

Provisoire

Réservé aux participants

18 janvier 2024

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3633^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 26 mai 2023, à 10 heures

Sommaire

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

Organisation des travaux de la session (*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. Mingashang
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. Vázquez-Bermúdez
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

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

M. Jalloh (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international (A/CN.4/760), remercie les membres de la Commission pour leurs observations sur le contenu de ce rapport, qui a fait l'objet d'un débat intéressant et intellectuellement stimulant. Il a pris dûment note de leurs suggestions et observations et de leurs propositions textuelles. Le fait que presque tous les membres de la Commission aient fait des déclarations au titre du point de l'ordre du jour à l'examen confirme leur intérêt marqué pour le sujet et la pertinence pratique de celui-ci pour les États et les praticiens du droit international.

Si la plupart des membres ont souscrit à l'approche adoptée et aux propositions formulées dans le premier rapport, certains ont aussi reproché à celui-ci d'être trop théorique. Par exemple, M. Forteau a fait valoir qu'il était préférable de laisser la théorie de côté et d'autres, notamment M^{me} Ridings, M. Vázquez-Bermúdez, M^{me} Mangklatanakul et M^{me} Galvão Teles, ont souligné que la Commission devait s'attacher à fournir des indications pratiques et pragmatiques. Certains membres se sont félicités que le Rapporteur spécial ait présenté son analyse des questions théoriques complexes dans un seul chapitre du rapport. D'autres, par exemple M. Tsend, M. Akande et M. Zagaynov, ont approuvé à la fois l'aspect théorique du rapport et le fait qu'il portait dans l'ensemble sur des questions pratiques. Le Rapporteur spécial rappelle que l'objet du chapitre VI du rapport est d'aider la Commission à mieux comprendre les moyens auxiliaires énumérés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice à la lumière des sources formelles du droit international visées aux alinéas a) à c) de la même disposition et de poser ainsi les fondements des travaux de la Commission sur le sujet.

Quelques membres ont commenté expressément les aspects théoriques ou historiques du sujet, mais selon des perspectives différentes. M. Fife et M. Mingashang ont chacun recensé certaines des principales questions que soulevaient les décisions judiciaires et la doctrine. Les questions sous-jacentes concernant les sources du droit international ont certes un caractère profondément philosophique et la Commission peut bien entendu décider d'étudier le sujet en l'isolant cliniquement des débats théoriques sur ces sources, mais elle risque ce faisant de compromettre la clarté conceptuelle et donc l'utilité pratique de ses travaux. Il semble ressortir du débat que de nombreux membres considèrent qu'elle ne doit pas procéder ainsi.

Les sources formelles du droit international requièrent toutes le consentement de l'État, alors que les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne sont que cela : des moyens ou instruments auxiliaires pouvant être utilisés pour identifier ou déterminer, ou pour réfuter, l'existence et le contenu d'une règle de droit international. Comme l'a fait observer M. Mingashang, le point de vue défendu par M. Forteau et d'autres membres est sans nul doute valide : les juges disent le droit existant et ne légifèrent pas. Toutefois, comme M. Mingashang l'a également noté, cette position ne peut être valablement défendue que dans le cadre d'une conception formaliste du droit.

Il n'est guère surprenant que la plupart des membres, comme le Rapporteur spécial lui-même, aient souligné la distinction entre les sources formelles énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 et les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) de la même disposition. Comme indiqué au paragraphe 188 du rapport, le rôle de la Commission n'est pas de trancher les débats théoriques sur les sources du droit international ; elle doit simplement en prendre note et en examiner les implications possibles pour les aspects pratiques de ses travaux sur le sujet. Le Rapporteur spécial dit qu'il sait gré à M. Zagaynov d'avoir souligné ce point, qui semble avoir échappé à de nombreux membres, sinon à la plupart d'entre eux.

Plusieurs membres ont jugé le rapport trop long. Le Rapporteur spécial ne pense pas quant à lui que sa longueur soit excessive, étant donné la tâche à accomplir. Lorsqu'une matière appelle un traitement approfondi, comme souvent s'agissant d'un premier rapport dont on attend généralement qu'il présente exhaustivement la branche du droit concernée, le Rapporteur spécial doit faire le nécessaire. Si le rapport avait été plus bref, des membres lui auraient sans nul doute reproché de manquer de profondeur et de trop simplifier les questions clés. La difficulté pour tout rapporteur spécial consiste à déterminer ce qui doit figurer dans chaque rapport pour faire avancer les travaux de la Commission. La suggestion de M. Grossman Guiloff tendant à ce que, lorsqu'un rapport est relativement long, le rapporteur spécial concerné en établisse un résumé, mérite peut-être d'être examinée par le Groupe de travail sur les méthodes de travail.

Seuls quelques membres ont expressément évoqué la méthodologie. La plupart d'entre eux ont souscrit à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission suive sa méthode habituelle. Cette méthode doit reposer directement sur la pratique étatique et, le cas échéant, sur celle des organisations internationales et d'autres acteurs. Les exemples de pratique figurant dans le premier rapport sont fondés sur les conclusions sur la détermination du droit international coutumier adoptées par la Commission en 2018.

Si les membres ont en général appuyé cette méthodologie, certains, dont M. Paparinskis, ont posé des questions surprenantes. Le Rapporteur spécial dit que l'observation de M. Reinisch sur la pratique des États le laisse perplexe, eu égard à l'explication détaillée figurant au chapitre IV du rapport. La conclusion 6 des conclusions de 2018 et le commentaire y relatif expliquent exhaustivement ce qu'est la pratique des États. Le Rapporteur spécial dit que si sa mémoire est bonne, nul n'a avancé en 2018 que la pratique étatique ne devait s'entendre dans son sens technique qu'aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38. La Commission a indiqué que la pratique étatique comprenait les actes verbaux et non verbaux et les décisions de juridictions nationales, régionales et internationales très diverses, qu'elles soient ad hoc ou permanentes, de même que la pratique des organisations internationales, dont certaines étaient elles-mêmes des juridictions internationales. Il est également souligné, au paragraphe 66 du rapport à l'examen, qu'il est nécessaire de consulter un large éventail de travaux doctrinaux de toutes les régions du monde, eu égard à la lettre et à l'esprit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, un sentiment auquel de nombreux membres ont fait écho durant le débat.

La plupart des membres ont souligné la centralité de la pratique judiciaire, voyant dans une analyse approfondie du paragraphe 1 de l'Article 38 le point de départ, mais pas nécessairement le point terminal, des travaux de la Commission sur le sujet. M. Nguyen et plusieurs autres ont rappelé que cette disposition était non seulement une directive adressée à la Cour internationale de Justice et une liste non exhaustive des sources que les juges pouvaient invoquer, mais également une règle établie du droit international coutumier. Bien que, comme M. Nguyen l'a à juste titre fait observer, l'Article 38 soit invoqué tant par les États que par les organes judiciaires nationaux et internationaux pour régler des différends, notamment ceux qui ne sont pas portés devant la Cour internationale de Justice, la Commission doit veiller à ne pas méconnaître l'utilisation plus large de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 par toute une série d'autres acteurs, comme l'a souligné M. Argüello Gómez. M^{me} Mangklatanakul a fait valoir qu'il fallait distinguer l'invocation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 par les juges de la Cour internationale de Justice, auxquels cette disposition s'adresse, de son utilisation plus large par d'autres acteurs.

S'agissant de la manière dont l'Article 38 doit être interprété, il est nécessaire, comme l'ont souligné plusieurs membres, de prendre au moins comme point de départ l'interprétation de son Statut par la Cour internationale de Justice elle-même. D'autres membres ont fait valoir que le texte du Statut devait être interprété conformément aux règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Le Rapporteur spécial dit qu'il partage ce point de vue et que c'est ainsi qu'il a procédé dans son rapport même si, par souci de clarté, il a inversé l'ordre d'examen prévu dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, examinant d'abord les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et ensuite le sens ordinaire des termes de cette disposition, leur utilisation dans la pratique et comment cette pratique a été confirmée.

Certains membres, par exemple M. Fathalla, M. Fife et M. Oyarzábal, ont fait valoir qu'il convenait d'accorder un poids particulier à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice eu égard à sa pertinence dans le cadre des travaux sur le sujet, et plusieurs autres ont aussi souligné la nécessité d'examiner comment la disposition avait été invoquée dans les décisions d'autres juridictions internationales. Plusieurs membres, en particulier M. Fathalla, M. Grossman Guiloff, M. Galindo, M. Nguyen et M^{me} Okowa, ont appuyé une interprétation large du terme « décisions judiciaires » tandis que d'autres, par exemple M. Fife, ont défendu une interprétation étroite. Presque tous les membres sont convenus que les décisions des différentes juridictions internationales devaient également être prises en compte. La qualité des décisions judiciaires doit être appréciée à la lumière de la compétence statutaire de la juridiction internationale concernée. Par exemple, tout en convenant qu'il devait être tenu pleinement compte des décisions rendues par les juridictions spécialisées dans leur domaine de compétence, certains membres, par exemple M. Asada, ont soutenu que, eu égard aux travaux antérieurs de la Commission et au fait que la Cour internationale de Justice était l'organe judiciaire principal des Nations Unies et la seule juridiction de droit commun compétente pour connaître des différends interétatiques, il convenait d'accorder davantage de poids aux décisions rendues par celle-ci.

Comme indiqué dans le rapport à l'examen, il convient également de tenir compte des décisions des juridictions régionales. L'appel lancé par M. Patel pour que des solutions novatrices soient trouvées pour s'informer de la pratique suivie en Asie, un continent qui n'a pas d'institution judiciaire régionale, a été entendu, et les références qu'il a fournies à cet égard sont fort utiles. Le Rapporteur spécial espère que d'autres membres lui communiqueront des références pour permettre à la Commission d'établir un texte réellement représentatif de tous les systèmes juridiques, régions et langues du monde.

La plupart des membres ont souligné que les décisions des juridictions nationales portant sur des questions de droit international pouvaient être particulièrement pertinentes, mais également qu'en la matière la prudence s'imposait. Pour M^{me} Ridings, les décisions des juridictions nationales ne pouvaient toutes servir de moyen auxiliaire et il convenait en particulier de tenir compte de la nature de la question juridique en cause et du droit qui était appliqué.

Presque tous les membres sont convenus que le texte qui serait issu des travaux sur le sujet devait prendre la forme d'un projet de conclusions, conformément à la décision prise antérieurement par la Commission. Seul M. Paparinskis a suggéré que ce texte pourrait prendre une autre forme, par exemple celle d'un projet de directives, une idée que M^{me} Mangklatanakul, M. Lee et M^{me} Oral ont dit pouvoir appuyer. Étant donné l'unanimité presque totale des membres sur ce point et la nécessité d'assurer la cohérence avec l'approche suivie par la Commission sur des sujets connexes, il semble souhaitable que le texte qui sera issu des travaux prenne la forme d'un projet de conclusions.

Une question plus complexe pour les membres a été – cela n'est pas surprenant – celle de savoir quelle serait la valeur normative du projet de conclusions. Certains estiment que le projet de conclusions doit seulement codifier le droit, alors que d'autres ont demandé que la Commission garde l'esprit ouvert tant que les travaux sur le sujet n'en étaient qu'à un stade initial. Ces membres ont aussi fait observer à juste titre que l'article 1 du statut de la Commission ne lui interdisait pas de développer progressivement le droit international tout en le codifiant. Comme indiqué expressément au paragraphe 55 du rapport à l'examen, aux fins du présent sujet, la Commission doit expliquer de manière transparente aux États qu'un « projet de conclusions » représente l'aboutissement d'un processus de délibération réfléchi et l'exposé des pratiques recensées concernant les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et que sa caractéristique essentielle est de clarifier le droit sur la base de la pratique actuelle. Ainsi, la teneur du projet de conclusions relève principalement de la codification du droit international, mais peut comporter quelques éléments de développement progressif. Le Rapporteur spécial se félicite que la plupart des membres de la Commission aient approuvé sa conception de la nature du projet de conclusions, qui est de manière générale conforme à l'approche adoptée par la Commission en ce qui concerne la détermination du droit international coutumier, les principes généraux du droit et la détermination et les conséquences juridiques du *jus cogens*.

Toutefois, bien que les travaux sur le sujet soient explicitement axés sur la codification, la Commission n'a jamais considéré qu'il existait une hiérarchie expresse ou implicite entre ses deux missions. En fait, et notamment parce qu'il était difficile de les distinguer, elle a dès 1949 fait sienne une conception « composite » de la codification et du développement progressif. De plus, en 1996, après mûres réflexions, la Commission a conclu que la distinction entre la codification et le développement progressif était si complexe en pratique qu'elle pourrait être supprimée lors de toute révision future de son statut.

Le Rapporteur spécial remercie tous les membres qui ont appelé l'attention sur les différences existant entre les textes authentiques anglais, espagnol et français de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Les autres versions linguistiques de son rapport contiennent manifestement des erreurs de traduction ; il se félicite donc que l'attention ait été appelée sur la distinction entre le terme « *supplementary means* » (« moyens complémentaires ») utilisé dans le texte anglais de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et le terme « *subsidiary means* » (« moyens auxiliaires »), qu'il a utilisé dans la version originale anglaise de son rapport. M. Sall, M. Fife, M. Forteau et d'autres ont expliqué le sens de l'adjectif « auxiliaire » en français, qui est peut-être différent de celui de l'adjectif « *subsidiary* » utilisé en anglais et des termes correspondants utilisés en arabe et en espagnol. M. Paparinskis a mentionné la traduction de ces termes en chinois et en russe et dans d'autres versions linguistiques également authentiques de l'Article 38. Ces observations ont montré que les travaux de la Commission, en particulier les textes qui en sont issus, doivent être traduits avec un soin particulier pour qu'ils aient le même sens dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

Il semble ressortir du débat que de manière générale les membres approuvent les propositions formulées dans le rapport en ce qui concerne la portée des travaux sur le sujet. Nombre d'entre eux sont convenus que ces travaux devaient en premier lieu être axés sur les deux catégories de moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés de différentes nations. La difficulté consistera à déterminer ce qui relève ou ne relève pas de chacune de ces catégories. Une question distincte mais connexe est celle de savoir s'il existe des moyens supplémentaires susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

À la question, posée dans le rapport, de savoir si le terme « décisions judiciaires » doit s'entendre uniquement des décisions des juridictions internationales ou s'il désigne également les décisions des juridictions nationales, hybrides ou régionales, la plupart des membres ont répondu que ce terme devait s'entendre en son sens le plus large comme désignant les décisions des juridictions internationales et régionales, des juridictions nationales et des tribunaux arbitraux, ainsi que celles d'autres entités telles que l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et les organes conventionnels de protection des droits de l'homme.

Il est également demandé dans le rapport si les avis consultatifs doivent être considérés comme des décisions judiciaires et quelle est, le cas échéant, leur valeur juridique. Pratiquement tous les membres ont estimé que les avis consultatifs avaient la même autorité que les décisions judiciaires, même s'ils n'étaient pas à proprement parler des décisions judiciaires. Plusieurs membres ont constaté que la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, par exemple le Tribunal international du droit de la mer et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, invoquaient leurs propres arrêts et avis consultatifs sans les distinguer les uns des autres. Des membres ont aussi souligné que, puisque certaines de ces questions avaient déjà été envisagées par la Commission dans ses travaux antérieurs sur d'autres sujets, le projet de conclusions sur les moyens auxiliaires et les commentaires y relatifs devaient en tenir compte.

Toutefois, s'il est important de maintenir la cohérence, les besoins du sujet à l'examen ne doivent jamais être perdus de vue. Par exemple, les conclusions que la Commission a adoptées en 2018 sur la détermination du droit international coutumier n'abordent la question des décisions judiciaires et de la doctrine que de manière incidente, dans deux conclusions spécifiques. De même, les moyens auxiliaires n'ont été envisagés qu'à titre secondaire par la Commission dans ses travaux sur les sujets « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », « Principes généraux du droit » et « Les accords et la pratique

ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». L'étude de la Commission portant désormais expressément sur les moyens auxiliaires, ses travaux antérieurs peuvent servir de point de départ mais ne doivent en aucune manière être interprétés comme l'aboutissement, quant au fond, des travaux en cours. Des éléments additionnels devront être développés pour que les indications que fournira la Commission à tous ceux pouvant être appelés à s'intéresser aux moyens auxiliaires soient utiles en pratique.

Si le rapport souligne l'importance des décisions de la Cour internationale de Justice et qualifie celle-ci de « juridiction de référence », cette formule a peut-être été citée hors de son contexte durant le débat. Le Rapporteur spécial souligne que contrairement à ce qu'affirment certains membres, il n'est pas allé jusqu'à suggérer qu'il existait une hiérarchie entre les juridictions internationales. Il ne peut y avoir de hiérarchie dans un système décentralisé comprenant des juridictions très diverses dont chacune a son propre mandat et son propre statut. Toutefois, comme M. Fathalla l'a fait observer à juste titre, la Cour doit être distinguée pour plusieurs raisons. Son statut d'organe judiciaire principal des Nations Unies signifie indubitablement que ses décisions ont un poids considérable, ce que la Commission a déjà souligné dans ses travaux sur le droit international coutumier.

Pour autant, les décisions des autres juridictions internationales n'en sont pas moins importantes. Comme indiqué dans le rapport, les juridictions spécialisées dans des domaines comme le droit pénal international et les droits humains jouent un grand rôle dans leurs domaines respectifs de compétence et contribuent à combler des lacunes critiques dans la mosaïque du droit international. Le rapport mentionne également la pertinence particulière des décisions judiciaires des juridictions international(isées), qu'elles soient ad hoc ou permanentes. De fait, plusieurs membres ont appuyé l'idée d'examiner la jurisprudence des juridictions spécialisées. D'autres membres se sont demandé si les décisions de certaines juridictions ad hoc pouvaient être prises en considération. Comme il l'indique aux paragraphes 64 et 273 de son rapport, le Rapporteur spécial considère qu'elles méritent de l'être.

S'agissant de décisions d'autres entités, par exemple le Comité des droits de l'homme, les opinions exprimées par les membres ont été plus diverses et nuancées. Certains considèrent que ces organes ne peuvent pas rendre des décisions judiciaires et que les textes issus de leurs travaux relèvent de la doctrine. Plusieurs membres ont fait valoir que les « décisions quasi judiciaires » des organes conventionnels de protection des droits de l'homme, en particulier celles du Comité des droits de l'homme, devraient être prises en compte. M. Grossman Guiloff a déclaré que les textes issus des travaux d'autres organes conventionnels tels que le Comité contre la torture devaient également être pris en compte et il a rappelé que ce sont les États qui ont créé ces organes et défini leurs mandats. M. Sall a souligné l'ubiquité et l'importance de la quasi-jurisprudence en droit international contemporain, soulignant qu'elle avait déjà été prise en compte par la Commission dans le cadre de travaux antérieurs et par la Cour internationale de Justice dans certaines décisions, par exemple celle rendue dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. M. Fife, en revanche, considère que les décisions rendues par les organes conventionnels sur des plaintes individuelles ne doivent pas être considérées comme des « décisions judiciaires » puisqu'elles ne sont pas rendues dans l'exercice de pouvoirs judiciaires. Toutefois, l'opinion générale semble claire et, en tout état de cause, certains aspects des travaux des organes conventionnels ont déjà été étudiés par la Commission. Le Rapporteur spécial recommande donc que dans le cadre de ses travaux sur le sujet la Commission examine les travaux du Comité des droits de l'homme, du Comité contre la torture et de divers autres organes conventionnels. Une question connexe soulevée durant le débat est celle de savoir si l'activité juridictionnelle de ces organes peut être considérée comme relevant de la doctrine ou constituer une catégorie *sui generis* distincte. Toutefois, quelle que soit la catégorie dans laquelle ils sont placés, il est clair qu'ainsi que l'a souligné M^{me} Ridings, ces travaux peuvent être invoqués comme moyen auxiliaire. Dans le même ordre d'idées, M. Nguyen a demandé si les commissions et autres organes de conciliation relevaient de la catégorie des organes quasi judiciaires ou constituaient une catégorie hybride distincte.

S'agissant des décisions arbitrales, M. Oyarzábal a souligné que les travaux sur les moyens auxiliaires offraient à la Commission l'occasion de se pencher sur la « jurisprudence » des tribunaux arbitraux chargés de régler les différends entre investisseurs et États et sur le problème de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres. Comme indiqué au paragraphe 63 du rapport à l'examen, les tribunaux arbitraux interétatiques appliquent souvent le droit international. Le Rapporteur spécial considère donc que les décisions des tribunaux chargés de régler les différends entre investisseurs et États peuvent relever du sujet à l'examen. De nombreux membres sont de cet avis, bien que certains aient souligné à juste titre qu'il fallait tenir dûment compte des différences entre les décisions de ces tribunaux et les décisions judiciaires au sens strict. Quoiqu'il en soit, les sentences arbitrales devraient être prises en compte comme elles l'ont été dans le cadre des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes. De plus, comme l'a noté M. Akande, la Cour internationale de Justice cite régulièrement des décisions de tribunaux arbitraux sans mentionner leur caractère normatif.

La plupart des membres de la Commission ont souligné que les décisions des juridictions nationales portant sur des questions de droit international pouvaient être particulièrement pertinentes. Pour plusieurs membres, les juridictions nationales pouvaient jouer un rôle lorsqu'elles examinaient des questions de droit international, et il a été proposé que la Commission accorde une attention particulière aux décisions dans lesquelles des juridictions nationales appliquent le droit international. Comme la Commission l'a indiqué dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, les décisions des juridictions nationales peuvent également constituer une preuve de la pratique des États. Le Secrétariat a expliqué dans plusieurs études que les décisions des juridictions nationales servaient également de moyen auxiliaire d'identification et de détermination de l'existence et du contenu de règles du droit international. Dans le cadre des travaux sur le sujet, en particulier dans les commentaires, la Commission devra également tenir compte de l'importante observation faite durant le débat, à savoir que des décisions de juridictions nationales peuvent être déterminantes pour la juridiction qui les invoque. Le Rapporteur spécial indique que sur un point connexe, il souscrit à la proposition de plusieurs membres tendant à ce que, par-delà la distinction entre *common law* et droit civil, la Commission accorde davantage d'attention aux différentes traditions juridiques, bien qu'il ne considère pas que le droit religieux doive être pris en compte. Il remercie les membres de la Commission qui lui ont déjà communiqué des décisions judiciaires pertinentes rendues dans leur pays et espère que les membres continueront de l'aider à assurer la diversité de ses recherches.

S'agissant de la question, soulevée dans le rapport, de savoir si la doctrine, en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit international, se limite aux travaux des auteurs travaillant à titre individuel, la plupart des membres estiment que la doctrine comprend tant les travaux individuels que ceux des organes d'experts, qu'ils soient privés ou publics. Le Rapporteur spécial souligne que lorsqu'il a analysé les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, il a constaté que des études publiées par des organes collectifs, en particulier des organes internationaux comme l'Institut de droit international, avaient été expressément mentionnées comme ayant plus de pertinence et de poids que les autres travaux doctrinaux. Quoiqu'il en soit, comme il l'indique dans son rapport, si les publicistes ne sont pas des sources de droit, ils jouent un rôle important dans l'interprétation et l'identification des règles existantes et le recensement de la pratique des États. Ils exercent également de nombreuses autres fonctions, notamment celles indiquées dans le rapport et les fonctions additionnelles mentionnées par plusieurs membres de la Commission.

M. Forteau a déclaré que la Commission devait distinguer les travaux doctrinaux, qu'ils soient individuels ou collectifs, des travaux des organes d'experts. Une recommandation similaire figure aux paragraphes 328 et 357 du rapport à l'examen, à savoir que les travaux des organes d'experts créés par les États devraient constituer une catégorie distincte du fait que ces organes sont dotés d'un mandat officiel et ne sont pas seulement des groupes de juristes publiant à titre collectif. Pour les raisons exposées dans le rapport, le Rapporteur spécial ne pense pas que les travaux des organes publics habilités ou créés par les États relèvent de la doctrine. De plus, les travaux des organes d'experts privés, aussi prestigieux ces organes soient-ils, ne devraient pas être rangés dans la même catégorie que les travaux des organes habilités par les États. Les textes établis par les organes privés tels

que l'Institut de droit international devraient donc être considérés comme relevant de la doctrine. Notant qu'il a été proposé que les raisons de cette distinction soient indiquées dans le commentaire, le Rapporteur spécial dit qu'il estime quant à lui préférable, compte tenu du débat en plénière, de les indiquer dans le projet de conclusions lui-même. Cette préférence semble être partagée par plusieurs membres de la Commission.

La question est également posée dans le rapport de savoir qui exactement sont « les publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». De nombreux membres ont préconisé davantage de transparence et de diversité en la matière et ont regretté que soient le plus souvent invoqués les travaux – publiés dans quelques langues seulement – de juristes blancs de sexe masculin et de tradition anglo-américaine, à l'exclusion quasi totale des auteurs du Sud global. Comme l'a souligné M^{me} Okowa, la Commission doit examiner comment ce problème peut être abordé de front. Plusieurs propositions ont déjà été faites à cet égard, notamment par M^{me} Galvão Teles, qui a demandé une amélioration de la représentativité sur le plan du genre et des autres formes de diversité. Le Rapporteur spécial dit qu'il souhaiterait recevoir davantage de propositions quant à la manière dont la Commission peut mieux prendre en compte la diversité de genre. L'inégalité de représentation est évoquée aux paragraphes 332 et 333 du rapport à l'examen pour souligner cet aspect insatisfaisant de la pratique juridique internationale et encourager la Commission, les États et les internationalistes à prendre des mesures pour faire évoluer cet état de choses et ne pas renforcer involontairement le statu quo. Une autre question soulevée dans le rapport, qui n'a toutefois pas été abordée durant le débat en plénière, est celle de la sous-représentation du Sud global parmi les conseils plaidant devant la Cour internationale de Justice.

Il est proposé dans le rapport à l'examen que, dans le cadre du deuxième volet du sujet, la Commission examine la fonction remplie par les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et leur relation avec les sources du droit international énumérées aux alinéas a) à c) de la même disposition, et qu'à ce titre elle examine le poids et la valeur attribués en pratique aux moyens auxiliaires et l'idée que les décisions judiciaires puissent aussi être une source d'obligations ou, à tout le moins, servir à identifier les obligations juridiques qui s'imposent aux États dans des différends concrets. De nombreux membres sont convenus qu'il fallait également examiner cette question plus avant, ainsi que la relation entre l'Article 38 et l'Article 59 et la notion de précédent, ou l'idée qu'il n'y aurait pas de précédent en droit international, et le lien avec les droits des tierces parties.

M. Fife, M. Vázquez-Bermúdez et d'autres membres semblent avoir interprété la conclusion figurant à cet égard au chapitre VI du rapport comme signifiant qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les traités, la coutume et les principaux généraux du droit d'une part et les moyens auxiliaires de l'autre. En fait, la conclusion en question est que, aux termes du paragraphe 1 de l'Article 38, il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les traités, la coutume et les principes généraux du droit. Toutefois, la lecture du paragraphe 1 de l'Article 38 dans son intégralité fait apparaître une distinction claire entre les alinéas a) à c) et l'alinéa d) de cette disposition, et on ne saurait affirmer que les moyens auxiliaires sont placés sur le même plan que les sources du droit international énumérés aux alinéas a) à c). Il est indiqué au paragraphe 194 du rapport à l'examen que les moyens auxiliaires peuvent être regardés comme subordonnés aux autres sources mentionnées au paragraphe 1 de l'Article 38 mais ne sont pas censés l'être ; des membres de la Commission semblent toutefois estimer que cette affirmation a suscité une certaine confusion, et le Rapporteur spécial s'en excuse. Sur la base de ses recherches et après avoir écouté attentivement le débat, il est enclin à souscrire à l'opinion de M. Oyarzábal : la question n'est pas tant de savoir s'il existe en pratique une hiérarchie entre les décisions judiciaires et la doctrine, ou même entre les sources du droit international elles-mêmes, que de savoir si elles remplissent les mêmes fonctions que les moyens auxiliaires ; si les décisions judiciaires internationales peuvent contribuer au développement et à la formation du droit international, le rôle de la doctrine se limite à déterminer, au sens de « découvrir », ce que sont les règles. Le Rapporteur spécial indique qu'il pense au stade actuel que les décisions judiciaires peuvent être une source d'obligations ou à tout le moins servir à identifier les obligations s'imposant aux États dans des différends portés devant la Cour. Plusieurs membres ont fait à cet égard des observations nuancées dont il tiendra compte.

S'agissant de la notion de précédent, s'il n'y a effectivement pas de principe *stare decisis* formel en droit international, en particulier devant la Cour internationale de Justice, c'est à juste titre que M. Patel a fait observer qu'il existait une « règle non codifiée » de maintien de la cohérence et qu'un principe *stare decisis* était appliqué horizontalement dans la pratique. En retenant la *ratio decidendi* et en veillant à la cohérence de la pratique, la Cour joue un rôle dans l'application et la détermination du droit international. M^{me} Ridings a expliqué que reprendre le raisonnement juridique suivi dans des affaires antérieures n'équivalait pas à suivre, au sens strict, les décisions rendues dans ces affaires. Cette opinion, à laquelle le Rapporteur spécial souscrit, est confirmée par les travaux du juge Shahabuddeen, dont l'ouvrage fondamental *Precedent in the World Court* est abondamment cité dans le premier rapport. Il est indiqué au paragraphe 346 de celui-ci que la Cour internationale de Justice et les autres juridictions internationales s'appuient sur leurs propres décisions antérieures presque par nécessité, mais assurément pour des raisons de sécurité et de stabilité juridiques. Cela n'est toutefois qu'une pratique, et non une règle. C'est pourquoi le rapport mentionne un précédent « *de facto* ». Le Rapporteur spécial souligne qu'au paragraphe 275 il mentionne même, s'agissant du droit international des investissements, un phénomène contre-intuitif relevé par les principaux spécialistes de ce domaine, à savoir que certains arbitres se reposent sur les décisions antérieures au point que parfois ils ne parviennent même plus à interpréter correctement les instruments juridiques spécifiquement adoptés par les États pour infirmer certaines interprétations arbitrales. Le Rapporteur spécial sait gré à M^{me} Okowa d'avoir proposé que la Commission explique que l'autorité des décisions judiciaires opère dans un continuum et que leur qualité en tant que moyen auxiliaire dépend en partie d'éléments conceptuels.

Il est proposé dans le rapport qu'au titre du troisième volet des travaux sur le sujet la Commission indique s'il existe d'autres moyens auxiliaires que ceux consacrés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et qu'elle examine l'évolution des moyens auxiliaires au cours des dernières décennies. Si de nombreux exemples peuvent apparemment relever des alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38, il convient de se demander s'il en existe d'autres pouvant relever de l'alinéa d) de la même disposition. L'examen de la doctrine fait apparaître de nombreux exemples de moyens auxiliaires supplémentaires possibles, notamment les actes unilatéraux et déclarations des États, les résolutions et décisions des organisations internationales, l'équité, les accords entre États et entreprises multinationales et même le droit religieux. Ces moyens auxiliaires possibles ne méritent toutefois pas tous de retenir l'attention de la Commission, car nombre d'entre eux peuvent, en fonction de leur nature spécifique, être rangés dans les catégories visées aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 de l'Article 38. De nombreux membres de la Commission se sont déclarés favorables à l'exclusion des actes unilatéraux, bien que M. Patel et M. Asada aient appuyé en théorie l'inclusion des déclarations unilatérales, à tout le moins imposant des obligations juridiques contraignantes à des États qui ne sont pas parties au différend en cause. M. Grossman Guiloff a déclaré qu'on ne pouvait les exclure totalement mais a souligné que leur étude était complexe, eu égard aux modalités de leur rôle s'agissant d'assurer la stabilité des relations internationales.

La majorité des membres de la Commission sont convenus que les résolutions des organisations internationales pouvaient être considérées comme un moyen auxiliaire supplémentaire. Certains membres ont toutefois exprimé des doutes. M. Paporinskis a dit qu'il ne s'opposerait pas à ce que le Rapporteur spécial examine la question dans ses rapports suivants. M. Grossman Guiloff a estimé que les catégories devaient être réduites et que, dans le cas des organisations internationales, les pratiques prises en compte devaient être celles dont les États avaient officiellement chargé ces organisations, en particulier celles pouvant aider directement à déterminer des règles de droit international. M. Grossman Guiloff et M. Nesi ont aussi suggéré que la Commission précise clairement ce qu'il faut entendre par « pratique des États » et « pratique des organisations internationales ». D'autres membres se sont déclarés opposés à l'inclusion des résolutions dans le champ de l'étude. Selon M. Galindo, les résolutions pouvaient servir de preuve de la pratique des États mais n'étaient pas des sources de droit international ni un moyen auxiliaire ; le Rapporteur spécial indique qu'il estime quant à lui que si les résolutions servent de preuve de la pratique des États, on peut supposer que c'est parce qu'elles constituent une source matérielle. D'autres membres ont opéré une distinction entre les différents types de résolutions et ont fait valoir que les

résolutions non contraignantes, comme celles de l'Assemblée générale citées par la Cour internationale de Justice dans ses avis consultatifs sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et au sujet du *Sahara occidental*, pouvaient constituer un moyen auxiliaire. Certains membres, notamment M. Asada, ont souligné que les résolutions du Conseil de sécurité pouvaient, selon leur teneur, relever soit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 soit de l'alinéa a) de la même disposition. Le Rapporteur spécial rappelle à cet égard que la Commission a déjà abordé la question des actes unilatéraux dans les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques qu'elle a adoptés en 2006, et si de solides arguments ont été avancés en faveur de l'étude de cette question, en particulier par M. Asada, la Commission ne devrait pas y revenir dans le cadre du présent sujet. Eu égard à leur nature juridique, on peut se demander si les actes unilatéraux ne feraient pas plutôt partie des sources formelles énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 ; comme l'a déclaré M. Asada, ils peuvent être considérés comme reflétant des principes généraux du droit et donc comme relevant de l'alinéa c).

Les autres moyens auxiliaires supplémentaires possibles mentionnés durant le débat comprennent les sources et résolutions non contraignantes, les sentences arbitrales, les travaux de divers types d'organisations de régulation et les travaux des organes d'experts. C'est l'inclusion de ces derniers qui a recueilli le plus large appui au sein de la Commission. Si celle-ci décide que les travaux des organes d'experts habilités par les États ne relèvent pas de la « doctrine », ses propres travaux n'en relèveront pas non plus et ils pourront ainsi être considérés comme un moyen auxiliaire supplémentaire. M. Patel a déclaré qu'il n'était peut-être pas possible d'établir une liste exhaustive de tous les moyens auxiliaires disponibles et que la Commission devrait plutôt élaborer des critères de détermination des moyens auxiliaires. Le Rapporteur spécial dit que sur la base du débat en plénière, il croit comprendre que, de manière générale, la prise en compte de certains types de résolutions et décisions des organisations internationales recueille un large appui. Il remercie tous les membres qui ont souligné qu'une telle étude serait conforme aux travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, au moins ceux relatifs au droit international coutumier. Bien qu'une minorité de membres se soient déclarés favorables à l'étude des actes unilatéraux, l'immense majorité des membres a souscrit à sa recommandation de ne pas revenir sur cette question.

Le Rapporteur spécial invite la Commission de se demander si la question de la fragmentation du droit international doit être exclue des travaux sur le sujet. De nombreux membres ont fait valoir que l'étude de cette question pouvait être utile. M. Oyarzábal a déclaré que les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen pourraient contribuer à renforcer la cohérence et la certitude juridique. Si toutefois la Commission décide de traiter de la fragmentation, elle devrait, comme l'a proposé M^{me} Ridings, le faire d'un point de vue pratique, en tenant compte des vues des États. Le Rapporteur spécial se félicite de la diversité des opinions des membres sur cette question et estime possible de parvenir à un consensus en ce qui la concerne. Toutefois, étant donné que la question de la fragmentation a d'importantes implications pour la portée et l'utilité des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires, celle-ci devrait peut-être ajourner sa décision de l'étudier ou non afin d'y réfléchir davantage et d'inviter les États Membres à exprimer leur opinion à la Sixième Commission.

Le Rapporteur spécial remercie les nombreux membres qui ont appuyé sa proposition d'établir une bibliographie multilingue. Plusieurs d'entre eux ont donné des exemples pertinents tirés de la pratique et de la doctrine. Sa décision de solliciter des contributions multilingues vise précisément à remédier au problème de l'inégalité de représentation invoqué lors du débat en plénière. Le droit international ne pourra réellement être à la hauteur de son aspiration à l'universalité que s'il représente la diversité du monde dans lequel il s'applique.

Dans le dernier chapitre du rapport à l'examen, cinq projets de conclusion sont proposés. Ils ont généralement été bien accueillis et approuvés par la Commission, à l'exception d'un membre, M. Reinisch, qui s'est montré très critique, estimant qu'il existait une confusion quant à leurs origines et soulignant qu'ils n'étaient pas clairs quant au fond. Le Rapporteur spécial indique que s'il est vrai qu'il aurait pu donner davantage d'explications dans le rapport, il a décidé de ne pas le faire parce que celui-ci était déjà très long, mais qu'il

a passé beaucoup de temps, lorsqu'il l'a présenté (A/CN.4/SR.3625), à expliquer les projets de conclusion. Il en a expliqué tant le libellé que la substance et a déclaré qu'ils s'inspiraient largement des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes. Des membres ont proposé d'en modifier le texte. À cet égard, bien qu'il soit préférable de laisser les questions rédactionnelles au Comité de rédaction, la tendance générale des principales propositions appelle de brèves observations. Sur le fond, le Rapporteur spécial est dans l'ensemble d'accord avec les membres qui considèrent que les principaux termes utilisés dans les projets de conclusion doivent être expliqués comme il convient dans les commentaires. Comme il l'indique dans son rapport, il a l'intention, à l'issue de la première partie de la session en cours, d'établir des commentaires du texte adopté par la Commission pour que les États aient d'emblée la possibilité de le commenter.

S'agissant des modifications proposées, la proposition de M. Forteau de renforcer le caractère normatif du projet de conclusion 1 en remplaçant les mots « la manière dont les moyens auxiliaires sont utilisés » par les mots « la manière dont les moyens auxiliaires doivent être utilisés » est surprenante. Outre que la formule ainsi proposée s'écarte de celle utilisée dans les conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier, qui ont servi de modèle pour établir le projet de conclusion 1, les mots « doivent être » peuvent être interprétés comme indiquant que la Commission fait œuvre de développement progressif, alors que l'objet déclaré de ses travaux est de clarifier le droit sur la base de la pratique. Le Rapporteur spécial dit qu'il gardera néanmoins l'esprit ouvert sur ce point.

S'agissant de l'alinéa a) du projet de conclusion 2, il ne s'oppose pas à la proposition de M. Forteau de viser les décisions des juridictions nationales et celles des juridictions internationales dans deux alinéas distincts, puisqu'elles font l'objet de deux alinéas distincts dans le projet de conclusion 4. Il tiendra également compte de la proposition de M. Forteau d'inverser l'ordre des adjectifs « nationales » et « internationales ». M. Paparinskis a proposé d'insérer l'adjectif « judiciaires » après le mot « décisions » ou, à défaut, d'utiliser la formule « [l]es décisions des juridictions », et M. Fathalla s'est opposé à l'ajout de l'adjectif « judiciaires ».

La disposition la plus débattue du projet de conclusion 2 est l'alinéa c). Si celui-ci a été pleinement appuyé par certains membres, d'autres l'ont critiqué au motif que le membre de phrase « [t]ous autres moyens tirés de la pratique des États et les organisations internationales » était trop général. Le Rapporteur spécial indique que lorsqu'il a rédigé cette disposition, il avait à l'esprit les deux principaux moyens auxiliaires supplémentaires possibles envisagés dans le rapport, à savoir les travaux de certains organes d'experts créés par les États et certaines résolutions et décisions des organisations internationales. La proposition de M. Galindo d'aligner le titre du projet de conclusion 2 sur le texte de celui-ci en y ajoutant l'adjectif « international » est intéressante. M. Grossman Guiloff a reconnu que les critères énoncés dans le projet de conclusion 3 pouvaient être utilisés pour apprécier la crédibilité des moyens auxiliaires définis dans les projets de conclusions 4 et 5 mais a estimé qu'il serait utile de l'indiquer expressément, soit dans le projet de conclusion 3 lui-même, soit dans un alinéa des projets de conclusions 4 et 5. Pour M. Galindo, il fallait remédier à l'incohérence entre les projets de conclusions 4 et 5, qui visaient l'identification ou la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international, et les projets de conclusions 1 à 3, qui ne visaient que la détermination des règles de droit international. Cette question pourra être envisagée dans le commentaire général du projet de conclusions.

S'agissant du projet de conclusion 5, la proposition de M. Nguyen, qui consiste à insérer les mots « sur des questions de droit international » après les mots « en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes », est intéressante car elle vise à préciser que la doctrine prise en compte doit porter sur des questions de droit international, même si le projet de conclusion indique *in fine* que ces opinions portent sur « des règles de droit international ». Certains membres ont proposé de supprimer le membre de phrase « en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes », estimant que cette précision pouvait être donnée dans le commentaire. Le Rapporteur spécial dit qu'il a pris dûment note des propositions de plusieurs membres de mentionner expressément, dans le projet de conclusion 5, la nécessité d'une large représentation géographique, la diversité linguistique et la diversité de genre. À défaut, la question des opinions concordantes et celle de la représentativité pourront être envisagées dans le commentaire.

En ce qui concerne la suite des travaux de la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial se félicite que presque tous les membres aient approuvé le programme de travail qu'il propose. Certains ont néanmoins exprimé des réserves, estimant que ce programme était peut-être trop ambitieux. Le programme et le calendrier proposés sont toutefois provisoires et susceptibles d'être modifiés en fonction des besoins. Le Rapporteur spécial souligne qu'il est profondément attaché à la rigueur scientifique et tient à rassurer les membres qui sont sceptiques : il n'entend pas privilégier la célérité au détriment de la qualité. Il se félicite également que la plupart des membres aient expressément appuyé le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction. Un membre a exprimé des doutes sérieux à cet égard mais a déclaré qu'il ne s'opposait pas à ce renvoi. Le Rapporteur spécial espère que la Commission décidera de renvoyer les projets de conclusions 1 à 5 au Comité de rédaction afin que le travail de rédaction quant au fond puisse commencer le plus tôt possible.

La Présidente dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets de conclusions 1 à 5 au Comité de rédaction comme le recommande le Rapporteur spécial, compte tenu des commentaires et observations faits durant le débat en plénière.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (point 1 de l'ordre du jour) *(suite)*

M. Paparinskis (Président du Comité de rédaction) dit que, pour le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », le Comité de rédaction est composé de M. Akande, M. Argüello Gómez, M. Asada, M. Fathalla, M. Fife, M. Forteau, M. Galindo, M^{me} Galvão Teles, M. Huang, M. Lee, M^{me} Mangklatanakul, M. Mavroyiannis, M. Mingashang, M. Nesi, M^{me} Okowa, M. Oyarzábal, M. Patel, M. Reinisch, M^{me} Ridings, M. Ruda Santolaria, M. Sall, M. Savadogo, M. Vázquez-Bermúdez et de M. Zagaynov, ainsi que de M. Jalloh (Rapporteur spécial) et de M. Nguyen (Rapporteur), membres de droit.

La séance est levée à 11 h 20.