

Provisoire

Réservé aux participants

11 décembre 2023

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3629^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 23 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. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Mangklatanakul
M. Mavroyiannis
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M. Ouazzani Chahdi
M. Paparinskis
M. Patel
M. Reinisch
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 10.

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

M. Paparinskis remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international (A/CN.4/760) ainsi que le Secrétariat pour son excellente étude (A/CN.4/759). À l'avenir, la Commission pourrait envisager de demander au Secrétariat de présenter ses études en séance plénière après que les rapporteurs spéciaux ont présenté leur rapport, car cela pourrait contribuer à encadrer le débat.

Comme rappelé dans l'étude du Secrétariat, la Commission a déjà eu l'occasion de se pencher sur le sujet des moyens auxiliaires d'un point de vue conceptuel. C'est sous cet angle que le Rapporteur spécial devrait envisager le sujet, en tirant parti des travaux menés par la Commission lors du précédent quinquennat, en particulier les conclusions 13 et 14 du projet de conclusions qu'elle a adopté en 2018 sur la détermination du droit international coutumier, qui ont été bien accueillies par les États.

Comme certains membres pourraient craindre, étant donné la manière dont les travaux antérieurs de la Commission sont présentés dans le rapport, que le Rapporteur spécial n'en tienne compte qu'en relation avec certains points de rédaction, celui-ci pourrait peut-être, lorsqu'il résumera le débat, confirmer que ces craintes sont infondées et indiquer s'il entend procéder comme indiqué par le Président du Comité de rédaction à la session précédente pour le sujet « Principes généraux du droit » (A/CN.4/SR.3605), à savoir ne pas s'écarter de l'approche suivie antérieurement par la Commission pour ne pas donner l'impression que toutes les sources du droit international ne sont pas traitées de la même manière. Il renforcerait ce faisant les éléments de codification des travaux antérieurs de la Commission et permettrait aux États de prendre plus facilement position sur le sujet à l'examen dans le cadre de la Sixième Commission.

Comme l'ont déclaré M. Forteau et d'autres membres, la Commission doit se concentrer sur les aspects pratiques du sujet. Cela ne signifie pas que la seule approche possible soit celle du positivisme formaliste, ni que les publicistes des écoles théoriques ou critiques ou ceux dont les travaux ont une connotation sociologique, empirique ou autre connotation interdisciplinaire n'ont pas apporté de contributions cruciales au droit international, comme l'ont noté M. Mingashang et M. Fife. Toutefois, étant donné que le sujet a son origine dans une disposition relative au droit applicable par un organe judiciaire et que le traitement dont il a fait l'objet dans le cadre des travaux menés depuis 2015 par la Commission n'a pas suscité de controverses, celle-ci ne devrait pas lorsqu'elle l'examine s'éloigner du droit international classique. Bien entendu, elle peut et doit néanmoins tenir compte de la diversité et du pluralisme de la société contemporaine et de son histoire, comme M. Mingashang l'a fait valoir avec force.

Dans le même ordre d'idées, la Commission devrait réfléchir à l'intérêt de l'imprécision – un concept emprunté à Timothy Endicott – et se demander si certains aspects du sujet ne gagneraient pas en fait à demeurer relativement imprécis. Par exemple, pour déterminer si ses propres travaux constituent un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Commission doit vérifier que tel ou tel document reflète bien ses vues, comme indiqué à la page 69 de la dixième édition de la publication intitulée *The Work of the International Law Commission*, et déterminer quel poids accorder à ses travaux en se fondant sur des considérations comme celles énoncées au paragraphe 111 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*.

Il est toutefois moins évident qu'il faille accorder beaucoup d'importance à la place des textes issus des travaux de la Commission dans la taxonomie interne de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et à la question de savoir s'ils relèvent de la « doctrine », s'ils n'entrent dans aucune catégorie particulière ou encore s'ils constituent des travaux d'« organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales » au sens de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des

normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Comme les moyens auxiliaires peuvent être introduits dans des contextes institutionnels très divers, le droit international tend à adopter une approche pragmatique en tolérant, voire en encourageant, l'imprécision en ce qui concerne la taxonomie interne de cette disposition. En bref, clarifier quels éléments entrent dans la catégorie des moyens auxiliaires et quel poids il convient de leur accorder serait très utile en pratique, même s'il faut se garder d'affiner la taxonomie pour elle-même, car il n'est pas évident qu'introduire de nouvelles catégories non visées à l'Article 38 ou opérer une distinction tranchée entre celles qui y sont visées servirait l'ordre juridique international.

En ce qui concerne la portée des travaux sur le sujet et le texte qui en sera issu, M. Paparinskis dit qu'il pense lui aussi que la question des décisions judiciaires contradictoires sur un même point de droit international ne relève pas du sujet, comme indiqué au paragraphe 27 du plan d'étude annexé en 2021 au rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-douzième session. Premièrement, la question a déjà été examinée par le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international ; deuxièmement, elle ne présente peut-être pas, en pratique, autant d'intérêt qu'on a pu le penser à l'époque ; troisièmement, elle est déjà partiellement envisagée en lien avec le projet de conclusion 3, qui porte sur les critères d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit ; et quatrièmement, les relations entre les juridictions exigent un cadre différent de celui du sujet à l'examen, axé sur les normes générales. Une telle étude devrait plutôt porter sur la grande diversité de la pratique juridictionnelle, dans le cadre de laquelle, bien que les principes de droit procédural jouent un certain rôle, les questions envisagées concernent principalement les règles spécialisées et extrêmement variées régissant la compétence et le droit applicable. Cette question pourrait néanmoins être envisagée dans les commentaires ou dans une clause sans préjudice.

Le principal argument du Rapporteur spécial à l'appui de sa proposition tendant à ce que le texte qui sera issu des travaux de la Commission prenne la forme d'un projet de conclusions est qu'il faut assurer la cohérence avec les travaux récents et en cours de la Commission sur les sources du droit. Les moyens auxiliaires ne sont toutefois pas des sources du droit international, et la Commission pourra donc vouloir marquer le caractère distinct du présent sujet en donnant une autre forme, par exemple celle d'un projet de directives, au texte issu de ses travaux.

En ce qui concerne les questions de terminologie, il serait préférable d'utiliser les termes consacrés du droit international et d'éviter d'employer des termes étroitement associés à une tradition juridique nationale particulière. Il conviendrait par exemple d'éviter les expressions issues de la *common law* telles que « *case law* » (jurisprudence), dont les implications descriptives, normatives et institutionnelles ne sont pas adaptées à des débats sur le droit international général. Bien que la pratique ne soit pas cohérente sur ce point, que ce soit à la Commission ou à la Cour internationale de Justice, la Commission pourra vouloir saisir l'occasion pour arrêter une terminologie proprement internationale et universelle et la normaliser dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

S'agissant de la méthodologie, s'il convient avec le Rapporteur spécial que les travaux sur le sujet doivent être guidés par la pratique des États au sens des conclusions sur la détermination du droit international coutumier adoptées par la Commission en 2018, M. Paparinskis dit qu'un degré de détail plus poussé serait le bienvenu, en ce qui concerne tant le problème conceptuel que soulève la démarche consistant à s'appuyer sur un élément constitutif des sources pour identifier les moyens de leur détermination que les exemples pratiques de la manière dont le Rapporteur spécial entend procéder à cet égard. Dans le cas de la coutume, il est plus facile d'imaginer comment un État peut exprimer sa position au sujet des moyens auxiliaires dans ses écritures devant les juridictions internationales, dans ses déclarations à la Sixième Commission ou dans des opinions juridiques, lesquelles, selon la taxonomie des conclusions de 2018, constituent des preuves de l'*opinio juris*.

M. Paparinskis dit qu'il a pris note de la demande du Rapporteur spécial tendant à ce que les membres proposent des références pour inclusion dans une bibliographie multilingue et souscrit pleinement aux observations faites par les membres, notamment M. Galindo, à l'appui du multilinguisme. La Commission ne devrait d'ailleurs pas se limiter aux langues

officielles de l'Organisation des Nations Unies et incarner une universalité linguistique et un pluralisme intellectuel véritables.

S'agissant de la nature et de la fonction des sources dans le système juridique international, M. Paparinskis engage en premier lieu le Rapporteur spécial à suivre, plutôt qu'à « problémat[iser] », les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, en particulier ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier. La relation entre les sources et les moyens auxiliaires est déjà clairement décrite au paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 13, qui indique que les moyens auxiliaires jouent un rôle secondaire et que le terme « auxiliaires » ne signifie pas que ces moyens ne sont pas importants aux fins de la détermination du droit international coutumier. M. Paparinskis dit qu'il partage cette position tout en soulignant que l'importance des décisions judiciaires et de la doctrine ne signifie pas non plus qu'elles constituent en elles-mêmes une source du droit international.

Deuxièmement, si la Commission suit la même approche que dans ses conclusions de 2018, la question de la hiérarchie ne se pose même pas. Une hiérarchie suppose une comparaison entre plusieurs éléments, lesquels, pour pouvoir être comparés, doivent être de même nature ; or les sources du droit international et les moyens auxiliaires ne le sont pas. C'est ce que confirme le libellé de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Évoquant l'analyse du terme correspondant à « *subsidiary means* » dans les différents textes authentiques du Statut à laquelle s'est livré M. Fife, M. Paparinskis fait observer que les termes équivalents en chinois et en russe, respectivement « 补助资料 » et « в качестве вспомогательного средства », ont le sens ordinaire de « moyens auxiliaires » (« *auxiliary means* »). Ceci est également vrai de leurs traductions en letton, « *palīgīdzekļi* » et en lithuanien, « *pagalbinę priemonę* », bien qu'en estonien le terme « *kui abistavaid allikaid* » soit plus proche de « sources auxiliaires » (« *auxiliary sources* »).

Troisièmement, en ce qui concerne le traitement des décisions judiciaires au sein des organisations régionales de défense des droits de l'homme ou d'intégration économique, M. Paparinskis dit que sans prendre position sur l'exactitude de la qualification de cette pratique dans le rapport, il souscrit à l'observation faite au paragraphe 177 de celui-ci, à savoir que les règles générales concernant les sources peuvent être supplantées par des règles spéciales. Il n'y a en principe aucune raison pour que les décisions judiciaires ne puissent être considérées comme des sources ou comme des éléments pertinents aux fins de l'interprétation, à condition bien entendu que ce soit ce que prévoient les règles spéciales applicables. Bien que les travaux sur le sujet soient essentiellement axés sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, cette pratique peut être envisagée dans les commentaires ou une clause « sans préjudice ».

Quatrièmement, la Commission devrait peut-être se concentrer sur les éléments qui sont compatibles avec l'expérience et les hypothèses de l'ordre juridique international contemporain. Par exemple, l'argument formulé en 1958 par Fitzmaurice sur la différence entre les sources du droit et les sources d'obligations, évoqué au paragraphe 186 du rapport, a perdu beaucoup de sa pertinence en raison de l'évolution du droit concernant les aspects multilatéraux des sources et de la responsabilité. En bref, les débats postérieurs à 1969 et en particulier à 2001 sont probablement plus éclairants s'agissant de répondre aux défis contemporains.

Les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut constituent moins un moyen complémentaire d'interprétation qu'un instantané de la manière dont les publicistes concevaient le rôle des moyens auxiliaires il y a un siècle. Ce qui ressort principalement de ces travaux est qu'en libellant cette disposition avec pragmatisme et souplesse, le Comité consultatif de juristes l'a empêchée de devenir obsolète en dépit de la transformation fondamentale du droit international intervenue depuis sa rédaction en 1920.

S'agissant de l'analyse textuelle de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, M. Paparinskis dit qu'il souscrit à la première observation provisoire du Rapporteur spécial, à savoir que les moyens auxiliaires ne sont pas des sources du droit international, quelle que soit l'importance ou la non-pertinence factuelle de certains moyens pour la détermination de certaines règles. Comme M. Nguyen, il souscrit également à la deuxième observation provisoire du Rapporteur spécial, selon laquelle l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38

n'établit aucune hiérarchie entre les décisions judiciaires et la doctrine. Cela n'est pas surprenant, eu égard à la diversité des domaines et des institutions concernés par les règles relatives aux moyens auxiliaires. Des règles empiriques sur la pertinence relative des décisions judiciaires et de la doctrine dans différents contextes pourraient peut-être figurer dans les commentaires. Par exemple, les décisions judiciaires seront probablement plus importantes dans le cadre des régimes spécialisés dotés de juridictions ayant une large compétence, alors que la doctrine est généralement plus influente dans des domaines qui sont encore peu développés, comme le cyberdroit, ou s'agissant de traités universels, comme ceux relatifs au droit diplomatique et au droit des réfugiés, dont aucune juridiction internationale n'est expressément chargée de surveiller l'application.

M. Paparinskis dit qu'il souhaiterait en savoir davantage sur l'origine de la catégorie des moyens auxiliaires constitués par les travaux des « organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales », qui n'est pas mentionnée à l'Article 38. Une manière de définir la portée des moyens auxiliaires et ce qui les distingue pourrait consister à examiner les documents qui sont généralement invoqués et acceptés comme tels par les États et les juridictions internationales. L'objectif serait ce faisant de caractériser les termes pertinents comme génériques et se prêtant à une interprétation évolutive, ou de se fonder sur l'invocation par les États en tant que pratique ultérieure, ou de considérer « les décisions judiciaires et la doctrine » comme un tout composite représentant plus que la somme de ses parties, ce qui pourrait être utile s'agissant des documents s'apparentant aux deux catégories ou lorsque le caractère judiciaire de l'organe en cause est lui-même controversé.

À titre d'exemple de ce qu'un tel examen peut impliquer, la Cour internationale de Justice a, aux paragraphes 53 et 185 de l'arrêt qu'elle a rendu en mars 2023 dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, évoqué l'invocation par les deux parties de sentences arbitrales relatives à des traités entre investisseurs et États et l'application qu'elle avait faite de ces sentences. En dépit des préoccupations exprimées par certains membres de la Commission, en particulier par M. Oyarzábal, au sujet du recours en tant que source aux décisions arbitrales relatives à des investissements, ces préoccupations semblent, à la lumière de l'arrêt relatif à *Certains actifs iraniens*, concerner davantage des questions de poids et de pertinence eu égard au paragraphe 162 de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire relative à *l'Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)* et au traitement qu'elle avait réservé à la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*.

Outre les organes visés au paragraphe 4 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier et aux paragraphes 273 et 362 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial pourrait aussi s'intéresser aux commissions de conciliation, aux commissions d'établissement des faits, aux comités de conformité et de mise en œuvre des accords multilatéraux relatifs à l'environnement ainsi qu'aux déterminations *sui generis* intervenant dans le cadre de la justice internationale, par exemple les conclusions des avocats généraux de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'opinion du Rapporteur spécial au sujet des organes conventionnels de protection des droits de l'homme serait particulièrement intéressante à cet égard. Il semble être largement admis que les avis consultatifs de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales constituent un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, comme l'ont noté M. Oyarzábal et M. Grossman Guiloff. Enfin, M. Paparinskis appuie vigoureusement les efforts visant à déterminer comment promouvoir une diversité et une pluralité maximales dans le recours à la doctrine comme moyen auxiliaire.

M. Paparinskis dit qu'il approuve également l'intention du Rapporteur spécial d'examiner le « poids » des moyens subsidiaires, dans lequel réside la pertinence pratique du sujet. Outre les éléments recensés au paragraphe 3 du commentaire de la conclusion 13 et du commentaire de la conclusion 14 des conclusions de 2018, il pourrait être pertinent d'examiner quels critères juridiques la juridiction en question a appliqués. Il s'agira souvent de la détermination correcte du droit international, mais pourront aussi être nécessaires un examen *prima facie* du bien-fondé de la prétention ou un contrôle du caractère non arbitraire

de l'exercice de l'autorité au regard du droit international, ce qui affectera de manière significative le poids accordé aux décisions de la juridiction concernée.

S'agissant des autres moyens auxiliaires possibles, M. Paparinskis engage le Rapporteur spécial à développer ses arguments en faveur de l'existence de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international non visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Peut-être la conclusion selon laquelle de tels moyens auxiliaires existent effectivement et doivent être examinés dans le cadre de travaux portant sur l'Article 38 ne découle-t-elle pas logiquement de la proposition selon laquelle leur existence ne peut être exclue. M. Paparinskis convient que les actes unilatéraux ne constituent pas des moyens auxiliaires, bien qu'il n'hésiterait pas à les faire relever de l'Article 38 comme l'a fait la Cour internationale de Justice, en invoquant le principe de la bonne foi, dans ses arrêts relatifs aux *Essais nucléaires*. À l'opposé, il n'est pas persuadé que les résolutions des organisations internationales constituent un moyen auxiliaire supplémentaire. Ces résolutions jouent certes un rôle très important dans l'ordre juridique international mais il n'est pas nécessaire de sortir du cadre du paragraphe 1 de l'Article 38 pour expliquer leur statut, comme le montrent la conclusion 12 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier et la conclusion 11 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. M. Paparinskis ne s'opposera toutefois pas à ce que le Rapporteur spécial examine cette question dans ses rapports suivants si la Commission le juge nécessaire.

M. Paparinskis appuie le projet de conclusion 1, relatif à l'objet, mais il propose de supprimer les mots « l'existence et le contenu des » et d'insérer l'article « les » en leur lieu et place pour aligner le texte sur le libellé de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. La différence entre cette disposition et la disposition correspondante des conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier est justifiée par la nécessité d'utiliser une terminologie également adaptée aux trois sources, notamment les traités, pour lesquels la distinction entre l'existence et le contenu des règles est moins manifestement pertinente.

M. Paparinskis dit que s'il appuie le projet de conclusion 2, relatif aux catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, il estime que son titre devrait être aligné sur celui du sujet et le verbe « comprennent » figurant dans le chapeau remplacé par le verbe « sont » jusqu'à ce que le Rapporteur spécial ait démontré qu'il existe d'autres moyens auxiliaires que ceux visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. L'alinéa a) devrait peut-être être modifié et viser les « décisions judiciaires » comme l'alinéa d), ou les « décisions de juridictions » comme les conclusions de 2018 de la Commission. Toutefois, si le texte actuel est conservé, l'ordre des mots « nationales » et « internationales » devrait être inversé pour tenir compte du poids relatif des décisions de ces juridictions tel qu'établi dans le projet de conclusion 4. M. Paparinskis approuve l'alinéa b) proposé mais non l'alinéa c), dont le texte devrait être modifié comme celui du chapeau.

M. Paparinskis approuve quant au fond le projet de conclusion 3, relatif aux critères d'appréciation des moyens auxiliaires, bien qu'il estime que son titre devrait être aligné sur l'intitulé du sujet. Il préférerait une disposition plus concise indiquant simplement qu'il existe des critères, lesquels pourraient être définis dans le commentaire. À défaut, ces critères pourraient être énoncés séparément pour les décisions judiciaires et pour la doctrine, comme dans les conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier. Il préférerait également éviter d'utiliser la voix passive et en particulier les mots « sont appréciés », qui semblent renvoyer aux entités procédant à l'appréciation d'une manière qui ne reflète pas l'approche institutionnellement agnostique du droit international s'agissant des sources et de leur détermination. La phrase pourrait être reformulée à la voix active en commençant par les mots « Les critères d'appréciation sont/peuvent être/comprennent ».

M. Paparinskis dit que bien qu'il appuie le projet de conclusion 4, relatif aux décisions de juridictions, il préférerait que cette disposition soit calquée sur la conclusion 13 des conclusions de 2018, moyennant la suppression des mots « à l'existence et au contenu » et « coutumier ». Quoi qu'il en soit, il propose de supprimer les mots « de l'identification ou » pour assurer la cohérence avec l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, de supprimer les mots « qui font [...] autorité », qui ont un sens technique en droit des traités et risquent donc de susciter la confusion, et de procéder aux mêmes modifications que celles qu'il a proposées d'apporter au projet de conclusion 1. Tout en estimant qu'il serait peut-être préférable de

viser la Cour internationale de Justice dans le commentaire, il accepte que la Commission suive l'approche qu'elle a adoptée sur ce point dans ses conclusions de 2018.

M. Paparinskis appuie le projet de conclusion 5, relatif à la doctrine, mais propose que l'on y apporte les mêmes modifications qu'aux projets de conclusions 1 et 4. Bien que la référence aux « opinions concordantes des spécialistes » semble concerner davantage l'application que le contenu et serait peut-être plus à sa place dans le commentaire, il ne s'oppose pas au maintien du texte actuel.

Il conviendrait également de se demander comment envisager la relation entre les sources et les moyens auxiliaires, en tenant compte des travaux antérieurs et en cours de la Commission sur les sources. Le premier rapport et les réactions qu'il a suscitées donnent à penser que cette relation est moins bien déterminée qu'on aurait pu le penser, et la Commission pourra vouloir donner d'emblée l'assurance que les travaux sur le sujet ne conduiront pas à une réévaluation des hypothèses établies sur les sources. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être proposer un nouveau projet de conclusion à cette fin, en s'inspirant des deux dernières phrases du paragraphe 2) du commentaire de la conclusion 13 des conclusions de 2018, qui pourraient servir de base à deux paragraphes, un troisième paragraphe libellé sous la forme d'une clause « sans préjudice » répondant aux préoccupations exprimées quant au traitement des décisions judiciaires au sein des organisations régionales de protection des droits de l'homme ou d'intégration économique. À défaut, cette question pourrait être envisagée quant au fond dans les commentaires des projets de conclusions 1 et 2.

M. Paparinskis dit qu'il appuie le programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial et le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Asada, remerciant le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, dit que ce rapport non seulement fournit à la Commission une base pour achever ses travaux sur le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais clarifie également les notions relativement peu développées de « décisions judiciaires » et « doctrine » visées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. La notion de moyens auxiliaires peut englober d'autres moyens que ceux visés à l'alinéa d). Le texte de cet alinéa qualifie les décisions judiciaires et la doctrine de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », ce qui indique non seulement que ces moyens ne sont pas en eux-mêmes des « sources » de droit mais également qu'ils peuvent être interprétés de façon libérale.

Le Rapporteur spécial propose de considérer les déclarations unilatérales des États et les résolutions des organisations internationales comme des moyens auxiliaires supplémentaires. Celles-ci étant, pour la doctrine relative au Statut de la Cour internationale de Justice, les principaux « candidats », M. Asada appuie cette proposition. D'autres moyens auxiliaires possibles, par exemple les décisions des commissions de conciliation établies en vertu de l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer évoquées par M. Nguyen, méritent toutefois d'être examinés plus avant par la Commission.

Le Rapporteur spécial semble avoir conclu que les déclarations unilatérales qui créent des obligations juridiques ne doivent pas être considérées comme un moyen auxiliaire puisqu'elles sont juridiquement contraignantes et ne relèvent probablement pas du champ d'application du paragraphe 1 de l'Article 38. Or, pour M. Asada, une affirmation aussi catégorique est inexacte ou à tout le moins trompeuse. Une déclaration unilatérale spécifique peut en effet être ou ne pas être considérée comme un moyen auxiliaire selon qu'elle est ou non contraignante pour les parties concernées.

La question de savoir si le paragraphe 1 de l'Article 38 doit être considéré comme exhaustif a été abondamment débattue. Nombreux sont ceux qui, comme le Rapporteur spécial, font valoir que les déclarations unilatérales ne relèvent peut-être d'aucun des quatre alinéas de cette disposition tout en demeurant une source de droit contraignante. M. Asada dit qu'à l'opposé, il estime que le paragraphe 1 de l'Article 38 doit être interprété comme une liste exhaustive sur laquelle la Cour peut se fonder pour rendre ses arrêts, comme l'indique le libellé clair de cette disposition. Il est aussi préférable, si possible, de lire les dispositions existantes comme visant les déclarations unilatérales au lieu de se contenter d'une solution extratextuelle.

Que l'on considère ou non que l'ordre dans lequel les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 sont énoncés est pertinent, diverses raisons, dont la règle de la *lex specialis*, font que la Cour applique d'abord les conventions internationales applicables puis le droit international coutumier. En l'absence de convention ou de règle coutumière applicable, les principes généraux du droit s'appliqueront, comme il ressort des travaux préparatoires de l'Article 38 et du paragraphe 1 de la conclusion 10 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit adopté par la Commission en première lecture à la session en cours.

Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a invoqué les déclarations unilatérales du Gouvernement français comme principal fondement de sa décision finale. Elle a donc dû considérer que les déclarations unilatérales relevaient de l'un des trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38 et ne constituaient pas un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d). À défaut, eu égard aux dispositions de l'Article 38, on pourrait considérer que la Cour a agi *ultra vires*. Un acte purement unilatéral ne peut être qualifié de convention internationale ou de coutume internationale. Les déclarations de la France peuvent ainsi être considérées comme une application ou une extension de la « bonne foi » en tant que principe général du droit. Cette interprétation fondée sur la « bonne foi » est conforme au libellé des arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires* ainsi qu'au principe 1 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. C'est pourquoi les déclarations unilatérales contraignantes peuvent être considérées comme relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Les résolutions du Conseil de sécurité ayant force obligatoire peuvent faire l'objet d'une interprétation similaire. Bien qu'elles ne relèvent pas directement de l'une des trois sources de droit énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38, elles peuvent être considérées comme une extension de la Charte des Nations Unies en tant que traité. Les obligations énoncées dans ces résolutions ont généralement été considérées, tant pas la doctrine qu'en pratique, comme des obligations découlant de la Charte, souvent en relation avec l'Article 103 de celle-ci. Au regard du Statut de la Cour internationale de Justice, ces obligations peuvent donc être décrites comme relevant de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38, relatif aux conventions internationales. Le Rapporteur spécial a une opinion différente sur ce point, car il tend à dissocier les résolutions du Conseil de sécurité des traités.

Le Rapporteur spécial fait valoir que les déclarations unilatérales contraignantes ne relèvent pas de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut parce qu'elles sont juridiquement contraignantes, mais la notion de moyen auxiliaire n'exclut pas nécessairement toutes les déclarations unilatérales contraignantes. Au sens étroit du terme, celui de « jugements », les décisions judiciaires sont elles aussi juridiquement contraignantes, et elles sont pourtant explicitement qualifiées de « moyen auxiliaire » à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Il en est ainsi parce que ces décisions ne lient pas les États qui ne sont pas parties au différend, comme l'indique l'Article 59 du Statut. Il convient donc, s'agissant des décisions judiciaires, de distinguer leur caractère juridiquement contraignant en général et pour les parties en litige.

De fait, le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut opère une telle distinction. Par exemple, l'alinéa a) de ce paragraphe 1 vise les conventions internationales « établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ». Ainsi, dans certains contextes, même les traités peuvent ne pas relever de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38 et être considérés, pour les États qui n'y sont pas parties, comme un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) de la même disposition. De la même manière, l'alinéa d) vise les « décisions judiciaires », mais indique expressément qu'il doit être entendu sous réserve de l'Article 59, ce qui non seulement signifie que la Cour n'applique pas le principe *stare decisis* mais peut aussi impliquer que les décisions judiciaires, parce qu'elles sont pour eux juridiquement obligatoires, ne sont pas un « moyen auxiliaire » pour les États en litige. Elles peuvent relever de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38, via le Statut de la Cour en tant que traité.

Les déclarations unilatérales qui ne sont contraignantes que pour les États dont elles émanent relèveront de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 pour les parties à un différend mais de l'alinéa d) pour les États qui n'y sont pas parties. Ainsi, les déclarations unilatérales ne devraient pas toujours être exclues en tant que moyen auxiliaire pour la seule raison qu'elles sont juridiquement contraignantes. Elles ne doivent l'être que dans les

situations où elles sont juridiquement contraignantes pour les parties à une instance, mais elles peuvent à défaut relever de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Les résolutions juridiquement contraignantes du Conseil de sécurité peuvent relever de l'alinéa a) ou de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 selon les parties qui sont liées par elles. Pour les parties à un différend, elles relèveront de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38 via la Charte des Nations Unies en tant que traité, alors que pour d'autres elles peuvent constituer un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) de la même disposition. Toutefois, en pratique, la plupart des résolutions juridiquement contraignantes du Conseil de sécurité entrent dans la première catégorie, car elles sont généralement contraignantes pour l'ensemble des États Membres de l'Organisation des Nations Unies. De plus, la plupart de ces résolutions imposent des sanctions aux États qui en sont la cible, et c'est pourquoi elles ne sont peut-être pas directement pertinentes s'agissant des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Les quelques résolutions internationales législatives qui existent sur la prévention du terrorisme international, par exemple les résolutions 1373 (2001) et 1540 (2004) du Conseil de sécurité, relèveront de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38 pour les raisons qui viennent d'être exposées. À l'opposé, les résolutions non contraignantes du Conseil de sécurité et d'autres organes de l'Organisation des Nations Unies ainsi que celles d'autres organisations internationales peuvent très bien constituer un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Dans l'ensemble, on ne peut exclure a priori les déclarations unilatérales des États ou les résolutions des organisations internationales – qu'elles soient ou non contraignantes – des travaux sur le sujet. Il semble que telle soit aussi, du moins en partie, l'opinion du Rapporteur spécial, puisqu'il déclare au paragraphe 378 du rapport à l'examen que « [t]oute source ou tout instrument ou texte, contraignant ou non, susceptible d'inspirer des arguments juridiques peut être utilisé comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit dans un cas donné. ».

S'agissant des décisions judiciaires, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial interprète largement ce terme tel qu'utilisé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, puisque ces décisions ne sont qu'un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. En ce qui concerne la Cour, les décisions judiciaires comprennent non seulement les arrêts définitifs rendus dans les affaires contentieuses mais également les ordonnances rendues à l'occasion de procédures incidentes ou interlocutoires et les avis consultatifs. Cela est conforme non seulement à la manière dont la Cour elle-même a elle-même envisagé ces dernières catégories dans ses propres décisions, mais également à celle dont la Commission les a traitées dans ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier. Pour apprécier le poids à accorder à une décision judiciaire, la considération primordiale doit être la qualité du raisonnement juridique et sa force de conviction quant au bien-fondé d'une position juridique. En conséquence, les notions techniques telles que le statut juridiquement contraignant du document ou son caractère provisoire ou définitif devraient avoir moins de poids. Par ailleurs, comme l'indique le Rapporteur spécial, bien qu'elles puissent servir à interpréter l'opinion majoritaire, les opinions individuelles ne sauraient être assimilées aux décisions judiciaires.

S'il convient d'interpréter largement la notion de décision judiciaire, il importe aussi de noter que toutes les décisions ne sont pas qualitativement comparables. À l'alinéa b) du projet de conclusion 4, le Rapporteur spécial distingue à juste titre la Cour internationale de Justice des autres juridictions internationales. Cette approche est en grande partie conforme aux travaux antérieurs de la Commission, notamment le paragraphe 1 de la conclusion 13 des conclusions de 2018 et le paragraphe 1 de la conclusion 9 du projet de conclusions de 2022 sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Selon le commentaire de ces dispositions, il y a plusieurs bonnes raisons de viser expressément la Cour internationale de Justice : elle est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ses membres sont élus par les principaux organes politiques de l'Organisation et elle demeure la seule juridiction internationale permanente de droit commun. Toutefois, viser la seule Cour internationale de Justice dans le cadre du présent sujet risque de donner l'impression erronée que toutes les autres juridictions internationales doivent être placées sur un pied d'égalité, qu'elles soient permanentes ou ad hoc.

M. Asada est d'accord avec les membres qui pensent qu'il faut de manière générale distinguer les décisions judiciaires des sentences arbitrales. Il est exact que, du point de vue de leur caractère juridiquement contraignant, il n'y a pas de différence entre les unes et les autres en ce qu'elles ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Elles présentent toutefois d'autres différences. Par exemple, étant donné son caractère ad hoc, un tribunal arbitral peut avoir tendance à n'envisager que le règlement du différend dont il est saisi et les faits et circonstances propres à celui-ci. Il peut donc être difficile pour les tribunaux arbitraux de se livrer à des « généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce », pour reprendre les termes utilisés par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. En outre, les arbitres n'ont pas nécessairement une formation juridique.

À l'opposé, les juridictions permanentes officiellement mandatées pour régler les différends et dont l'expérience et les compétences sont plus institutionnalisées tendent à incarner un désir de cohérence et s'attachent à déterminer le droit en vue des différends futurs. De ce fait, leurs décisions peuvent être plus cohérentes et avoir davantage valeur de précédents que celles des juridictions ad hoc. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles, depuis longtemps, la Cour internationale de Justice ne cite les sentences arbitrales qu'avec parcimonie, à quelques exceptions près.

Il est vrai que la valeur de toutes les décisions devrait en dernière analyse être appréciée au regard de la qualité des preuves présentées, du degré d'accord entre les acteurs concernés et de l'accueil de la part des États, comme l'indique le projet de conclusion 3. La rédaction du commentaire du projet de conclusion 4, relatif aux décisions de juridictions, offre peut-être toutefois à la Commission l'occasion de ranger les juridictions internationales dans des catégories selon qu'elles sont permanentes ou ad hoc, ou d'envisager autrement les différences qualitatives entre les décisions proprement judiciaires et les sentences arbitrales. De plus, si les critères d'appréciation des moyens auxiliaires énumérés dans le projet de conclusion 3 s'inspirent du commentaire de la conclusion 14 des conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier, certains d'entre eux, en particulier « la conformité avec un mandat officiel » et le « degré d'accord entre les acteurs concernés », s'appliquent peut-être essentiellement, voire exclusivement, aux « décisions judiciaires » et potentiellement à d'autres documents institutionnels. Ces critères ne sont pas toujours compatibles avec « la doctrine », en particulier les travaux de recherche individuels. Ce projet de conclusion devrait donc être nuancé, par exemple par l'ajout de la formule « le cas échéant ».

M. Asada convient avec le Rapporteur spécial que les décisions judiciaires des juridictions nationales relèvent de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans la mesure où elles interprètent et appliquent le droit international, et que l'accent pourrait être mis sur le type de droit appliqué plutôt que sur la nature de la juridiction concernée. La prudence s'impose toutefois lorsque l'on invoque ces décisions, non seulement parce qu'elles peuvent découler de particularités des systèmes juridiques nationaux, comme le souligne le Rapporteur spécial, mais peut-être encore plus parce que les juges des juridictions nationales sont en règle générale principalement formés pour appliquer le droit interne et peuvent parfois manquer de compétences en droit international, comme indiqué dans le commentaire de la conclusion 13 des conclusions de 2018. En ce sens, le libellé de l'alinéa c) du projet de conclusion 4 est donc approprié.

Le texte du projet de conclusion 1 et celui des projets de conclusions 4 et 5 ne sont pas totalement cohérents. Dans le premier, le mot « déterminer » est utilisé en relation avec « l'existence et le contenu des règles de droit international », ce qui correspond à l'intitulé du sujet, alors que dans les projets de conclusions 4 et 5, c'est la formule « l'identification ou [...] la détermination » qui est utilisée en relation avec le même membre de phrase. Si cette différence est intentionnelle, le Rapporteur spécial devrait en expliquer la raison d'être. À défaut, la question pourra être examinée au Comité de rédaction.

M. Asada dit qu'il appuie pleinement la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le texte qui sera issu des travaux sur le sujet prenne la forme d'un projet de conclusions, puisque les textes issus des travaux de la Commission sur des sujets connexes ont pris cette forme. Sa position est donc à cet égard quelque peu différente de celle de

M. Paparinskis. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait l'intention de présenter un deuxième rapport, consacré aux décisions judiciaires, en 2024, et un troisième rapport, consacré à la doctrine, en 2025. Toutefois, comme les moyens auxiliaires supplémentaires n'ont pas été envisagés en détail dans le premier rapport et sont probablement plus directement liés aux questions fondamentales auxquelles la Commission est confrontée, il serait bon qu'ils fassent l'objet d'une analyse plus poussée dans les prochains rapports.

En conclusion, M. Asada dit qu'il appuie le renvoi des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction.

M^{me} Ridings dit que le premier rapport du Rapporteur spécial est méthodologiquement solide, intellectuellement stimulant, rigoureux, exhaustif et bien écrit. L'étude du Secrétariat constituera également une ressource précieuse pour la poursuite des travaux sur le sujet.

S'agissant de savoir si les moyens auxiliaires sont une « source de droit », le Rapporteur spécial, lorsqu'il examine le recours de la Commission aux décisions judiciaires comme moyen auxiliaire, indique que ces décisions peuvent être assimilables aux sources primaires du droit international. Bien qu'il concède qu'il existe un décalage apparent entre la théorie et la pratique, la relation entre moyens auxiliaires et sources du droit mérite d'être examinée de près. Il convient de considérer que les sources formelles du droit sont « les méthodes de création des règles d'application générale juridiquement contraignantes pour ceux à qui elles s'adressent », comme expliqué dans l'ouvrage intitulé *Brownlie's Principles of Public International Law*. Il existe également une différence entre les processus de création du droit visés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et les facteurs de détermination du droit visés à l'alinéa d) de la même disposition, ce dernier ayant une fonction auxiliaire particulière, à savoir aider à la détermination des règles de droit international. C'est ce qui ressort d'une analyse textuelle de cet alinéa d). Le terme « *subsidiary* » (« auxiliaire ») semble dans ce contexte désigner quelque chose qui est subordonné, ou secondaire, par rapport aux alinéas qui précèdent, et non quelque chose qui compléterait ces alinéas ou s'y ajouterait. M^{me} Ridings dit qu'elle prend également note des analyses de M. Fife et de M. Paparinskis en ce qui concerne les textes authentiques de cette disposition. En ce sens, l'alinéa d) se distingue clairement des alinéas a) à c).

Cette interprétation est conforme à la manière dont la Commission a interprété le terme « moyen auxiliaire » par le passé. Ce sens est confirmé par les travaux préparatoires de l'Article 38, bien que les observations de certains membres de la Commission, à savoir que ces travaux préparatoires sont vieux d'un siècle et que les dispositions ont été élaborées par un petit groupe de juristes, ne soient pas dénuées de pertinence. Il semble toutefois ressortir de l'analyse à laquelle le Comité consultatif de juristes a procédé que l'opinion dominante à l'époque, qui reposait sur les préceptes de la souveraineté de l'État, était que les moyens auxiliaires ne pouvaient « créer le droit », ce qui suggère une distinction entre les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) et les sources « créatrices du droit » reconnues aux alinéas a) à c). Cela est également conforme à la nature du droit international, qui est centré sur l'État, comme l'a noté M. Oyarzábal. Le droit international est régi par le principe de l'égalité souveraine des États énoncé au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Les États sont libres de consentir ou non aux traités. Le droit international coutumier est créé par la pratique et l'*opinio juris* des États. Et les États sont libres de consentir ou non, que ce soit à l'avance ou au cas par cas, au règlement judiciaire des différends.

Ce qu'il faut entendre par « détermination » des règles de droit international doit aussi être expliqué plus en détail. Comme indiqué dans les travaux préparatoires, les moyens auxiliaires peuvent servir à élucider des règles de droit international. Ils peuvent aussi servir à vérifier l'existence et l'état des règles de droit international visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 et aider à vérifier que ces règles sont interprétées comme il convient. Ces fonctions des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes sont des fonctions subsidiaires (*subsidiary*). Les moyens auxiliaires ne sont pas des sources de droit, comme l'admet le Rapporteur spécial dans la première de ses observations provisoires figurant au chapitre VIII du rapport à l'examen. Toutefois, leur caractère de « sources documentaires » devrait être expliqué par le fait qu'ils peuvent fournir la preuve de

l'existence de règles de droit international. Le Rapporteur spécial semble également, dans d'autres passages de son rapport, accorder aux moyens auxiliaires un poids qui n'est pas justifié. Il serait utile qu'une terminologie cohérente indique clairement que les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne sont pas des sources du droit.

Cela est particulièrement important s'agissant des décisions judiciaires. Si le Rapporteur spécial examine ce que dit la doctrine sur le point de savoir si les décisions judiciaires peuvent développer le droit international, il semble accorder une place particulière aux décisions judiciaires en tant que source de droit quasi formelle et à leur rôle et leur importance dans le développement et la consolidation du droit international. Cela soulève la question du précédent. Le Rapporteur spécial fait valoir que la logique, la cohérence, la prévisibilité et la stabilité juridique voudraient que les organes judiciaires internationaux suivent leurs décisions antérieures. M^{me} Ridings dit qu'elle pense toutefois comme d'autres membres qu'il n'y a pas de règle du précédent obligatoire pour les juridictions internationales. Si celles-ci peuvent bien entendu reprendre le raisonnement juridique adopté dans des affaires antérieures, cela n'équivaut pas à suivre les décisions rendues dans ces affaires. Par exemple, c'est la méthode qu'elle a élaborée et non les décisions antérieures qu'elle a rendues que suit la Cour internationale de Justice en matière de délimitation maritime.

La question du précédent est également pertinente dans la pratique. Par exemple, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que si elle devait normalement suivre ses décisions antérieures, elle était libre de s'en écarter pour des raisons impérieuses dans l'intérêt de la justice. L'approche consistant à ne s'écarter des décisions antérieures que s'il existe des raisons impérieuses de le faire est également celle que suit l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, pour des raisons de sécurité et de prévisibilité. Il s'agit là d'un des nombreux facteurs qui font que le fonctionnement de cet organe est actuellement dans l'impasse. Ainsi, il faut faire preuve de beaucoup de prudence s'agissant de l'effet des décisions judiciaires en tant que précédents.

Une question connexe sur laquelle le Rapporteur spécial sollicite les vues des membres de la Commission est celle de la fragmentation et de savoir si les décisions judiciaires contradictoires relèvent des travaux sur le sujet. Comme l'ont dit M. Oyarzábal et M. Grossman Guiloff, la Commission doit l'examiner dans une certaine mesure, faute de quoi elle donnerait à penser qu'elle en méconnaît l'existence. Les travaux de la Commission sur le sujet pourraient apporter de la cohérence à la question des décisions judiciaires ; ce qui compte en la matière est la qualité, la cohérence juridique, la logique et la rigueur intellectuelle de ces décisions, et non la nature de la juridiction qui les rend. La question devrait toutefois être envisagée d'un point de vue pratique, à la lumière des vues des États. En ce qui concerne les décisions des juridictions nationales, elles peuvent fournir des preuves de la pratique et de l'*opinio juris* des États, qui contribuent à la formation du droit international coutumier. À cet égard, elles ont la même fonction probatoire que les autres moyens auxiliaires. Il va toutefois sans dire que toutes les décisions des juridictions nationales ne sauraient être invoquées comme moyen auxiliaire ; en particulier, c'est la nature de la question juridique examinée et du droit appliqué qui seront instructifs. En ce qui concerne la question que pose le Rapporteur spécial au paragraphe 47 de son rapport, les avis consultatifs des juridictions judiciaires entrent effectivement dans la catégorie des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

L'inclusion de la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 est peut-être l'un des aspects les plus controversés de cette disposition. Assurément, les décisions judiciaires sont invoquées beaucoup plus fréquemment que la doctrine. Les auteurs cités, en particulier dans les décisions judiciaires, sont pour la plupart des publicistes occidentaux de sexe masculin, ce qui soulève des questions de légitimité et met en lumière la nécessité d'une approche véritablement internationale et multilingue, comme l'ont fait valoir plusieurs membres de la Commission.

Il importe d'examiner les différentes fonctions de la doctrine des publicistes. Le Rapporteur spécial identifie la fonction d'interprétation et les fonctions d'élucidation ou de confirmation de règles existantes du droit international, auxquelles il ajoute d'autres

fonctions, telles que la fonction persuasive et la fonction d'influence. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial déclare, au paragraphe 316 de son rapport, qu'on ne saurait déduire de ces fonctions que la doctrine revêt une quelconque autorité pour « créer le droit ». Comme l'internationaliste Anne Peters l'a fait observer, les publicistes ne sont pas des législateurs et ne peuvent pas être considérés comme tels parce qu'ils n'ont pas la légitimité démocratique et l'autorité nécessaires pour créer le droit. Cette autorité appartient aux États. Or la mention par le Rapporteur spécial de la fonction persuasive et de la fonction d'influence donne à penser que les publicistes créent le droit, ce qui va à l'encontre de l'idée que la doctrine fait fonction de moyen auxiliaire. Dans le même temps, la doctrine et les auteurs peuvent inspirer la création du droit et contribuer au développement de celui-ci, par exemple en identifiant les vides juridiques et en amenant ainsi les États à négocier des traités, ou en les incitant à adopter des positions susceptibles de donner naissance à des règles coutumières. La doctrine peut motiver les États et les persuader d'agir de telle ou telle manière, mais ce sont les États qui font leurs idées qu'elle exprime et leur donnent effet. En d'autres termes, l'influence de la doctrine du droit international transcende les limites de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, et cette disposition n'est donc guère utile pour expliquer comment les publicistes et les praticiens du droit international contribuent à la formation de ce droit. La fonction persuasive et la fonction d'influence existent mais on n'en trouve nulle trace à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Il ne faut donc pas élargir indûment le champ d'application de cette disposition au-delà de sa fonction spécifique de détermination des règles de droit international.

En ce qui concerne la demande que le Rapporteur spécial adresse aux membres de la Commission sur le point de savoir si d'autres moyens auxiliaires existent qui devraient être examinés dans le cadre des travaux sur le sujet, la suggestion du Rapporteur spécial selon laquelle la distinction entre sources de droit et sources d'obligations pourrait trouver une certaine application pratique pour répondre à cette question. Il convient toutefois de distinguer les sources qui créent des obligations pour les États des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. D'un point de vue pragmatique et compte tenu des vues générales sur les sources, celles qui créent des obligations ne devraient pas être envisagées dans le cadre du sujet et M^{me} Ridings indique qu'à cet égard elle n'est pas d'accord avec M. Asada.

De la même manière, les actes unilatéraux créent des obligations à la charge des États et ne sont donc pas un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et des autres organisations internationales ne relèvent pas non plus des travaux sur le sujet. La situation est toutefois différente en ce qui concerne les résolutions qui n'ont pas force obligatoire. Comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, les résolutions de l'Assemblée générale qui n'ont pas force obligatoire peuvent « fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ». La Cour a plus récemment réitéré cette opinion dans son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, la Cour a estimé que les résolutions qui n'ont pas force obligatoire adoptées par les parties à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine pouvaient, lorsqu'elles étaient adoptées par consensus ou à l'unanimité, « être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé ». Peut-être les résolutions des organisations internationales n'ayant pas force obligatoire pourraient-elles donc être considérées, dans une certaine mesure, comme un moyen auxiliaire.

Il semble exister une divergence d'opinions au sein de la Commission sur le point de savoir si les travaux des organes d'experts, notamment les organes d'experts créés par les États, font partie de « la doctrine des publicistes » ou constituent un type distinct de moyen subsidiaire. Dans un cas comme dans l'autre, il est clair que ces travaux peuvent être invoqués comme moyen auxiliaire, et il ne semble donc pas nécessaire de considérer qu'ils constituent une catégorie distincte de moyens auxiliaires. Ce point pourra toutefois être clarifié dans les commentaires.

S'agissant du résultat final des travaux sur le sujet, M^{me} Ridings dit qu'elle pense comme le Rapporteur spécial qu'il doit prendre la forme d'un projet de conclusions, étant entendu que par « projet de conclusions » on entend l'aboutissement d'un processus de réflexion sur les pratiques recensées en matière de recours aux moyens auxiliaires. Il est également logique que le résultat des travaux revête la même forme que celui des travaux antérieurs de la Commission sur les alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38, comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 56 de son rapport. En ce qui concerne la suite des travaux, le Rapporteur spécial indique que son deuxième rapport portera sur le statut et le rôle des moyens auxiliaires dans le cadre du paragraphe 1 de l'Article 38 ainsi que sur l'interaction et la relation entre les moyens auxiliaires et les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit. L'examen de ces questions sera particulièrement important étant donné les vues dialectiques présentées au chapitre VI du premier rapport. Le programme de travail est assez ambitieux mais cela est peut-être nécessaire si l'objectif est d'achever la seconde lecture en 2027. M^{me} Ridings dit qu'elle craint seulement que la longueur des deuxième et troisième rapports n'empêche les États de les commenter comme il convient et ne limite donc leur contribution, pourtant nécessaire, aux travaux. Elle indique qu'elle n'a au stade actuel aucune observation particulière à faire sur le texte des projets de conclusion proposés mais prend note des observations faites à ce propos par certains membres de la Commission. Elle appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Vázquez-Bermúdez remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, qui constitue un fondement solide pour les travaux de la Commission. Il remercie également le Secrétariat pour son étude sur les éléments pertinents figurant dans les travaux antérieurs de la Commission, qui contient un certain nombre d'observations utiles.

L'examen du sujet par la Commission présente une utilité pratique en ce qu'il vise à clarifier la manière dont les moyens auxiliaires doivent être utilisés pour déterminer les règles de droit international. M. Vázquez-Bermúdez appuie donc la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le texte qui sera issu des travaux sur le sujet prenne la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires. La Commission s'est déjà penchée sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier et son projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), ainsi que dans le projet de conclusions sur les principes généraux du droit qu'elle a adopté en première lecture. Il n'y a aucune raison d'abandonner cette forme lorsque les moyens auxiliaires sont eux-mêmes le sujet de l'étude. Dans le cadre de celle-ci, la Commission doit tenir dûment compte des travaux antérieurs sur les moyens auxiliaires menés dans le contexte de ces sujets, comme l'a souligné M. Paparinskis.

Eu égard à leur objet, les travaux ne doivent porter que sur le rôle des décisions judiciaires, de la doctrine et des autres moyens auxiliaires pouvant exister aux fins de la détermination des règles de droit international, et non sur les autres fonctions ou aspects des décisions judiciaires et de la doctrine. Le Rapporteur spécial a indiqué que la question des décisions judiciaires contradictoires sur la même question juridique ne relevait peut-être pas du sujet et a invité la Commission à décider si elle devait l'examiner, eu égard à son importance et au fait qu'elle semblait se poser naturellement dans le cadre de l'étude du rôle des décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire. Pour M. Vázquez-Bermúdez, il n'est pas approprié de revenir, dans le cadre des travaux sur le sujet, sur la question de la fragmentation du droit international du point de vue des décisions judiciaires et de la doctrine en tant que moyens auxiliaires. Il se féliciterait toutefois que le Rapporteur spécial explique quel serait l'objectif de l'examen de cette question spécifique et quelles conclusions utiles pourraient en être tirées.

Au chapitre V de son rapport, qui porte sur les travaux antérieurs de la Commission sur les moyens auxiliaires, le Rapporteur spécial présente un résumé utile de l'étude du Secrétariat et conclut par quatre réflexions préliminaires qui, de manière générale, méritent d'être approuvées. Dans la deuxième de ces réflexions préliminaires, le Rapporteur spécial indique à juste titre que les décisions judiciaires jouent, en tant que moyen auxiliaire, un rôle très important dans les travaux de la Commission. Elles ne servent pas seulement à

déterminer et confirmer l'existence et le contenu des règles de droit international mais également à formuler, dans certains cas, des règles et principes de droit international et à définir des sources de droits ou d'obligations. L'observation du Rapporteur spécial selon laquelle la pratique de la Commission donne à penser que les décisions judiciaires seraient assimilables à des sources primaires du droit international ne semble toutefois pas totalement justifiée.

S'agissant du chapitre VI du rapport, qui porte sur la nature et la fonction des sources dans le système juridique international, le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est un énoncé faisant autorité de sources du droit international et il est largement admis qu'il reflète une règle du droit international coutumier. Les sources visées aux alinéas a) à c) de ce paragraphe 1 sont les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations, comme le confirmer la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut fait également autorité lorsqu'il stipule que tant les décisions judiciaires que la doctrine sont un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Comme le Rapporteur spécial l'indique à juste titre dans son rapport, les moyens auxiliaires ne sont pas des sources du droit international ; les décisions judiciaires et la doctrine sont des moyens auxiliaires auxquels les juridictions et autres organes ont recours pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international, y compris les règles énoncées dans les traités, les règles du droit international coutumier et les principes généraux du droit. Dans le commentaire de la conclusion 13 de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission indique notamment que l'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international, contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit.

L'examen du sujet par la Commission doit bien entendu être fondé sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, et tenir dûment compte de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine. Une question pertinente qu'elle doit se poser est celle de savoir, à partir d'une analyse de la pratique et de la jurisprudence en la matière, s'il existe des moyens auxiliaires supplémentaires. Si le sujet des moyens auxiliaires a trait aux sources de droit international, il ne serait pas particulièrement utile ni souhaitable que la Commission se lance dans un débat théorique ou académique sur les sources formelles et matérielles du droit international ou sur les sources de droit et les sources d'obligations, a fortiori sur la question des sources primaires, secondaires et documentaires. En outre, il n'est pas nécessaire de ranger artificiellement les moyens auxiliaires dans la catégorie des sources pour les considérer comme importants. Comme la pratique l'a montré et comme la Commission l'indique dans les commentaires de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, les décisions judiciaires et la doctrine ont en elles-mêmes une importance considérable en tant que moyens auxiliaires. Il est donc souhaitable que dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission veille à l'uniformité de la terminologie au regard de ses travaux antérieurs touchant les moyens auxiliaires. Ainsi, il conviendrait d'éviter, s'agissant de ce moyens, de parler de sources matérielles, sources secondaires, sources d'obligations ou sources documentaires ; les moyens auxiliaires doivent simplement être désignés comme tels, étant entendu que l'expression « source du droit international » renvoie au processus juridique donnant naissance à des normes juridiques dans l'ordre juridique international et à la forme que prennent ces normes, à savoir les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit.

En ce qui concerne la section E du chapitre VI, relatif à l'absence de hiérarchie formelle entre les sources du droit international, la Commission a déjà examiné cette question et a déterminé, sur la base d'une analyse de la pratique et de la doctrine, qu'il n'existait aucune hiérarchie entre les trois sources du droit international énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38. Ainsi, par exemple, il est indiqué dans la conclusion 31) des conclusions figurant dans le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international annexé au rapport de la Commission sur les travaux de la cinquante-huitième session que « [l]es principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques. ». L'absence de

hiérarchie entre les trois sources du droit international n'a pas à être qualifiée de « formelle », et elle ne l'a d'ailleurs pas été dans les travaux antérieurs de la Commission, par exemple dans le rapport sur la fragmentation. Il n'est d'ailleurs nul besoin de mentionner cette absence de hiérarchie dans le cadre des travaux sur le présent sujet puisque les moyens auxiliaires ne sont pas une source du droit international.

En ce qui concerne le chapitre VII du rapport, le résumé que fait le Rapporteur spécial des travaux préparatoires de la disposition est utile et intéressant. Il est remarquable que la disposition finalement adoptée par le Comité consultatif de juristes en 1920 à l'issue de longs débats soit pour l'essentiel celle qu'avait proposée le Président Descamps à titre de compromis. Au paragraphe 230 de son premier rapport, le Rapporteur spécial, citant un auteur, indique que la référence aux moyens auxiliaires figurant dans le texte peut en réalité indiquer que « la position selon laquelle les moyens auxiliaires ne pouvaient être considérés comme des sources a finalement été insérée dans le libellé de l'Article 38 ». M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il souscrit à cette conclusion, de même qu'à l'observation pertinente du Rapporteur spécial, figurant à la fin du paragraphe 248, à savoir que le Comité consultatif de juristes dans son ensemble, puis la Société des Nations, acceptèrent que les décisions judiciaires et la doctrine puissent servir de moyen auxiliaire pour déterminer l'existence et la teneur d'une règle de droit international, que la pratique en atteste aujourd'hui et que ce point est difficilement contestable.

Au chapitre VIII de son rapport, le Rapporteur spécial analyse le chapeau du paragraphe 1 de l'Article 38 et conclut que ce paragraphe constitue une directive qui indique à la Cour qu'elle doit appliquer les sources énumérées aux alinéas a) à c) pour régler les différends qui lui sont soumis et qu'elle peut tenir compte de l'alinéa d), relatif aux décisions judiciaires et à la doctrine, en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles. S'agissant de l'analyse du terme « décisions judiciaires » figurant à la section B du chapitre VIII, le Rapporteur spécial souligne à juste titre au paragraphe 48 de son rapport que la relation entre l'Article 38 et l'Article 59 du Statut doit être clarifiée, mais la raison qu'il donne est que les conclusions des organes judiciaires, lorsqu'ils interprètent ou appliquent les traités, le droit coutumier et les principes généraux du droit, peuvent « signifier ou produire des obligations juridiques contraignantes pour les États, les organisations internationales et d'autres instances ». Or, si les décisions judiciaires peuvent assurément créer des obligations contraignantes pour les parties liées par elles, à savoir les parties au différend, elles ne peuvent créer de règles juridiques générales s'imposant à tous les États et autres sujets de droit international. Les juridictions déterminent ou identifient le droit applicable et l'appliquent dans l'affaire dont elles sont saisies, même si les parties ne l'ont pas invoqué, sur le fondement du principe général *jura novit curia*. C'est ce qu'a fait la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, déclarant ce qui suit au paragraphe 163 de son arrêt :

« La Commission [interaméricaine] n'a pas spécifiquement allégué la violation du paragraphe 1 de l'Article 1 de la Convention, mais cela n'empêche pas la Cour d'appliquer cette disposition. Le précepte qu'elle énonce constitue le fondement générique de la protection des droits reconnus par la Convention et est en tout état de cause applicable en vertu d'un principe général du droit, *iura novit curia*, sur lequel la jurisprudence internationale s'est fondée à maintes reprises et en vertu duquel une juridiction peut et doit appliquer les dispositions juridiques applicables dans une instance, même si les parties ne les ont pas expressément invoquées... » [Traduction non officielle].

Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, il n'y a pas de règle du précédent judiciaire obligatoire – *stare decisis* – en droit international, mais il est fréquent que les différentes juridictions internationales s'influencent mutuellement dans le cadre d'un processus de fécondation croisée.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il souscrit à la plupart des conclusions du Rapporteur spécial concernant le sens et la portée du terme « décisions judiciaires ». Là encore, il faut avoir à l'esprit les éléments pertinents des travaux menés par la Commission sur d'autres sujets, par exemple la détermination du droit international coutumier, les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et les principes généraux du droit. Dans le cadre de ces sujets, il a été à juste titre établi que le terme « décisions » s'entendait des jugements

et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires, comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 280 de son rapport. En outre, comme le Rapporteur spécial le relève à bon droit, le terme « décisions judiciaires » englobe les décisions de la Cour internationale de Justice et celles de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. Il en va de même des autres juridictions, qui renvoient à leurs « propres décisions antérieures » pour élucider les règles applicables du droit international. Les avis consultatifs, bien qu'ils n'aient pas juridiquement force obligatoire, contiennent une analyse juridique faisant autorité de l'état du droit international et de la règle applicable en la matière sur laquelle ils portent. Les juridictions régionales comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont compétentes pour donner des avis consultatifs.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il convient que les opinions individuelles, qu'elles soient concordantes ou dissidentes, et les déclarations peuvent contribuer à clarifier le fondement d'une décision ou fournir des arguments supplémentaires, ou même expliciter des points soulevés par les parties ou évoqués dans la décision concernée. Ces opinions et déclarations sont rédigées par les juges à titre individuel et ne sont pas attribuées à la juridiction elle-même. C'est pourquoi, comme indiqué dans le commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier adoptées par la Commission en 2018, elles n'entrent pas dans la catégorie des « décisions judiciaires », bien qu'elles puissent constituer d'importantes références et soient souvent citées par la doctrine.

Il est clair que les juridictions internationales sont parmi les organes qui rendent des décisions judiciaires. Comme indiqué dans les commentaires des conclusions de 2018, le terme « juridictions internationales » désigne tout organe international exerçant des pouvoirs judiciaires et qui est compétent pour examiner et appliquer les règles du droit international. Ce terme englobe la Cour internationale de Justice, la Cour permanente de Justice internationale, les juridictions spécialisées et régionales telles que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres juridictions pénales internationales, les cours régionales des droits de l'homme et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Il englobe également les tribunaux arbitraux interétatiques et autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les commissions des réclamations, telles que la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie ou le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, en relèvent également. La Commission du droit international s'est à l'occasion fondée sur les décisions de ces organes pour élucider certaines questions de droit international. Toutefois, sur la base de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut et de la pratique des juridictions internationales, le Rapporteur spécial a démontré que, en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, les « décisions judiciaires » comprenaient également les décisions des juridictions nationales, y compris les juridictions dites « hybrides », à savoir celles dont la compétence *ratione materiae* et la composition sont mixtes.

Outre qu'elles servent de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, qu'il s'agisse du droit international coutumier ou des principes généraux du droit, les décisions des juridictions nationales sont une forme de pratique étatique, laquelle est un élément de la coutume internationale. Elles peuvent aussi être utilisées pour procéder à une analyse comparative afin d'identifier des principes communs susceptibles de constituer des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Il est indiqué au paragraphe 293 du rapport – apparemment à juste titre – que dans certains domaines de droit, par exemple en droit pénal, les rôles que jouent les décisions des juridictions nationales à cet égard peuvent être particulièrement importants. Dans le même temps, comme l'a noté la Commission dans le cadre de ses travaux sur d'autres sujets et comme le Rapporteur spécial le reconnaît, une certaine prudence s'impose s'agissant d'invoquer les décisions des juridictions nationales comme moyen auxiliaire, et ce pour diverses raisons, comme le fait que ces juridictions opèrent dans un système juridique spécifique, peuvent exprimer une perspective nationale donnée et ne sont pas nécessairement spécialisées en droit international.

S'agissant de la doctrine, le Rapporteur spécial a indiqué que, dans un rapport suivant, il analyserait le recours à la doctrine comme moyen auxiliaire dans la pratique et qu'au stade actuel il semblait utile de clarifier ce qu'était la doctrine. La Commission a par le passé établi

que les écrits doctrinaux n'étaient pas en eux-mêmes une source de droit international mais pouvaient donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu de règles de droit international. Elle a noté que le terme « doctrine », s'il renvoyait souvent aux « travaux écrits », devait s'entendre au sens large et englober la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audio-visuels. Dans son rapport, le Rapporteur spécial ajoute une référence à « tout autre format de diffusion qui pourrait voir le jour à l'avenir », ce qui garantira que les nouveaux formats soient pris en compte au fur et à mesure que la technologie progressera.

La référence aux « publicistes des différentes nations » dans le Statut atteste qu'il importe de tenir compte de travaux doctrinaux rédigés dans différentes langues et qui soient représentatifs des divers systèmes juridiques et régions du monde. Les travaux des organes internationaux de droit privé chargés de codifier et de développer le droit international relèvent également de la « doctrine » et peuvent présenter un intérêt particulier en tant que moyen auxiliaire. De plus, les travaux académiques peuvent être particulièrement utiles pour lever les obstacles linguistiques dans l'étude comparative des systèmes juridiques nationaux lors de l'identification de principes généraux du droit découlant de ces systèmes. Dans le même temps, la prudence s'impose également s'agissant de la doctrine, dont l'intérêt peut varier car elle peut refléter des positions officielles.

Les travaux des organes d'experts établis par les États et les organisations internationales ne relèvent ni de la catégorie des « décisions judiciaires », car ces organes n'ont pas de compétences judiciaires, ni de celle de la « doctrine », car ils sont dotés d'un mandat intergouvernemental, mais peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. On peut citer comme exemples les organes conventionnels d'experts tels que le Comité des droits de l'homme et la Commission interaméricaine des droits de l'homme. La conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), qui porte sur les moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général, distingue les travaux de ces organes d'experts des décisions judiciaires et de la doctrine. Le Rapporteur spécial pourra vouloir procéder à une étude plus approfondie des travaux des organes d'experts en tant que moyen auxiliaire pouvant s'ajouter aux décisions judiciaires et à la doctrine.

Les travaux de la Commission, qui sont distincts de la doctrine et probablement aussi des travaux des organes d'experts, revêtent une importance particulière en raison du mandat unique de la Commission – la promotion du développement progressif du droit international et de sa codification – et de sa relation étroite avec l'Assemblée générale, dont elle est un organe subsidiaire, et avec les États.

Bien que le Rapporteur spécial ait évoqué la possibilité de considérer les résolutions des organisations internationales et les actes unilatéraux des États comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, ni les unes ni les autres ne relèvent du sujet. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir des preuves aux fins de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier ou contribuer au développement d'une telle règle. Ces résolutions peuvent aussi fournir des preuves de la reconnaissance d'un principe général du droit, ou refléter une règle coutumière ou un principe général du droit.

Dans son rapport, le Rapporteur spécial donne des exemples de résolutions normatives, notamment celui de la résolution confirmant les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal. Ces Principes ont toutefois le caractère de principes de droit international non parce qu'ils sont confirmés dans une résolution mais parce que cette résolution reflète leur reconnaissance par la communauté internationale. En bref, les résolutions de cette nature fournissent des éléments de preuve dont les États, les juridictions et les publicistes peuvent tenir compte aux fins de la détermination de l'existence et du contenu de règles de droit international. Si les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales sont considérées comme un moyen auxiliaire, les traités devront aussi l'être, puisqu'ils peuvent fournir des preuves de l'existence de normes coutumières ou de principes généraux du droit.

En ce qui concerne le projet de conclusion 1 proposé par le Rapporteur spécial, M. Vázquez-Bermúdez appuie la modification proposée par M. Forteau, qui vise à ne pas donner l'impression que le projet de conclusions ne fait que décrire la manière dont les moyens auxiliaires sont utilisés. Tel qu'actuellement libellé, l'alinéa c) du projet de conclusion 2 a un champ d'application trop large et ne donne pas d'indications utiles. Comme l'a fait valoir M. Galindo, il peut être supprimé, car la liste des moyens auxiliaires figurant dans le projet de conclusion 2 n'est pas exhaustive. Sous réserve de l'étude à laquelle le Rapporteur spécial procédera dans un futur rapport, les travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales peuvent être ajoutés à cette liste. De même, comme l'a déclaré M. Galindo, le titre des projets de conclusions 2 et 3 devrait viser les « règles de droit international » et non les « règles de droit ». Le Comité de rédaction devra retravailler le projet de conclusion 3 car, comme l'ont souligné plusieurs membres, tous les critères d'appréciation qu'il énonce ne sont pas applicables aux catégories visées dans le projet de conclusion 2. Comme l'a noté M. Paparinskis, une solution pourrait consister à énoncer les critères d'appréciation séparément pour les deux types de moyen auxiliaire.

Eu égard aux travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et les principes généraux du droit, les mots « en particulier la Cour internationale de Justice » devraient être insérés à l'alinéa a) du projet de conclusion 4 après les mots « juridictions internationales ». Comme l'a souligné M. Galindo, l'alinéa b) pourra alors être supprimé pour ne pas donner à penser qu'il existe une hiérarchie entre les juridictions internationales. M. Vázquez-Bermúdez approuve également la proposition de supprimer les mots « d'identification ou » à l'alinéa c) du projet de conclusion 4. Bien qu'ils reflètent les débats du Comité consultatif de juristes en 1920, les mots « en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes » qui figurent dans le projet de conclusion 5 pourraient aussi être supprimés. Le fait qu'une opinion est reprise par différents auteurs ne signifie pas qu'elle est valide. Un seul publiciste peut produire un travail très solide et faisant autorité même si les opinions qu'il exprime ne sont pas reprises dans d'autres écrits doctrinaux. De plus, les mots « d'identification ou » devraient être supprimés également dans ce projet de conclusion.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il approuve le programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial et appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction compte tenu des observations faites durant le débat en plénière.

M. Huang dit que, bien que le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international l'intéresse vivement, il juge regrettable que le Rapporteur spécial ait présenté un premier rapport excessivement académique, suivant ce faisant le précédent fâcheux créé par la Commission dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Réserves aux traités ». Selon son point de vue de praticien du droit international, ce rapport présente deux défauts majeurs. Premièrement, bien que la Commission soit, aux termes de son statut, composée de membres « possédant une compétence reconnue en matière de droit international », le rapport présente le sujet à un niveau si fondamental et de manière si exhaustivement détaillée qu'il semble s'adresser à des étudiants de première année de droit. S'il avait été établi à un niveau plus élevé, il aurait pu être beaucoup plus succinct et lisible. Deuxièmement, ce rapport n'est pas structuré en fonction des questions fondamentales que soulève le sujet, ce qui entraîne un nombre considérable de redites. Par exemple, les chapitres V à VIII contiennent des arguments et développements répétitifs sur des concepts aussi fondamentaux que la notion, la nature et les formes des sources et la place de celles-ci en droit international, ou que le sens, les éléments, le rôle et l'interprétation des moyens auxiliaires. De plus, ils recourent partiellement à l'étude du Secrétariat. Le lecteur a l'impression fallacieuse que le sujet est extrêmement complexe et théorique. Le rapport aurait été plus condensé et logique si le Rapporteur spécial s'était contenté de traiter successivement des trois principales questions dont il propose lui-même l'examen à la section A du chapitre III de son rapport, à savoir l'origine, la nature et le champ d'application des moyens auxiliaires, la relation entre les moyens auxiliaires et les sources du droit international, et les moyens auxiliaires supplémentaires de détermination des règles de droit international.

Le rapport rend compte du débat tenu sur le sujet à la Sixième Commission en 2021. Bien que la majorité écrasante des observations des États ayant participé à ce débat aient été

positives, les délégations faisant valoir que les travaux sur le sujet complèteraient les travaux antérieurs de la Commission sur les sources du droit international et contribueraient à remédier à certaines conséquences de la fragmentation de ce droit, certains États ont exprimé des doutes quant à l'intérêt du sujet. Pour un État, la Commission devait se concentrer sur des questions « plus pertinentes pour la pratique internationale ». Pour un autre, le sujet n'était pas aussi pressant ou pertinent en pratique que d'autres sujets inscrits au programme de travail à long terme de la Commission. Un troisième a déclaré qu'en raison de l'usage limité qui était fait des moyens auxiliaires pour déterminer les règles de droit international, il ne serait pas facile de susciter l'intérêt des États Membres et de les amener à participer aux travaux. Si la Commission doit être encouragée par les observations positives de la majorité, elle doit aussi tenir dûment compte des opinions critiques exprimées par la minorité, qui considère que le sujet ne doit pas être traité de manière indûment théorique.

À cet égard, il est instructif d'examiner la réaction des États Membres au Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission en 2011. À la soixante-sixième session de l'Assemblée générale, certaines délégations ont, à la Sixième Commission, contesté l'intérêt du Guide. Certains ont fait valoir que les travaux de la Commission sur le sujet « Réserves aux traités » démontraient qu'il était nécessaire de réformer ses méthodes de travail. Les faits parlent d'eux-mêmes : après dix-huit ans de travaux sur le sujet, la Commission a publié un Guide de plusieurs centaines de pages. Pour d'autres délégations, ce guide soulevait davantage de questions qu'il n'en résolvait. M. Huang rappelle que lorsque le Guide a été adopté en seconde lecture par la Commission, il a déclaré que ce document était trop massif, pontifiant et excessivement éloigné de la pratique diplomatique. Il tente en effet d'apporter des réponses académiques à toutes les questions qui se posent ou pourraient se poser en matière de réserves aux traités, même dans des situations qui pourraient ne jamais exister ou être facilement résolues si elles advenaient. À l'avenir, et en commençant par le sujet à l'examen, la Commission devrait s'efforcer d'améliorer ses méthodes de travail.

Le libellé du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et les travaux préparatoires de cette disposition indiquent qu'à la différence des traités, du droit coutumier et des principes généraux du droit, les moyens auxiliaires doivent être considérés comme des instruments servant à déterminer ou identifier l'existence ou le contenu de sources du droit et ne sont pas eux-mêmes des sources. Il ressort de l'étude du Secrétariat que la Commission a adopté le même point de vue dans le cadre de ses travaux sur des sujets tels que « Détermination du droit international coutumier ». Comme M. Paparinskis l'a relevé, l'équivalent de « moyen auxiliaire » dans le texte chinois du Statut est « 补助资料 », un terme qui peut se traduire plus littéralement en anglais par « *supplementary* » (« supplémentaire ») ou « *auxiliary* » (« auxiliaire »). Le mot utilisé dans la version chinoise du Statut confirme ainsi que les moyens auxiliaires ne sont pas une source ni même une source secondaire du droit international. Comme l'a recommandé M^{me} Ridings, il conviendrait de l'indiquer expressément.

Le rôle des moyens auxiliaires ne saurait toutefois être méconnu. Bien que, pour reprendre le libellé de l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, les décisions des juridictions internationales ne sont obligatoires « que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé », elles influencent considérablement l'interprétation et l'application des principes juridiques pertinents et la détermination de règles de droit international, y compris l'existence et le sens de ces règles, et elles sont souvent citées. En ce qui concerne la doctrine des publicistes les plus qualifiés, son intérêt réside essentiellement dans sa valeur probante aux fins de l'identification des sources du droit international et dans son influence cumulative sur la formation et le développement des règles de ce droit.

L'Article 38 du Statut est muet sur la question de savoir si les résolutions des organisations intergouvernementales constituent une source du droit international ou sont seulement un moyen auxiliaire de déterminer les sources de ce droit. Ce silence peut notamment s'expliquer par le fait que le rôle de ces organisations était moins important à l'époque où le statut a été adopté. La relation entre les résolutions des organisations internationales, en particulier à participation universelle comme l'Organisation des Nations Unies, et les sources du droit international mérite donc d'être étudiée dans le cadre des travaux sur le sujet.

Les résolutions touchant la sécurité collective adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, par exemple la résolution 1816 (2008) du Conseil de sécurité, relative à la lutte contre les actes de piraterie et les vols à main armée en Somalie, ont force obligatoire pour tous les États Membres en application de l'Article 25 de la Charte et peuvent être considérées comme une source du droit international ou au moins comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. De manière générale, les résolutions de l'Assemblée générale ou des autres organes des organisations internationales n'ont valeur que de recommandations, n'ont pas force obligatoire et ne constituent pas des normes juridiques. Toutefois, ces résolutions, en particulier les résolutions déclaratives de règles du droit international coutumier, peuvent être considérées comme un moyen auxiliaire.

Il n'est pas possible d'apporter une réponse unique ou cohérente à la question de savoir si les décisions des juridictions nationales peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

Eu égard aux décisions prises en ce qui concerne le sujet en 2021 et à la pratique de la Commission, le texte issu des travaux sur le sujet devrait prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires, et les cinq projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial être renvoyés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.