

Provisoire

**Réservé aux participants**

28 novembre 2023

Français

Original : anglais

---

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

**Compte rendu analytique provisoire de la 3628<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 19 mai 2023, à 10 heures

**Sommaire**

Principes généraux du droit (*suite*)

*Rapport du Comité de rédaction*

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](mailto:trad_sec_fra@un.org)).



**Présents :**

*Présidente :* M<sup>me</sup> Oral  
*Membres :* M. Akande  
M. Argüello Gómez  
M. Asada  
M. Cissé  
M. Fathalla  
M. Fife  
M. Forteau  
M. Galindo  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Grossman Guiloff  
M. Huang  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M. Lee  
M. Mavroyiannis  
M. Mingashang  
M. Nesi  
M. Nguyen  
M<sup>me</sup> Okowa  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Oyarzábal  
M. Paparinskis  
M. Patel  
M<sup>me</sup> 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 20.*

**Principes généraux du droit** (point 3 de l'ordre du jour) (*suite*) ([A/CN.4/753](#))

*Rapport du Comité de rédaction* ([A/CN.4/L.982](#))

**M. Paparinskis** (Président du Comité de rédaction), présentant le premier rapport que le Comité de rédaction a établi à la soixante-quatorzième session et qui porte sur le sujet « Principes généraux du droit », remercie le Rapporteur spécial pour son approche et ses conseils constructifs ainsi que les membres du secrétariat pour leur assistance précieuse. Le rapport reproduit le texte des projets de conclusions 1 à 11 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture.

En 2021, à sa soixante-douzième session, la Commission a provisoirement adopté les projets de conclusions 1, 2 et 4 et les commentaires y relatifs et pris note du projet de conclusion 5. En 2022, à la soixante-treizième session de la Commission, le Comité de rédaction a achevé l'examen au fond de tous les projets de conclusion et provisoirement adopté le projet de conclusion 3 et les projets de conclusions 6 à 11, après quoi il a revu une dernière fois l'ensemble des projets de conclusion pour s'assurer de la cohérence de leurs dispositions. À la même session, la Commission a provisoirement adopté les projets de conclusions 3, 5 et 7 et les commentaires y relatifs et pris note des projets de conclusions 6, 8, 9, 10 et 11.

À la session en cours, le Comité de rédaction a procédé à une dernière relecture de l'ensemble des projets de conclusion provisoirement adoptés les années précédentes et décidé d'apporter des modifications mineures au texte français. Aucune modification n'a été apportée au texte des projets de conclusion dans les autres langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Durant ses débats, le Comité a rappelé qu'il serait utile que la Commission envisage d'élaborer un ou plusieurs projets de conclusion supplémentaires sur la question de la preuve de la reconnaissance d'un principe général du droit par l'ensemble des nations. Il a également noté que la question de la preuve de la reconnaissance pouvait être envisagée plus en détail dans les commentaires du projet de conclusions. Cette question avait également été soulevée au Comité de rédaction en 2022 et évoquée dans la déclaration, publiée sur le site Web de la Commission, faite par le Président du Comité à la soixante-treizième session.

Le Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter en première lecture le projet de conclusions sur le sujet « Principes généraux du droit ».

**La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter en première lecture l'ensemble du projet de conclusions sur les principes généraux du droit, publié sous la cote [A/CN.4/L.982](#).

*Il en est ainsi décidé.*

**M. Vázquez-Bermúdez** (Rapporteur spécial) remercie le Président du Comité de rédaction pour son rapport et dit qu'il sait gré aux membres de la Commission d'avoir adopté le projet de conclusions en première lecture. Il est convaincu que grâce à la coopération et aux contributions de tous les membres, la Commission sera en mesure d'adopter les commentaires du projet de conclusions durant la seconde partie de sa soixante-quatorzième session et de les soumettre à la Sixième Commission en 2023, avec le projet de conclusions.

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

**M. Fife** dit que le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » constitue une base solide pour la poursuite des travaux de la Commission. Ce rapport est exhaustif et de lecture agréable, très fouillé, clairement structuré et convaincant à plusieurs égards. L'étude du Secrétariat résumant les travaux antérieurs de la Commission en rapport avec le sujet est également très utile.

Certains passages du rapport semblent inviter le lecteur à se livrer à un exercice théorique ambitieux. Les sections VI et IX, en particulier, soulèvent un certain nombre de questions théoriques, notamment les suivantes : qu'est-ce qu'une source du droit international ? Que sont les moyens auxiliaires de détermination d'une règle de droit et que doit-on inclure dans cette catégorie ? Les dispositions fondamentales de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice doivent-elles n'être considérées que comme indiquant le droit applicable par la Cour elle-même ou la Commission doit-elle adopter une approche plus large et envisager également des moyens auxiliaires d'application plus générale ? Plus fondamentalement, le concept de moyen auxiliaire risque-t-il de susciter la confusion parmi les juristes au lieu de les éclairer en se révélant être, en fait, une source formelle ou primaire du droit international qui ne dit pas son nom ?

Le sujet porte sur les principaux rouages de la « salle des machines » du droit international public, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine. Bien que débattre de la méthode, de la nature, de la légalité, de la normativité, de l'autorité et de la légitimité du droit international comporte certains risques, ces questions sont indéniablement intéressantes. Elles ont inspiré les écrits fondamentaux de nombreux théoriciens du droit, comme l'a fait observer M. Mingashang, et elles continueront sans aucun doute de susciter des débats à l'avenir, les praticiens continuant très probablement à y être confrontés presque quotidiennement. De tels débats n'ôtent rien à l'importance des sources du droit international : au contraire, ils la mettent en lumière et, pour cette raison, M. Fife sait particulièrement gré au Rapporteur spécial des efforts considérables qu'il fait pour assurer la rigueur scientifique et la transparence des travaux de la Commission sur le sujet.

Ces travaux devraient porter essentiellement sur la codification, avec des orientations pratiques pour promouvoir la clarté, la cohérence conceptuelle et, en fin de compte, le consensus. M. Fife convient que les termes de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice doivent être le point de départ et appuie sans réserve les objectifs définis par le Rapporteur spécial au paragraphe 42 et, en particulier, aux paragraphes 57 à 60 de son rapport, où est souligné le rôle majeur que la Commission a joué « en étudiant et en clarifiant de façon systématique les sources fondamentales du droit international visées au paragraphe 1 de l'Article 38 » ainsi que la nécessité de clarifier la terminologie « dans l'espoir d'éviter, autant que faire se peut, toute ambiguïté ».

Eu égard à la nécessité de clarifier la terminologie, il serait utile d'examiner le sens des principaux termes utilisés dans les règles bien établies d'interprétation des traités, en particulier celles énoncées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Comme l'a indiqué M. Forteau lors d'une séance précédente, un examen du sens ordinaire des termes utilisés dans les divers textes authentiques de la Convention serait très utile au stade initial des travaux sur le sujet, avant, par exemple, tout examen des travaux préparatoires, qui ne sont d'ailleurs qu'un moyen complémentaire d'interprétation. Comme l'ont souligné M. Galindo et d'autres, il importe d'étudier des documents juridiques multilingues et les différentes versions linguistiques des mêmes textes.

Le sens ordinaire des principaux termes de la formule « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » est analysé, quoique brièvement, aux paragraphes 334 et 335 du rapport. Bien que le paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques, le libellé de cette formule à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du texte français du Statut de la Cour internationale de Justice – « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » – exprime une nuance légèrement différente. Le terme « moyen auxiliaire » désigne quelque chose qui aide à déterminer les règles de droit, ce qui est relativement différent de quelque chose qui constitue une autre source de droit alternative, supplémentaire ou complémentaire, un sens inhérent au texte anglais. On trouve la même nuance dans le texte authentique du Statut dans d'autres langues. Par exemple, dans le texte espagnol, la formule est rendue par les mots « *medio auxiliar* » et le texte arabe peut pareillement être interprété comme ayant le sens de « *auxiliary* » ou « en réserve ». Les termes utilisés en allemand ont le même sens littéral que les termes français. De plus, dans la doctrine allemande, les traités, la coutume et les principes généraux du droit sont communément désignés comme les « sources réelles du droit » par opposition aux moyens

auxiliaires. Un examen de ces traductions est utile en ce qu'il donne des indications supplémentaires quant aux sens largement et concurremment attribués à ces termes.

M. Fife pense comme M. Forteau qu'il faut distinguer la formule « moyens complémentaires d'interprétation » utilisée en français à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités des termes envisagés par la Commission dans le cadre du présent sujet. La Commission est comparativement la mieux placée, eu égard à sa composition unique et à la diversité des traditions juridiques représentée en son sein, pour donner des indications pratiques et promouvoir le consensus dès lors que tous ses membres ont pour objectif commun d'améliorer encore la cohérence linguistique du droit international.

Une autre source possible de malentendus lorsque l'on débat de sources du droit réside dans la transposition inconsciente dans l'ordre international de sources issues de la jurisprudence nationale. Les systèmes juridiques nationaux suivent des approches très diverses, et les différentes cultures juridiques peuvent avoir une influence sur la manière dont le droit international est enseigné. Dans les pays nordiques, la tradition réaliste représentée par le philosophe du droit danois Alf Ross a eu une influence décisive et formatrice sur de nombreux juristes. Ross plaçait les prédictions concernant les décisions judiciaires au premier plan de l'analyse juridique. Dans son ouvrage *A Textbook of International Law*, publié en 1947, Ross faisait valoir que, comme les sources du droit international sont des facteurs ou motifs généraux décisifs pour la détermination du contenu juridique spécifique des décisions judiciaires internationales, une théorie des sources du droit devait être élaborée à partir d'une analyse de la jurisprudence existante – en premier lieu les arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice. Cette démarche a été suivie systématiquement pour la première fois par Max Sørensen dans son ouvrage *Les sources du droit international* publié en 1946.

Selon Ross, la considération dominante, voire exclusive, devait être la manière dont les juridictions se comportaient en pratique, et une théorie des sources déduite de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice serait donc inadéquate dans la mesure où les dispositions de cet article ne reflétaient pas fidèlement ce qui se passait dans la réalité. Il considérait que les règles faisant autorité quant aux sources du droit ne restreignaient et n'orientaient l'application du droit que dans une mesure limitée et pouvaient ainsi être considérées comme des tentatives peu convaincantes de rendre compte de la réalité a posteriori. Cette conclusion vaut aussi, dans une certaine mesure, pour l'Article 38.

S'agissant des moyens auxiliaires, Ross considérait que, si l'Article 38 du Statut place « la doctrine des publicistes les plus qualifiés » sur le même plan que les « décisions judiciaires » en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit applicable, cette équivalence est trompeuse. La jurisprudence est une véritable source de droit qui contribue à l'élaboration des décisions judiciaires et est constamment invoquée pour les étayer, mais la doctrine ne joue quant à elle aucun rôle en tant que source de droit. La « doctrine des publicistes les plus qualifiés » n'est jamais invoquée dans les décisions, et elle ne l'est qu'occasionnellement dans les opinions individuelles ou dissidentes. De plus, comme l'a noté Sir Gerald Fitzmaurice dans un article intitulé « Some problems regarding the formal sources of international law », certains auteurs nient qu'une détermination doctrinale définitive des sources du droit soit possible. À l'appui de cette idée, Fitzmaurice cite la conclusion de Ross selon laquelle :

... la doctrine des sources ne peut jamais reposer sur des préceptes issus de l'une des sources juridiques dont la doctrine elle-même est censée prouver l'existence. Le fondement de la doctrine des sources du droit est dans tous les cas la pratique effective et elle seule. Les tentatives visant à énoncer des préceptes faisant autorité pour les sources du droit doivent être considérées comme des réflexions doctrinales a posteriori, qui sont souvent incomplètes et ne reflètent pas la réalité. [Traduction non officielle].

En Norvège, la théorie des sources du droit est enseignée dans les facultés de droit en tant que matière distincte et obligatoire. Influencée dans une certaine mesure par le réalisme américain, elle a souvent été caractérisée par une tendance sociologique à rechercher des preuves empiriques de ce que les juges font effectivement – ce que le Rapporteur spécial fait dans une certaine mesure – pour prédire les décisions futures et définir, sur cette base, l'état

actuel du droit tel qu'il est appliqué. Dans le cadre de cette approche, des critères extrêmement généraux sont utilisés pour identifier les sources de droit potentiellement pertinentes, mais cette permissivité est compensée par le poids juridique effectif conféré à telle ou telle source de droit dans un contexte donné. En d'autres termes, la nécessité de réaliser un équilibre entre pertinence et poids contrebalance l'effet de toute interprétation potentiellement trop généreuse de la pertinence de documents spécifiques. M. Fife dit qu'il mentionne cet effet uniquement pour illustrer les inconvénients de l'importation et de la transposition d'éléments d'un système juridique national sans tenir compte du contexte plus large des principes et règles applicables. Une observation similaire peut être faite en ce qui concerne toute transposition instinctive d'opinions concernant l'autorité et le rôle conférés aux décisions judiciaires : la conception du rôle du précédent, ou *stare decisis*, en vigueur dans les traditions de *common law* n'est pas nécessairement transposable dans d'autres systèmes juridiques.

Étant donné la diversité inhérente aux cultures et traditions juridiques nationales, une uniformité et une cohérence maximales sont nécessaires dans l'élaboration et l'utilisation en droit international d'un langage et d'une grammaire uniformes. Cette uniformité et cette cohérence peuvent être favorisées par une clarification conceptuelle propre à prévenir les malentendus, et la Commission est particulièrement bien placée pour contribuer à cette clarification. Il est essentiel que tous les juristes aient conscience de la différence conceptuelle entre les choses qui ont la force et l'autorité nécessaires pour établir des règles de droit et celles qui ne les ont pas. Or, dans la première édition de son traité de droit international, Lassa Oppenheim note que la plupart des auteurs ont tendance à confondre la « source » et la « cause » et, partant de cette base erronée, en arrivent à conclure que certains facteurs qui influent sur le développement du droit international sont des sources des règles de ce droit.

Certains passages du rapport peuvent susciter la même préoccupation fondamentale. Au paragraphe 162, l'expression « source du droit » est définie comme « ce qui confère au contenu des règles de droit international leur caractère de droit ». Cette définition est étayée par l'affirmation selon laquelle « lorsque les spécialistes du droit international parlent de sources, ils entendent généralement ce mot au sens technique de là où le droit puise sa force » – une affirmation qui peut raisonnablement être interprétée comme se rapportant aux normes qui lient les États ou, plus spécifiquement, aux facteurs ayant la force et l'autorité nécessaires pour établir des règles de droit international liant les États. Le paragraphe 163 explique que, selon la définition qui précède, le terme « sources » du droit doit s'entendre « comme désignant les normes de droit international qui ont un effet juridique contraignant pour les États ».

Cette approche correspond à une interprétation des sources du droit international qui, pour l'essentiel, assimile ce terme aux catégories de normes reconnues par le système juridique comme à même d'établir le droit – en d'autres termes, aux seules sources formelles du droit international. À supposer que la Commission suive cette approche, les moyens auxiliaires ne peuvent être considérés comme des sources du droit international, comme semble l'admettre le Rapporteur spécial lorsqu'il fait observer que « les moyens auxiliaires ne sont pas des sources, du moins pas formellement ». Cette approche est aussi conforme à l'interprétation de la notion de moyen auxiliaire adoptée par la Commission dans ses travaux antérieurs sur la détermination du droit international coutumier, dans le cadre desquels ni les décisions judiciaires ni la doctrine des publicistes ne sont qualifiées de source du droit international.

Interprétée plus largement, l'expression « sources du droit international » pourrait englober des sources matérielles constituées par d'autres facteurs qui, bien que n'ayant pas la force et l'autorité nécessaires pour établir des règles liant les États, peuvent néanmoins être invoqués pour étayer l'existence d'une règle ou le bien-fondé de telle ou telle interprétation juridique. Si cette approche est adoptée, les moyens auxiliaires pourraient être qualifiés de sources de droit en ce qu'ils constituent des sources matérielles susceptibles d'aider à la détermination des règles de droit international. Une telle interprétation créerait toutefois un terme générique très large qui engloberait non seulement les pratiques et processus considérés comme capables de créer des normes contraignantes et nécessaires pour ce faire, mais aussi tous autres facteurs susceptibles d'influencer la formation, l'application et l'interprétation du

droit international et qui attestent de la supériorité d'une interprétation juridique par rapport à une autre.

Quelle que soit l'option choisie, il est crucial que les termes soient utilisés de manière cohérente et expliqués adéquatement. Il semble clair à la lecture du rapport que l'interprétation large et inclusive de l'expression « source du droit international » n'est pas celle qui est envisagée pour les travaux sur le sujet, et la décision du Rapporteur spécial sur ce point doit être pleinement approuvée. C'est l'interprétation stricte qui correspond le mieux au sens ordinaire attribué aux termes utilisés à l'Article 38 dans les divers textes authentiques du Statut.

Le rapport semble néanmoins, dans son analyse subséquente de la notion de « moyen auxiliaire », osciller entre l'interprétation étroite et l'interprétation large de l'expression. Dans certains passages essentiels du texte, l'interprétation stricte du terme définie au chapitre VI est appliquée de manière appropriée conformément à la définition qualifiée de « suffisant[e] pour les besoins de la présente étude ». En revanche, dans d'autres passages du rapport, l'expression tend à être utilisée dans un sens plus général et inclusif. Par exemple, dans la section contenant les observations du Rapporteur spécial sur les éléments des moyens auxiliaires, il est indiqué que « les deux sources auxiliaires que sont les décisions judiciaires et la doctrine sont mises sur un pied d'égalité à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut ». De plus, on peut lire ce qui suit au paragraphe 194 : « [c]es moyens, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes, peuvent être regardés comme subordonnés aux autres sources mentionnées dans l'article mais ne sont pas censés l'être ». Dans de tels cas, le terme « source » semble être employé dans un sens totalement différent de celui présenté comme le plus adapté aux objectifs de la Commission. Or, dans ces contextes, rien n'indique que le terme « source » est employé dans un sens qui s'écarte de la définition qui en est donnée au chapitre VI. M. Fife invite donc le Rapporteur spécial à veiller à assurer la plus grande cohérence possible dans ses rapports suivants. Il s'agit d'une question non seulement de style mais aussi de fond. Lorsque le terme « source » est défini comme « ce qui confère au contenu des règles de droit international leur caractère de droit », les variations terminologiques susmentionnées risquent d'entraîner une inflation involontaire de l'autorité et de la pertinence des moyens auxiliaires qui apparaissent alors comme des sources autonomes de normes.

M. Fife souscrit pleinement à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle les moyens auxiliaires visés à l'Article 38 ne constituent pas des « sources de droit » si ce terme est entendu comme désignant les sources formelles ; ce point est clairement reflété dans la structure et le libellé de l'Article 38. Le renvoi de l'Article 38 à l'Article 59 du Statut, qui dispose que les décisions de la Cour internationale de Justice ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé, montre que la référence aux décisions judiciaires n'implique pas l'existence en droit international d'une règle générale de précédent judiciaire mais vise simplement à confirmer que la Cour peut invoquer sa jurisprudence en tant que facteur pouvant l'aider à déterminer les règles de droit. En outre, le terme « auxiliaire » indique clairement que la fonction et la pertinence des facteurs visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 diffèrent de celles des catégories visées aux alinéas a), b) et c) du même texte. Si une décision d'une juridiction internationale, ou un large consensus parmi les publicistes, peuvent inspirer la position juridique des États et être invoqués à l'appui d'une plaidoirie, ni cette inspiration ni cet appui ne reposent sur l'idée que ces éléments constituent en eux-mêmes des normes du droit international.

Cet aspect de la notion de moyen auxiliaire est d'une importance fondamentale et mérite d'être clairement reflété dans une conclusion distincte qui situera l'ensemble du projet de conclusions dans le contexte voulu et fournira des indications méthodologiques claires quant à la pertinence des moyens auxiliaires. L'absence d'une telle conclusion pourrait, avec le temps, susciter la confusion.

En ce qui concerne l'importance pratique de la catégorisation, M. Fife rappelle ce qu'a dit Joseph Raz dans son ouvrage *The Concept of a Legal System* : « Le droit est caractérisé par une définition rigide et relativement claire de ce que sont les documents juridiques faisant autorité, tout autant que par un certain flou quant au sens et à l'importance de ces documents. » [Traduction non officielle]. Cette affirmation contient des éléments de vérité, mais en poursuivant ses travaux sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial la

Commission contribuera à réduire ce flou au minimum. Dans l'application du cadre juridique existant, un très grand nombre de documents juridiques pourront être mis en évidence. Certaines catégories utiles ont déjà été évoquées.

La première comprend les documents juridiques pouvant être qualifiés de « moyen d'interprétation » d'un traité, par exemple les documents qui font partie du « contexte » visé à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou des « moyens complémentaires d'interprétation » au sens de l'article 32. La deuxième catégorie comprend les documents juridiques qui fournissent des preuves de l'existence des éléments constitutifs du droit coutumier ou de principes généraux. Comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif de 1996 sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ces documents peuvent « fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ». La troisième catégorie de documents juridiques comprend les déclarations unilatérales, qui présentent des caractéristiques que la Cour internationale de Justice a analysées et qui peuvent créer des obligations juridiques. La Commission a donné des indications distinctes au sujet de cette catégorie.

Les fonctions des documents juridiques entrant dans les catégories susmentionnées sont claires et distinctes de celles des moyens auxiliaires. M. Fife est donc d'accord avec les membres qui ont mis en garde contre l'élargissement excessif de la définition des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, car ces moyens ne doivent pas avoir les mêmes fonctions que les documents juridiques qu'il vient de mentionner.

S'agissant du rôle des décisions judiciaires et de la doctrine, l'importance des décisions judiciaires est incontestable, comme indiqué dans le rapport. M. Fife convient toutefois avec d'autres membres que l'autorité et le rôle particuliers de la Cour internationale de Justice doivent être soulignés, conformément à la description générale que la Cour a donnée de son rôle dans son avis consultatif concernant les *Armes nucléaires* : « La Cour ne saurait certes légiférer. [...] Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. ». La Cour a ainsi indiqué clairement qu'elle n'était pas une institution législatrice, et elle n'a jamais prétendu l'être. L'objet et le but de l'Article 38 du Statut est de définir exactement sa fonction judiciaire.

Il faut aussi souligner l'importance d'une jurisprudence constante constituée au fil du temps, en particulier par la Cour internationale de Justice, qui peut avoir contribué à l'apparition et à la consolidation d'une méthodologie bien établie. L'interprétation de l'Article 38 du Statut mise à part, la jurisprudence peut avoir un rôle particulier à jouer en fournissant des arguments d'acceptabilité aux États qui négocient, en particulier dans le domaine du droit de la mer. Les décisions judiciaires peuvent ainsi non seulement jouer le rôle de moyen auxiliaire mais également contribuer à prouver l'existence d'une *opinio juris* pouvant déboucher sur l'élaboration d'un traité.

Il est essentiel, dans le cadre d'une analyse empirique de la prise en compte des décisions judiciaires par les juges, d'examiner attentivement les dispositions relatives au droit applicable qui définissent les fonctions de la juridiction concernée. Cela vaut pour les méthodes de travail des juridictions du système international de justice pénale ainsi que des tribunaux hybrides spéciaux. L'exemple mentionné au paragraphe 174 du rapport concerne l'Accord de 1992 sur l'Espace économique européen, qui a réuni les États membres de l'Union européenne et trois des quatre États membres de l'Association européenne de libre-échange – l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège – en un marché unique, et a ainsi prévu l'application de la législation de l'Union européenne dans divers secteurs et énoncé des règles précises quant à la pertinence des décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne. Il n'est toutefois pas certain que ce cadre juridique très particulier fournisse des indications en ce qui concerne les moyens auxiliaires.



Lorsqu'elle défend l'intégrité systémique du droit international, la Commission doit tenir pleinement compte de la prolifération des juridictions établies pour régler des problèmes particuliers, ainsi qu'à la possibilité d'un dialogue et d'une fertilisation croisée qui contribueraient à contrecarrer la fragmentation préjudiciable du droit international. À la lumière des critiques formulées par M. Mingashang à l'encontre du cadre juridique actuel, il pourrait être utile que le Rapporteur spécial se penche le moment venu sur la révolution qui s'est produite et qui fait que les décisions judiciaires et la jurisprudence d'institutions extrêmement diverses sont disponibles grâce à la numérisation et à Internet. Alors que l'accès à ces décisions dans les bibliothèques juridiques était encore extrêmement limité ne serait-ce que quelques décennies auparavant, une démocratisation s'est produite qui a donné largement accès à un volume énorme de jurisprudence internationale et nationale. Le problème est désormais celui de la surinformation et de la difficulté d'obtenir une vue d'ensemble de la jurisprudence réunie dans les vastes bases de données en ligne. La doctrine joue dans ce contexte un rôle nouveau et elle s'est élargie aux travaux des chercheurs de plusieurs continents. M. Fife appuie l'opinion exprimée par d'autres membres selon laquelle la Commission devrait tenir compte de la doctrine issue des différentes régions. Dans ce contexte, il invite également le Rapporteur spécial à se pencher sur le rôle que joue l'informatique juridique. Un exemple remarquable est fourni à cet égard par la base de données des outils juridiques de la Cour pénale internationale, mise en place pour que chacun ait facilement accès à la jurisprudence des diverses institutions actives dans le domaine du droit pénal international.

Comme l'ont déclaré d'autres membres, il conviendrait de tenir dûment compte des organes dont la production doit être considérée comme pertinente aux fins de l'analyse des décisions judiciaires. Les déclarations et appréciations de divers organes conventionnels tels que le Comité des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'enfant ne peuvent pas à proprement parler être qualifiées de « décisions judiciaires ». Ce terme s'entend normalement des décisions des institutions exerçant des pouvoirs judiciaires. Bien que certains de ces comités qualifient de « jurisprudence » les décisions qu'ils rendent sur les plaintes individuelles, de nombreux États parties se sont toujours opposés à cette qualification en faisant valoir que comme les comités en question n'étaient pas des juridictions, ils ne pouvaient pas produire de « jurisprudence ». Cela ne signifie toutefois pas que les textes juridiques issus de leurs travaux ne peuvent pas, dans certaines circonstances, constituer des preuves importantes aux fins de l'identification de normes primaires.

Plus généralement, le rapport tend à surestimer la pertinence des moyens auxiliaires. Les moyens auxiliaires, en particulier les décisions judiciaires, exercent certes une influence sur la théorie du droit international et plus généralement sur le développement de ce droit, mais il faut distinguer nettement les débats sur cette influence de ceux relatifs à la pertinence et l'autorité formelles des moyens auxiliaires. Des passages du rapport concernant l'influence de facto des décisions judiciaires suggèrent un rôle plus formel. Or le fait que les juges puissent influencer sur le développement du droit international ne signifie pas qu'ils créent le droit. Il existe une différence entre inspiration et influence d'une part, et pouvoirs normatifs de l'autre. L'affirmation figurant au paragraphe 208 du rapport selon laquelle le statut formel « auxiliaire » des décisions judiciaires contraste en pratique avec leur rôle fondamental et leur importance dans le développement et la consolidation du droit international peut également susciter la confusion et amener à surestimer l'autorité de ces décisions. Le libellé de l'alinéa a) du projet de conclusion 4, qui dispose que les décisions de juridictions internationales sont « des moyens qui font particulièrement autorité aux fins de l'identification ou de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international », peut également créer une confusion, eu égard en particulier à l'emploi des termes « identification » et « détermination ». Pour réduire au minimum le risque de malentendus concernant le statut des moyens auxiliaires par rapport aux sources du droit international, un projet de conclusion distinct expliquant le statut formel des moyens auxiliaires serait utile.

S'agissant du poids à accorder à la doctrine, la principale considération doit être la qualité du texte et non la réputation ou les qualifications de l'auteur. Le fait que le texte soit ou non issu d'un processus institutionnel est un autre facteur à prendre en compte.

Quant à la hiérarchie entre les moyens auxiliaires et les sources énumérées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38, M. Fife ne partage pas l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'y a pas de hiérarchie entre les traités, la coutume et les principes généraux d'une part et les moyens auxiliaires de l'autre. Le paragraphe 1 de l'Article 38 n'emploie pas explicitement le terme « hiérarchie », mais il est néanmoins clair que les catégories visées aux alinéas a), b) et c) diffèrent par leur fonction et leur statut des « moyens auxiliaires » visés à l'alinéa d). Les premières sont des sources formelles – des catégories de normes susceptibles de créer des obligations en droit international, ce que ne peuvent faire les moyens auxiliaires. Le terme « moyen auxiliaire » indique également que les facteurs mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 sont d'une certaine manière secondaires par rapport aux catégories visées aux alinéas a), b) et c) de la même disposition. M. Fife n'est donc pas d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme que les moyens auxiliaires « peuvent être regardés comme subordonnés aux autres sources mentionnées dans l'article mais ne sont pas censés l'être ». Selon le cadre formel des sources du droit international, une règle conventionnelle ou coutumière clairement énoncée, voire un principe général du droit, prévaut sur toute décision judiciaire ou position doctrinale ou sur tout autre moyen auxiliaire d'effet contraire. Les États appliquent généralement dans l'ordre séquentiel le cadre établi au paragraphe 1 de l'Article 38, et si tel est le cas pour les normes énoncées aux alinéas a) à c) c'est assurément aussi le cas pour les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d). Affirmer qu'il n'y a pas de relation hiérarchique effective ou formelle entre ces différents niveaux de l'argumentation juridique risque d'alarmer les États, et dire que la catégorie des moyens auxiliaires n'a jamais été censée être subordonnée aux catégories de normes visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38 risque d'entraîner progressivement une inflation indue de l'autorité et de la pertinence des moyens auxiliaires.

M. Fife est d'accord avec les membres qui ont fait valoir que la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes en 1920 ne devait pas jouer un rôle décisif dans la manière dont la Commission interprète aujourd'hui le Statut. Il considère toutefois que les principaux dilemmes touchant la légitimité jurisprudentielle exprimés durant les débats en 1920 demeurent pertinents. La principale question est de savoir comment les juges doivent justifier leurs décisions, et ce qu'il faut faire lorsque ni le droit conventionnel ni le droit coutumier ne fournissent de règle de droit international applicable. Le membre norvégien du Comité consultatif, Francis Hagerup, est connu pour avoir combattu l'idée que la future cour puisse se trouver dans une situation de *non-liquet*. Le risque de *non-liquet* est relativement rare de nos jours, et les problèmes concernent plutôt la nécessité d'un dialogue et d'une fertilisation croisée entre des juridictions très diverses.

**M. Grossman Guiloff** dit qu'il pense comme d'autres membres que la Commission doit procéder avec prudence afin de ne pas élargir indûment la définition des moyens auxiliaires. Il se demande toutefois s'il ne conviendrait pas d'étudier des notions comme celle de « contrôle de conventionnalité » en vigueur dans le système interaméricain, notamment son impact et la pratique étatique pouvant exister à cet égard. Au paragraphe 124 de la décision qu'elle a rendue en 2006 dans l'affaire *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré ce qui suit :

La Cour est consciente que les juges et tribunaux nationaux sont tenus de respecter l'état de droit et donc d'appliquer les dispositions en vigueur dans le système juridique. Toutefois, lorsqu'un État a ratifié un traité international comme la Convention américaine [relative aux droits de l'homme], ses juges, qui font partie de l'appareil étatique, sont eux aussi liés par cette convention. Cela les oblige à veiller à ce que tous les effets des dispositions de celle-ci ne soient pas négativement affectés par l'application de lois qui sont contraires à son but et qui n'ont eu aucun effet juridique depuis leur adoption. En d'autres termes, la justice doit exercer une sorte de « contrôle de conventionnalité » des dispositions du droit interne appliquées dans des affaires spécifiques au regard de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. [Traduction non officielle]

M. Grossman Guiloff se demande s'il ne conviendrait pas d'étudier l'impact qu'a eu cette décision dans les Amériques depuis 2006 et de se demander si des décisions similaires n'ont pas été rendues dans d'autres régions qui pourraient également être examinées dans le cadre des travaux sur le sujet.

**M. Forteau** dit que pourraient également être pris en compte les arrêts en interprétation – dont les effets ne se limitent pas aux parties en litige – rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne en réponse à des questions préjudicielles. Cela dit, la Commission ne doit pas oublier que ses travaux portent sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et non sur les effets des décisions des juridictions internationales. La Commission n'examine les décisions judiciaires qu'en tant que moyen auxiliaire et n'étudie pas les autres effets potentiellement beaucoup plus larges qu'elles peuvent avoir. Peut-être conviendrait-il donc d'envisager d'élaborer une clause « sans préjudice » pour exclure les effets des décisions judiciaires. L'article 21 du Statut de la Cour pénale internationale devrait également être pris en compte à cet égard.

**M. Fife** dit que la question soulevée par M. Grossman Guiloff est extrêmement intéressante. Par ailleurs, il appuie totalement l'observation faite par M. Forteau. S'il a lui-même fait quelques digressions sur les différents rôles et fonctions des décisions judiciaires, c'était uniquement pour que la Commission soit pleinement consciente de la valeur ajoutée et du caractère particulier des moyens auxiliaires et puisse procéder aux distinctions nécessaires lorsque cela peut être utile.

**M. Grossman Guiloff** dit qu'il souhaiterait que des phénomènes tels que le « contrôle de conventionnalité » soient étudiés comme il convient avant de conclure qu'ils ne relèvent pas du sujet.

*La séance est levée à 11 h 35.*