

Provisoire

Réservé aux participants

26 mars 2024

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3631^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 25 mai 2023, à 10 heures

Sommaire

Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties (*suite*)

Rapport du Comité de rédaction

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

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



Présents :

Présidente : M^{me} Oral
Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
M. Cissé
M. Fathalla
M. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
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
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties (point 5 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/756)

Rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.983)

M. Paporinskis (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction sur le sujet « Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties » (A/CN.4/L.983), dit que ce rapport contient les textes et titres des projets de directive provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la session en cours. Le Comité a consacré sept réunions à l'examen des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/756), ainsi que d'un certain nombre de reformulations que celui-ci a proposées à la suite de suggestions faites et de préoccupations exprimées durant le débat en plénière ou au sein du Comité de rédaction. Le Comité a provisoirement adopté deux projets de directive sur le sujet.

Le projet de directive 1 a été adopté moyennant deux modifications de la version initialement proposée par le Rapporteur spécial. Dans la version anglaise, le titre du projet de directive a été raccourci en « Scope », conformément à la pratique la plus récente de la Commission dans ses travaux sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la protection de l'atmosphère et l'application à titre provisoire des traités. En outre, les mots « du projet de directives » qui figuraient dans le titre ont été jugés superflus, étant donné que dans le texte du projet de directive 1, on trouve les mots « présents projets de directive ».

Dans le texte du projet de directive 1, le Comité de rédaction a remplacé les mots « s'appliquent aux » par les mots « portent sur ». Bien que, pour la version anglaise, le Comité ait envisagé d'utiliser les mots « relate to », il a estimé que le mot « concern » était plus large et conforme à la formulation habituelle de telles dispositions dans les travaux de la Commission, comme le paragraphe 1 de la directive 2 des directives sur la protection de l'atmosphère et la directive 1 du Guide de l'application à titre provisoire des traités. Le projet de directive 1, tel que provisoirement adopté par le Comité de rédaction, est donc libellé comme suit : « Les présents projets de directive portent sur le règlement des différends auxquels des organisations internationales sont parties. »

Le Comité a longuement débattu des différentes formulations possibles pour le projet de directive 1. Il s'est demandé s'il convenait de préciser le type et la nature des « différends » sur lesquels le projet de directives est censé porter. Des formules telles que « différends présentant des aspects juridiques », « différends juridiques » et « différends internationaux » ont été envisagées. Pour certains membres, il était important d'employer un qualificatif pour délimiter précisément le champ d'application du sujet et, en particulier, pour déterminer les types de différends qui seraient inclus dans les travaux de la Commission sur le sujet et ceux qui en seraient exclus, par exemple les différends de droit privé, les différends commerciaux et les différends concernant les membres du personnel des organisations. Des membres ont souligné qu'il faudrait peut-être modifier l'intitulé du sujet pour qu'il en reflète mieux l'objet.

Le Comité de rédaction est finalement convenu qu'il serait prématuré d'ajouter des qualificatifs à ce stade et que cela pourrait avoir des effets préjudiciables sur la suite des travaux de la Commission sur le sujet. Le texte adopté par le Comité de rédaction ménage à la Commission suffisamment de souplesse pour définir plus précisément, dans les commentaires et au fur et à mesure que les travaux progresseront, la nature et le type de différends que le projet de directives est censé viser. On a aussi dit qu'il importait de disposer des observations que les États formuleraient sur le texte et les commentaires. À cet égard, il a été dit qu'il importait de faire preuve de clarté et de transparence dès le départ ; il a donc été entendu que, dans les commentaires, on expliquerait l'objet du sujet et on s'attarderait sur les parties impliquées dans des différends avec des organisations internationales. On préciserait également dans les commentaires que les questions relatives au droit national, par exemple celles ayant trait à la compétence du pouvoir judiciaire, et les questions régies exclusivement par le droit national ne relevaient pas du sujet.

Le Comité de rédaction a adopté le projet de directive 2 après modification de la version initialement proposée par le Rapporteur spécial dans son premier rapport. Le titre que le Rapporteur spécial avait proposé, à savoir « Emploi des termes », a été retenu. Le projet de directive comprend trois alinéas et donne une définition fonctionnelle des termes considérés comme ayant une incidence directe sur l'objet du sujet. Les mots « du projet de directives » ont été remplacés par les mots « des présents projets de directive » dans le chapeau du texte par souci de clarté et pour que le projet de directive soit conforme à la pratique établie par la Commission en la matière.

L'alinéa a) contient une définition du terme « organisation internationale ». Le Comité de rédaction s'est longuement demandé si, aux fins de ses travaux sur le sujet, la Commission devait reprendre la définition figurant à l'article 2 des articles sur la responsabilité des organisations internationales qu'elle avait adoptés en 2011 à sa soixante-troisième session, ou adopter une nouvelle définition, comme le proposait le Rapporteur spécial. Plusieurs membres du Comité de rédaction ont affirmé qu'il serait préférable de reprendre la définition précédente, car celle-ci s'avérait suffisamment souple pour être employée dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen, était solide et généralement acceptée par les États, était bien établie et connue des lecteurs et des praticiens du droit, contribuait à la sécurité juridique et était cohérente avec les travaux antérieurs de la Commission. L'adoption d'une nouvelle définition susciterait la confusion et soulèverait des questions inutiles. Il a également été souligné que la Sixième Commission de l'Assemblée générale était toujours saisie des articles sur la responsabilité des organisations internationales. Toute nuance ou précision qu'il faudrait apporter aux fins du sujet à l'examen pourrait figurer dans le commentaire.

D'autres membres ont en revanche estimé qu'il serait préférable d'adopter une nouvelle définition, plus fine et plus conforme à ce que l'on entend généralement par « organisation internationale ». Selon certains d'entre eux, la définition du terme « organisation internationale » avait évolué depuis que la Commission s'était penchée pour la dernière fois sur la question. Cela étant, il a été souligné que toute nouvelle définition serait fondée sur la définition de 2011 et en retiendrait les éléments essentiels. Finalement, le Comité de rédaction est convenu d'adopter une nouvelle définition du terme « organisation internationale », étant entendu que les commentaires expliqueraient en détail sa compatibilité avec la définition de 2011 et les raisons ayant conduit à l'ajout d'un nouvel élément. Les États auront la possibilité de commenter cette définition à la Sixième Commission, lors de la session suivante de l'Assemblée générale.

La définition du terme « organisation internationale » énoncée à l'alinéa a) et adoptée par le Comité de rédaction est libellée comme suit : « a) L'expression "organisation internationale" s'entend d'une entité possédant sa propre personnalité juridique internationale, instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international, qui peut comprendre parmi ses membres, outre des États, d'autres entités et qui est dotée au moins d'un organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres. ».

Concernant les modifications effectivement apportées à l'alinéa a), les mots « refers to », qui figuraient dans le texte anglais proposé par le Rapporteur spécial, ont été remplacés par le mot « means », le Comité de rédaction ayant conclu que celui-ci traduisait mieux l'objectif de l'alinéa et était habituellement utilisé pour les dispositions de ce type dans les travaux de la Commission. Le Comité de rédaction a également envisagé d'employer le mot « organisation » au lieu du mot « entité » au début de la phrase, mais a conclu que le mot « entité » permettait d'éviter une définition circulaire.

Le Comité de rédaction a ajouté le membre de phrase « possédant sa propre personnalité juridique internationale » après le mot « entité » pour tenir compte des observations formulées par les membres de la Commission durant le débat en plénière ainsi qu'au sein du Comité de rédaction, selon lesquelles il était justifié de faire une référence expresse à la personnalité juridique internationale dans la définition elle-même. L'objectif de cette modification était de faire écho à la formulation de la définition de 2011, dans laquelle la personnalité juridique internationale est un élément essentiel. Le commentaire expliquera ce que signifie le terme « personnalité juridique internationale » et pourquoi il est crucial que cet élément apparaisse expressément dans la définition.

En ce qui concerne le membre de phrase « instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international », qui figure également dans la définition de 2011, le Comité de rédaction s'est longuement demandé par qui et par quels moyens une organisation internationale pouvait être instituée. Il a été convenu que le membre de phrase « par un traité ou un autre instrument régi par le droit international » indiquait clairement qu'une organisation internationale pouvait être instituée par des États et des organisations internationales ainsi que par des sujets de droit international *sui generis* dotés de la capacité de conclure des traités. Cette question sera explicitée dans le commentaire, notamment le fait que des personnes physiques et des organisations non gouvernementales ne peuvent pas instituer d'organisations internationales. Dans le commentaire, on abordera également la question de savoir si la formule « un autre instrument régi par le droit international » inclut les organisations internationales instituées par des instruments juridiquement non contraignants.

Le Comité de rédaction a ajouté le membre de phrase « qui peut comprendre parmi ses membres, outre des États, d'autres entités » à la définition initialement proposée par le Rapporteur spécial car celle-ci n'indiquait pas expressément qui pouvait être membre d'une organisation internationale. Ce point a été examiné de manière approfondie au Comité de rédaction et il a été jugé important d'ajouter ce membre de phrase car cette même idée figurait dans la définition de 2011. Dans le commentaire, on expliquera le sens de l'expression « d'autres entités », en indiquant notamment que les organisations internationales peuvent avoir une composition mixte, et on traitera des organisations internationales qui n'ont que des organisations internationales pour membres.

Enfin, le membre de phrase « dotée d'au moins un organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres », initialement proposé par le Rapporteur spécial, a été conservé. Une modification a cependant été apportée à la version anglaise : le verbe « possessing » a été remplacé par le verbe « has ». Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait ajouter ce membre de phrase à la disposition et si, avec cet ajout, celle-ci s'écartait de la définition de 2011. Certains membres ont affirmé qu'il n'était pas nécessaire de faire une référence expresse à un « organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres » dans la définition, car l'élément constitutif fondamental de l'organisation internationale était la personnalité juridique internationale. En outre, ce membre de phrase pourrait être interprété comme ajoutant des critères à la définition de 2011. Il a été relevé que la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, n'avait pas fait d'un « organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres » un élément constitutif de l'organisation internationale. Pour certains membres, il était préférable de traiter cette question dans le commentaire, où les nuances et la différence entre le terme « personnalité juridique internationale » et la formule « au moins un organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres » pourraient être expliquées en détail. Certains membres ont affirmé que les mots « distincte » et « volonté » n'étaient pas clairs et qu'il fallait éviter de les employer. Le Comité de rédaction a envisagé de remplacer le membre de phrase en question par le suivant : « organe capable d'agir en son nom propre ». D'autres membres ont estimé qu'une organisation internationale possédait généralement au moins un organe par l'intermédiaire duquel elle agissait pour s'acquitter des tâches que ses membres fondateurs lui avaient confiées. C'est pourquoi faire figurer ce membre de phrase dans la définition même visait principalement à souligner qu'un organe était un élément déterminant crucial d'une organisation internationale. Il a également été dit qu'il était essentiel de mentionner expressément la « volonté » dans le texte et que la personnalité juridique internationale devrait être considérée comme une conséquence du fait qu'une organisation internationale possède une volonté distincte.

Le libellé finalement adopté par le Comité de rédaction est le fruit d'un compromis entre les différentes vues exprimées. La combinaison d'un texte conforme à la définition de 2011 et de la référence expresse à « au moins un organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres » doit s'interpréter non comme un écart par rapport à cette précédente définition, mais plutôt comme une manière de l'enrichir. L'importance d'assurer la cohérence et la concordance entre la définition du terme « organisation internationale » dans les travaux sur le sujet à l'examen et la définition énoncée dans les articles de 2011 a également été soulignée. Il a été convenu que, dans le commentaire, on expliquerait pourquoi

le membre de phrase « au moins un organe capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres » a été ajouté à l'alinéa a), en plus du membre de phrase « possédant sa propre personnalité juridique internationale ».

Il a également été convenu que l'on pourrait revenir ultérieurement, en fonction de l'évolution des travaux sur le sujet, sur la définition du terme « organisation internationale » figurant à l'alinéa a), provisoirement adoptée par le Comité de rédaction à la session en cours. Les observations des États à cet égard seront particulièrement utiles à la Commission.

L'alinéa b) contient la définition du terme « différend » ; le Comité de rédaction l'a adopté après avoir apporté des modifications au libellé initialement proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport. L'alinéa b) est désormais libellé comme suit : « Le terme "différend" s'entend d'un désaccord sur un point de droit ou de fait dans le cadre duquel une réclamation ou une assertion fait l'objet d'un refus ou d'une contestation. ».

Suivant le même raisonnement que pour l'alinéa a), le Comité de rédaction a remplacé les mots « refers to » par le mot « means » dans la version anglaise. Le Comité a décidé d'omettre du texte les mots « de politique », considérant que la définition devait porter uniquement sur les désaccords sur des questions de droit ou de fait et exclure les différends de nature exclusivement politique.

Le Comité de rédaction s'est demandé si l'alinéa b) devait reproduire la définition figurant dans l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Certains membres du Comité ont fait valoir que la question des différends visés par le projet de directives était déjà couverte par la disposition relative à l'objet du sujet et que, puisque le commentaire du projet de directive 1 présenterait le type et la nature des différends, une définition du différend était superflue et pourrait créer la confusion. Selon ces membres, s'il était toutefois jugé nécessaire d'inclure une définition du terme « différend », la Commission devrait utiliser celle figurant dans l'affaire *Mavrommatis*. D'autres ont affirmé qu'il était utile d'avoir une définition du terme « différend », mais ont néanmoins souligné que la notion de politique ne devrait pas y figurer. Ils ont suggéré que la nature des différends soit expliquée en détail dans les commentaires, lesquels rappelleraient l'arrêt rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* et celui rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*. En outre, il a été fait observer que, même si les mots « de politique » étaient absents du texte, il faudrait expliquer dans le commentaire qu'il importait parfois de comprendre le contexte politique d'un différend pour comprendre le différend lui-même. Le Comité de rédaction est parvenu à un compromis, adoptant une disposition fondée sur celle figurant dans l'arrêt *Mavrommatis*, étant entendu que les raisons de ce choix et les préoccupations soulevées par les membres seraient expliquées dans le commentaire.

Le Comité de rédaction s'est demandé s'il fallait faire expressément référence aux aspects juridiques des désaccords portant sur des points de « fait » dans le corps de la définition. Il a été suggéré qu'une formule semblable à celle de l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice était nécessaire pour préciser que le « fait » en question devait être un « fait » qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international. À cet égard, on a fait observer que la violation en question pouvait concerner une obligation autre qu'une obligation internationale. Le Comité de rédaction est convenu que l'on expliquerait, dans le commentaire, qu'aux fins de cette disposition, le « fait » s'entendait d'un fait ayant un lien avec un point de droit. On y présenterait également en détail les types de différends relevant de la disposition et ceux n'en relevant pas.

Enfin, le Comité de rédaction a supprimé les mots « d'une partie » et « d'une autre partie » qui figuraient dans le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial. Il y a eu débat sur la question de savoir s'il était nécessaire de mentionner les parties pouvant s'opposer et de définir avec qui les organisations internationales pouvaient avoir un différend. Il a été dit que si la référence à une « partie » était conservée, il faudrait définir ce mot. Il a également été dit que si cette référence était conservée, la disposition devrait rendre compte de ce que des tiers pourraient également avoir un intérêt dans un différend faisant intervenir

une organisation internationale. Le Comité de rédaction est convenu que ces points seraient mieux expliqués dans le commentaire.

En ce qui concerne la formule « une réclamation ou une assertion », on expliquera dans le commentaire qu'il convient d'employer le terme « réclamation » lorsqu'il est question de points de droit, tandis que le mot « assertion » convient lorsqu'il est question de points de fait. De même, il a été convenu d'expliquer dans le commentaire que le terme « refus » s'appliquait à la « réclamation », tandis que le terme « contestation » s'appliquait à l'« assertion ».

L'alinéa c) a été adopté moyennant des modifications de la version initialement proposée par le Rapporteur spécial. Il se lit désormais comme suit : « L'expression "moyens de règlement des différends" désigne la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire, le recours aux organismes ou accords régionaux ou d'autres moyens pacifiques de résolution des différends. ».

L'alinéa c) s'inspire de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Le Comité de rédaction a décidé d'insérer les mots « moyens de » avant les mots « règlement des différends » au début de la phrase. D'autres formules, comme « méthodes de », « formes de » et « procédures de », ont été envisagées, mais les mots « moyens de » ont finalement été jugés plus appropriés pour assurer la cohérence avec le libellé de l'Article 33 de la Charte et tenir compte de la formulation utilisée dans la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux.

Les mots « refers to », qui aux alinéas a) et b) du texte anglais ont été remplacés par le mot « means », ont été conservés à l'alinéa c). Ils indiquent au lecteur que cette disposition donne des exemples des différents moyens disponibles pour résoudre un différend, plutôt qu'elle ne dresse une liste figée de ces moyens. En outre, comme la disposition ne vise pas à définir le terme « règlement des différends » mais énumère des « moyens de règlement des différends », il a été convenu que les mots « refers to » étaient plus appropriés.

Comme la disposition s'inspire de l'Article 33 de la Charte, le Comité de rédaction a décidé d'inclure dans le texte les mots « le recours aux organismes ou accords régionaux », car il n'y avait aucune raison de s'écarter du texte de la Charte à cet égard. Toutefois, il n'est pas certain que, dans la pratique, un tel recours ne relèverait pas de l'un des autres moyens de règlement des différends énumérés à l'Article 33 de la Charte. Le Comité de rédaction a également remplacé la conjonction « et » par la conjonction « ou » devant l'expression « d'autres moyens pacifiques », pour mieux faire correspondre le libellé de la disposition à celui de l'Article 33 de la Charte et indiquer que les moyens de règlement des différends énumérés à l'alinéa c) n'étaient pas cumulatifs.

Dans la version anglaise, en ce qui concerne le membre de phrase « other peaceful means of resolving disputes », le mot « solving », initialement proposé par le Rapporteur spécial, a été remplacé par le mot « resolving », que le Comité de rédaction a jugé plus approprié, puisque l'idée exprimée dans cet alinéa est la recherche d'une solution aux différends plutôt que celle de la solution elle-même du différend.

Le Comité de rédaction s'est penché sur deux autres questions. La première concernait la place de l'alinéa c). Il a été suggéré que l'expression « moyens de règlement des différends » devrait faire l'objet d'un projet de directive de fond plutôt que de figurer dans un projet de directive concernant l'emploi des termes. Il a été convenu qu'on expliquerait dans le commentaire la raison pour laquelle ce terme a été placé dans le projet de directive 2. La seconde question concernait le fait que l'alinéa c) ne contenait pas l'expression « de leur choix » utilisée à l'Article 33 de la Charte pour qualifier les « autres moyens pacifiques ». Bien que certains membres aient affirmé qu'une expression de ce genre devrait figurer dans la disposition, le Comité de rédaction est convenu que, dans ce contexte particulier, il était justifié de s'écarter du libellé de l'Article 33 car, dans certains cas, les parties à un différend n'étaient pas libres de choisir les moyens employés pour résoudre leur différend. En particulier, les États membres d'une organisation internationale pourraient être tenus de recourir à des moyens particuliers de règlement des différends prévus par l'acte constitutif de l'organisation. Ces deux points seront explicités dans le commentaire.

Projet de directive 1

La Présidente dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter le texte du projet de directive 1.

Le projet de directive 1 est adopté.

M. Jalloh dit qu'il souhaite qu'il soit indiqué dans le compte rendu que le Comité de rédaction a longuement débattu de l'emploi du mot « concern » dans la version anglaise du projet de directive 1 et de ses équivalents dans les versions française et espagnole. Dans la version espagnole, les mots « se refiere al » se traduiraient davantage en anglais par « applies to » que par « concern », tandis que, dans la version française, les mots « portent sur » se traduiraient davantage en anglais par « relate to » que par « concern ». Cependant, le Comité de rédaction a considéré que les trois formulations, à savoir les formulations des versions anglaise, française et espagnole, avaient le même sens.

Projet de directive 2

La Présidente dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter le texte du projet de directive 2.

Le projet de directive 2 est adopté.

La Présidente dit qu'elle croit comprendre que le Rapporteur spécial rédigera les commentaires des projets de directives 1 et 2 pour qu'ils puissent figurer dans le rapport annuel que la Commission soumettra à l'Assemblée générale en 2023. Par conséquent, les commentaires sur les projets de directives seront adoptés durant la deuxième partie de la session en cours. Par ailleurs, compte tenu de la déclaration du Président du Comité de rédaction et du projet de directive 1 qui vient d'être adopté par la Commission, la Présidente croit comprendre que la Commission souhaite modifier l'intitulé du sujet en supprimant le mot « internationaux » qui suivait le mot « différends », de sorte que cet intitulé se lit désormais « Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties ».

Il en est ainsi décidé.

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

M. Savadogo remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » (A/CN.4/760) qui, avec l'étude approfondie du Secrétariat sur les éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission pouvant être utiles pour l'examen du sujet (A/CN.4/759), couvre un vaste champ de recherche, et dit qu'il partage les vues du Rapporteur spécial. Il indique qu'il entend axer ses observations sur le droit applicable à la lumière des moyens de règlement des différends prévus par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, en particulier le Tribunal international du droit de la mer. Il exposera ensuite la manière dont les juridictions appréhendent les moyens auxiliaires, en mettant l'accent sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer.

En ce qui concerne le droit applicable, le paragraphe 1 de l'article 293 de la Convention de 1982 est libellé comme suit : « Une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles de droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci. ». Les termes « cour » et « tribunal » utilisés à l'article 293 renvoient aux « moyens de règlement des différends concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention » visés dans la partie XV, section 2, de la Convention de 1982, à savoir le Tribunal international du droit de la mer, la Cour internationale de Justice, un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII et un tribunal arbitral spécial constitué conformément à l'annexe VIII. Ces organes appliquent les dispositions de la Convention ainsi que « les autres règles de droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ».

La Convention de 1982 ne mentionne pas expressément « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire

de détermination des règles de droit » visées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. On ne peut soutenir que la formule « les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec » la Convention désigne les moyens auxiliaires, car ni la jurisprudence ni les écrits doctrinaux ne peuvent être considérés comme des « règles de droit international ». Cela étant, l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pose le principe selon lequel, en matière d'interprétation, il convient de tenir compte de « toute règle pertinente applicable dans les relations entre les parties ». Cette formule inclut l'ensemble des règles conventionnelles liant les parties, mais le droit applicable comprend également le droit international général. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a confirmé le caractère coutumier de plusieurs dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 à 33. Le Tribunal international du droit de la mer a ultérieurement appliqué ces principes dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*. Il en résulte que l'article 31 de la Convention de Vienne pourrait fonder les juridictions visées à l'article 287 de la Convention de 1982 à se prévaloir des moyens auxiliaires mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire du *Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, le Tribunal international du droit de la mer a précisé les conditions dans lesquelles l'article 293 de la Convention de 1982 peut être appliqué, indiquant que lorsqu'il interprète les dispositions de la Convention sur lesquelles il s'est fondé pour établir sa compétence et les applique aux faits de l'espèce, « rien ne l'empêche d'appliquer d'autres règles de la Convention ou d'autres règles du droit international qui, conformément à l'article 293 de la Convention, ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». Le Tribunal relève toutefois que « l'article 293 de la Convention, qui porte sur le droit applicable, ne saurait servir à étendre la compétence du Tribunal ».

Le paragraphe 2 de l'article 293 de la Convention de 1982 dispose que les cours et tribunaux ayant compétence en vertu de la section 2 de la partie XV ont la faculté « de statuer *ex aequo et bono* si les parties sont d'accord ». Cette disposition, qui rappelle le paragraphe 2 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ne concerne pas les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. L'article 38 du Statut du Tribunal international du droit de la mer dispose que, outre l'article 293, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins applique « a) les règles, règlements et procédures de l'Autorité [internationale des fonds marins] adoptés conformément à la Convention ; et b) les clauses de tout contrat relatif à des activités menées dans la Zone, à propos de toutes questions se rapportant à ce contrat ». Ainsi, la Chambre applique non seulement les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci et les règles, règlements et procédures de l'Autorité internationale des fonds marins, mais également les clauses des contrats relatifs à des activités menées dans la Zone à propos de toutes questions se rapportant à ces contrats. Là encore, l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pourrait fonder la Chambre à invoquer les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Dans son avis consultatif concernant les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a conclu que le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone et le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone représentaient un droit dérivé de la Convention de 1982 mais pouvaient être utilisés pour clarifier et compléter certains aspects des dispositions pertinentes de celle-ci.

Aux fins du règlement des différends qui leur sont soumis, les mécanismes de règlement prévus à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 peuvent invoquer les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, principalement « les décisions judiciaires » et « la doctrine ». L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, qui place la jurisprudence et la doctrine sur le même plan, est équivoque puisque le texte français utilise l'adjectif « auxiliaire », alors que le texte anglais utilise l'adjectif « *subsidiary* » (« subsidiaire »). L'objet de cette disposition est de prévenir le *non liquet* en l'absence de règle applicable, ce qui nuirait au développement du rôle des juridictions internationales.

Par exemple, dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire du *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, le Tribunal international du droit de la mer a jugé qu'en l'absence dans la Convention de 1982 de disposition sur le soutage, il ne pouvait énoncer aucune conclusion sur cette question. La question du soutage a de nouveau été évoquée devant le Tribunal dans l'affaire du *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*. Dans l'arrêt qu'il a rendu dans cette affaire, le Tribunal a considéré « qu'il ressort[ait] clairement de l'énumération figurant à l'article 62, paragraphe 4, de la Convention que toutes les activités qui peuvent être réglementées par l'État côtier doivent avoir un lien direct avec la pêche » et « qu'un tel lien exist[ait] en ce qui concerne le soutage des navires étrangers qui pêchent dans la zone économique exclusive, puisque cette opération permet à ces navires de poursuivre sans interruption leurs activités en mer ».

Quoi qu'il en soit, ni les décisions judiciaires ni la doctrine ne peuvent créer des règles de droit ; elles permettent seulement d'en constater l'existence. En ce qui concerne la jurisprudence, le consentement préalable à la compétence impose aux cours et tribunaux de tenir compte de la pratique et de refléter le droit interétatique. En d'autres termes, ils ne peuvent élaborer une jurisprudence prétorienne fondée sur le principe *stare decisis*. La compétence d'interprétation comporte toutefois un pouvoir juridique considérable, puisqu'elle permet dans certaines conditions de choisir le sens du droit et de lui imprimer une orientation donnée. L'influence de la jurisprudence se développe ainsi avec la formulation et la constatation du droit coutumier ou des principes généraux du droit. L'essentiel de ces interprétations figure dans l'exposé des motifs des arrêts ou avis, mais il ne faut pas confondre le raisonnement juridique qui fonde l'argumentation avec le contenu de la décision. Dans le cas des avis, celle-ci n'est que consultative, et dans le cas des arrêts qui règlent des différends juridiques entre États, elle n'est que relative. Néanmoins, la force de conviction du raisonnement de la cour ou du tribunal comme les réactions à la décision conduisent souvent à élargir la portée des interprétations judiciaires bien au-delà de leur portée théorique.

Ainsi, en principe, la jurisprudence est non pas une source du droit international mais, comme indiqué à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, un moyen auxiliaire ou complémentaire d'identification et d'interprétation de ce droit. Cela ressort de l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour a déclaré qu'elle avait pour fonction de dire le droit existant et non de légiférer même si, en disant le droit, elle devait nécessairement « en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution ». Dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a déclaré que des instances juridictionnelles ne pouvaient pas exercer des fonctions « qui [n'étaient] pas conformes à leur statut judiciaire ». Toutefois, dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, le Tribunal international du droit de la mer déclare ce qui suit : « Les cours et tribunaux internationaux ont contribué à l'élaboration progressive d'un corps de jurisprudence en matière de délimitation maritime qui a réduit la part de la subjectivité et d'incertitude dans la détermination des frontières maritimes et dans le choix des méthodes à suivre à cette fin. ».

L'apport de la jurisprudence est particulièrement visible en matière de délimitation maritime ou, comme l'a constaté un tribunal arbitral dans la sentence qu'il a rendue dans *l'Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale*, la jurisprudence internationale constitue un acquis judiciaire, défini comme une source du droit international. Bien qu'ils ne soient pas liés par la règle *stare decisis*, les juges veillent à s'appuyer sur les décisions antérieures et à ce que les décisions rendues forment un corpus homogène. Dans les affaires portées devant lui, le Tribunal et ses chambres évoquent abondamment les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, ainsi que la jurisprudence des tribunaux arbitraux. Comme il a été indiqué, le terme « décisions » inclut les arrêts mais également les avis consultatifs. Dans un arrêt rendu en 2021 dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, une chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer a déclaré ce qui suit, en ce qui concerne la distinction entre le caractère obligatoire d'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice et l'autorité dont il est revêtu : « Un avis consultatif n'est pas obligatoire, car même l'entité requérante n'est pas tenue de s'y

conformer de la même façon que sont tenues de se conformer à un arrêt les Parties à une procédure contentieuse. Toutefois, les conclusions judiciaires qui y sont formulées n'ont pas moins de poids et font autant autorité que celles formulées dans les arrêts puisqu'elles le sont de manière tout aussi rigoureuse et minutieuse par "l'organe judiciaire principal" des Nations Unies ayant compétence en matière de droit international. ».

Le Tribunal international du droit de la mer s'est aussi prononcé sur la portée des décisions des tribunaux internes. Dans l'affaire du *Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, il déclare que les décisions des tribunaux italiens peuvent servir à élucider les faits de l'affaire. La jurisprudence des tribunaux arbitraux a aussi eu une influence sur les délibérations des juridictions internationales. Certains principes, comme celui de la neutralité en temps de guerre énoncé dans la sentence arbitrale de 1872 dans l'affaire des *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, le principe de la proportionnalité des représailles face à un fait illicite énoncé dans la sentence arbitrale rendue en 1928 dans l'affaire des *Colonies portugaises (Naulilaa)*, ou encore les caractères généraux de la compétence territoriale établis dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Île de Palmas*, constituent des précédents auxquels les juridictions internationales renvoient. Tout aussi instructive est la sentence arbitrale rendue en 1941 dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, dans laquelle le tribunal arbitral, constatant qu'il n'existait pas en droit international de principe applicable à la pollution atmosphérique transfrontière, a procédé par analogie en se référant à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique et du Tribunal fédéral suisse.

La doctrine est contenue dans des ouvrages académiques ou universitaires tels que des manuels, des articles, le *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, les actes de colloques de sociétés savantes et les travaux d'organes d'experts tels que l'Institut de droit international. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut constitue le fondement juridique de la prise en considération de la doctrine sans pour autant conférer à celle-ci une autorité juridique particulière. Son rôle est plus important dans la formation des juristes que dans la production du droit, du moins en apparence. La doctrine peut en effet contribuer à la formulation de règles dans des domaines nouveaux ou en évolution du droit international. À cet égard, peuvent être mentionnés en particulier le droit de l'espace, qui doit beaucoup à la doctrine, ou encore le droit de la mer, dans lequel la doctrine a joué un rôle majeur dans le développement de concepts tels que ceux de « plateau continental », « zone contiguë » et « zone économique exclusive », et le droit de l'environnement. Cela étant, le rôle de la doctrine est difficilement comparable à celui de la jurisprudence. En effet, contrairement à un juge ou à un arbitre, qui a été mandaté pour régler un différend en application du droit, dans un contexte normatif dominé par les États les auteurs ne représentent qu'eux-mêmes. C'est pourquoi la doctrine n'a pas d'autorité juridique directe. Elle peut toutefois contribuer à identifier des règles non écrites du droit international, des coutumes et des principes généraux du droit, et à en définir la portée. Elle peut également être utilisée comme moyen de preuve. Si elle ne crée pas de règles de droit, elle contribue à la reconnaissance de l'existence de telles règles.

Le Tribunal international du droit de la mer ne s'est jamais ouvertement référé à la doctrine. En revanche, la Cour internationale de Justice et la Cour permanente de Justice internationale l'ont fait, quoique rarement. On trouve des références à la doctrine dans les arrêts rendus par la Cour permanente dans l'affaire du « *Lotus* » et l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* et dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*. Dans cette dernière, l'arbitre unique, M. Dupuy, s'est fondé sur plusieurs travaux de doctrine pour étayer sa sentence. La doctrine est abondamment citée par les parties devant les juridictions internationales et les juges s'y réfèrent souvent dans leurs opinions individuelles ou dissidentes. En pratique, la doctrine est très utilisée, bien qu'elle ne le soit pas toujours ouvertement, tant par les juges que par les juristes du greffe des juridictions. En fait, nombre de juges et d'arbitres sont également auteurs d'articles ou d'ouvrages de doctrine, et leur influence sur la jurisprudence ne doit pas être méconnue. En d'autres termes, dans de nombreuses juridictions la doctrine est déjà sur le siège. Il s'établit dès lors une sorte de dialogue muet entre les juges et la doctrine. L'influence de certains juristes éminents a été particulièrement remarquable dans l'évolution des décisions de justice. Ce fut notamment le cas du juge Anzilotti en ce qui concerne le droit de la responsabilité internationale.

S'agissant des tribunaux internes, l'apport de la doctrine ne peut être clairement déterminé en l'absence de sources disponibles. Dans l'affaire *The Queen v. Keyn*, un juge britannique a fait une brève allusion à la doctrine, relevant le désaccord entre les principaux auteurs au sujet de l'étendue de la mer territoriale. En revanche, dans l'affaire *The Paquete Habana*, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a accepté l'utilisation de la doctrine pour prouver l'existence d'une coutume.

En ce qui concerne les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, M. Savadogo propose d'inverser l'ordre des adjectifs « nationales » et « internationales » à l'alinéa a) du projet de conclusion 2 et de remanier comme suit l'alinéa b) de la même disposition : « La doctrine des publicistes les plus qualifiés représentant les principaux systèmes juridiques du monde et les langues en usage dans les institutions des Nations Unies ». S'agissant de l'alinéa c) du projet de conclusion 2, si la pratique de l'Organisation des Nations Unies est répertoriée dans l'*Annuaire juridique des Nations Unies*, l'accès à des informations sur la pratique des États dépend en revanche de la situation des États concernés, notamment de leur puissance et de leur histoire, ce qui crée des inégalités. Les États anciens ont des traditions et des archives diplomatiques, alors que dans les nouveaux États l'administration peut être déficiente ou il peut exister des obstacles linguistiques à la publication de documents relatifs à leur pratique. Quoi qu'il en soit, les documents en question peuvent constituer une documentation de base à partir de laquelle les éléments de formation de la coutume peuvent être déterminés. Enfin, M. Savadogo propose de modifier le début du projet de conclusion 5 de la même manière que l'alinéa b) du projet de conclusion 2 afin qu'il se lise comme suit : « La doctrine des publicistes les plus qualifiés représentant les principaux systèmes juridiques du monde et les langues en usage dans les institutions des Nations Unies. ».

M. Reinisch remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, un document exhaustif qui donne un large aperçu du sujet et analyse plus en détail quelques points importants.

S'agissant de la portée des travaux sur le sujet, au paragraphe 49 de son rapport le Rapporteur spécial fait allusion à de possibles « moyens auxiliaires supplémentaires tels que l'équité, le droit religieux ou les accords entre États et entreprises internationales ». Cela est assez surprenant, puisque ni l'équité ni le droit religieux ne semblent faire partie du droit international. De plus, on voit mal ce qu'il faut entendre par « entreprises internationales », un terme inhabituel, dont on peut considérer qu'il désigne non seulement les sociétés transnationales ou les entreprises multinationales, mais également les organisations internationales. Si l'on en juge par la manière dont le Rapporteur spécial emploie ultérieurement ce terme dans son rapport, c'est aux « sociétés transnationales » qu'il songe. Ce dernier terme, qui est plus largement utilisé, ou le terme « entreprises multinationales » utilisé par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques, aurait peut-être été préférable. Plus important toutefois aux fins des travaux de la Commission, les raisons pour lesquelles les accords conclus avec de telles entités peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire ne sont pas pleinement exposées. Le droit international peut certes être reflété dans ces accords, mais cela est également vrai de presque tous les autres types d'accord, y compris les traités et les résolutions des organisations internationales, et cela ne semble pas être une caractéristique distinctive des « accords entre États et entreprises internationales ».

M. Reinisch dit qu'il apprécie l'ouverture d'esprit dont le Rapporteur spécial fait preuve quant à la forme que doit prendre le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet. À la section B du chapitre III de son rapport, le Rapporteur spécial donne des raisons plausibles de lui donner la forme d'un « projet de conclusions », entendu comme un texte relevant principalement de la codification du droit international mais comportant éventuellement quelques éléments de développement progressif. De plus, le fait que le texte issu de travaux antérieurs de la Commission sur les sources du droit international ait pris la forme d'un projet de conclusions semble justifier pleinement que le texte qui sera issu des travaux sur le sujet à l'examen prenne la même forme.

Au chapitre IV, le Rapporteur spécial propose comme il est logique que la Commission suive sa méthode établie en examinant de manière exhaustive les sources primaires et secondaires sur le sujet. En revanche, la suggestion qu'il formule au paragraphe 62, à savoir que « [l]e principe directeur des travaux sur le sujet devrait être en premier lieu l'étude de la pratique des États », est moins claire. Bien que les exemples suivant cette suggestion montrent que l'expression « pratique des États » ne doit peut-être pas être entendue au sens technique restreint dans lequel elle est utilisée dans le contexte de la création du droit international coutumier, on voit mal quelle pratique des États doit être « en premier lieu » le principe directeur des travaux de la Commission sur le sujet. Les indications en la matière doivent en premier lieu être recherchées dans l'étude des documents juridiques et de la doctrine sur le sujet, à moins que le Rapporteur spécial estime que les travaux de la Commission doivent être guidés par les vœux exprimés par les États à la Sixième Commission, auquel cas cette intention aurait dû être plus clairement exprimée. Répondant à la question soulevée au paragraphe 68 du rapport, M. Reinisch appuie la proposition du Rapporteur spécial d'établir une bibliographie multilingue complète sur le sujet et dit qu'il est prêt à y contribuer.

Au chapitre V de son rapport, le Rapporteur spécial fait plusieurs observations préliminaires sur le recours par la Commission aux moyens auxiliaires. Sa deuxième observation, qui figure au paragraphe 150, est extrêmement intéressante, en ce qu'elle indique qu'« [o]n ne s'appuie pas seulement sur les décisions judiciaires pour déterminer ou confirmer l'existence et le contenu des règles de droit international, mais également pour formuler, dans certains cas, des règles et des principes de droit international et définir des sources de droits ou d'obligations ». La phrase qui suit donne à penser de manière encore plus explicite que les décisions judiciaires ne sont pas seulement auxiliaires au sens où elles aident à déterminer et confirmer l'existence de règles de droit international en ce qu'elle indique qu'elles « seraient assimilables aux sources primaires du droit international ». Il s'agit là d'une observation potentiellement très importante et, comme le Rapporteur spécial l'indique à juste titre, « provisoire », qui pourrait avoir de très vastes conséquences et devra assurément être examinée de manière particulièrement attentive et approfondie par la Commission. M. Reinisch dit qu'il doute sérieusement qu'une telle conclusion puisse effectivement être tirée et il relève donc avec soulagement que le Rapporteur spécial n'a pas incorporé d'observations d'aussi large portée dans les projets de conclusion qu'il propose.

La troisième observation provisoire formulée au chapitre V, à savoir que la Commission recourt davantage aux décisions judiciaires qu'à la doctrine, semble factuellement très plausible. L'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle ce constat indiquerait non que les décisions judiciaires sont plus importantes que la doctrine mais qu'elles jouent un rôle différent n'est toutefois pas pleinement convaincante, et des éclaircissements seraient les bienvenus. Le Rapporteur spécial explique ensuite que les décisions judiciaires tendent à être plus spécifiques que la doctrine. Toutefois, étant donné que certaines évaluations juridiques « doctrinales » portent sur des problèmes de droit international très spécifiques sur lesquels la jurisprudence est totalement muette, il n'est pas certain que le critère de spécificité puisse être généralisé. Il est moins difficile de souscrire à la quatrième observation provisoire du Rapporteur spécial, à savoir que les travaux des groupes d'experts se voient souvent accorder davantage de poids que ceux des auteurs individuels.

Le chapitre VI porte sur la nature et la fonction des sources dans le système juridique international. Il n'est pas certain qu'un large débat sur la nature des sources de droit international soit nécessaire. En tout état de cause, comme le Rapporteur explique que les décisions judiciaires et la doctrine doivent être considérées comme des moyens auxiliaires, il est relativement surprenant que, aux paragraphes 194 et 195 de son rapport, il désigne les premières et la seconde comme des « sources » du droit international, ou semble du moins enclin à les considérer comme telles. L'idée selon laquelle les moyens auxiliaires ne sont pas des sources formelles mais peuvent être utilisés pour identifier ou déterminer les règles de droit est préférable et plus conforme à l'Article 59 du Statut, auquel l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 renvoie. Elle tient également compte du fait que le système juridique international comporte des caractéristiques de divers systèmes juridiques, y compris ceux de droit civil. Dans de nombreux systèmes ne relevant pas de la *common law*, les décisions judiciaires sont considérées non comme des sources directes du droit mais comme

des preuves du droit et éventuellement comme le résultat de l'application des normes juridiques pertinentes. Aux termes du Statut de la Cour, une décision n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Cela étant, le contenu des décisions judiciaires n'est pas nécessairement et automatiquement une source du droit international.

Les considérations figurant au chapitre IX, qui concernent la possibilité qu'il existe d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, doivent être développées et examinées par la Commission. Si les membres acceptent l'argument plausible du Rapporteur spécial selon lequel l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 n'est pas censé être exhaustif et laisse donc subsister la possibilité qu'il existe d'autres moyens auxiliaires, des recherches plus poussées sont nécessaires. Au paragraphe 355, le Rapporteur spécial donne divers exemples de sources supplémentaires de droit international, notamment les actes unilatéraux, les résolutions des organisations internationales, les accords entre États et acteurs non étatiques et le droit religieux. Or, pour M. Reinisch, nombre de ces sources relèvent des sources du droit international énumérées dans les trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38. Quoi qu'il en soit, une analyse plus détaillée est nécessaire.

La nécessité d'un examen plus poussé est également apparente en ce qui concerne les textes issus des travaux de la Commission. En particulier, l'affirmation selon laquelle la Commission pourrait ne pas considérer ses propres travaux comme relevant de la doctrine appelle un examen plus détaillé. Il pourrait être utile d'examiner de manière plus approfondie si, eu égard à ses méthodes de travail et à son mandat particuliers, les textes issus des travaux de la Commission peuvent être considérés comme transcendant la doctrine. De même, les travaux des organes créés par les États et des organes conventionnels appellent une analyse plus poussée. Le Rapporteur spécial semble suggérer que les travaux de ces organes fournissent des interprétations faisant autorité ou peuvent donner naissance à des accords ultérieurs. Or la mesure dans laquelle les interprétations de ces organes font autorité dépend en tout premier lieu des fonctions que leur assignent les traités qui les ont créés.

La nécessité d'un examen plus approfondi est également apparente en ce qui concerne les actes unilatéraux et les résolutions des organisations internationales, également susceptibles d'être considérés comme des moyens auxiliaires potentiels. Il n'est pas nécessairement vrai que, parce que les actes unilatéraux sont considérés comme juridiquement contraignants, ils ne relèvent tout simplement pas du paragraphe 1 de l'Article 38. Certes, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial déclare qu'il n'est pas nécessaire de qualifier les obligations juridiques contraignantes de cette nature de moyen auxiliaire, mais cela ne signifie pas nécessairement qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du paragraphe 1 de l'Article 38. Comme le Rapporteur spécial lui-même le reconnaît, les actes unilatéraux pourraient être considérés comme des « traités inchoatifs ». Selon d'autres théories, leur caractère obligatoire découle du principe de la bonne foi.

De même, l'examen des résolutions des organisations internationales figurant dans le rapport est quelque peu superficiel. Il se limite essentiellement aux résolutions des organes de l'Organisation des Nations Unies. Dire que les résolutions ne sont pas des traités, alors même qu'elles tirent leur autorité contraignante de traités, n'est peut-être pas suffisant pour rendre pleinement compte de l'autorité juridique qui s'attache à elles parce qu'elles sont « secondaires » par rapport au droit conventionnel ou « dérivées » de ce droit, une notion qui a cours dans de nombreuses organisations internationales. M. Reinisch dit qu'il pense néanmoins avec le Rapporteur spécial que lorsqu'une résolution n'est pas contraignante aux termes de l'acte constitutif de l'organisation dont elle émane, sa teneur peut non seulement refléter l'*opinio juris* des États membres, comme la Commission l'a constaté dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, mais elle peut aussi être considérée comme l'expression, au sujet du droit international, de vues qui se rapprochent d'un moyen auxiliaire de détermination de ce droit.

Le chapitre IX contient un examen extrêmement pertinent du poids ou de l'autorité à accorder aux différents types de moyens auxiliaires. Dans le cas de la doctrine, ils dépendront en grande partie du soin et de l'objectivité avec lesquels les écrits doctrinaux sont rédigés, qui déterminent l'appui recueilli par la position qu'ils défendent. Les mêmes critères peuvent aussi s'appliquer aux décisions judiciaires et doivent peut-être être élargis, car la valeur des décisions judiciaires pour la détermination des règles de droit international dépend du soin et de l'objectivité avec lesquels elles appliquent certaines dispositions du droit international.

La majorité des projets de conclusion proposés sont acceptables et peuvent constituer un bon point de départ pour les travaux de la Commission. Toutefois, au lieu d'expliquer comment il a abouti aux textes qu'il propose, le Rapporteur spécial se contente de renvoyer de manière générale à l'analyse approfondie figurant dans les chapitres précédents du rapport. Cette incertitude est particulièrement manifeste en ce qui concerne l'alinéa c) du projet de conclusion 2, aux termes duquel les moyens auxiliaires comprennent « [t]ous autres moyens tirés de la pratique des États ou des organisations internationales ». Bien que des arguments puissent être avancés à l'appui d'une telle proposition, il va clairement au-delà du texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Des arguments supplémentaires sont nécessaires pour justifier l'inclusion d'autres moyens de cette nature et, en particulier, pour clarifier le contenu d'une telle catégorie. Dans des chapitres antérieurs du rapport, il est fait référence aux actes unilatéraux des États et aux résolutions des organisations internationales, mais la mesure dans laquelle ceux-ci relèvent de la définition des moyens auxiliaires est contestable.

Le projet de conclusion 3 porte sur l'importante question du poids et de l'autorité à accorder aux moyens auxiliaires. Certains des critères d'appréciation proposés, par exemple « la qualité » et « la compétence », ne sont pas controversés. Il n'est toutefois pas immédiatement évident que « la conformité avec un mandat officiel » soit pertinente à cet égard. Ce critère peut n'être pas du tout applicable, en particulier en ce qui concerne les organes « privés ». Un organe d'experts peut très bien se prononcer sur une question qui ne relève pas de son mandat officiel d'une manière extrêmement persuasive et autorisée, ce prononcé pouvant dès lors constituer un moyen auxiliaire susceptible d'être invoqué pour déterminer des règles de droit. L'inclusion de « l'accueil de la part d'États et d'autres » en tant que critère de la fiabilité et de la valeur d'un moyen auxiliaire risque de créer des problèmes pratiques. Si les autres critères concernent des caractéristiques inhérentes aux textes en cause, les réactions des États et d'autres ne sont parfois connues que beaucoup plus tard, et ne sont de ce fait guère utiles pour apprécier les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

Le titre proposé pour le projet de conclusion 3, « Critères d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit », n'est pas suffisamment clair. Les critères proposés semblent concerner la valeur, le poids ou l'autorité de ces moyens à cette fin.

Le projet de conclusion 4 semble d'une portée relativement limitée eu égard à l'intéressante analyse figurant dans le rapport en ce qui concerne les décisions judiciaires. Si le terme « juridictions » peut être interprété comme désignant également des tribunaux arbitraux, le projet de conclusion est muet sur la question des avis consultatifs. Il n'est pas certain que le libellé proposé pour l'alinéa b), à savoir qu'« une attention particulière » doit être accordée aux décisions de la Cour internationale de Justice, rende compte comme il convient des idées exprimées dans le rapport, qui expliquent que les décisions de la Cour revêtent un poids particulier. Selon la question à déterminer, ces décisions peuvent ne pas être pertinentes. En ce qui concerne l'alinéa c), M. Reinisch n'est pas pleinement convaincu que les limitations concernant les juridictions nationales figurant dans le texte soient nécessaires. Bien entendu, les décisions des juridictions nationales ne peuvent être invoquées que lorsqu'elles sont pertinentes. Il en va toutefois de même des décisions des juridictions internationales. Stipuler que celles-ci « font particulièrement autorité » mais que les décisions des juridictions nationales « peuvent être utilisées, dans certaines circonstances » est une simplification abusive et ne correspond pas toujours à l'approche à adopter. Il semblerait que le poids ou l'autorité qui s'attache à chaque catégorie de décisions dépend des critères énoncés dans le projet de conclusion 3.

S'agissant du projet de conclusion 5, il serait intéressant de savoir pourquoi le critère décisif utilisé pour apprécier la valeur de la doctrine aux fins de la détermination du droit international doit être la mesure dans laquelle elle reflète les opinions concordantes des spécialistes et comment ce critère est lié à ceux énoncés dans le projet de conclusion 3.

Étant donné l'écart entre l'analyse approfondie figurant dans le rapport du Rapporteur spécial et les projets de conclusion qui en résultent, il n'est pas certain que ces derniers soient prêts à être renvoyés au Comité de rédaction, car nombre des questions sur lesquelles ils portent mériteraient d'être analysées de plus près dans les rapports suivants. M. Reinisch dit qu'il en appelle néanmoins le renvoi au Comité de rédaction, ne voulant pas entraver les travaux sur le sujet.

M. Argüello Gómez remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, un document exhaustif et bien structuré qui est le résultat d'une analyse approfondie et qui, loin d'être dogmatique, vise à susciter des observations sur les aspects les plus controversés du sujet.

L'étude est présentée comme la suite et la conclusion des travaux de la Commission sur les « sources » du droit international, un terme qui s'entend généralement des sources visées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Commission a mené à bien des travaux sur les traités et la coutume et étudie actuellement les principes généraux du droit. Elle s'est ainsi penchée sur les catégories mentionnées dans les trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Cette disposition est considérée comme l'énoncé le plus juste et le plus complet des sources du droit international ou, à tout le moins, de ses sources traditionnelles. La Commission se lance maintenant dans l'étude des moyens auxiliaires, qui sont visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Il importe dès le départ de distinguer les alinéas a) à c), qui portent sur les trois seules sources de droit international généralement reconnues, et l'alinéa d), qui concerne les moyens de détermination de ces sources ou des règles de droit international.

Pour M. Argüello Gómez, les discussions sur le sens du mot « auxiliaire » et de ses équivalents dans d'autres langues sont dénuées de pertinence. Quel que soit l'adjectif utilisé pour qualifier les moyens en question, ils ne sont qu'un moyen de déterminer les règles de droit et ne constituent pas eux-mêmes de telles règles. Ni un arrêt de la Cour internationale de Justice ni un texte de de Vattel n'est une règle. Les traités, la coutume et les principes généraux du droit, en revanche, ne sont pas des moyens de déterminer des règles mais sont en eux-mêmes une expression de ces règles. Cette distinction est importante. Les trois sources de droit traditionnelles sont fondamentalement les mêmes qu'en 1920, lorsque la version initiale de la disposition en question – l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale – a été conçue et rédigée. Il était donc raisonnable d'étudier ces trois sources telles qu'énumérées à l'Article 38.

Il n'est par contre peut-être pas opportun de prendre pour point de départ des travaux en cours sur les moyens de détermination des règles de droit international un texte qui a été élaboré à une époque où la grande majorité de ces règles n'avaient pas encore été déterminées. De plus, le texte en question n'était pas censé servir de modèle pour la détermination des règles de droit par une quelconque autorité ou par les publicistes mais à établir les limites dans le cadre desquelles une cour internationale devait opérer. L'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale a été rédigé non pour conférer aux juges la liberté de décision mais pour limiter leur pouvoir discrétionnaire. Cela était compréhensible puisque depuis plus de vingt ans – depuis au moins 1899, année où la première Conférence internationale de la Paix s'était tenue à La Haye – les États se montraient réticents à créer une cour internationale de crainte qu'elle ne porte atteinte à leur souveraineté. Limiter l'étude du sujet à l'Article 38 n'est donc pas la meilleure manière d'avancer, en particulier s'agissant des moyens de détermination des règles de droit.

Les travaux préparatoires montrent que la principale question n'était pas de savoir quelles sources mentionner mais bien quels moyens devaient être utilisés pour établir ces sources : la pratique, dans le cas de la coutume, et la reconnaissance par les nations « civilisées », dans le cas des principes généraux du droit. C'est la raison pour laquelle l'élaboration de l'alinéa d) a été si complexe, puisque ceux qui en étaient chargés ne voulaient pas laisser au pouvoir discrétionnaire des juges le choix des moyens de déterminer l'existence d'une coutume ou d'un principe général du droit. Il n'est pas certain que circonscrire l'étude du sujet à une disposition rédigée pour limiter les pouvoirs d'une juridiction internationale puisse être productif.

De plus, la Commission n'est pas l'instance la mieux placée pour analyser une disposition du Statut de la Cour internationale de Justice, puisque c'est à la Cour elle-même qu'il incombe d'élucider le sens de cet instrument et de l'appliquer. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission doit étudier les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et non le sens et l'application de l'Article 38 en analysant le libellé et en revenant sur les débats qui ont eu lieu lors des travaux préparatoires.

Les limites dans lesquelles une juridiction doit déterminer les règles régissant la conduite des parties – leurs droits et obligations mutuels – ne sont pas les mêmes que celles qui peuvent lier le conseiller juridique d'un gouvernement, une organisation internationale ou même une entreprise internationale. De plus, les publicistes avisés qui cherchent à démontrer l'existence de règles juridiques dans le cadre de leurs écrits doctrinaux, lesquels peuvent être utilisés comme moyen de démontrer l'existence de ces règles, ne se limiteront pas aux moyens indiqués à l'alinéa d) comme, avant eux, Grotius ou de Vattel ne s'y sont pas limités. Si la Commission coupe le cordon ombilical rattachant l'étude des moyens de déterminer les règles à l'Article 38, elle évitera ce qui constituerait à n'en pas douter un débat stérile sur le point de savoir si ces moyens doivent se limiter aux décisions judiciaires et à la doctrine. Quoi qu'il en soit, la Cour elle-même ne demeure pas liée par cette limitation.

En ce qui concerne les questions spécifiques mises en lumière au chapitre VIII du rapport, si la Commission dissocie ses travaux sur le sujet du texte et du contexte de l'Article 38, elle n'aura plus à régler le problème créé par le chapeau du paragraphe 1, qui implique que les décisions judiciaires et la doctrine visés à l'alinéa d) sont des sources du droit international au même titre que celles visées aux alinéas a) à c). Il ne s'agit probablement que d'une imprécision, comme il en existe parfois lorsque l'on donne son intitulé à un sujet qui présente plusieurs aspects. Quoi qu'il en soit, c'est à la Cour de résoudre cette imprécision. Jamais, en cent ans, la Cour n'a confondu les moyens et les sources.

Au paragraphe 267 de son rapport, le Rapporteur spécial demande si le terme « décisions judiciaires » englobe les décisions de la Cour, les avis consultatifs, les sentences arbitrales et les décisions des tribunaux internes. La Cour a répondu à la première de ces questions dans l'arrêt qu'elle a rendu le 18 novembre 2008 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* : « la Cour [...] ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières. ». En pratique, la Cour invoque fréquemment ses propres décisions, comme le montre n'importe lequel de ses arrêts récents. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 21 avril 2022 dans l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* par exemple, la Cour renvoie à plusieurs de ses arrêts antérieurs, à une décision du Tribunal international du droit de la mer, à une sentence arbitrale et aux travaux de la Commission du droit international. La Cour peut donc s'appuyer sur les décisions d'autres juridictions, y compris arbitrales, et sur les travaux de la Commission elle-même.

S'agissant des décisions des juridictions nationales, dans une note de bas de page associée au paragraphe 283 de son rapport, le Rapporteur spécial cite l'opinion qui fait autorité de Hugh Thirlway. Il échet de rappeler que les décisions des juridictions nationales sont expressément visées dans la conclusion 13 des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier. Il n'y a donc aucune raison de les exclure des travaux sur les moyens auxiliaires.

Le rapport soulève également le point de savoir si les avis consultatifs de la Cour peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire. Au paragraphe 276, le Rapporteur spécial note que ces avis ne peuvent être considérés comme des « décisions » de la Cour au sens du paragraphe 1 de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies. En fait, les arrêts de la Cour n'ont force obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé, mais le fait qu'un arrêt ne lie que les parties en litige n'empêche pas la communauté juridique internationale de le citer dans d'autres affaires.

Un avis consultatif n'a pas force obligatoire au sens où il n'y a pas de parties qu'il puisse lier. Cela ne signifie pas qu'il n'a aucune validité mais uniquement qu'il n'a pas force obligatoire pour l'organisation qui l'a demandé, laquelle est en général, comme la Cour elle-même, un organe principal de l'Organisation des Nations Unies. Le fait qu'un avis consultatif n'ait pas force obligatoire n'ôte toutefois rien au fait qu'il s'agit d'un avis de la plus haute autorité judiciaire de l'Organisation des Nations Unies et que, qu'il y soit ou non donné suite, il a toute l'autorité nécessaire pour établir de manière définitive les règles de droit applicables.

Dans le même temps, tout comme, ainsi qu'expliqué dans le rapport, la qualité de la doctrine doit être prise en compte aux fins de son appréciation, il importe de tenir compte de l'organe qui a rendu l'avis consultatif lorsque l'on apprécie celui-ci. Les avis consultatifs donnés par la Cour internationale de Justice ne sont pas comparables à ceux des autres juridictions, non seulement parce que la Cour est une juridiction de droit commun et que presque tous les États sont parties à son statut, mais également en raison de la composition des organes qui ont demandé ces avis. Les principaux avis consultatifs de la Cour ont été donnés en réponse à des demandes de l'Assemblée générale. Dans le cas du Tribunal international du droit de la mer, en revanche, un avis consultatif peut être demandé par une organisation composée d'un petit nombre d'États. Par exemple, le Tribunal est en train d'élaborer un avis consultatif en réponse à une demande de la Commission des petits États insulaires sur les changements climatiques et le droit international, qui a été créée en tant qu'instance ad hoc par deux États quelques mois avant la présentation de la demande à la Cour et comprenait six États lorsque cette demande a été présentée. On ne saurait comparer cette demande à celle que l'Assemblée générale, un organe à composition universelle, a adressée à la Cour internationale de Justice sur un sujet comparable dans sa résolution 77/276.

Les parties à des juridictions régionales ne sont bien entendu que les États de la région concernée, et la procédure de demande d'avis consultatif est moins représentative. Par exemple, tout État membre de l'Organisation des États américains peut demander un avis consultatif aux sept juges qui composent la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Enfin, les opinions individuelles des juges sont au moins des indications importantes qui doivent être appréciées individuellement. En effet, une opinion dissidente représente manifestement une vue minoritaire et doit être appréciée en conséquence. D'autres opinions doivent être appréciées comme d'éventuels moyens d'élucider le texte de la décision.

M. Argüello Gómez souscrit aux observations faites par d'autres membres en ce qui concerne le sens d'expressions telles que « les publicistes les plus qualifiés », « les différentes nations » et « moyens auxiliaires ».

En ce qui concerne le chapitre IX, consacré aux autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, la question de savoir si l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 se limite aux deux moyens qu'il vise expressément trouve sa réponse dans le Statut lui-même, qui envisage ou implique la nécessité de recourir à d'autres moyens pour déterminer les éléments constitutifs des règles coutumières ou des principes généraux. C'est ainsi que l'existence de la coutume est attestée par la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit et que les principes généraux sont établis par la preuve de leur reconnaissance par les nations. En bref, ces sources doivent être déterminées en recourant à d'autres moyens que les décisions judiciaires et la doctrine.

Le paragraphe 2 de l'Article 34 du Statut dispose que la Cour peut demander des renseignements aux organisations internationales publiques. Ces renseignements peuvent être de n'importe quelle nature, et rien n'empêche la Cour de les utiliser pour déterminer l'existence d'une règle et comment celle-ci doit être interprétée. Le paragraphe 3 de l'Article 34 oblige la Cour, lorsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est en cause, à en aviser cette organisation. L'Article 50 du Statut autorise la Cour à confier une expertise à toute personne ou tout organe de son choix. Cette expertise peut porter sur n'importe quel sujet, ce qui n'exclut pas les moyens auxiliaires. En bref, ces renseignements et expertises sont tous des moyens dont dispose la Cour pour déterminer les règles de droit. Force est de conclure qu'en réalité la capacité de la Cour elle-même de rechercher et d'utiliser des moyens de détermination des règles de droit n'est pas assujettie à des limites spécifiques. M. Argüello Gómez indique que ces considérations visaient à illustrer l'observation qu'il a faite au début de son intervention, à savoir que le problème en question se pose précisément parce que l'étude du sujet se fonde sur l'Article 38. Par principe, une étude des règles de droit applicables ne peut être limitée aux moyens mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1.

Étant donné que le problème de l'identification des moyens de détermination des règles de droit applicables se pose principalement en ce qui concerne les règles du droit coutumier et les règles fondées sur des principes généraux du droit étant donné que les règles conventionnelles sont généralement écrites et plus ou moins fixées, il suffit à la Commission

de se référer à ses travaux antérieurs sur la détermination du droit international coutumier et à ses travaux en cours sur les principes généraux du droit. Nombre de ses conclusions sur ces deux sujets concernent les moyens de détermination ou d'identification de ces règles. Cela étant, il est inimaginable que, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle coutumière puissent être démontrés sur la seule base des décisions judiciaires et de la doctrine. La lecture de ces conclusions montre qu'il existe d'autres moyens auxiliaires que ceux visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Un aspect du sujet mérite peut-être d'être examiné plus avant. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 concerne les moyens de détermination des règles de droit. Si le droit doit être déterminé, que reste-t-il du principe *jura novit curia* (« le tribunal connaît le droit ») ? Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour internationale de Justice a jugé que « [l]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable ». Nonobstant ce principe révéral, une grande partie du travail des conseils consiste à plaider non seulement en fait mais aussi en droit. Ainsi, la connaissance des moyens de détermination des règles de droit est très importante pour tous les praticiens du droit.

La recherche des règles de droit, en particulier des règles coutumières et celles découlant de principes généraux du droit, n'est pas la tâche des seuls juges. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du « *Lotus* », la Cour permanente de Justice internationale a expliqué comme suit le processus à l'issue duquel elle avait rejeté les arguments avancés par la France pour démontrer l'existence d'un principe général du droit : « La Cour [...] ne s'est pas bornée à [l']examen [de ces arguments], mais a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéral l'existence d'un des principes du droit international visés par le compromis. ». Donc, même en 1927, il était clair que les parties devaient au moins contribuer à prouver l'existence des règles applicables lorsque celles-ci n'étaient pas évidentes.

Un exemple plus récent est fourni par l'affaire relative à la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)* dans laquelle, pour la première fois de son histoire, la Cour internationale de Justice a jugé nécessaire de se prononcer sur certaines questions de droit avant de passer à l'examen de l'affaire au fond. Cette procédure inhabituelle constitue un exemple particulièrement intéressant dans le contexte du sujet à l'examen, s'agissant notamment des efforts visant à démontrer l'existence d'une règle et son contenu. Dans le cadre de la procédure orale, les arguments des parties ont porté exclusivement sur deux questions. La première était de savoir si, en droit international coutumier, le droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de sa mer territoriale pouvait s'étendre à des espaces maritimes en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. La seconde était celle de savoir quels étaient, en droit international coutumier, les critères sur la base desquels il convenait de déterminer les limites du plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base ; en d'autres termes, il était demandé aux parties d'expliquer le contenu de cette règle.

La nouvelle procédure de la Cour est peut-être le signe que les travaux sur le sujet devraient inclure une étude plus ciblée de la preuve en droit international. Les études existant en la matière sont généralement limitées à la preuve des faits. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission ferait bien d'accorder une attention particulière à la question de la preuve des règles de droit.

M. Argüello Gómez dit que les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial constituent un bon point de départ pour les travaux de la Commission sur le sujet et devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

M. Nesi dit que le premier rapport du Rapporteur spécial sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international est le résultat d'un travail de recherche impressionnant et approfondi et constitue, avec l'étude du Secrétariat, une bonne base pour les travaux de la Commission sur le sujet. Ce rapport, exhaustif et clairement structuré,

couvre les principales questions que la Commission devra examiner dans le cadre de ses travaux. En outre, les projets de conclusion proposés constituent un terrain fertile pour des travaux productifs.

Il ressort de l'analyse figurant au chapitre VI que l'étude du sujet appelle une réflexion plus large sur les sources du droit international, moyennant toutefois certaines limites. Il faut savoir gré au Rapporteur spécial de résumer le rôle des sources et de leurs interactions mutuelles. Toutefois, comme l'a relevé M. Fife, le rapport semble osciller entre une conception étroite et une conception large de la notion de moyen auxiliaire, et les concepts qui sous-tendent le résumé ne sont pas uniformément appliqués dans l'ensemble du rapport.

Pour bien comprendre le rôle des sources du droit international, il est nécessaire de s'affranchir des contraintes juridiques et de réfléchir à la notion de source telle qu'elle est utilisée au quotidien. Une source s'entend généralement de l'origine d'un processus. Si cette idée est transposée dans le domaine juridique, les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit peuvent être considérés comme l'origine du processus d'identification et d'application des droits et obligations caractérisant le système juridique international. Mais en va-t-il de même des décisions judiciaires et de la doctrine en tant que moyens auxiliaires ?

Outre qu'elles contribuent à la formation d'autres règles du droit international, on peut affirmer sans crainte que les décisions judiciaires ne sont pas l'origine mais le résultat du processus d'identification et d'application de ces droits et obligations. Comme dans tout processus complexe, le résultat peut effectivement être différent de l'origine, qui a subi un processus de modification. Les modifications que peuvent subir les sources faisant l'objet d'un processus d'interprétation dans les différents systèmes juridiques peuvent contribuer au développement du droit. Toutefois, dans le cadre d'un régime reposant sur les relations entre des États qui protègent encore jalousement leurs pouvoirs souverains, ces modifications peuvent avoir un impact négatif sur le sens originnaire des sources et affaiblir le droit international. Les moyens auxiliaires doivent donc être maniés avec prudence, et les termes utilisés pour les désigner choisis avec soin. Comme M. Forteau et d'autres membres l'ont relevé, une analyse plus pratique de la question est nécessaire à cette fin.

S'agissant du rapport lui-même, le chapitre V contient un compte rendu exhaustif et détaillé de l'utilisation par la Commission des décisions judiciaires de juridictions internationales et autres. Si, comme l'a noté M. Galindo, la Commission doit se garder d'accorder trop de poids à une telle analyse, certaines observations préliminaires s'imposent si l'on veut bien comprendre le rôle des moyens auxiliaires dans l'ordre juridique international.

La Commission et les juridictions invoquent fréquemment la jurisprudence nationale et en ont tiré des orientations pour appliquer le droit international. Toutefois, lorsque cette jurisprudence est invoquée, il importe de comprendre dans chaque cas pourquoi elle joue un rôle et quel est ce rôle. Il importe d'éviter de confondre les décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire et en tant que pratique pertinente pour la formation d'autres règles de droit.

Comme il est rappelé au paragraphe 204 du rapport à l'examen, L.F.L. Oppenheim considérait que, bien que les décisions judiciaires ne puissent créer le droit international, elles jouaient un rôle important dans son développement. Cette position est quelque peu obsolète et ne reflète peut-être pas pleinement la réalité contemporaine des sources du droit international. Elle n'en souligne pas moins un élément essentiel, à savoir le « poids » de la contribution des décisions judiciaires au développement du droit international. Toutefois, à ce titre, les décisions judiciaires n'opèrent pas comme un moyen auxiliaire mais comme une pratique constituée par un groupe de décisions concordantes attestant l'existence d'une nouvelle tendance dans l'interprétation du droit positif.

Par ailleurs, si la Commission souhaite considérer que les moyens auxiliaires sont pertinents en tant que catégorie indépendante, il lui faut comprendre comment les décisions judiciaires peuvent contribuer à la détermination des règles de droit autrement qu'en tant que pratique pertinente contribuant à la formation des règles coutumières. Il s'agit pour la Commission d'essayer de comprendre le rôle que joue la jurisprudence – ou un seul précédent judiciaire – lorsqu'ils sont invoqués par une juridiction ou un autre organe comme une interprétation du droit faisant particulièrement autorité. Ce point ressort du raisonnement de

plusieurs juridictions et, bien que la jurisprudence n'ait pas force obligatoire, il doit être analysé avec un soin particulier.

Au paragraphe 343, le Rapporteur spécial conclut à juste titre que les décisions judiciaires ne créent pas de règles de droit international ; cette affirmation est toutefois précédée d'observations qui ne sont pas totalement compatibles avec elle. S'il est incontestable que les décisions des juridictions nationales sont un élément de la pratique étatique au niveau international, le Rapporteur spécial semble, au paragraphe 150, déduire des travaux antérieurs de la Commission qu'elles sont comparables aux sources primaires. Cette idée est dangereuse, comme l'a noté M. Reinisch, et la Commission doit être prudente dans la terminologie qu'elle utilise. De fait, désigner les décisions des juridictions nationales comme une « source » accroît le risque de fragmentation, phénomène que le Rapporteur spécial cherche à éviter. La Commission ne doit pas oublier que ce sont les juges nationaux qui ont le dernier mot dans l'application du droit et, comme l'a fait observer M. Grossman Guiloff, que la position d'un juge est fortement influencée par la culture juridique nationale. Certaines décisions de juridictions nationales peuvent ne pas être pleinement conformes au droit international, d'autres peuvent méconnaître les principales caractéristiques du système juridique international et ses finesses. En outre, le droit international n'est pas transposé de la même manière dans les différents systèmes juridiques nationaux et n'est pas placé au même niveau dans la pyramide imaginaire des sources internes. C'est pourquoi il importe d'examiner comment les décisions des juridictions nationales peuvent être prises en compte dans le cadre des travaux en cours, même si ce n'est qu'en tant que moyen auxiliaire.

Les projets de conclusion reflètent une certaine ambiguïté quant au rôle des décisions des juridictions nationales en tant que moyen auxiliaire. À l'alinéa c) du projet de conclusion 4, les décisions des juridictions nationales sont visées comme « moyen auxiliaire d'identification ou de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international ». Cette formulation semble refléter une conclusion rejetée par le Rapporteur spécial au paragraphe 343, puisqu'elle peut quasiment être lue comme assimilant les décisions des juridictions nationales aux sources du droit international qui non seulement aident les juridictions à identifier des règles préexistantes mais peuvent également déterminer de manière autonome le contenu de ces règles. Une formation plus prudente est nécessaire. Toutefois, si la Commission convient que les moyens auxiliaires peuvent jouer un tel rôle, il faut clarifier ce que l'on entend par « dans certaines circonstances » pour ne pas que les juridictions, en accordant un poids excessif aux précédents, ne fassent régresser le droit international au lieu de le développer.

Au chapitre VI, le Rapporteur spécial donne des exemples d'instruments internationaux accordant une importance particulière aux décisions des juridictions internationales. La Commission devrait s'efforcer de clarifier le rôle de ces décisions pour prévenir l'expansion excessive de leur influence. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, le juge international ne développe pas le droit mais il doit tenir compte de son évolution et déterminer son champ d'application. Les décisions judiciaires ne sont donc pas des sources mais elles reflètent des tendances. Il peut être risqué d'adopter une approche différente, en particulier parce que le droit international est en train de se fragmenter en raison de la prolifération des juridictions internationales spécialisées et régionales. Comme l'a souligné M. Oyarzábal, le rôle que jouent certaines juridictions dans l'établissement des règles du droit international appelle un examen plus poussé étant donné l'imprévisibilité et l'incohérence de leurs décisions.

Il est remarquable que dans son rapport le Rapporteur spécial se demande également si les avis consultatifs des juridictions internationales peuvent constituer des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Le Rapporteur spécial formule une observation préliminaire, à savoir que, bien que les avis consultatifs n'aient pas juridiquement force obligatoire, leurs effets juridiques potentiels font depuis longtemps débat. Dans le même temps, il fait observer que tant la pratique de la Commission que celle de certaines juridictions internationales tend à attribuer aux avis consultatifs – ou au moins à ceux de la Cour internationale de Justice – un « effet juridique ». Il fait valoir au paragraphe 280 de son rapport que, étant donné que les arrêts et les décisions de la Cour sont

généralement revêtus d'un même caractère juridique, il s'ensuit que, par « décisions judiciaires », il faut entendre non seulement les arrêts définitifs de la Cour mais également ses avis consultatifs. Or une telle conclusion est peut-être prématurée. Le fait que les avis consultatifs de la Cour soient particulièrement persuasifs et peuvent avoir un impact considérable sur le droit international ne signifie pas nécessairement qu'ils doivent être inclus dans la définition des « décisions judiciaires » en tant que moyen auxiliaire. Il en va de même, a fortiori, des avis consultatifs rendus par les autres juridictions internationales.

Enfin, le Rapporteur spécial inclut « les ordonnances rendues [...] à l'occasion de procédures incidentes ou interlocutoires » dans la définition des « décisions judiciaires ». Si ces ordonnances font indéniablement partie des décisions pouvant avoir un impact considérable sur les droits et obligations juridiques des États, c'est sur les instruments susceptibles d'être utiles à la Commission aux fins de ses travaux que l'accent devrait être mis. Les décisions procédurales ne semblent guère pertinentes pour la détermination du contenu des règles de droit international et devraient donc être considérées comme ne relevant pas du sujet.

Bien que la doctrine se soit révélée particulièrement influente dans le développement du droit international, il est rare que les juridictions internationales l'invoquent expressément. La section C du chapitre VIII du rapport montre que les juridictions nationales ont tendance à lui accorder davantage de poids. Au paragraphe 348, le Rapporteur spécial déduit de la pratique que la doctrine a « moins d'importance » que les décisions judiciaires.

Il importe de préciser quel type de pratique est prise en compte et d'examiner la valeur juridique à accorder à cette pratique lorsque l'on interprète le Statut de la Cour internationale de Justice. La pratique invoquée par le Rapporteur spécial est-elle établie ou ne fait-elle que refléter une tendance croissante ? De plus, même si elle n'est pas expressément citée, la doctrine influence fortement les décisions judiciaires et vice versa. En 2013, Santiago Villalpando a réexaminé la notion célèbre de « collège invisible de juristes internationaux », qui a son origine dans les travaux d'Oscar Schachter. Cela montre non seulement que l'idée du dédoublement fonctionnel continue d'avoir cours mais aussi que les travaux doctrinaux sont plus étroitement liés à la pratique du droit que par le passé. L'influence de la doctrine sur l'acceptation du droit international par les autorités nationales et le pouvoir du « collège invisible » d'unifier les cultures juridiques face à des problèmes pratiques met ainsi en lumière la pertinence particulière de la doctrine pour la détermination des règles de droit dans le contexte des processus de fragmentation.

La doctrine des publicistes les plus qualifiés doit être examinée en tant que moyen auxiliaire ; en d'autres termes, en tant qu'aide – et seulement en tant qu'aide – à la détermination des règles de droit international. Elle doit aussi être considérée comme outil d'unification des différentes cultures juridiques. Bien entendu, cela suppose une large participation de toutes les régions et de tous les systèmes juridiques du monde à la formation de la doctrine. Cette participation peut être facilitée par une juste utilisation des technologies modernes, par exemple des traductions de qualité et peu onéreuses. Si des publicistes hautement qualifiés sont actifs dans le monde entier, l'accès limité à leurs travaux entrave parfois la diffusion de leurs idées. Des progrès tangibles dans l'amélioration de cet accès pourraient répondre aux préoccupations compréhensibles exprimées au sujet de la sélectivité et ouvrir la doctrine du droit international aux idées et apports de ces publicistes.

Le chapitre IX du rapport envisage la possibilité d'élargir la catégorie des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut à des moyens qui n'y sont pas expressément mentionnés. Si, dans les termes utilisés dans cette disposition pris en leur sens ordinaire, rien n'indique que celle-ci n'est pas exhaustive, la Commission ne devrait pas envisager la question sans comprendre ce qu'elle cherche à accomplir. Comme l'a indiqué M. Forteau, l'objet des travaux de la Commission sur le sujet est de fournir une analyse exhaustive de la manière dont les moyens auxiliaires doivent être utilisés par les juridictions dans l'application du droit international. Le texte qui sera issu de ces travaux devrait clarifier la nature et le rôle des règles existantes. L'analyse du sujet doit donc se limiter au contenu des règles qu'il est nécessaire de clarifier.

Envisager d'autres moyens auxiliaires ne relève peut-être pas des travaux sur le sujet. À cet égard, on peut faire une observation plus générale. Le droit international doit envisager la réalité des relations entre États souverains. S'il existe, en droit interne, un fort besoin de sécurité juridique qui a conduit à une nomenclature complète de tous les instruments pouvant avoir un effet juridique, le droit international a surtout besoin de souplesse. Il importe, face à la fragmentation, de faire preuve de souplesse et d'éviter un étiquetage excessif.

Comme l'ont affirmé d'autres membres de la Commission, le statut de moyen auxiliaire peut aussi être attribué à des instruments susceptibles d'être assimilés aux deux catégories mentionnées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Deux exemples sont fournis par les observations générales des organes conventionnels et par les rapports de la Commission elle-même, qui sont manifestement comparables au second moyen auxiliaire visé dans cette disposition. Qualifier toutes les résolutions de l'Assemblée générale de moyen auxiliaire risque en revanche, dans certaines circonstances, d'être contreproductif. Les résolutions ayant contribué à la création, à la réaffirmation ou au développement du droit international ne devraient pas être qualifiées de moyen auxiliaire étant donné la valeur qu'elles ont acquise dans des domaines tels que la décolonisation, l'autodétermination des peuples et la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Leur rôle ne se limite pas à réaffirmer des règles existantes du droit international ; elles peuvent aussi jouer un rôle normatif, une caractéristique qui n'est pas et ne peut pas être attribuée aux moyens auxiliaires. Comme toutes les résolutions de l'Assemblée générale n'ont pas valeur normative, en s'abstenant de toute forme d'étiquetage, la Commission n'aura pas à définir les critères à appliquer pour déterminer lesquelles peuvent être considérées comme un moyen auxiliaire. Si en revanche la Commission décide d'élargir la catégorie des moyens auxiliaires, elle devra définir les critères applicables à cette fin.

Un problème similaire est apparent dans le libellé de l'alinéa c) du projet de conclusion 2, aux termes duquel les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent « [t]ous autres moyens tirés de la pratique des États ou des organisations internationales ». La Commission devrait peut-être préciser ce qu'il faut entendre par « pratique ». De fait, la pratique des États et des organisations internationales et de leurs organes retient de plus en plus l'attention de la doctrine. À cet égard, il suffit de mentionner le rôle de la pratique ultérieure et de la pratique établie des organisations internationales dans le développement du droit international. De plus, les notions de « pratique établie », « pratique ultérieure » et « pratique des organisations internationales » ont été largement utilisées dans des décisions de la Cour pénale internationale, comme l'a relevé, entre autres, Niels Blokker, tout comme elles l'ont été dans des travaux antérieurs de la Commission et dans le rapport du Rapporteur spécial. Une définition est toutefois nécessaire, comme il est nécessaire de mieux comprendre ces notions et leur signification juridique ainsi que les interactions entre les notions connexes de « pratique ultérieure » et « pratique établie ».

M. Nesi dit qu'il souscrit pleinement au programme proposé par le Rapporteur spécial pour la suite des travaux et au renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction pour examen à la lumière des observations faites durant le débat en plénière.

La séance est levée à 12 h 55.