impression qui se dégage a priori est que l'analyse du sujet par le Rapporteur spécial repose sur une conception fondamentalement positiviste du droit international. Si tel est effectivement le cas, deux conclusions peuvent être tirées. La première est qu'il n'y aurait d'autre droit international que celui qui s'inspire du raisonnement positiviste, auquel cas il sera nécessaire d'évaluer les autres conceptions concurrentes ou parallèles dans un contexte de plus en plus fragmenté. L'impérialisme épistémologique du positivisme juridique est entretenu par les contraintes à la fois systémiques et argumentatives qui encadrent le discours juridique, en particulier devant la Cour internationale de Justice, dont les juges n'admettront jamais l'utilisation d'autres sources que celles prescrites par l'Article 38 du Statut.

L'autre conclusion possible est, a contrario, que le droit international ne repose pas exclusivement sur un raisonnement positiviste, auquel cas nombre de postulats théoriques fondés sur le positivisme s'effondrent. Cette possibilité est évoquée par le Rapporteur spécial au paragraphe 263 de son rapport, dans lequel il déclare que le fait que « la Cour, dans sa pratique, ne cite pas systématiquement les travaux de doctrine ne signifie pas qu'elle ne les consulte pas, car elle peut les consulter sans les citer », auquel cas « le libellé de l'Article 38 peut sembler contradictoire ». Cette contradiction métajuridique affecte le raisonnement des juges, comme cela ressort de plusieurs passages du rapport, comme le paragraphe 305, où il est dit que « les productions doctrinales ne sont pas formellement citées autant qu'elles sont consultées », du moins pour ce qui est de la majorité des opinions de la Cour. Pour cette raison, la Commission ne peut, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, se permettre de ne pas tenir compte de la tendance de plus en plus prononcée en faveur de la « déformalisation » du droit en général.

Le droit contemporain se caractérise de plus en plus par une prise en compte des objectifs et des valeurs de divers acteurs du système juridique de préférence aux formes et à la logique rationnelle. En sont la preuve le développement de notions juridiques axiologiquement marquées comme la bonne foi, l'équité ou la proportionnalité, ainsi que la diversification de la mission du juge, le syllogisme juridique cédant de plus en plus le pas à des raisonnements axés sur la mise en balance des intérêts, la conciliation, voire la médiation.

Il y a donc un « effet écran » dans la manière dont le rapport envisage la théorie des sources du droit international, qui fait qu'il n'est pas pleinement rendu compte du fonctionnement réel du système juridique, effet entretenu par le carcan positiviste. Cet effet de filtrage est particulièrement évident aux paragraphes 318 et 347 du rapport, dans lesquels le Rapporteur spécial indique que, de manière générale, la Cour internationale de Justice fait abondamment appel à la doctrine, malgré « l'apparent mépris avec lequel la Cour traite la doctrine juridique ». Cela implique que les juges se sentent tenus de faire comme si les moyens auxiliaires de détermination des sources de droit international ne servaient pas à grand-chose dans la rédaction des arrêts de la Cour, alors que c'est le contraire qui est vrai si l'on se réfère à certaines anecdotes et informations sur les délibérés de la Cour. De fait, l'activité de la Cour donne à penser qu'elle ne produit que des affirmations caractéristiques d'une doctrine typiquement positivo-formaliste. Il semble cependant qu'au-delà de ces affirmations de principe, la Cour suit invariablement une stratégie tendant à présenter comme techniques et formalistes des décisions qui ont manifestement été, au moins en pratique, déterminées par des choix ou des contraintes politiques et/ou éthiques.

Si les travaux de la Commission doivent répondre à une finalité pratique, il est indispensable de lever le voile sur les équivoques qui encombreront le cadre conceptuel de référence dans lequel opèrent les acteurs judiciaires en indiquant les assises conceptuelles qui sont en adéquation avec les principaux systèmes juridiques du monde et les mécanismes du fonctionnement réel de l'ordre juridique contemporain. Comme l'a souligné M. Forteau, le paysage juridique international n'est plus en 2023 ce qu'il était en 1920. Une telle entreprise serait conforme au mandat de la Commission de développement progressif du droit international.

La quatrième considération qui mérite réflexion est celle de la portée des fonctions de la doctrine en droit international. On peut se demander si l'énumération des trois fonctions identifiées par le Rapporteur spécial – la fonction d'interprétation, la fonction persuasive et la fonction de codification ou de développement progressif – est indicative ou limitative. Il semble que la doctrine remplisse également une fonction critique ou de réformation, une fonction de légitimation, au sens de conservation des acquis d'un système juridique donné, une fonction stratégique ou instrumentale en se mettant au service d'une cause ou d'un idéal particulier, et une fonction symbolique. On pourrait aussi dire que la doctrine, en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, a aussi une fonction de reconnaissance ou d'identification. Le Rapporteur spécial pourra, s'il le juge bon, envisager ces questions purement théoriques dans ses prochains rapports.

Une autre question pouvant être envisagée dans les prochains rapports est celle du revirement de la jurisprudence sur le recours aux décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Ces revirements, bien qu'ils soient rares en droit international, cristallisent la tension classique qui existe en droit entre nouveauté et sécurité. D'une part, le revirement permet aux juges de corriger une erreur récurrente affectant le raisonnement juridique habituellement suivi et d'adapter la jurisprudence à une société en évolution. Le revirement soulève toutefois des questions quant à la portée du mandat du juge. En prenant le contrepied de la position traditionnellement défendue, le juge porte inévitablement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et au caractère volontariste du droit international. Le Rapporteur spécial pourra vouloir réfléchir à la manière dont le statut des décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit peut être concilié avec la nécessité d'adapter le droit à un environnement changeant qui pourrait justifier un revirement de jurisprudence, si l'on ne veut pas cantonner le droit dans des formules abstraites et figées ou dépourvues d'efficacité dans le monde réel.

Une autre question que le Rapporteur spécial pourra vouloir étudier est celle de la règle du précédent, *stare decisis*, évoquée par M. Patel et, au paragraphe 346 de son rapport, par le Rapporteur spécial lui-même. La question du statut des décisions judiciaires dans la

théorie de sources du droit international se pose naturellement dans le cadre du sujet. M. Mingashang encourage également le Rapporteur spécial à clarifier le statut des instruments juridiques non contraignants dans la catégorie des sources, ainsi que le statut juridique des résolutions des organisations internationales, en renvoyant au cours sur ce sujet donné à l'Académie de droit international de La Haye par Jorge Castañeda, ancien membre de la Commission.

M. Mingashang dit qu'il appuie de manière générale les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, étant entendu que certaines précisions, notamment d'ordre sémantique, y seront apportées par le Comité de rédaction. Il appuie également la plupart des suggestions faites par M. Fathalla à ce sujet.

M. Galindo, remerciant le Rapporteur spécial pour son premier rapport exhaustif et stimulant sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, dit que comme indiqué à juste titre au paragraphe 182 de ce rapport, la liste des sources figurant au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'est pas exhaustive. Par exemple, comme la Cour l'a admis et comme la Commission l'a indiqué dans ses Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, les actes unilatéraux des États peuvent dans certaines circonstances donner naissance à des obligations de droit international. Cela étant, on peut affirmer que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 n'est pas exhaustif, comme le fait la Commission dans le commentaire de la conclusion 9 de son projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). C'est pourquoi, à tout le moins, les travaux des organes d'experts créés par les États ou les organisations internationales devraient également constituer un moyen auxiliaire, comme le prévoit expressément la conclusion 9 du projet de conclusions sur le *jus cogens*.

Les travaux préparatoires de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont certes intéressants, mais ils sont d'une pertinence limitée pour les travaux de la Commission sur le sujet car, tel qu'il était composé, le Comité consultatif de juristes ne représentait qu'une petite partie du monde, et ses préjugés sont manifestes en ce qu'il exclut la plupart des peuples et des nations de ses considérations sur le rôle de la jurisprudence internationale et de la doctrine.

La décision d'axer l'étude des décisions judiciaires sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et des tribunaux arbitraux interétatiques est en accord avec l'opinion exprimée par le tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans la décision motivée qu'il a rendue en 2011 sur une demande de récusation dans l'affaire *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)* [Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (*Maurice c. Royaume-Uni*)]. Pour déterminer le critère applicable en cas de demande de récusation d'un arbitre au motif de partialité, le tribunal a privilégié les documents concernant des organes relevant du système interétatique de règlement des différends qui, selon lui, est « fondé sur le consentement des parties, et plus spécifiquement sur les règles du droit international public, dont les sources sont énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut » de la Cour internationale de Justice.

Nonobstant ce précédent, M. Galindo dit qu'il souscrit à la large interprétation du terme « décisions judiciaires » donnée au paragraphe 273 du rapport. Ce terme doit aussi englober les décisions des juridictions nationales et des juridictions « mixtes » ou « hybrides » dans la mesure où elles appliquent le droit international, bien que le poids à leur accorder puisse être différent de celui accordé aux décisions des juridictions internationales. M. Galindo dit qu'il souscrit donc à l'idée exprimée au paragraphe 286, à savoir que les décisions des juridictions nationales peuvent être pertinentes comme moyen auxiliaire et pour l'identification des principes généraux du droit et du droit international coutumier, et qu'elles peuvent fournir la preuve d'une pratique étatique ou d'une *opinio juris*.

Si les précédents sont largement invoqués dans la pratique du droit international et si un poids distinct leur a été accordé par les juridictions, il serait peut-être prématuré pour la Commission de considérer désormais que les décisions judiciaires sont une source primaire du droit international ou de contester de toute autre manière leur qualification de moyen

auxiliaire, comme la possibilité en est évoquée au paragraphe 150 du rapport à l'examen. La Commission peut toutefois élucider le rôle de la jurisprudence et fournir aux parties prenantes les moyens de décider du poids à lui accorder dans les divers cas d'espèce. Il faut toutefois se garder de toute sélectivité dans la prise en compte et l'évaluation des décisions des juridictions nationales, car bon nombre de celles invoquées semblent émaner uniquement de certaines régions ou certains systèmes juridiques. Si les décisions des juridictions nationales doivent servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, elles doivent être invoquées sans parti pris, refléter une large représentation géographique et émaner du plus grand nombre des systèmes juridiques possibles et être rédigées dans le plus grand nombre de langues possibles. Il est incontestable qu'en pratique de nombreux publicistes considèrent que les décisions judiciaires sont tout sauf « auxiliaires » et que les juges les citent plus fréquemment que la doctrine, mais l'importance des précédents ne doit pas être surestimée.

Ni les actes unilatéraux des États ni les résolutions des organisations internationales ne devraient être envisagées dans le cadre des travaux. Comme indiqué au paragraphe 370 du rapport, les actes unilatéraux des États peuvent en eux-mêmes donner naissance à des obligations juridiques contraignantes. Les résolutions des organisations internationales, même lorsqu'elles ne sont pas contraignantes, ne peuvent guère être considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international ; elles peuvent servir de preuve pour identifier des principes généraux du droit ou des règles du droit international coutumier, comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*.

La distinction entre sources « formelles » et sources « matérielles » du droit international mentionnée au paragraphe 167 paraît quelque peu artificielle, car la politique, la sociologie et la religion peuvent jouer un rôle dans la formation, voire dans l'application, du droit international, et des sources « matérielles », par exemple la religion et la morale, peuvent imposer des obligations contraignantes lorsqu'elles sont appliquées par des institutions nationales ou internationales.

S'agissant de la doctrine, le terme « publicistes » renforce la dichotomie artificielle entre droit public et droit privé et, en particulier, droit international public et droit international privé. Comme l'a noté la Commission dans le commentaire de la conclusion 14 de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la plupart des « publicistes » seront naturellement des spécialistes du droit international public, mais d'autres ne sont pas à exclure.

M. Galindo félicite vigoureusement le Rapporteur spécial d'avoir abordé de front, aux paragraphes 332 et 333 de son rapport, le problème incontestable de la sélectivité s'agissant des auteurs dont les travaux sont considérés comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Cette iniquité foncière compromet la légitimité du droit international et la crédibilité générale du discours juridique. Le multilinguisme est lui aussi une considération primordiale dans la prise en compte de la doctrine comme moyen auxiliaire.

S'agissant des projets de conclusion eux-mêmes, le titre des projets de conclusions 2 et 3 vise la « détermination des règles de droit » et non la « détermination des règles de droit international », la formule utilisée dans l'intitulé du sujet. Bien que ce choix terminologique soit expliqué au paragraphe 58 du rapport, la question se pose de savoir si le droit international privé, en particulier dans sa dimension « internationale », sera envisagé sous une forme ou sous une autre dans le projet de conclusions. Il serait préférable, par souci de clarté, d'utiliser l'expression « règles de droit international » dans l'ensemble du projet de conclusions, y compris dans le titre des dispositions.

Il n'est pas certain que l'alinéa c) du projet de conclusion 2 doive être conservé. Si son principal objectif est d'indiquer que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut contient une liste non exhaustive de moyens auxiliaires, il est superflu, puisque le verbe « comprennent » figurant dans le chapeau l'indique déjà. Ce point pourrait aussi être clarifié dans le commentaire du projet de conclusion 2. De plus, en l'absence d'indication quant au critère permettant d'identifier ces « autres moyens », la disposition n'est guère utile. Le terme « pratique » devra être défini, et il conviendra d'expliquer s'il est utilisé au sens large ou au

sens spécifique qui est le sien dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier, eu égard en particulier à la conclusion 6. Quoi qu'il en soit, avant de prendre une décision au sujet de cette disposition, la Commission devra se prononcer sur l'existence d'autres moyens auxiliaires et sur la manière de les identifier. L'alinéa c) du projet de conclusion 2 pourrait à cet égard, entre autres possibilités, porter sur les travaux des organes d'experts privés ou « habilités par les États », notamment la Commission du droit international et les commissions d'établissement des faits. Ces travaux peuvent difficilement être considérés comme faisant partie de la doctrine.

M. Galindo dit qu'il doute de même sérieusement que le projet de conclusion 3 doive être conservé. On voit mal si cette disposition est censée s'appliquer à tous les moyens auxiliaires mentionnés dans le projet de conclusion 2, car certains des critères, comme le « degré d'accord entre les acteurs concernés » ou « la conformité avec un mandat officiel », ne sauraient concerner certains types de moyens auxiliaires, comme les travaux d'auteurs individuels. De même, de nombreuses décisions judiciaires ne suscitent pas de réaction des États et des organisations internationales, en particulier lorsqu'ils ne sont pas partie au différend ou n'interviennent pas dans celui-ci, y compris comme *amici curiae*. On ne saurait raisonnablement tirer de conclusions juridiques pertinentes du fait que des non-parties à un différend bilatéral ne réagissent pas à une décision concernant ce différend. Même si la disposition est conservée, elle devra être reformulée pour tenir compte des différents critères applicables à chaque type de moyen auxiliaire. De plus, il conviendrait de revenir sur le mot « preuves » à la lumière de l'analyse figurant aux paragraphes 375 à 378 du rapport et d'expliquer ce qu'il faut entendre par « et d'autres » à la fin de la disposition. Par exemple, ces mots englobent-ils les objections d'universitaires à un article de doctrine ou le rejet d'une décision judiciaire par une organisation internationale ?

Les projets de conclusions 4 et 5 visent les moyens auxiliaires « d'identification ou de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international » alors que dans les projets de conclusions 1, 2 et 3, seul le verbe « déterminer » ou le substantif « détermination » sont utilisés. Il conviendrait, par souci de clarté, d'utiliser les mêmes termes dans l'ensemble du texte.

S'agissant de l'alinéa a) du projet de conclusion 4, on voit mal si l'expression « juridictions internationales » désigne également les organes quasi-judiciaires, par exemple les organes conventionnels, les commissions des réclamations, les juridictions hybrides ou mixtes, les tribunaux administratifs, les commissions de conciliation comme celles prévues à l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ou les groupes d'experts tels que ceux constitués en vertu des accords de libre-échange conclus par l'Union européenne. Si cette disposition concerne également ces organes, elle devra être reformulée. Eu égard au paragraphe 280 du rapport, le projet de conclusions devrait aussi viser expressément les avis consultatifs. En outre, les mots « font autorité » et, en particulier, les mots « font particulièrement autorité » ne sont pas utilisés par la Commission dans ses travaux antérieurs et ses travaux en cours sur la détermination du droit international coutumier, le *jus cogens* et les principes généraux du droit. L'alinéa a) du projet de conclusion 4 non seulement établit une hiérarchie implicite entre les moyens auxiliaires – comme l'atteste la comparaison de son libellé avec celui de l'alinéa c) du projet de conclusion 4 et du projet de conclusion 5 – mais risque aussi d'être interprété à tort comme étayant l'existence en droit international de quelque chose s'apparentant au principe *stare decisis*. Cette disposition doit donc être reformulée.

L'alinéa b) du projet de conclusion 4 suscite de sérieuses préoccupations, car il semble établir une hiérarchie informelle entre les diverses juridictions, peut-être pour faire écho à la description de la Cour internationale de Justice comme la « juridiction de référence » au paragraphe 319 du rapport. Bien que la Cour jouisse d'une position privilégiée en droit international et que la Commission s'appuie davantage sur ses décisions que sur celles des autres juridictions internationales, l'alinéa b) du projet de conclusion 4 devrait être supprimé pour trois raisons principales.

Premièrement, il ressort de la nature, de l'origine et de la formation du droit international qu'il n'existe a priori aucune hiérarchie formelle entre les différentes juridictions internationales et même entre celles-ci et les organes collégiaux, les commissions des réclamations et les organes quasi judiciaires ou, de fait, les moyens pacifiques de

règlement des différends tels que ceux visés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2018 en ce qui concerne l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*. Dans l'affaire de l'*Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, dont ont connu simultanément un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la Cour de Justice des Communautés européennes, le tribunal a décidé de suspendre la procédure jusqu'à ce que celle-ci ait statué, non en raison de l'existence d'une hiérarchie, mais « eu égard au respect et à la courtoisie mutuels qui doivent prévaloir entre institutions judiciaires », qui peuvent toutes deux être « appelées à déterminer les droits et obligations de deux États ». À l'opposé, l'alinéa b) du projet de conclusion 4 propose une hiérarchie là où il n'en existe pas.

Deuxièmement, cette disposition méconnaît le poids particulier qui doit être accordé aux décisions ou prononcés des juridictions et organes d'experts spécialisés dans leurs domaines de compétence respectifs et dans l'interprétation des instruments internationaux dont les États les ont chargés de superviser l'application. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour internationale de Justice a estimé devoir accorder « une grande considération » à l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adoptée par le Comité des droits de l'homme. Ainsi, par exemple, aux fins de l'application d'un instrument régional spécifique, les vues d'une juridiction ou d'un organe régional peuvent être aussi pertinentes ou, dans certains cas, plus pertinentes, qu'un prononcé de la Cour.

De plus, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a réaffirmé la nécessité de prouver l'existence d'un « contrôle effectif », le critère défini dans l'arrêt qu'elle avait rendu en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, et elle a rejeté le critère de « contrôle global » en matière de responsabilité de l'État à raison de la conduite de personnes privées retenu en 1995 par la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić*. La Cour a, pour défendre son critère, distingué les questions de « droit international général » de celles relevant du « domaine spécifique de compétence » du Tribunal et affirmé que la responsabilité de l'État à raison de la conduite de personnes privées relevait en général de la première catégorie. Il importe de noter que la Cour a semblé reconnaître la pertinence de la jurisprudence du Tribunal concernant les questions relevant de la compétence spéciale de celui-ci et a longuement cité cette jurisprudence dans son arrêt. L'alinéa b) du projet de conclusion 4 ne rend pas compte de cette nuance.

Troisièmement, s'il s'agit, en conférant à la Cour internationale de Justice un rôle prééminent, de lutter contre la « fragmentation du droit international » en promouvant « la cohérence et l'uniformité » du système juridique international, il faut rappeler que « la cohérence » et l'« uniformité » sont toutes deux des notions extrêmement complexes qui ne peuvent être uniquement envisagées du point de vue de la rationalité formelle. La recherche de la « cohérence » et de « l'uniformité » doit tenir compte de l'« irrationalité » des inégalités existant dans le monde et ne saurait être un prétexte pour cantonner le droit international dans un rôle de légitimation du statu quo.

L'alinéa c) du projet de conclusion 4 devrait être modifié pour qu'il soit clair que seules les décisions de juridictions internationales « appliquant le droit international » peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

S'agissant du projet de conclusion 5, M. Galindo propose d'ajouter un renvoi explicite à la représentation géographique et à la diversité linguistique. Par exemple, les mots « des différends régions et des différents systèmes juridiques et est rédigée en différentes langues » pourraient être ajoutés après les mots « les opinions concordantes des spécialistes ». Cet ajout contribuerait dans une certaine mesure à remédier à l'iniquité choquante de la pratique des juridictions internationales consistant à toujours citer les travaux du même groupe d'auteurs de sexe masculin originaires d'États occidentaux, ce en dépit de l'énorme contribution que des hommes et des femmes non occidentaux de traditions juridiques différentes, originaires d'États en développement et de pays les moins avancés et s'exprimant dans différentes langues ont apporté au développement du droit international. Dans ses résolutions les plus

récentes sur le multilinguisme, l'Assemblée générale a qualifié le multilinguisme de « valeur fondamentale » de l'Organisation des Nations Unies qui contribue à la réalisation des objectifs de celle-ci. Enfin, la Commission devra décider si le projet de conclusion 5 doit viser les opinions des organes d'experts privés ou habilités par les États et les opinions individuelles de juges, d'arbitres et d'autres organes juridictionnels, ou si celles-ci doivent faire l'objet d'un projet de conclusion distinct. M. Galindo recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 55.