

Provisoire

Réservé aux participants

05 janvier 2024

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3632^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 25 mai 2023, à 15 heures

Sommaire

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

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.6040, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@un.org).



Présents :

Présidente : M^{me} Oral
Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
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 15 h 5.

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

M. Lee dit que le débat sur les sources du droit international a une longue histoire. La doctrine sur le sujet est apparue avec l'arrivée du positivisme dans le droit international. L'une des premières utilisations de l'expression « sources du droit international » figure notamment dans un manuel publié en 1750 par Johann Jakob Moser, l'un des positivistes les plus connus. Au XIX^e siècle, les principaux textes juridiques énuméraient des sources du droit international très diverses. La « codification » des sources du droit international intervenue en 1920 a eu une influence stabilisante sur la doctrine. Néanmoins, depuis 1945, malgré certaines évaluations positives, de nombreux commentateurs se sont demandés si le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice demeurerait pertinent eu égard à l'évolution des relations internationales. En ce sens, la Commission est confrontée à un problème comparable à celui que pose la piraterie, à savoir étudier les réalités nouvelles du XXI^e siècle au moyen d'un cadre normatif dont l'origine remonte au début du XX^e siècle.

Le rapport à l'examen contient une analyse détaillée des travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. À cet égard, il serait utile d'examiner comment cette disposition – auparavant le paragraphe 4 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale – a été interprétée avant 1945. En 1925, dans une conférence sur les sources du droit international donnée à l'Académie de droit international de La Haye, Charles de Visscher faisait observer que les arrêts de la Cour contribuaient à la fois à la formation de la coutume internationale et à l'expression de celle-ci. Il considérait en revanche que la doctrine n'était qu'une preuve de la coutume. Il est frappant de constater que ni de Visscher ni Paul Fauchille et P. E. Corbett, ses contemporains, ne mentionnaient le paragraphe 4 de l'Article 38 dans leur analyse des sources du droit international.

Dans une autre conférence donnée à l'Académie de La Haye et publiée en 1931, Maurice Bourquin a formulé une observation éclairante sur la différence entre un moyen « subsidiaire » (« *subsidiary* ») et un moyen « auxiliaire » (« *auxiliary* »). Son interprétation ne pouvait toutefois éliminer les ambiguïtés substantielles entourant les sources du droit international. Dans un article publié en 1925 dans le *British Yearbook of International Law*, Corbett, reconnaissant cette difficulté, a formulé l'observation caustique suivante : « Tous les ouvrages des cent dernières années consacrent énormément de place aux sources du droit international ... Nul doute qu'un lecteur dont l'intérêt est strictement pratique n'y voit que logomachie galopante et se hâte de passer l'introduction et le chapitre premier pour arriver aux pages où il peut espérer trouver des indications quant à ce qu'est effectivement le droit. » [traduction non officielle].

Les sources du droit international varient considérablement d'une tradition juridique à l'autre. Par exemple, les sources énumérées dans les manuels de droit international français sont fort différentes de celles que l'on trouve dans les manuels anglais ou allemands. Même dans les écrits de publicistes issus de la même tradition juridique, des différences substantielles apparaissent dans l'énoncé de ces sources. Bien que le Rapporteur spécial ait fait un effort appréciable pour tenir compte de toute une série de décisions judiciaires et d'écrits doctrinaux relevant de différents systèmes juridiques, son analyse aurait été plus équilibrée et inclusive s'il n'avait pas pris en compte la jurisprudence et la doctrine du seul système de *common law*. C'est ainsi que la longue analyse de la distinction entre sources formelles et matérielles qui figure aux paragraphes 163 à 167 du rapport semble reposer en grande partie sur la notion de sources matérielles ayant cours dans ce système. Cette analyse aurait également été plus claire si le Rapporteur spécial avait fait l'économie de certaines explications susceptibles d'induire en erreur. Par exemple, au paragraphe 167, il fait observer que « la distinction entre sources *formelles* et sources *matérielles* semble plutôt difficile à soutenir », mais il poursuit en soulignant le rôle des sources matérielles telles qu'il les définit au paragraphe 165, et il applique explicitement cette définition au paragraphe 374.

La Commission doit veiller à aborder la question des sources du droit international d'une manière qui soit compatible avec ses travaux antérieurs et conforme à ceux-ci. Certains membres ont à cet égard fait des propositions concernant la cohérence terminologique. La Commission ne doit pas modifier son acquis ni s'en écarter en l'absence de raison impérieuse de le faire. Sur la question de savoir si les avis consultatifs relèvent du concept de « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, la Commission explique dans le commentaire de sa conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier que le terme « décisions » désigne les arrêts et les avis consultatifs. Le rapport consacre également de longs paragraphes à la question de savoir si l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 est lui-même une source du droit international. Là encore, on peut citer le commentaire de la conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier, qui indique ce qui suit : « L'emploi de l'expression "moyens auxiliaires" vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source du droit international. ». Si le Rapporteur spécial avait pris l'acquis de la Commission comme point de départ, il ne lui aurait peut-être pas été nécessaire de formuler de si longues observations sur l'absence de hiérarchie formelle entre les sources. De fait, revenir sur des questions qui ont déjà été traitées non seulement fait double emploi mais risque également de donner à penser que la Commission remet en question l'autorité de ses travaux antérieurs.

Une autre préoccupation a trait à la manière dont la Commission peut améliorer l'accessibilité et l'utilité de ses travaux. La Commission doit répondre aux besoins des États Membres en utilisant des méthodes axées sur la pratique étatique. Elle doit également élaborer des textes accessibles et utiles en pratique à ceux qui les utilisent. Les rapports futurs gagneraient à être plus brefs et concis. Les longues analyses théoriques, comme celles figurant dans le chapitre consacré aux travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, auraient pu être simplifiées et abrégées.

Il est nécessaire de rétablir un certain équilibre dans l'utilisation des moyens auxiliaires. En l'absence d'une réorientation et de l'adoption d'un point de vue critique, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 risque de devenir une caisse de résonance, reflétant ou amplifiant des perspectives ou valeurs spécifiques. Il va sans dire que la Commission doit dans ses travaux accorder un poids substantiel à la *lex lata*.

Certaines questions touchant les moyens auxiliaires supplémentaires peuvent être réglées comme il convient en renvoyant à l'acquis de la Commission, comme le confirment les sections pertinentes de l'étude du Secrétariat (A/CN.4/759). Peut-être est-il toutefois nécessaire que la Commission procède à une délimitation en se demandant s'il est souhaitable de placer les sources du droit international dans la catégorie étroite des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Certaines sources, par exemple les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité, relèvent de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'Article 38, et le Rapporteur spécial admet au paragraphe 286 que les décisions des juridictions nationales, « outre leur rôle de moyen auxiliaire, [...] sont également des indices de pratiques étatiques. ». Une opinion similaire est exprimée au sujet des « actes unilatéraux ».

S'agissant du caractère non exhaustif de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le Rapporteur spécial semble enclin à maximiser l'élasticité de cette disposition. Or une autre approche est possible, qui consisterait à envisager les sources du droit international dans le cadre plus large du paragraphe 1 de l'Article 38 puisque certaines sources ou moyens auxiliaires ont une double ou multiple fonction. De fait, il n'est pas rare qu'une source du droit international englobe les quatre éléments énoncés au paragraphe 1 de l'Article 38 ; il ne semble donc pas souhaitable de limiter le débat sur les sources possibles du droit international à l'alinéa d) de cette disposition. La doctrine semble être de cet avis. De plus, la Commission doit faire preuve de prudence afin que l'examen de moyens auxiliaires supplémentaires ne l'entraîne pas dans un débat théorique et abstrait ou ne la conduise à revenir sur ses travaux antérieurs.

Enfin, M. Lee indique qu'il souscrit à la proposition tendant à ce que le texte qui sera issu des travaux prenne la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires, bien qu'il puisse accepter qu'il prenne une autre forme. Les projets de conclusion proposés devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

M. Ruda Santolaria dit que le rapport à l'examen est un document rigoureux et exhaustif qui clarifie la notion de moyens auxiliaires et complète les travaux antérieurs de la Commission sur les sources du droit international. Il est toutefois à craindre que sa longueur nuise à l'appréciation de son contenu, en particulier par les États dont les ressources et les services juridiques sont limités. Comme l'ont noté des membres de la Commission, ce rapport contient diverses analyses théoriques, comme celle concernant la distinction entre sources formelles et matérielles, qui risquent de détourner l'attention du lecteur de questions pratiques plus importantes. Le texte qui sera issu des travaux devrait prendre la forme d'un projet de conclusions, conformément à l'approche suivie par la Commission s'agissant de la coutume internationale et des principes généraux du droit visés aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

M. Ruda Santolaria dit qu'il souscrit à l'argument avancé par Gerald Fitzmaurice et cité au paragraphe 182 du rapport, à savoir que l'Article 38 n'est pas exhaustif, puisqu'il ne vise pas à énumérer toutes les sources du droit international mais est destiné à indiquer aux juges où chercher en priorité les règles de droit international applicables. Comme indiqué au paragraphe 185, les carences apparentes de l'Article 38, par exemple l'évocation malheureuse des « nations civilisées », n'ont pas empêché la Cour internationale de Justice ni d'autres juridictions internationales de régler les différends internationaux, de rendre des avis consultatifs ou d'adopter des solutions novatrices ou créatives.

S'agissant du terme « moyen auxiliaire », comme l'indique le rapport la Commission a déjà fait observer dans le commentaire de sa conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier que cette expression « vis[ait] à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source du droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit) ».

Il est clair que l'expression « décisions judiciaires », au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, englobe les décisions de la Cour internationale de Justice elle-même et celles de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, ainsi que les avis consultatifs et ordonnances rendus par ces cours et les juridictions régionales et sous-régionales telles que la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour de Justice de la Communauté andine et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, outre qu'elle connaît des plaintes pour violation des droits reconnus dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme, rend, à la demande des États membres de l'Organisation des États américains, des avis consultatifs concernant l'interprétation de la Convention et des autres traités relatifs aux droits humains applicables sur le continent américain. De plus, à la demande l'un État membre, elle peut se prononcer sur la compatibilité de toute règle du droit interne de l'État concerné avec les instruments internationaux susvisés. Sa compétence consultative est donc extrêmement large, et n'est pas limitée à la Convention américaine relative aux droits de l'homme mais s'étend à d'autres traités, y compris les traités universels adoptés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et applicables aux États américains, comme la Cour l'a souligné dans son avis consultatif n° OC 01/82 du 24 septembre 1982.

C'est pourquoi, comme d'autres membres de la Commission, M. Ruda Santolaria considère que le terme « décisions judiciaires » peut également viser d'autres décisions rendues par des organes quasi judiciaires comme le Comité des droits de l'homme dans le cadre de leurs procédures de plainte individuelle. Ce terme peut aussi désigner les décisions des juridictions nationales. De fait, le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 sur les principes généraux du droit provisoirement adopté par la Commission en première lecture est ainsi libellé : « Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes. ». À cet égard, il convient effectivement – comme l'a conclu la Commission s'agissant du droit international coutumier – de tenir compte de la nature de la juridiction concernée, de l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et des règles et procédures appliquées pour la rendre. Il est également

nécessaire de soumettre les décisions internes à un examen plus strict que les jugements internationaux, puisque ces derniers se fondent sur le droit international alors que les premières appliquent ou privilégient le droit interne.

En ce qui concerne le sens du terme « doctrine », M. Ruda Santolaria note avec satisfaction que le paragraphe 307 du rapport renvoie à la conclusion à laquelle la Convention est parvenue dans le cadre de ses travaux antérieurs, à savoir que ce terme doit « s'entendre au sens large » et englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple sous la forme de documents audiovisuels ainsi que sous toute autre forme de diffusion qui pourrait voir le jour à l'avenir. Il faut aussi se féliciter que le rapport mette l'accent sur la fonction interprétative de la doctrine, en particulier lorsque ce sont des groupes d'experts qui interprètent, déterminent ou clarifient l'existence de règles et principes du droit international. La formule « les publicistes les plus qualifiés des différentes nations » doit s'entendre des juristes éminents, en particulier les membres de groupes d'experts publics ou privés les plus représentatifs possibles et les experts, hommes et femmes, qui représentent les principaux systèmes juridiques et régions du monde et, par souci de multilinguisme, s'expriment dans différentes langues. À cet égard, il est préoccupant, comme le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission l'ont relevé, que la Cour internationale de Justice cite surtout des auteurs anglosaxons de sexe masculin issus de la tradition de *common law* et s'exprimant en anglais.

La définition du mot « auxiliaire » qui figure au paragraphe 334 du rapport est pertinente, puisque les décisions judiciaires et la doctrine, parce qu'elles ne sont pas elles-mêmes des sources de droit, ont un caractère subordonné par rapport aux traités, à la coutume et aux principes généraux du droit. Comme indiqué au paragraphe 343, les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas à l'origine de règles de droit international mais aident à déterminer l'existence et l'interprétation de règles de droit.

Comme l'ont souligné d'autres membres de la Commission, les actes unilatéraux des États ne font pas partie des moyens auxiliaires ; les affaires des *Essais nucléaires* et du *Statut juridique du Groenland oriental* ont montré que ces actes créaient des obligations juridiques. Ne peuvent non plus être considérées comme un moyen auxiliaire les résolutions du Conseil de sécurité qui sont contraignantes en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

S'agissant des projets de conclusion proposés, M. Ruda Santolaria souscrit aux alinéas a) et b) du projet de conclusion 2 mais considère que l'alinéa c) est très ouvert et devrait être revu dans les rapports suivants. À l'alinéa a) du projet de conclusion 4 et dans le projet de conclusion 5, il serait préférable de ne pas utiliser le mot « identification » et ne viser que la « détermination ». Il est approprié qu'à l'alinéa b) du projet de conclusion 4, l'accent soit mis sur les décisions de la Cour internationale de Justice, comme il l'a été au paragraphe 1 de la conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier et au paragraphe 1 du projet de conclusion 8 sur les principes généraux du droit provisoirement adoptés en première lecture. Les cinq projets de conclusion sur les moyens auxiliaires devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

M. Akande dit que dans son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, le Rapporteur spécial expose en détail les questions à examiner et formule certaines considérations importantes qui devraient guider les travaux de la Commission. L'étude du Secrétariat est aussi très utile. Le sujet est complexe car, bien qu'il existe une abondante documentation sur les moyens auxiliaires que praticiens du droit et publicistes invoquent régulièrement, il n'y a guère eu d'analyse approfondie des documents pertinents qui définisse de manière systématique ce qu'il faut entendre par « moyen auxiliaire » et comment ces moyens doivent être catégorisés.

Comme plusieurs membres l'ont déjà déclaré, l'objet des travaux de la Commission sur le sujet devrait être de fournir à ceux appelés à déterminer les règles de droit international des indications pratiques quant aux moyens susceptibles de les aider à le faire. Cela étant, comme l'ont montré les débats au sein de la Commission, il est difficile, s'agissant des moyens auxiliaires, d'éviter les considérations théoriques. Si les membres conviennent que les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ne sont pas des sources du droit et ont une fonction différente des éléments visés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le seul fait de tirer

une telle conclusion postule certaines suppositions quant à ce qu'il faut entendre par source de droit et à la manière dont le terme « sources » doit être employé. Tous les membres ont des opinions différentes sur ces questions et ne sont pas d'accord quant aux types de documents devant être considérés comme des moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Les efforts qu'a faits le Rapporteur spécial pour clarifier ces questions conceptuelles sous-jacentes sont particulièrement méritoires, car ils sont essentiels pour parvenir à une conception commune de la manière d'aborder le sujet.

Comme l'ont souligné certains membres, les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ne doivent pas être considérés comme des sources de droit parce qu'ils ne confèrent pas à ces règles leur force ou leur validité. Leur rôle est davantage d'aider les décideurs à déterminer quel est effectivement le droit. En d'autres termes, les moyens auxiliaires ne déterminent pas le droit au sens de décider ce qu'est le droit mais contribuent à la détermination des règles de droit en aidant les praticiens du droit et les publicistes à tirer des conclusions quant à l'état du droit sur la base d'une analyse raisonnée, de recherches et d'un examen des documents pertinents. S'agissant du sens du mot « *subsidiary* » utilisé dans le texte anglais du Statut, M. Akande sait gré à M. Fife de l'analyse extrêmement utile qu'il a faite des autres versions linguistiques du Statut, laquelle a démontré que le mot « *subsidiary* » utilisé dans le texte anglais n'avait pas le sens qui pouvait lui être normalement assigné. Malheureusement, cette question n'a jamais été reconnue ni abordée dans la doctrine en langue anglaise.

Pour les raisons qui précèdent, il est nécessaire d'examiner de près ce que les membres de la Commission et les autres praticiens et publicistes veulent effectivement dire lorsqu'ils déclarent que les moyens auxiliaires sont utilisés pour déterminer les règles de droit. Comme l'indiquent la conclusion 13 des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier et les commentaires y relatifs, les moyens auxiliaires peuvent être utilisés pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit. Il pourrait ainsi être utile d'énumérer expressément les fonctions des moyens auxiliaires dans un projet de conclusion avant de passer à l'analyse des différents types de moyens auxiliaires.

En ce qui concerne les moyens auxiliaires expressément visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, en commençant par les « décisions judiciaires », l'analyse de cette expression par le Rapporteur spécial justifie l'inclusion des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice dans la catégorie des moyens auxiliaires. Dans la mesure où le terme s'entend des décisions d'un organe judiciaire – autrement dit, un organe compétent pour trancher des litiges – les avis consultatifs constituent bien des décisions judiciaires. De plus, la Commission s'est déjà demandée – dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier – si les avis consultatifs entraient dans la catégorie des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et, comme d'autres membres l'ont déjà fait observer à la session en cours, elle a conclu que, comme indiqué dans le commentaire du projet de conclusion 13 des conclusions sur ce sujet, les décisions des juridictions internationales étaient un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier et que les avis consultatifs en faisaient partie.

Il importe aussi de noter que la Cour internationale de Justice elle-même utilise ses propres décisions comme moyen de détermination des règles de droit international et qu'elle renvoie à ses avis consultatifs exactement de la même manière qu'aux décisions qu'elle rend en matière contentieuse. Cela n'est pas surprenant puisque les premiers et les secondes émanent du même organe et que des processus similaires sont utilisés pour arriver à ces décisions dans les deux types de procédure. Bien entendu, les décisions figurant dans des avis consultatifs ne sont pas obligatoires, alors qu'un arrêt rendu dans une affaire contentieuse lie les parties en litige. Toutefois, ni les décisions rendues dans des affaires contentieuses ni les décisions figurant dans des avis consultatifs ne lient la Cour, ni d'ailleurs personne d'autre que les parties en litige. Ainsi, lorsque dans une affaire la Cour est amenée à se demander si elle doit se fonder sur ses décisions antérieures pour établir ce qu'est le droit, elle n'opère aucune distinction, du point de vue formel, entre les arrêts et les décisions figurant dans ses avis consultatifs. Ni les uns ni les autres ne lient la Cour ou les parties.

Une seconde question qui se pose en ce qui concerne les décisions judiciaires est celle de savoir si cette catégorie comprend, outre les décisions des juridictions permanentes, celles des tribunaux arbitraux. Pour que les décisions des tribunaux arbitraux aident à déterminer les règles de droit au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, ces tribunaux doivent appliquer les règles du droit international. Le premier point à noter à cet égard est que, dans le cas des tribunaux interétatiques, la distinction entre ces organes et les juridictions n'est pas toujours nette. Les groupes spéciaux qui sont au cœur du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, par exemple, sont composés de personnes choisies pour régler un différend particulier quasiment de la même manière que les membres d'un tribunal arbitral. Il n'est donc pas facile de dire exactement si leurs décisions sont des décisions judiciaires ou des décisions arbitrales. De ce fait, il convient de ne pas opérer une distinction trop stricte entre ces deux types de décisions.

Peut-être plus important encore, la Cour internationale de Justice invoque régulièrement des décisions de tribunaux arbitraux interétatiques sans faire de distinction, en termes de valeur, entre celles-ci et ses propres décisions ou celles d'autres juridictions. En outre, la Cour a explicitement rangé les décisions des tribunaux arbitraux dans la catégorie des décisions judiciaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*. Elle a également invoqué des décisions rendues par des tribunaux arbitraux mixtes dans le cadre du règlement de différends entre investisseurs et États, de même que des décisions du Tribunal des réclamations irano-américaines, ces dernières ayant par exemple été citées dans l'arrêt rendu en mars 2023 dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*. Étant donné que la Cour internationale de Justice, d'autres juridictions et aussi les États ont pour pratique d'invoquer des décisions arbitrales, ces décisions, notamment celles rendues par des tribunaux arbitraux mixtes, doivent être incluses dans la catégorie des décisions judiciaires.

Font de même partie de cette catégorie les décisions des juridictions nationales. Le fait que ces décisions puissent constituer une pratique étatique ou être une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) aux fins du droit international coutumier n'interdit pas de les utiliser également comme moyen de détermination des règles de droit. L'important, comme l'a noté la Commission dans ses travaux sur le droit international coutumier, est que le même document peut remplir plusieurs fonctions.

Une autre question qui se pose au sujet des décisions judiciaires est celle de savoir si les travaux des organes conventionnels en font partie. Cette question soulève elle-même une question connexe plus large, celle de savoir si les travaux de ces organes peuvent constituer un moyen auxiliaire supplémentaire de détermination des règles de droit. Les décisions rendues par ces organes sur les plaintes émanant de particuliers qui allèguent des violations du traité dont ils sont chargés de superviser l'application ne sont pas contraignantes. Toutefois, comme on l'a noté au sujet des avis consultatifs, une décision ne doit pas nécessairement avoir un caractère obligatoire pour être considérée comme une décision judiciaire. Le rôle des organes conventionnels de l'Organisation des Nations Unies est succinctement décrit comme suit par le Comité des droits de l'homme au paragraphe 11 de son observation générale n° 33, sur les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Même si la fonction conférée au Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. ».

Pour déterminer si les décisions des organes conventionnels sont des décisions judiciaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, il est encore nécessaire d'examiner si et comment ces décisions sont invoquées par la Cour internationale de Justice. Comme l'ont relevé plusieurs membres de la Commission, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* est révélateur à cet égard en ce qu'il indique que la Cour estime devoir accorder une « grande considération » à l'interprétation adoptée par les organes conventionnels de l'Organisation des Nations Unies et que, de même, lorsqu'elle interprète des instruments régionaux, « elle doit tenir dûment compte » de l'interprétation adoptée par les organes créés

en vue de contrôler l'application de l'instrument en cause. Dans cet arrêt, la Cour invoque de diverses manières les interprétations adoptées par les organes conventionnels en réponse à des plaintes émanant de particuliers. Toutefois, ce qui est particulièrement important pour le sujet à l'examen n'est pas tant le fait que la Cour renvoie aux décisions des organes conventionnels que la manière dont elle le fait. Elle invoque, par exemple, « la jurisprudence du Comité des droits de l'homme » et la « jurisprudence interprétative considérable » développée par le Comité, de même que « la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ». Sans préjuger la question de savoir si les travaux d'autres organes conventionnels, auxquels la Cour renvoie également, peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire supplémentaire, ces exemples montrent clairement que la Cour invoque leurs décisions comme des décisions judiciaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

En ce qui concerne la doctrine des publicistes, le second des moyens auxiliaires expressément mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le terme « doctrine » doit s'entendre au sens large, comme l'a noté la Commission dans les commentaires de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier et comme l'a souligné M. Ruda Santolaria. La « doctrine » peut être diffusée par divers canaux, et l'éventail des canaux possibles, qui comprend désormais les communications en ligne, est plus large en 2023 qu'il l'était en 1920. De plus, si le Statut de la Cour internationale de Justice mentionne la doctrine des publicistes « les plus qualifiés », le critère le plus important en la matière doit être la force persuasive et la qualité du raisonnement et non l'éminence de son auteur.

Cette observation en amène une autre, de plus large portée, concernant la doctrine en particulier mais également, et plus généralement, les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, à savoir que le poids à accorder au document est plus important que la fonction sélective utilisée pour déterminer quels documents doivent être considérés comme entrant dans cette catégorie. Comme ceux qui doivent connaître et appliquer le droit consultent des documents les aidant à déterminer, par le raisonnement et la recherche, l'état du droit, la réponse à la question de savoir si, et dans quelle mesure, ces documents sont utiles dépendra logiquement du poids qui peut leur être accordé. La Commission devrait donc formuler une série de critères pouvant être utilisés pour apprécier ce poids.

Le Rapporteur spécial évoque également la mesure dans laquelle les vues exprimées dans la doctrine reflètent une conception générale du droit. À cet égard, l'accent a été mis à juste titre sur la nécessité de prendre en compte la doctrine des « différentes nations ». La diversité est importante et l'accord au sein de cette diversité l'est encore plus. Une des raisons pour lesquelles les travaux collectifs des organes de codification privés et habilités par les États ont gagné en importance auprès des publicistes comme des États est qu'ils peuvent plus facilement attester l'existence d'une convergence de vues au sein d'un groupe diversifié. Toutefois, comme l'a déjà souligné M^{me} Okowa, la Commission doit examiner ses travaux de près pour s'assurer que cette diversité existe effectivement.

En ce qui concerne l'existence éventuelle d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international que ceux visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, la catégorie des moyens auxiliaires ne doit pas être considérée comme fermée. La Commission doit avoir à l'esprit la fonction générale des moyens auxiliaires – spécialement le fait qu'ils doivent aider à déterminer l'existence et le contenu du droit – et tenir compte du fait que le droit international a évolué et que les documents désormais disponibles sont bien plus nombreux qu'en 1920.

Pour revenir aux organes conventionnels, outre qu'ils rendent des décisions judiciaires sur les plaintes émanant de particuliers, nombre d'entre eux, en particulier ceux créés par des traités relatifs aux droits de l'homme, publient également des observations générales et des observations finales sur les mesures que prennent les États parties pour appliquer les traités concernés. Ce faisant, ils adoptent des interprétations des traités qu'ils ont été créés pour surveiller. Ainsi, étant donné que les moyens auxiliaires envisagés au titre du présent sujet peuvent être utilisés, et peuvent être utiles, pour déterminer toutes les sources du droit international – non seulement le droit international coutumier et les principes généraux du droit mais aussi les règles découlant des traités – et dans la mesure où les travaux des organes conventionnels contribuent à l'interprétation des traités, les observations générales et les

observations finales de ces organes doivent également être considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

La Commission a indiqué que les travaux des organes conventionnels pouvaient également constituer un moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. À cet égard, il est intéressant de se pencher sur la relation entre les règles de l'interprétation des traités et les documents utilisés à cette fin, d'une part, et l'utilisation des moyens auxiliaires pour la détermination des règles de droit conventionnel, de l'autre. Les travaux d'un organe conventionnel peuvent-ils être utilisés comme un moyen complémentaire aux fins de l'interprétation d'un traité mais ne pas être considérés comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international ? On peut en douter, et la conclusion à laquelle la Commission est parvenue dans le cadre de travaux antérieurs, à savoir que rien n'interdit d'invoquer des documents utilisés pour l'interprétation des traités aux fins de la détermination des règles de droit au titre de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, doit être valide : à défaut, cette disposition ne renverrait pas en fait à toutes les sources du droit international.

S'agissant de considérer les actes unilatéraux comme un moyen auxiliaire, si le terme « actes unilatéraux » s'entend du fait pour les États de contracter unilatéralement des obligations de droit international sous la forme envisagée par la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France)*, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial considère qu'ils ne relèvent pas des travaux sur le sujet. Toutefois, d'autres documents produits unilatéralement par les États, par exemple les déclarations exposant leurs positions, leurs interprétations dans des domaines particuliers du droit – par exemple les manuels militaires indiquant en détail comment ils interprètent le droit des conflits armés ainsi que les déclarations, de plus en plus nombreuses, qu'ils font en ce qui concerne l'application du droit international dans le cyberspace – bien qu'il ne s'agisse pas d'actes unilatéraux au sens d'obligations contractées unilatéralement, sont des exposés du droit qui s'apparentent aux publications des publicistes et des organes d'experts. Il est clair que ces déclarations constituent une pratique étatique ou une *opinio juris* ; elles peuvent également refléter la pratique des États en matière d'interprétation des traités. Il est moins clair qu'elles puissent être considérées comme un moyen auxiliaire de détermination du droit. Toutefois, si les décisions des juridictions nationales sont considérées comme entrant dans cette catégorie, pourquoi n'en irait-il pas de même des déclarations unilatérales des États ?

Enfin, s'agissant des décisions des organisations internationales, elles devraient au stade actuel de l'examen du sujet être considérées comme un moyen auxiliaire. Les résolutions contraignantes, sur lesquelles le Rapporteur spécial semble axer sa réflexion, pourraient assurément être considérées comme telles puisque, lorsque les États votent, adoptent ou se prononcent pour ou contre les résolutions des organisations internationales, la position qu'ils prennent constitue une pratique étatique et éventuellement une *opinio juris*. Les résolutions contraignantes peuvent aussi constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure dans l'interprétation d'un traité : comme on l'a déjà noté, certains documents peuvent remplir plusieurs fonctions. L'expression collective de ce qu'est le droit international dans le texte d'une résolution remplit également une fonction distincte qui va au-delà des positions individuelles des États au sujet de cette résolution. Cette expression collective peut aussi servir d'exposé de règles du droit international. Par exemple, une résolution peut constituer une pratique ultérieure dans l'application d'un traité sans pour autant refléter l'accord de toutes les parties à cet instrument. Néanmoins, comme la Commission l'a déjà souligné, une telle résolution constituera un moyen complémentaire d'interprétation et pourra également, en ce sens, constituer un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

M. Akande dit qu'il est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction et qu'il fera plusieurs observations sur certains d'entre eux lors de leur examen au Comité.

M. Zagaynov remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, un document détaillé, stimulant et instructif, sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ». Ce rapport constitue une bonne base pour les travaux de la Commission et la formulation des projets de conclusion. L'analyse détaillée des travaux préparatoires de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est particulièrement utile. Le Secrétariat doit également être remercié pour son étude, dont la qualité est tout aussi impressionnante et qui facilitera les travaux.

S'agissant de l'approche du sujet adoptée par le Rapporteur spécial, de nombreuses sources ont été examinées et le Rapporteur spécial s'est efforcé de rendre compte d'approches et de points de vue différents et parfois opposés. Toutefois, certaines traditions juridiques, notamment le système juridique russe, ne sont pas prises en compte et, comme d'autres membres de la Commission l'ont souligné, la doctrine et la jurisprudence citées sont, pour l'essentiel, celles des pays occidentaux. C'est pourquoi l'invitation adressée aux membres par le Rapporteur spécial afin qu'ils lui communiquent des documents propres à assurer que les principaux systèmes juridiques et les principales langues et régions du monde soient dûment représentés est très importante. Améliorer la représentativité est essentiel aux stades initiaux de l'examen du sujet, durant lesquels les principaux points de divergence doivent être examinés. Au paragraphe 332 de son rapport, le Rapporteur spécial renvoie à une étude de la doctrine dans laquelle Sondre Torp Helmersen, un professeur de droit norvégien, constate que les 10 auteurs les plus cités par la Cour internationale de Justice sont tous originaires d'États occidentaux et sont tous des hommes. Comme le fait observer le Rapporteur spécial, si cette question n'est pas sans engendrer « quelque embarras », elle ne doit pas être passée sous silence : la Commission pourrait en fait donner l'exemple à la Cour internationale de Justice à cet égard.

C'est également à juste titre que le Rapporteur spécial indique au paragraphe 155 que l'examen du sujet n'a pas pour but « de trancher le débat théorique – parfois vif, sur les sources du droit international ». Étant donné la complexité du sujet, la Commission ne peut passer totalement sous silence les questions théoriques, mais elle doit les analyser uniquement dans la mesure nécessaire pour comprendre la nature des moyens auxiliaires, leurs fonctions et leur rôle dans la détermination du droit international. Elle ne doit pas tenter d'apporter des réponses à toutes les nombreuses questions, aussi fascinantes soient-elles d'un point de vue académique, que soulèvent les sources du droit international.

Pour M. Zagaynov, en tant que représentant d'un système juridique de droit civil, le point de départ de l'analyse est la distinction nette entre les moyens auxiliaires et les trois sources de droit international visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Opérant cette distinction, le Rapporteur spécial fait observer au paragraphe 345 de son rapport que les moyens auxiliaires ne sont pas des sources de droit, du moins au sens formel, comme le sont les trois premières sources énumérées à l'Article 38. Il convient de noter au passage que, lors de l'examen du sujet « Principes généraux du droit », certains membres se sont également demandés si les principes généraux étaient en eux-mêmes des sources de droit autonomes. Or, dans son rapport, le Rapporteur spécial désigne à plusieurs reprises les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comme des « sources secondaires », parfois en les opposant aux sources primaires.

Cette distinction soulève d'importantes questions terminologiques qui doivent être clarifiées. La Commission devrait suivre d'aussi près que possible la terminologie utilisée à l'Article 38 à moins qu'elle ait de bonnes raisons de s'en écarter. Cela étant, l'utilisation de l'adjectif « secondaire » est contestable. S'agissant du terme « sources », au paragraphe 162 le Rapporteur spécial semble avoir adopté aux fins des travaux les définitions données par Malcolm Shaw et Ian Sinclair. Selon ces juristes, les sources sont les « dispositions opérant au sein du système juridique à un niveau technique » ou « ce qui confère au contenu des règles de droit international leur caractère de droit ». Le Rapporteur spécial conclut que les juristes utilisent généralement le terme « au sens technique de là où le droit puise sa force ». Il semble, dans ce paragraphe, viser les sources en général, ce qui soulève la question de savoir si les définitions citées doivent aussi être considérées comme applicables à ce que l'on considère comme des « sources secondaires ».

M. Zagaynov dit qu'il s'oppose à cette interprétation. La première question à clarifier est celle de savoir s'il est approprié d'utiliser en parallèle les termes « sources secondaires » et « moyens auxiliaires ». Assurément, cette approche existe, et elle est étayée par d'éminents auteurs dont les travaux sont cités dans le rapport. On trouve un point de vue similaire dans la doctrine russe et soviétique. Comme l'a noté Grigory Tunkin, la majorité des auteurs soviétiques estimaient que, si elles n'étaient pas des sources du droit international au sens où elles ne créaient pas de règles ou ne modifiaient pas les règles existantes, les décisions de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux internationaux pouvaient être considérées comme des sources secondaires.

Un point de vue différent est toutefois apparu ultérieurement. De ce nouveau point de vue, le terme « sources secondaires » est inapproprié puisque les moyens auxiliaires ne peuvent en aucune circonstance être considérés comme des sources du droit international : ils fournissent seulement, à des degrés divers, des preuves de l'existence de règles du droit international coutumier. De ce point de vue également, la pratique judiciaire et la doctrine du droit international ne fournissent rien d'autre que des indications de nature générale et, en conséquence, il n'est pas totalement justifié de les désigner comme des « sources secondaires du droit international ». Pour M. Zagaynov, ce point de vue est plus logique, et l'utilisation parallèle des termes « sources secondaires » et « moyens auxiliaires » soulève ainsi certaines questions. Spécifiquement, y a-t-il une différence entre les « sources secondaires » et les « moyens auxiliaires », ou sont-ils identiques ? S'ils sont identiques, pour quelle raison utilise-t-on deux termes distincts ? Et s'ils ne sont pas identiques, en quoi exactement diffèrent-ils ? Ces questions méritent d'être examinées plus avant.

Une dernière question terminologique touche à la nécessité de clarifier la relation entre les divers concepts mentionnés par le Rapporteur spécial, y compris les différences entre les adjectifs « formelles », « primaires », « matérielles », « subsidiaires » et « secondaires ». Par exemple, les sources « matérielles » et « secondaires » sont-elles équivalentes du point de leur champ d'application et de leur contenu ? Les définitions des sources matérielles citées par le Rapporteur spécial interprètent le terme différemment. Selon Alain Pellet, ces sources peuvent se définir comme « les origines politiques, sociologiques, économiques, morales ou religieuses des règles de droit » alors que, pour James Crawford, elles « apportent la preuve de l'existence de règles qui, une fois établies, sont contraignantes et d'application générale ». Or si les décisions judiciaires peuvent théoriquement être considérées comme des « sources matérielles » selon la définition de Crawford, elles n'entrent pas dans la définition de Pellet. Des éclaircissements sur toutes ces questions terminologiques pourraient figurer dans les commentaires.

Le paragraphe 48 du rapport mentionne le « développement de facto des précédents dans les juridictions internationales, s'appuyant sur des études juridiques de plus en plus empiriques ». Traditionnellement, la doctrine russe et soviétique considère que, eu égard aux articles 38 et 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, les décisions de la Cour ne créent pas de précédents. C'est uniquement sous réserve de l'Article 59 que la Cour peut utiliser ses décisions comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. De ce fait, ces décisions ne participent pas du processus de formation ou de modification des règles du droit international.

Ni les auteurs qui considèrent que les décisions judiciaires et arbitrales font de facto jurisprudence ni ceux qui sont d'avis contraire ne voient la nécessité pratique pour les juges et arbitres de reprendre toutes les étapes du raisonnement suivi dans des affaires antérieures ; il est simplement raisonnable d'utiliser le résultat des travaux antérieurs. Cette pratique ne saurait toutefois qualifiée de règle du précédent, même de facto, en droit international, parce que cette qualification contredirait la lettre du Statut, que les juges et arbitres n'en ont pas besoin pour régler les questions qui leur sont soumises et qu'elle porterait atteinte à l'activité normative fondée sur l'accord et la volonté des États. De plus, le rôle joué par les facteurs politiques et autres facteurs non juridiques dans certaines décisions judiciaires et arbitrales ne peut être méconnu.

La valeur d'une décision dépend de l'organe qui l'a adoptée et de la position des États vis-à-vis de cet organe. On ne peut ignorer que certains organes sont vivement et régulièrement critiqués par un grand nombre d'États, dont certains ne reconnaissent plus la compétence. La question se pose alors de la mesure dans laquelle il est acceptable d'invoquer les décisions de ces juridictions internationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, en particulier lorsqu'une partie à un différend qui leur est soumis critique la juridiction qui a rendu la décision concernée ou ne reconnaît pas sa compétence. S'agissant de la question soulevée aux paragraphes 50 et 51 du rapport, celle de savoir si la Commission doit envisager la question des décisions judiciaires contradictoires, il ne semble pas souhaitable d'aller au-delà de ce que prévoit le plan d'étude établi pour le sujet.

La relation entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et les éléments utilisés pour l'interprétation des traités ou la détermination de l'existence de règles de droit coutumier ou de principes généraux du droit est importante. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial indique au paragraphe 378 qu'on peut choisir d'invoquer plutôt comme preuve de l'existence de règles de droit international un instrument qui pourrait être utilisé comme moyen auxiliaire. Les moyens auxiliaires peuvent peut-être être considérés comme une catégorie générique comprenant plusieurs catégories spécifiques d'éléments. M. Zagaynov dit qu'il ne voit toutefois pas précisément quelles fonctions n'ont pas été envisagées par la Commission dans le cadre de travaux antérieurs.

D'une manière générale, la manière dont le rapport expose le rôle des décisions des juridictions nationales ne prête pas à controverse. La prudence s'impose toutefois s'agissant d'invoquer ces décisions comme moyen de détermination des règles de droit international, car ces questions sont à la jonction du droit international et du droit interne et parce qu'il faut, lorsque l'on recourt à ces décisions pour identifier des règles de droit international, tenir compte de la diversité des systèmes politiques et juridiques du monde. Nul n'ignore à cet égard qu'il est problématique que les décisions des juridictions d'un petit groupe de pays, qui ont déjà été mentionnés, jouent un rôle prédominant. La Commission s'est fréquemment penchée sur des questions touchant les décisions des juridictions nationales dans le cadre de ses travaux antérieurs et peut donc s'inspirer de ceux-ci en la matière.

Le Rapporteur spécial fait valoir au paragraphe 351 de son rapport que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne limite pas expressément les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit aux décisions judiciaires et à la doctrine. Toutefois, dans le même temps, cette disposition ne mentionne pas explicitement d'autres moyens auxiliaires. La Commission ne devrait pas se prononcer sur le point de savoir si des instruments tels que les décisions des organes d'experts ou des organisations internationales peuvent être considérées comme des moyens auxiliaires sans avoir au préalable examiné si, aux termes de l'Article 38, des moyens auxiliaires supplémentaires peuvent exister.

De plus, il semble que de l'avis du Rapporteur spécial la liste des moyens auxiliaires supplémentaires potentiels devrait être ouverte. Il indique ainsi au paragraphe 378 de son rapport que toute source ou instrument ou texte, contraignant ou non, susceptible d'inspirer des arguments juridiques peut être utilisé comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit dans un cas donné. Les juges peuvent certes invoquer des éléments très divers, mais il importe de distinguer ce qui relève de l'alinéa d) et ce qui n'en relève pas. Cet alinéa peut être interprété comme signifiant que la Cour internationale de Justice peut invoquer les décisions judiciaires et la doctrine lorsqu'il lui est nécessaire d'utiliser des moyens auxiliaires pour déterminer une règle de droit international, alors qu'elle peut décider d'utiliser d'autres éléments dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et compte tenu de ce que souhaitent les parties au différend.

M. Zagaynov se demande sur quels fondements théoriques et pratiques les résolutions des organisations internationales, outre qu'elles contribuent à l'interprétation des traités internationaux et à la démonstration de l'existence de règles coutumières ou de principes généraux du droit, peuvent être considérées comme un moyen auxiliaire. Les décisions des organisations internationales sont extrêmement diverses et une décision particulière pourra ou non être considérée comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international en fonction de l'organe de l'organisation qui a pris la décision, ou selon qu'elle a été prise conformément aux règles de procédure ou qu'elle a été adoptée par consensus ou

mise aux voix, entre autres facteurs. Par exemple, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a conclu que les résolutions non consensuelles des organes directeurs des organisations internationales ne pouvaient être considérées ni comme des accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité ni comme une pratique ultérieure établissant un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité.

Quelle que soit la décision de la Commission concernant d'autres moyens auxiliaires, elle ne doit pas être sortie du champ du sujet et aborder des questions touchant des sources supplémentaires. Selon certains auteurs, tant les actes unilatéraux que les résolutions des organisations internationales, par exemple, sont analogues à des accords internationaux ou dérivés de tels accords.

La Commission devrait être prudente lorsqu'elle se prononce sur l'existence et la nature de moyens auxiliaires supplémentaires : en effet, eu égard au chapeau du paragraphe 1 de l'Article 38, affirmer que l'alinéa d) prévoit l'existence de moyens auxiliaires supplémentaires peut logiquement donner à penser que les alinéas a) à c) prévoient l'existence de sources supplémentaires.

Le raisonnement du Rapporteur spécial est clair et incontestable lorsqu'il écrit, au paragraphe 177 : « Comme l'ont montré les sections précédentes, le paragraphe 1 de l'Article 38 – et, partant, son traitement du rôle des décisions judiciaires – est, en principe, une disposition d'application limitée, qui peut être supplantée par les autres dispositions du Statut ayant le caractère de *lex specialis*. ». Le Rapporteur spécial songe en l'occurrence au fait que des traités peuvent prévoir, en matière d'utilisation des précédents, une approche différente de celle prévue dans le Statut. Celui-ci fait toutefois partie intégrante de la Charte des Nations Unies, comme l'indique clairement l'Article 92 de celle-ci, et on peut se demander s'il est approprié d'indiquer qu'une disposition qui fait partie de la Charte « peut être supplantée » en invoquant l'adage *lex specialis derogat legi generalis*, en particulier eu égard à l'Article 103 de la Charte. Il serait plus approprié de dire qu'une règle coutumière ayant son origine dans l'Article 38 peut être supplantée, car il n'y a nul besoin d'écarter l'Article 38 lui-même lorsque l'on invoque les traités mentionnés par le Rapporteur spécial, car cet article s'adresse directement à la Cour.

La Commission a par le passé consacré beaucoup de temps à l'étude des sources du droit international. Elle a par exemple consacré dix-sept ans aux traités, dix-huit ans aux réserves aux traités, dix ans aux accords et à la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et neuf ans à l'application à titre provisoire des traités. La pratique récente de la Commission semble toutefois consister à consacrer trois sessions – lors desquelles elle examine trois rapports – à la première lecture, à observer une pause d'un an pour recueillir les réactions des États, puis à consacrer une dernière session à la seconde lecture et à l'achèvement des travaux. Un tel rythme est peut-être trop rapide pour l'examen de sujets complexes, notamment ceux relatifs aux sources du droit international. La Commission devrait avant tout être guidée par la nécessité de faire en sorte que les textes issus de ses travaux soient de la plus haute qualité.

La Présidente, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que les travaux de celle-ci sur le sujet doivent être compatibles avec ses travaux antérieurs et être pragmatiques. Si la Commission peut, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 45 de son rapport, éclaircir l'usage que les États, les juridictions internationales et les autres acteurs compétents tels que les organes d'experts ont fait, dans leur pratique, des décisions judiciaires et de la doctrine, voire d'autres moyens auxiliaires, s'agissant de recenser, de déterminer et d'appliquer les règles du droit international, elle sera en mesure de donner des indications utiles aux États et aux praticiens du droit international. Tel est l'objectif ultime de ses travaux. M^{me} Oral dit qu'elle est prête à accepter tant la proposition du Rapporteur spécial de donner au texte qui sera issu de ces travaux la forme d'un projet de conclusions que la proposition de M. Paparinskis de lui donner la forme d'un projet de directives.

Afin de déterminer dans quelle mesure il convient d'interpréter le terme « décisions judiciaires » au sens large ou dans un sens plus restreint, la Commission pourrait, comme l'a suggéré M^{me} Okowa, utiliser comme critères les facteurs recensés dans les commentaires de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Durant le débat, des membres ont fait observer que les décisions judiciaires n'étaient pas en elles-mêmes des sources du droit international et que, en application de l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, elles n'avaient pas valeur de précédents. De telles limites sont toutefois plus difficiles à fixer en pratique, s'agissant en particulier des décisions de la Cour internationale de Justice et des autres juridictions qui ont contribué à la formation du droit de la délimitation maritime. Par exemple, dans les arrêts qu'elle a rendus en 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a écarté les dispositions de la Convention de 1958 sur le plateau continental qui avaient codifié la méthode de l'équidistance pour déterminer les limites du plateau continental et a appliqué une norme judiciaire fondée sur des principes équitables. La Cour a ainsi contribué à la formation du droit international coutumier et elle a, comme d'autres juridictions internationales, cité ultérieurement cette décision. À l'opposé, les décisions qu'elle a citées dans d'autres affaires attestent simplement qu'elle souscrit à l'interprétation ou l'application du droit dans une affaire antérieure. Il faut espérer que les travaux de la Commission clarifieront la nature et l'utilisation des décisions judiciaires tout en confirmant qu'elles ne sont pas des sources.

Il est évident que les avis consultatifs doivent être considérés comme des « décisions judiciaires ». La Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales les invoquent régulièrement. Par exemple, dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives), Exceptions préliminaires*, une chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer a reconnu qu'un avis consultatif – du moins un avis émanant de la Cour internationale de Justice – comportait un énoncé de droit international faisant autorité pour les questions sur lesquelles il portait et que les conclusions judiciaires qui y étaient formulées n'avaient pas moins de poids et faisaient tout autant autorité que celles formulées dans des arrêts puisqu'elles l'étaient de manière tout aussi rigoureuse et minutieuse par l'organe judiciaire principal des Nations Unies ayant compétence en matière de droit international.

Comme l'ont souligné plusieurs membres, les décisions des juridictions nationales ne doivent pas être placées sur le même plan que celles des juridictions internationales aux fins de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'alinéa a) du projet de conclusion 4 distingue implicitement les unes des autres en ce qu'il indique que les décisions des juridictions internationales portant sur des questions de droit international font particulièrement autorité.

On peut douter que la Commission doive, à l'alinéa b) du projet de conclusion 4, créer une relation hiérarchique de facto entre la Cour internationale de Justice et les autres juridictions telles que le Tribunal international du droit de la mer. Ce tribunal est une entité permanente qui a été créée par une convention multilatérale, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et la Commission devrait se garder de donner à penser que des décisions de la Cour internationale de Justice font davantage autorité que celles du Tribunal, en particulier en matière de droit de la mer.

Dans son analyse des travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le Rapporteur spécial indique que la majorité des membres du Comité consultatif de juristes a estimé que les décisions judiciaires et la doctrine avaient en gros la même importance. Cela était indubitablement le cas il y a un siècle, à une époque où il y avait beaucoup moins de décisions judiciaires internationales et beaucoup plus d'écrits doctrinaux. Parce qu'il y avait moins de juridictions internationales pour définir les règles du droit international coutumier, c'est la doctrine qui a défini ces règles. Même si, comme le Rapporteur spécial le fait observer, la relation entre les décisions judiciaires et la doctrine est complémentaire plutôt que hiérarchique, le rôle que joue la doctrine des publicistes dans les arrêts de la Cour internationale de Justice a probablement diminué au fil des ans.

Outre les auteurs individuels et les institutions, les organes d'experts peuvent également être considérés comme des publicistes. Sir Michael Wood a relevé la situation particulière de la Commission du droit international, qui découle de son statut d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale et de sa relation spéciale avec la Sixième Commission. Une étude publiée en 2012 par Michael Peil a démontré la mesure dans laquelle les juges de la Cour citent les travaux de la Commission.

Les observations faites par M^{me} Galvão Teles quant à l'importance de la diversité de genre s'agissant des publicistes les plus qualifiés sont totalement justifiées. La question de l'existence de moyens auxiliaires supplémentaires devrait être étudiée et débattue plus avant. Le droit international émane maintenant d'un réseau beaucoup plus complexe d'institutions et d'instruments que lorsque l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 a été adopté. De manière générale, les instruments de droit souple et les résolutions des organisations internationales devraient être étudiés, et il convient à cet égard de distinguer les résolutions qui sont contraignantes de celles qui ne le sont pas. Comme le souligne le Rapporteur spécial, les actes unilatéraux des États ne peuvent être considérés comme un moyen auxiliaire : ils ne sont pas comparables à des décisions judiciaires argumentées ni ne reflètent la compétence collective et la rigueur méthodologique qui sont celles des organes d'experts ou la volonté collective des membres des organisations internationales qui s'exprime dans les résolutions de celles-ci.

M^{me} Oral dit qu'elle appuie le programme proposé par le Rapporteur spécial pour la suite des travaux sur le sujet et le renvoi des cinq projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 16 h 50.