

Chapitre VII

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

A. Introduction

59. À sa soixante-treizième session (2022), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » à son programme de travail et a nommé M. Charles Chernor Jalloh Rapporteur spécial²¹². À sa soixante-treizième session également²¹³, la Commission a demandé au Secrétariat d'élaborer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être utiles pour la suite de ses travaux sur le sujet, à soumettre à sa soixante-quatrième session (2023), et une étude de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, ainsi que d'autres organes, qui présenterait un intérêt particulier pour la suite de ses travaux sur le sujet, à soumettre à sa soixante-quinzième session (2024).

60. L'Assemblée générale, au paragraphe 26 de sa résolution 77/103 du 7 décembre 2022, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

B. Examen du sujet à la présente session

61. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/760) et de l'étude du Secrétariat recensant les éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet (A/CN.4/759), qu'elle a examinés à ses 3625^e à 3632^e séances, du 16 au 25 mai 2023.

62. Le premier rapport du Rapporteur spécial portait sur le champ d'application des travaux sur le sujet et les principales questions que la Commission devrait examiner. Il traitait également des vues des États sur le sujet, de la méthodologie (les travaux devant reposer sur la pratique des États et des juridictions internationales), des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, de la nature et de la fonction des sources du droit international et de leur relation avec les moyens auxiliaires, de la genèse de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et du statut de cette disposition en droit international coutumier. Ce rapport contenait également une analyse initiale de certains aspects du sujet, notamment la jurisprudence, la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et divers autres moyens auxiliaires possibles utilisés dans la pratique par les États et les juridictions internationales pour déterminer les règles de droit international, à savoir les actes unilatéraux, les résolutions et décisions des organisations internationales et les travaux d'organes d'experts. Quant à la forme que devait prendre le texte qui serait issu des travaux sur le sujet, le Rapporteur spécial proposait qu'à l'instar des textes issus des travaux antérieurs sur des sujets connexes, il prenne la forme d'un projet de conclusions, l'objectif principal étant de clarifier le droit sur la base de la pratique actuelle. Il proposait cinq projets de conclusion et formulait également des propositions pour la suite des travaux sur le sujet.

²¹² À sa 3583^e séance, le 17 mai 2022. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-douzième session (2021), sur la base de la proposition annexée à son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, annexe.

²¹³ À sa 3612^e séance, le 5 août 2022.

63. À sa 3633^e séance, le 26 mai 2023, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 5 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, compte tenu des vues exprimées lors du débat en plénière²¹⁴.

64. À sa 3635^e séance, le 3 juillet 2023, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.985) sur le sujet et provisoirement adopté les projets de conclusions 1 à 3 (voir *infra* sect. C.1). De sa 3651^e à sa 3657^e séance, du 31 juillet au 4 août 2023, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusions 1 à 3 provisoirement adoptés à la session en cours (voir *infra* sect. C.2).

65. À sa 3642^e séance, le 21 juillet 2023, la Commission a examiné un deuxième rapport du Comité de rédaction, contenant les projets de conclusions 4 et 5 provisoirement adoptés par lui (A/CN.4/L.985/Add.1), tels qu'oralement révisés, et a pris note de ce rapport²¹⁵.

²¹⁴ Les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport se lisent comme suit :

« Projet de conclusion 1

Objet

Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les moyens auxiliaires sont utilisés pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international.

Projet de conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent :

- a) Les décisions des juridictions nationales et internationales ;
- b) La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ;
- c) Tous autres moyens tirés de la pratique des États ou des organisations

internationales.

Projet de conclusion 3

Critères d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit

Les moyens auxiliaires utilisés pour déterminer une règle de droit international sont appréciés sur la base de la qualité des preuves présentées, de la compétence des acteurs concernés, de la conformité avec un mandat officiel, du degré d'accord entre les acteurs concernés et de l'accueil de la part d'États et d'autres.

Projet de conclusion 4

Décisions de juridictions

- a) Les décisions de juridictions internationales portant sur des questions de droit international sont des moyens qui font particulièrement autorité aux fins de l'identification ou de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international ;
- b) Aux fins de l'alinéa a), une attention particulière est portée aux décisions de la Cour internationale de Justice ;
- c) Les décisions de juridictions nationales peuvent être utilisées, dans certaines circonstances, comme moyen auxiliaire d'identification ou de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

Projet de conclusion 5

Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes, peut servir de moyen auxiliaire d'identification ou de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international. ».

²¹⁵ Le rapport et la déclaration correspondante du Président du Comité de rédaction peuvent être consultés dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml. Les projets de conclusions 4 et 5, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, se lisent comme suit :

« Projet de conclusion 4

Décisions de juridictions

1. Les décisions des juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

Les commentaires de ces deux projets d'article devraient être adoptés à la prochaine session²¹⁶.

1. Présentation de son premier rapport par le Rapporteur spécial

66. Présentant son rapport, le Rapporteur spécial a formulé quelques observations générales et exposé la structure et l'organisation des dix chapitres y figurant. Il a indiqué, comme point de départ, que les moyens auxiliaires étaient un élément important du système juridique international, raison pour laquelle la Commission avait estimé qu'il pourrait être utile de les clarifier compte tenu du temps qui s'était écoulé depuis qu'ils avaient été inclus dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il a expliqué que, comme indiqué au chapitre I de son rapport, le principal objectif de celui-ci était de donner une assise solide aux travaux de la Commission sur le sujet et de recueillir les points de vue des membres de la Commission et des États. Il a indiqué qu'en principe l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui était au fondement des travaux sur le sujet, était une clause de droit applicable adressée aux juges de la Cour et était généralement considéré par les États, les praticiens et les auteurs comme l'énoncé le plus autorisé des sources du droit international. Il a rappelé que l'examen du sujet compléterait les travaux de la Commission sur les sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le fait que cette disposition était considérée comme codifiant le droit international coutumier et était largement utilisée dans la pratique nationale et internationale indiquait que, en suivant une approche prudente et rigoureuse fondée sur la manière dont les moyens auxiliaires étaient effectivement utilisés pour déterminer les règles de droit international, la Commission pourrait fournir des indications utiles aux États, aux organisations internationales, aux juridictions et à tous ceux qui seraient appelés à utiliser des moyens auxiliaires aux fins de la détermination des règles de droit international.

67. S'agissant du chapitre II, le Rapporteur spécial a indiqué qu'à la Sixième Commission les États Membres avaient réagi de manière généralement positive à l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission. Il a souligné que 24 délégations avaient fait valoir qu'il était nécessaire d'étudier le sujet pour compléter et achever les travaux antérieurs de la Commission sur les sources du droit international et que son étude pourrait contribuer à éviter certaines conséquences néfastes de la fragmentation du droit international. Il a fait observer que, même les quelques délégations qui s'étaient initialement montrées hésitantes lors du débat de la Sixième Commission en 2021, avaient en 2022 semblé souscrire à la décision de la Commission, à la seule exception d'une délégation qui avait déclaré qu'il risquait d'être difficile pour la Commission de susciter l'intérêt des États pour le sujet et de les amener à contribuer à ses travaux. Le Rapporteur spécial a également noté qu'il serait intéressant pour la Commission de recevoir des États des informations sur la manière dont ceux-ci, notamment leurs juridictions, utilisaient les moyens auxiliaires pour déterminer les règles de droit international. Il a remercié les deux États qui avaient soumis des observations écrites et exprimé l'espoir que d'autres États de toutes les régions communiqueraient à la Commission des informations sur leur pratique et contribueraient ainsi à renforcer la pertinence et l'utilité pratiques des travaux de celle-ci sur le sujet.

2. Les décisions des juridictions nationales peuvent être utilisées, dans certaines circonstances, comme un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

Projet de conclusion 5 **Doctrines**

La doctrine, en particulier celle qui reflète de manière générale les points de vue concordants de personnes ayant une compétence en droit international et représentatives des différents systèmes juridiques et régions du monde, constitue un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international. Pour évaluer le caractère représentatif de la doctrine, une attention particulière devrait également être portée, *inter alia*, à la diversité de genre et de langues. ».

²¹⁶ Voir, aux paragraphes 84 à 108 *infra*, le résumé du débat en plénière sur ces deux projets de conclusion.

68. Le Rapporteur spécial a ensuite présenté le chapitre III de son rapport, dans lequel il proposait trois questions à l'examen de la Commission. Premièrement, l'origine, la nature et le champ d'application des moyens auxiliaires : cette partie du rapport analysait la nature et les fonctions des sources dans le système juridique international et portait sur des questions essentiellement théoriques et sur la manière dont les différentes conceptions des sources du droit international et de leur interaction avec les moyens auxiliaires pourraient affecter concrètement les travaux de la Commission sur le sujet. Une question essentielle à cet égard était de savoir si le terme « moyen auxiliaire » devait s'entendre au sens étroit ou au sens large ; en d'autres termes si, outre les décisions judiciaires (et la clarification de leur champ d'application) et la doctrine (et la clarification de son champ d'application), les travaux devaient tenir compte des décennies de pratique durant lesquelles les juristes – y compris les juridictions – avaient utilisé toute une série d'autres moyens auxiliaires et éléments pour déterminer les règles de droit international. Le rapport analysait en détail les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et présentait ensuite une analyse textuelle systématique des divers éléments de cette disposition et examinait la possibilité d'envisager d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

69. Le deuxième aspect du sujet concernait la fonction des moyens auxiliaires et leur relation avec les autres sources du droit international, à savoir les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial a souligné que certaines des questions à étudier concernaient le poids à accorder aux décisions des juridictions internationales et la relation entre les Articles 38 et 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, notamment la question de savoir si certaines décisions avaient de facto valeur de précédents. Il a expliqué qu'il conviendrait également d'examiner l'idée selon laquelle, dans le cadre de l'interprétation et de l'application des traités, du droit international coutumier et des principes généraux, les conclusions des organes judiciaires pouvaient servir à identifier des obligations.

70. Un troisième aspect du sujet concernait l'opportunité de clarifier d'autres moyens auxiliaires. Le Rapporteur spécial a proposé que la Commission étudie l'évolution des moyens auxiliaires utilisés pour établir l'existence d'obligations à la charge des États, en prenant comme exemples les actes unilatéraux et déclarations des États, les résolutions des organisations internationales et les travaux des organes d'experts, en particulier les organes créés et mandatés par les États et les organisations internationales pour exercer certaines fonctions. Il estimait que la Commission devait faire preuve de prudence et de rigueur dans le choix des moyens auxiliaires à étudier et ne pas entraver le développement du droit international tel qu'il ressortait de la pratique des États et des organisations internationales.

71. Le Rapporteur spécial a indiqué que la question de la cohérence et de l'unité du droit international, parfois désignée comme le problème de la fragmentation, pourrait affecter la portée et l'utilité des travaux sur le sujet. Il a rappelé que, lors de l'établissement du plan d'étude pour le sujet en 2021, il avait indiqué que la question des décisions judiciaires contradictoires concernant une même règle juridique ne relevait peut-être pas des travaux sur le sujet. Toutefois, comme cette question est pertinente dans le cadre de l'examen des décisions judiciaires et comme la Commission ne l'a pas encore analysée quant au fond, il a demandé aux membres d'indiquer s'ils estimaient que le problème de la fragmentation devait être envisagé dans le cadre des travaux sur le sujet. Il a également fait observer que, s'il appartenait à la Commission, dans l'exercice du mandat que lui avait conféré les États, de se prononcer sur ce point sur la base d'une évaluation scientifique, il serait bon qu'elle le fasse après avoir pris connaissance des vues exprimées par les États à la Sixième Commission.

72. Le Rapporteur spécial a ensuite évoqué la forme que pourrait prendre le texte issu des travaux sur le sujet. Il a estimé qu'il devrait prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires, conformément à la pratique de la Commission en ce qui concerne les autres sources du droit international, qui avait reçu le soutien des États à la Sixième Commission.

73. S'agissant du chapitre IV de son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il portait sur la méthodologie et fait observer que l'étude du sujet nécessiterait un examen exhaustif de sources primaires et secondaires très diverses et de la doctrine en la matière. Il a évoqué l'accent mis sur les questions de droit international dans les décisions des juridictions nationales et internationales et la mesure dans laquelle ces juridictions et les États appliquaient une méthodologie comparable à celle de la Cour internationale de Justice. Il a souligné que l'analyse devait porter sur des éléments aussi représentatifs que possible émanant de tous les États, régions et systèmes juridiques du monde. Il a proposé que, dans le cadre des travaux sur le sujet, la Commission établisse une bibliographie multilingue, conformément à la pratique suivie pour des sujets dont elle avait récemment achevé l'étude. Il a souligné que cette bibliographie devrait être représentative des divers systèmes juridiques et régions du monde et a invité les membres de la Commission et les États à proposer des références pour inclusion dans celle-ci, en particulier dans toutes les langues officielles de la Commission.

74. Le Rapporteur spécial a ensuite analysé l'utilisation des moyens auxiliaires par la Commission dans ses travaux antérieurs, qui faisait l'objet du chapitre V de son rapport, et a renvoyé à l'étude du Secrétariat sur les travaux antérieurs de la Commission concernant les moyens auxiliaires. Il a noté que : *a*) les décisions judiciaires et la doctrine étaient prépondérantes dans les travaux de la Commission, mais que la nature et l'étendue de leur utilisation, ainsi que celle d'autres d'éléments, variaient en fonction des besoins du sujet considéré ; *b*) les décisions judiciaires jouaient un rôle très important dans les travaux de la Commission, ce qui donnait à penser qu'elles pouvaient être assimilables aux sources primaires du droit international ; *c*) la Commission s'appuyait davantage sur les décisions judiciaires que sur la doctrine ; et que *d*) dans certains cas la Commission recourait à la doctrine pour déterminer la pratique des États et accordait un poids différent à la doctrine et aux travaux des organes d'experts.

75. S'agissant du chapitre VI de son rapport, qui avait trait à la nature et la fonction des sources dans le système juridique international, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il s'agissait dans ce chapitre de situer les moyens auxiliaires dans le contexte plus large des sources du droit international et d'évoquer certains débats théoriques, y compris la référence aux sources formelles et matérielles du droit international. Il a souligné la pertinence de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et fait observer que cette disposition soulevait certaines questions de hiérarchie, notamment celles de savoir si les sources étaient énumérées dans un ordre particulier dénotant l'existence d'une hiérarchie, quels étaient le rôle et le statut des moyens auxiliaires et s'il existait une distinction entre sources primaires et sources secondaires.

76. Présentant le chapitre VII de son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il portait sur la genèse de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, en particulier les débats tenus par les rédacteurs de cette disposition et l'accord auquel ils étaient parvenus quant au rôle des moyens auxiliaires dans la détermination des règles de droit international. Il a indiqué que l'Article 38 figurait tant dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale que dans celui de la Cour internationale de Justice.

77. Le Rapporteur spécial a fait quatre observations au sujet de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Il a fait observer, premièrement, que les travaux préparatoires confirmaient qu'à l'époque où l'Article 38 a été rédigé, il existait des divergences de vues concernant le rôle des décisions judiciaires et de la doctrine. Pour certains, les juges ne pouvaient qu'appliquer le droit, alors que d'autres considéraient que, eu égard à l'existence de lacunes dans le droit international et à la lenteur du processus de formation du droit international coutumier, ils avaient également pour fonction de développer ce droit. Deuxièmement, il a fait observer que les membres du Comité consultatif de juristes créé en vertu du mandat défini à l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations²¹⁷ (le Comité consultatif) avaient estimé que le rôle de la doctrine était de contribuer à déterminer de manière objective s'il existait des règles convenues par les États susceptibles d'être appliquées dans un cas concret. Troisièmement, les travaux du Comité consultatif avaient

²¹⁷ Pacte de la Société des Nations (Versailles, 28 avril 1919), Société des Nations, *Journal officiel*, n° 1, février 1920, p. 3.

montré que la majorité des membres de celui-ci considéraient que, en principe, tant les décisions judiciaires que la doctrine étaient importantes pour déterminer si une règle de droit international existait ou non. Le Rapporteur spécial a fait observer que les décisions judiciaires comme la doctrine contribuaient au règlement de problèmes juridiques pratiques. Quatrièmement, le Comité consultatif s'était demandé si les sources mentionnées à l'Article 38 devaient être utilisées successivement dans l'exercice de la fonction judiciaire : certains membres du Comité consultatif considéraient qu'il en était ainsi, alors que pour d'autres, la liste impliquait seulement que ces sources devaient être examinées systématiquement.

78. S'agissant du chapitre VIII de son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il analysait l'Article 38, en envisageant d'abord son sens ordinaire puis ses divers éléments. Il a formulé deux observations préliminaires : premièrement, les moyens auxiliaires n'étaient pas, au sens formel, des sources comparables aux trois premières sources énumérées à l'Article 38 ; ils constituaient des sources documentaires ou auxiliaires indiquant où une juridiction pouvait trouver des preuves de l'existence des règles, même si les juridictions, y compris la Cour internationale de Justice, s'appuyaient effectivement, pour des raisons de sécurité et de stabilité juridiques, sur leurs décisions antérieures – comme le faisaient également les États – davantage que sur la doctrine ; et, deuxièmement, en principe la doctrine et les décisions judiciaires étaient placées sur un pied d'égalité, jouant des rôles complémentaires sans qu'il y ait de hiérarchie entre elles.

79. Se référant au chapitre IX de son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il y analysait d'autres éléments pouvant être considérés comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Il y soulignait le caractère non exhaustif de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, examinait les moyens auxiliaires pouvant être trouvés dans la pratique et la manière de distinguer entre moyens auxiliaires et preuves de l'existence de règles de droit international et traitait, à titre préliminaire, de la question du poids à accorder à ces autres moyens auxiliaires.

80. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'était qu'une directive adressée à la Cour et ne visait pas nécessairement à énumérer de manière exhaustive les sources du droit international. Cela dit, il était considéré comme un exposé faisant autorité, bien que parfois incomplet, des sources du droit international. Il a ajouté que, dans ce contexte, il pourrait être utile que la Commission clarifie le rôle des moyens auxiliaires et tente de recenser quels éléments pourraient être considérés comme tels. Il a de plus cité certains des principaux exemples trouvés en doctrine, notamment les actes unilatéraux ou déclarations des États, les résolutions ou décisions des organisations internationales, les accords entre États et entreprises internationales, le droit religieux, l'équité et le droit souple.

81. Le Rapporteur spécial a fait observer que les actes unilatéraux pouvaient être considérés comme contraignants ou non contraignants en fonction du contexte, et que les résolutions des organisations internationales ou des conférences intergouvernementales pouvaient également être ou non contraignantes. Il a ajouté que le poids et l'autorité des moyens auxiliaires variaient, notamment en fonction du contexte juridique, de la manière dont ils étaient rédigés et des compétences de ceux qui avaient participé à leur rédaction. Devaient également être pris en compte, dans l'évaluation du poids à accorder à telle ou telle source, le mandat de l'institution dont elle émanait, ainsi que le degré d'accord au sein de l'organe concerné et au-delà.

82. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il s'était prononcé à titre préliminaire en faveur de l'inclusion des résolutions et décisions des organisations internationales et des travaux des organes d'experts parmi les moyens auxiliaires pertinents, mais avait estimé que les actes unilatéraux et le droit religieux ne devaient pas être envisagés pour diverses raisons, notamment parce qu'il n'était pas sûr que certains n'étaient pas des sources formelles du droit international par opposition à des moyens auxiliaires de détermination des règles de ce droit.

83. Enfin, s'agissant du chapitre X, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il y proposait cinq projets de conclusion et un programme provisoire pour la suite des travaux. Il proposait en outre que son deuxième rapport porte sur la fonction des moyens auxiliaires, en particulier des décisions judiciaires, et que son troisième rapport soit consacré à la doctrine et, le cas échéant, aux autres moyens auxiliaires, notamment la production des personnes et des organes d'experts à caractère privé ou créés par les États. Il a indiqué que, si le calendrier proposé était respecté, la Commission pourrait adopter l'intégralité du projet de conclusions en première lecture en 2025.

2. Résumé du débat en plénière

a) Observations générales

84. Les membres ont félicité le Rapporteur spécial pour son premier rapport. Ils sont également convenus de l'importance et de la pertinence des travaux sur le sujet, non seulement en raison de l'intérêt propre de celui-ci, mais également parce qu'il était nécessaire que la Commission achève ses travaux sur le dernier élément de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ils sont convenus avec le Rapporteur spécial qu'à la différence des sources mentionnées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les moyens auxiliaires n'étaient pas des sources du droit international.

85. Des membres ont aussi souligné que la fonction des moyens auxiliaires était d'aider à déterminer les règles de droit international. Il importait donc que la Commission étudie les fonctions des moyens auxiliaires et définisse ce qu'il fallait entendre par « détermination » des règles.

86. S'agissant de la terminologie, certains membres ont fait valoir qu'il serait important de rappeler que les termes utilisés dans les versions espagnole et française de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice visaient expressément le caractère auxiliaire des moyens en question, ce qui confirmait qu'ils n'étaient pas des sources du droit international. Cela ne voulait toutefois pas dire que les moyens auxiliaires n'étaient pas importants dans la pratique, mais simplement qu'ils jouaient un rôle auxiliaire dans le processus de détermination des règles de droit international.

87. Un consensus s'est fait jour sur la nécessité d'assurer, lorsque cela était possible, la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission sur d'autres sujets touchant les sources du droit international, y compris ceux récemment achevés sur la détermination du droit international coutumier, la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et les travaux en cours sur les principes généraux du droit. Cela était sans préjudice des besoins particuliers du sujet.

88. Les membres sont convenus de manière générale que la liste des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international n'était pas nécessairement exhaustive. Plusieurs propositions ont été faites quant aux autres moyens qui pourraient être examinés. À cet égard, certains membres étaient favorables à une analyse plus poussée des travaux des organes d'experts et des résolutions des organisations internationales. D'autres ont également proposé que la Commission étudie, au titre des autres moyens auxiliaires pouvant être utilisés pour déterminer les règles de droit international, certains types d'actes unilatéraux susceptibles de donner naissance à des obligations juridiques. D'autres membres ont toutefois mis en garde contre un élargissement indu de la catégorie des moyens auxiliaires et suggéré qu'il vaudrait mieux élargir les catégories existantes de moyens auxiliaires en y incluant de nouveaux moyens auxiliaires, qui pourraient être examinés séparément.

89. Certains membres ont invoqué le principe *iura novit curia* et son éventuelle relation avec les moyens auxiliaires. Selon ces membres, le juge est de par sa fonction censé connaître le droit. Il a été suggéré que la Commission examine comment cela pouvait, le cas échéant, influencer sa propre approche du sujet. D'autres ont évoqué la fonction des conseils représentant les parties à des différends, qui défendaient généralement une interprétation ou une conception particulière du contenu du droit, ce qui montrait que la détermination des

normes n'était pas la prérogative exclusive du juge. Cela confirmait l'intérêt pratique de l'étude du sujet.

90. De manière générale, les membres ont appuyé l'étude du poids à accorder aux moyens auxiliaires. Certains ont fait valoir que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne faisait pas de distinction entre les décisions judiciaires et la doctrine. D'autres estimaient qu'en pratique les décisions judiciaires avaient plus de poids. Plusieurs membres ont suggéré que le recours aux décisions des juridictions nationales en tant que moyen auxiliaire devait être subordonné à des critères additionnels et que la question des résolutions et décisions d'organisations et d'organes internationaux devraient être étudiée.

i) *Champ d'application et forme à donner au résultat final des travaux sur le sujet*

91. De manière générale, les membres ont souscrit aux propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son premier rapport sur les questions que la Commission devrait examiner, à savoir : a) les origines, la nature et le champ d'application des moyens auxiliaires ; b) la fonction des moyens auxiliaires et leur relation avec les autres sources du droit international ; et c) les moyens auxiliaires additionnels de détermination des règles de droit international. Les membres sont dans l'ensemble convenus que la liste des moyens auxiliaires figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'était pas exhaustive et que la Commission devrait envisager d'autres moyens auxiliaires possibles de détermination des règles de droit international que ceux qui y figuraient. Certains membres estimaient comme le Rapporteur spécial que les actes unilatéraux des États susceptibles de créer des obligations juridiques ne devaient pas être considérés comme un moyen auxiliaire. Pour plusieurs membres, d'autres moyens auxiliaires méritaient d'être examinés plus avant par la Commission, parmi lesquels les actes unilatéraux. Ont été fréquemment mentionnés certaines résolutions et décisions d'organisations et d'organes internationaux ainsi que les travaux d'organes d'experts privés et d'organes conventionnels, les uns et les autres pouvant contribuer à la détermination des règles de droit international. Certains membres ont toutefois exprimé des doutes quant à l'utilisation des résolutions des organisations internationales en tant que moyens auxiliaires, car elle relève plutôt du processus d'interprétation ou de formation du droit international.

92. Les membres sont convenus que la principale fonction des moyens auxiliaires était d'aider à déterminer les règles. Il a été proposé d'élaborer un projet de conclusion concernant les fonctions, qui pourrait aussi viser le recours aux moyens auxiliaires pour interpréter d'autres sources ou déterminer les effets et les conséquences juridiques de certaines règles. Il a aussi été proposé d'élaborer un projet de conclusion portant sur la relation entre les moyens auxiliaires et les sources du droit international.

93. Il a été proposé que la Commission examine la distinction entre la formation, l'interprétation et la détermination des règles de droit international. Il a aussi été proposé qu'elle explicite la distinction entre les moyens complémentaires d'interprétation prévus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités²¹⁸ et les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

94. On a également dit qu'il fallait se concentrer sur les aspects pratiques du recours aux moyens auxiliaires. Selon une opinion, la Commission devait éviter les débats trop théoriques et se concentrer sur le droit et la pratique en vigueur. Certains membres ont estimé que l'analyse des décisions contradictoires des juridictions internationales relevait naturellement des travaux sur le sujet. Selon eux, il pourrait être utile que la Commission clarifie la question pour donner des indications aux praticiens. D'autres membres ont déclaré que la fragmentation du droit international s'était révélée être un problème plus théorique que pratique et que la question de la fragmentation ne devait donc pas être envisagée. Pour d'autres membres encore, il importait de mentionner la prolifération des juridictions internationales et le phénomène de la fécondation croisée et de l'harmonisation du droit international.

²¹⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 443.

95. Il a été dit qu'il convenait d'aborder le degré de représentativité dans le contexte du projet de conclusions et s'agissant d'évaluer les moyens auxiliaires. Cette représentativité devait s'entendre à plusieurs égards, notamment en termes de répartition régionale, de traditions juridiques et de genre.

96. S'agissant du texte qui sera issu des travaux sur le sujet, les membres sont généralement convenus qu'il n'était pas nécessaire de s'écarter de la décision qu'avait déjà prise la Commission, à savoir qu'il devait s'agir d'un projet de conclusions, car elle était conforme à l'approche adoptée dans le cadre de travaux antérieurs sur des sujets connexes. Selon une opinion, un projet de directives pouvait aussi constituer un résultat approprié. Plusieurs membres ont dit soutenir et apprécier la proposition du Rapporteur spécial d'établir une bibliographie multilingue dans le cadre des travaux sur le sujet.

ii) *Méthodologie*

97. Les membres ont de manière générale approuvé la méthodologie proposée par le Rapporteur spécial, qui comprenait un examen minutieux de la pratique et de la doctrine. Certains ont indiqué que, si la pratique des États et la jurisprudence internationale constituaient un bon point de départ, la jurisprudence des juridictions nationales, les textes adoptés par les organisations internationales et les travaux universitaires étaient également pertinents. Des membres ont en outre fait valoir qu'il fallait, dans le cadre des travaux sur le sujet, utiliser des sources plus diverses, y compris linguistiquement, émanant des diverses régions et traditions juridiques du monde, ce qui contribuerait à l'utilité et à la légitimité des travaux de la Commission sur le sujet.

98. Certains membres ont déclaré que l'examen de la pratique des tribunaux risquait de se heurter à des difficultés méthodologiques, car certains moyens auxiliaires, en particulier la doctrine, étaient souvent consultés mais n'étaient pas toujours expressément cités dans les décisions judiciaires. Plusieurs membres ont aussi souligné qu'il importait d'avoir à l'esprit les clauses de droit applicable spécifiques à chaque tribunal lorsqu'on analysait son utilisation des moyens auxiliaires.

b) **Projets de conclusions 1 à 3**

99. Les projets de conclusions 1 à 3 et les commentaires y relatifs ont été provisoirement adoptés par la Commission à la présente session (voir *infra*, sect. C). En conséquence, conformément à la pratique de la Commission, le débat en plénière sur ces projets de conclusion n'est pas résumé dans le présent rapport.

c) **Projet de conclusion 4**

100. En ce qui concerne le projet de conclusion 4 (Décisions de juridictions)²¹⁹, plusieurs membres ont relevé qu'il recoupe le projet de conclusion 2 et développait celui-ci en ce qui concerne les décisions des juridictions nationales et internationales. Certains membres ont demandé ce qu'il fallait entendre par « [l]es décisions de juridictions internationales [...] font particulièrement autorité » aux fins de la détermination des règles de droit international.

101. S'il a été convenu qu'en règle générale le précédent judiciaire n'avait pas d'existence systématique en droit international, la cohérence et la prévisibilité étaient néanmoins importantes. La cohérence était également nécessaire dans le projet de conclusions, et on a relevé à cet égard que si les projets de conclusions 1 à 3 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport visaient « la détermination des règles de droit », les projets de conclusions 4 et 5 qu'il proposait visaient « l'identification ou [...] la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international ».

102. Certains membres ont estimé que l'autorité des décisions de la Cour internationale de Justice devait être évaluée en tenant compte du contexte et que, dans certains cas, les décisions d'autres juridictions internationales pouvaient être plus pertinentes en raison de la compétence de ces juridictions dans un domaine particulier. D'autres membres ont approuvé

²¹⁹ Voir *supra* la note 214 pour le texte de la proposition initiale du Rapporteur spécial et la note 215 pour le texte adopté provisoirement par le Comité de rédaction à l'issue du débat en plénière.

la référence générale à l'importance des décisions de la Cour internationale de Justice. Certains d'entre eux ont souligné que la Commission leur avait déjà accordé une importance particulière dans des projets de conclusions qu'elle avait adoptés sur d'autres sujets.

103. Les membres ont de manière générale souligné la nécessité de critères additionnels spécifiquement applicables aux décisions des juridictions nationales. D'autres membres ont appuyé les recommandations du Rapporteur spécial, notamment en ce qui concerne la nécessité de procéder avec prudence s'agissant de certaines décisions de juridictions nationales. Selon d'autres encore, seules les décisions de ces juridictions appliquant le droit international pouvaient être considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

d) **Projet de conclusion 5**

104. S'agissant du projet de conclusion 5 (Doctrines)²²⁰, les membres ont approuvé la référence aux publicistes les plus qualifiés des différentes nations et souligné que la doctrine devait être représentative des principaux systèmes juridiques et régions du monde. Ils ont aussi souligné que la doctrine pouvait influencer le droit international au-delà de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

105. Les membres ont également considéré que la force persuasive et la qualité du raisonnement devaient être des critères plus importants que la notoriété de l'auteur. On a demandé pourquoi la « concordance » des opinions devait être un critère et comment un tel critère pouvait être rattaché aux critères énoncés dans le projet de conclusion 3. On a proposé que le commentaire évoque la question des opinions concordantes des juristes. Pour certains membres, ces opinions concordantes ne devaient pas être évoquées, car leur mention risquait de donner à penser qu'un consensus était nécessaire. D'autres critères ont été proposés en ce qui concerne la doctrine, par exemple la qualité des documents, la réputation de leurs auteurs et la mesure dans laquelle les positions qu'ils défendaient avaient été acceptées ou contestées par leurs pairs.

106. On a noté qu'il faudrait remédier au manque de diversité des ouvrages de doctrine cités. On a en outre proposé que le critère de représentativité, y compris en termes de répartition régionale, de tradition juridique, de diversité de genre et de diversité raciale, soit énoncé dans le projet de conclusion 5 ou dans un projet de conclusion distinct.

107. On a aussi proposé que la Commission traite dans le commentaire du statut des travaux de certains organes tels que le Comité international de la Croix-Rouge, ou de l'intérêt que pouvaient présenter d'autres documents n'émanant pas de la doctrine, par exemple les opinions individuelles et communes de juges.

e) **Suite des travaux**

108. De manière générale, les membres ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'examiner les origines, la nature et la fonction des moyens auxiliaires et de s'intéresser en particulier aux décisions judiciaires et à leur relation avec les autres sources du droit international. Ils ont estimé que l'analyse de cette question par le Rapporteur spécial dans son prochain rapport pourrait compléter l'étude de la jurisprudence des juridictions internationales et d'autres organes demandée au Secrétariat. Si la plupart des membres ont approuvé le calendrier proposé par le Rapporteur spécial pour la suite des travaux, certains membres ont appelé à la prudence. On a rappelé qu'il avait fallu davantage de temps pour achever l'examen d'autres sujets relatifs aux sources.

3. **Conclusions du Rapporteur spécial**

109. Résumant le débat, le Rapporteur spécial s'est félicité de l'intérêt manifesté pour le sujet par les membres de la Commission. Il a noté que la large participation des membres au débat en plénière avait démontré l'importance et la pertinence pratique du sujet pour les États et les praticiens du droit international. Il a souligné que, si les membres avaient mis l'accent

²²⁰ Voir *supra* la note 214 pour le texte de la proposition initiale du Rapporteur spécial et la note 215 pour le texte adopté provisoirement par le Comité de rédaction à l'issue du débat en plénière.

sur des aspects différents du sujet ou formulé des opinions diversement nuancées, un consensus s'était fait jour, dans le cadre de ce qui s'était révélé un débat riche et intellectuellement stimulant, sur les questions de fond à examiner. Il a rappelé, et cela était important, que l'approche qu'il proposait dans son premier rapport avait recueilli un large appui, y compris en ce qui concernait le champ d'application et la forme à donner au résultat final des travaux sur le sujet. Les trois axes proposés pour ces travaux avaient rencontré un consensus. À cet égard, l'appui avait été unanime en faveur de l'examen des deux catégories de moyens auxiliaires expressément mentionnées 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.

110. Le Rapporteur spécial a également rappelé que les membres étaient convenus que l'Article 38 n'était pas exhaustif et qu'il ne constituerait donc que le point de départ, et non l'aboutissement, de l'étude du sujet par la Commission si les travaux de celle-ci en la matière devaient être en pratique utiles aux juristes. Les membres étaient généralement convenus que d'autres moyens auxiliaires étaient très fréquemment utilisés pour déterminer les règles de droit international dans la pratique des États et des organisations internationales et qu'ils relevaient donc bien des travaux sur le sujet. Il a indiqué que, sans préjudice des autres questions dont il pourrait traiter dans ses prochains rapports sur la base de ce que démontreraient effectivement ses recherches et des contributions des États, la Commission devait au minimum envisager les travaux des organes d'experts et les résolutions et décisions des organisations internationales pour clarifier leur rôle en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

111. Le Rapporteur spécial a noté que sa proposition quant à la forme à donner au résultat final des travaux de la Commission, à savoir un projet de conclusions accompagné de commentaires, avait recueilli un appui général puisque le but des travaux était de clarifier les divers aspects des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et que cette forme était conforme aux travaux antérieurs de la Commission. Il a aussi fait valoir que donner cette forme au texte issu des travaux sur le sujet, qui relevaient essentiellement de la codification, n'empêcherait pas la Commission, conformément à une pratique établie remontant à 1949, de faire œuvre de développement progressif si nécessaire.

112. S'agissant de la méthodologie applicable à l'examen du recours aux moyens auxiliaires, il a rappelé que les membres avaient considéré qu'il fallait suivre la pratique de la Commission et celle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et d'autres. Il a aussi relevé que les membres avaient d'une manière générale approuvé le champ proposé pour les travaux sur le sujet et le caractère fondamental, en tant que point de départ, d'une analyse approfondie de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais sans que cette disposition vienne limiter les travaux de la Commission. Il a souligné en particulier le caractère coutumier de l'Article 38 et l'existence de près d'un siècle de pratique confirmant que des moyens auxiliaires additionnels étaient largement utilisés.

113. Le Rapporteur spécial a déclaré que les préoccupations exprimées par certains membres avaient trait aux versions linguistiques du texte de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui visait les « moyens auxiliaires » et les « *medios auxiliares* » en français et en espagnol, respectivement. Il a souligné l'importance du multilinguisme et rappelé que la pratique consistant à rédiger les textes en anglais, espagnol et français contribuerait à assurer que les dispositions aient le même sens dans ces langues officielles.

114. Le Rapporteur spécial a rappelé que le plan d'étude du sujet mentionnait trois questions en ce qui concerne les décisions judiciaires et la doctrine, ainsi que le contenu de ces catégories. Il a fait observer que plusieurs membres avaient évoqué certaines de ces questions et que, de manière générale, les membres estimaient que la catégorie des décisions judiciaires devait être entendue au sens large et comme incluant les avis consultatifs, comme dans le cadre des travaux antérieurs de la Commission.

115. Le Rapporteur spécial a de plus noté que les membres avaient approuvé que les décisions de la Cour internationale de Justice soient mentionnées, ce qui était aussi conforme aux travaux récents de la Commission. Il a indiqué que, si ces décisions revêtaient une pertinence particulière, surtout sur les questions de droit international général, leur mention ne devait pas être interprétée comme dénotant une hiérarchie entre les juridictions ou les décisions. Il a aussi rappelé que, dans son premier rapport, il avait souligné l'importance des travaux des tribunaux spécialisés, qui pouvaient rendre des décisions faisant relativement autorité dans leurs domaines respectifs de compétence. Quoi qu'il en soit, dans un système décentralisé comme le droit international, chaque juridiction avait son propre statut et la qualité des décisions des juridictions et leur conformité aux normes en vigueur dans leurs domaines respectifs seraient tout à fait importantes.

116. Le Rapporteur spécial a fait observer que certains membres s'étaient demandé s'il convenait de prendre en considération, dans l'examen du sujet, les décisions de certains organes, par exemple les panels d'arbitrage, les commissions de conciliation, les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, les commissions d'enquête et d'autres mécanismes non judiciaires. Il a également relevé que, s'agissant des tribunaux arbitraux, il convenait de tenir compte de certaines de leurs particularités et que les décisions des tribunaux connaissant des différends entre investisseurs et États relevaient peut-être des travaux sur le sujet. Le Rapporteur spécial a aussi noté le large appui manifesté en faveur de la prise en compte des décisions des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme. Il a rappelé que les membres s'étaient demandé si ces décisions devaient être considérées comme des décisions judiciaires ou comme constituant une catégorie distincte. Il a expliqué qu'il avait déjà l'intention d'examiner nombre des propositions faites dans ses futurs rapports.

117. Le Rapporteur spécial a constaté que, de l'avis général, les décisions des juridictions nationales portant sur des questions de droit international pouvaient être particulièrement pertinentes, bien que certains membres aient souligné qu'il fallait faire preuve de prudence à cet égard. Il a ajouté qu'une décision d'une juridiction nationale pouvait servir de moyen auxiliaire lorsque l'on procédait à une étude comparative d'une règle largement admise du droit international. Il a aussi souligné qu'ainsi que l'avait indiqué la Commission dans le cadre de travaux récents, les décisions des juridictions nationales pouvaient servir à la fois de preuve de la pratique des États et de moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit international. Il a de plus noté que des membres avaient fait valoir qu'il importait de tenir compte de la diversité des juridictions, des traditions juridiques et des régions du monde.

118. En ce qui concerne la seconde catégorie de moyens auxiliaires (la doctrine), le Rapporteur spécial a fait observer que la majorité des membres avait évoqué les travaux individuels et collectifs des publicistes. D'autres membres avaient préconisé une distinction entre la doctrine, qu'elle soit individuelle ou collective, et les travaux des organes d'experts, qui pouvaient être considérés comme un moyen auxiliaire additionnel. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il avait l'intention, comme indiqué dans son premier rapport, de proposer une série de projets de conclusion distincts sur le rôle contemporain des organes privés et publics ou mandatés par les États, et les différences existant entre ceux-ci. Il a noté qu'il tiendrait compte des suggestions de certains membres tendant à lui faire analyser d'autres fonctions des moyens auxiliaires dans ses rapports suivants.

119. Le Rapporteur spécial a constaté que de nombreux membres avaient évoqué la question de la diversité des publicistes et le fait que la plupart des documents pris en compte par certaines juridictions émanaient de la tradition anglo-américaine ou se limitaient à quelques langues et traditions juridiques, et que des propositions avaient aussi été faites en faveur de la diversité en termes de genre. Il a rappelé que dans son premier rapport il avait évoqué plusieurs aspects de la diversité susceptibles d'affecter la perception de l'universalité du droit international, y compris certains qui n'avaient même pas été abordés par les membres, comme la prédominance de certaines nationalités parmi les conseils représentant les parties devant la Cour internationale de Justice. En tout état de cause, il se félicitait que les membres de la Commission aient fait preuve d'ouverture d'esprit à cet égard et aient même manifesté leur appui en faveur de la représentativité des travaux, en particulier s'agissant du présent sujet.

120. En ce qui concerne les décisions judiciaires, le Rapporteur spécial a relevé que les membres avaient souscrit à son intention de procéder à une étude plus détaillée de la relation entre les Articles 38 et 59 du Statut de la Cour internationale de Justice et de la règle du précédent (*stare decisis*) ou de l'absence de cette règle en droit international, ainsi que de son lien avec les droits des tiers. Il a noté que les membres étaient largement convenus qu'il n'existait aucune règle du précédent formelle (*stare decisis*) en droit international général, tout en reconnaissant que reprendre le raisonnement juridique suivi dans des décisions antérieures n'équivalait pas à être lié par ces décisions. Il a ajouté qu'il existait une pratique répandue bien que non obligatoire consistant pour les parties aux différends internationaux et les juges des juridictions internationales à s'appuyer sur des décisions antérieures pour des raisons de sécurité et de prévisibilité juridiques. Il a ajouté que certaines affaires dans lesquelles des tribunaux s'étaient écartés de leur jurisprudence établie avaient été évoquées, et que le commentaire du projet de conclusion pertinent pourrait expliquer que l'autorité des décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire dépendait également d'éléments contextuels.

121. S'agissant d'une troisième catégorie de moyens auxiliaires, le Rapporteur spécial a rappelé que plusieurs membres avaient souscrit à sa proposition d'exclure les actes unilatéraux des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Il a ajouté que de nombreux membres s'étaient déclarés favorables à l'inclusion des résolutions des organisations internationales en tant que moyen auxiliaire additionnel. Il a noté que d'autres membres considéraient que les résolutions des organisations internationales pouvaient seulement servir de preuve des éléments de certaines sources telles que le droit international coutumier, mais n'étaient pas elles-mêmes un moyen auxiliaire. Il a toutefois indiqué que, dans la pratique, il n'y avait aucune raison pour que les résolutions, à l'instar des décisions des juridictions nationales, ne puissent remplir une double fonction en tant qu'éléments susceptibles d'être pris en compte soit aux fins de la détermination de règles de droit découlant des sources établies, soit comme moyen auxiliaire de détermination de ces règles. Le Rapporteur spécial a rappelé que les moyens auxiliaires additionnels proposés comprenaient les résolutions non contraignantes, l'équité, les sentences arbitrales, le droit religieux et certains types de décisions d'organisations de régulation. Il a estimé que certains de ces moyens auxiliaires potentiels ne méritaient pas d'être examinés plus avant par la Commission. Certains d'entre eux, par exemple les actes unilatéraux des États et le droit religieux, ne relevaient même pas, selon lui, de la catégorie des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Quoi qu'il en fût, certains de ces moyens potentiels, par exemple les actes unilatéraux, avaient déjà été examinés par la Commission. Il n'était nullement nécessaire d'y revenir, ni d'examiner des sujets politiquement délicats tels que le droit religieux.

122. En ce qui concerne la question de savoir si l'unité et la cohérence du droit international devaient être examinées, au moins en ce qui concerne les éventuelles contradictions entre les décisions judiciaires rendues par différentes juridictions, le Rapporteur spécial a noté que certains membres avaient fait valoir que la fragmentation du droit international avait déjà été étudiée par la Commission, qu'elle ne créait pas de difficultés en pratique et qu'il était donc préférable de ne pas en traiter dans le cadre des travaux sur le sujet. D'autres membres ont estimé que la question de la fragmentation, en particulier le risque de décisions judiciaires contradictoires découlant de la prolifération des juridictions internationales, était très importante et que les travaux sur le sujet offraient l'occasion de la clarifier. D'autres membres ont proposé que la question soit envisagée dans le commentaire ou dans une clause sans préjudice. Le Rapporteur spécial considérait pour sa part que la question des décisions contradictoires était importante, bien que parfois complexe, et que son étude par la Commission pouvait présenter un intérêt pratique. Il a expliqué que dans le rapport de 2006 de son groupe d'étude sur la fragmentation du droit international²²¹, la Commission avait seulement indiqué que le sujet des décisions judiciaires contradictoires concernait les compétences institutionnelles des juridictions concernées et leurs relations hiérarchiques et qu'il valait mieux laisser à ces juridictions elles-mêmes le soin d'en traiter. Ainsi, la Commission n'avait pas examiné la question quant au fond. En tout état de cause, le Rapporteur spécial était convaincu que, étant donné ses implications potentielles sur la portée

²²¹ *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie) (Add.2), document [A/CN.4/L.682](#) et [Add.1](#).

des travaux sur le sujet et bien qu'il appartienne à la Commission de se prononcer de manière indépendante sur la base d'une évaluation scientifique, il serait particulièrement important de solliciter les vues des États et d'autres et de tenir dûment compte de celles exprimées à la Sixième Commission. Le Rapporteur spécial a donc souligné qu'il était nécessaire de solliciter les vues des États sur cette question et d'autres questions évoquées dans son premier rapport puisque, après tout, les États seraient les premiers bénéficiaires des travaux de la Commission. Il a exprimé l'intention de revenir ultérieurement sur la question.

123. En ce qui concerne sa proposition d'établir une bibliographie multilingue, le Rapporteur spécial a noté que plusieurs membres lui avaient communiqué des références à la doctrine ainsi qu'à la pratique étatique de divers pays. Il a fait observer que solliciter des contributions des membres et des États avait pour but de remédier au problème du déficit de représentativité et d'assurer une plus grande diversité dans les travaux de la Commission sur le sujet pour en renforcer la légitimité.

124. Le Rapporteur spécial a noté l'appui général exprimé en faveur du programme de travail proposé. Il a aussi indiqué que le calendrier qu'il proposait pour la suite des travaux était provisoire et pourrait être ajusté selon qu'il conviendrait. Il était attaché à la rigueur scientifique et ne pensait pas que la rapidité devait être privilégiée au détriment de la qualité et de la rigueur des travaux.

125. S'agissant de la suite des travaux quant au fond, le Rapporteur spécial a fait part de son intention d'analyser dans son prochain rapport les décisions des juridictions et la manière dont celles-ci utilisaient les moyens auxiliaires pour déterminer les règles de droit international²²². Il était persuadé que l'étude du Secrétariat sur les décisions des juridictions internationales et d'autres organes – montrant la manière dont ceux-ci utilisaient les moyens auxiliaires – contribuerait au débat de la Commission à sa session suivante.

C. Texte des projets de conclusion sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-quatorzième session

1. Texte des projets de conclusion

126. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-quatorzième session est reproduit ci-après.

Conclusion 1

Objet

Les présents projets de conclusion concernent le recours aux moyens auxiliaires aux fins de détermination des règles de droit international.

Conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent :

- a) Les décisions des juridictions ;
- b) La doctrine ;
- c) Tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international.

²²² Voir *infra* le chapitre X.

Conclusion 3
Critères généraux d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Aux fins de l'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, une attention devrait être portée, *inter alia*, à :

- a) Leur degré de représentativité ;
- b) La qualité du raisonnement ;
- c) La compétence des personnes concernées ;
- d) Le degré d'accord entre les personnes concernées ;
- e) L'accueil reçu de la part des États et autres entités ;
- f) S'il y a lieu, le mandat conféré à l'organe.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs

127. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-quatorzième session est reproduit ci-après.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Commentaire général

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Les présents projets de conclusion visent à clarifier le recours aux moyens auxiliaires et leur relation avec les sources du droit international de deux manières principales. Premièrement, ils visent à déterminer et élucider les rôles des moyens auxiliaires pour la détermination des règles de droit international, conformément à la lettre et à l'esprit du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice²²³.

3) Deuxièmement, les présents projets de conclusion proposent une approche méthodologique cohérente du recours aux moyens auxiliaires pour déterminer l'existence et le contenu²²⁴ des règles de droit international. Cette détermination concerne deux aspects principaux : premièrement, dans certains cas, la question peut se poser de savoir si, par le recours aux moyens auxiliaires, une règle du droit international peut être identifiée ou si son existence peut être établie sur la base d'une des sources établies du droit international, par exemple un traité, le droit international coutumier ou un principe général du droit. Deuxièmement, dans d'autres cas, il peut être déterminé qu'une certaine règle existe, mais un débat peut demeurer quant à son contenu et à son champ d'application. Dans un cas comme dans l'autre, un moyen auxiliaire, par exemple une décision judiciaire, pourrait être utilisé comme moyen subsidiaire pour procéder à cette détermination. L'interaction entre moyens auxiliaires et sources du droit international, ainsi que les implications potentiellement vastes d'un éventuel élargissement de la catégorie des moyens auxiliaires indiquent qu'il est vital que le recours à un moyen auxiliaire pour élucider les sources de règles de droit international soit mené en appliquant une méthodologie cohérente et

²²³ Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, disponible à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.org/fr/statute>.

²²⁴ La Commission a également envisagé la question de l'existence et du contenu des règles dans le cadre de son sujet sur la détermination du droit international coutumier (voir conclusions sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 65 et 66). La même logique s'applique ici, bien qu'il s'agisse dans le présent contexte des moyens auxiliaires et non d'une source du droit international. Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/760).

systématique²²⁵. Une telle méthodologie devrait contribuer à améliorer la cohérence, la prévisibilité et la stabilité du droit international.

4) L'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui est considéré comme l'énoncé le plus autorisé des sources du droit international, est le point de départ des présents projets de conclusion. Le paragraphe 1 de l'Article 38 prescrit à la Cour, dont la mission première est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis par les États, d'appliquer : a) les traités, soit généraux soit spéciaux, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; c) les principes généraux du droit reconnus par « l'ensemble des nations »²²⁶ ; d) et, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, « les décisions judiciaires » et « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

5) L'Article 38 est la clause relative au droit applicable du Statut de la Cour internationale de Justice. Toutefois, son importance découle non seulement de son inclusion dans le Statut de l'organe judiciaire principal des Nations Unies²²⁷ et seule juridiction universelle de droit commun, mais aussi de sa large acceptation et invocation par les États et les tribunaux, ainsi que par la doctrine, en tant qu'énoncé faisant autorité des sources du droit international selon le droit international coutumier. Rien dans la pratique des États et des organisations internationales ou dans les ouvrages de référence ne donne à penser que l'Article 38 constitue une énumération exhaustive des sources du droit international ou des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ainsi, outre les décisions judiciaires et la doctrine, qui peuvent être considérées comme les moyens auxiliaires traditionnels, le présent projet de conclusions porte également sur des moyens auxiliaires additionnels fréquemment utilisés dans la pratique des États et des organisations internationales, qui seront explicités dans des projets de conclusion ultérieurs. On a cependant exprimé l'opinion que la liste des moyens auxiliaires figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1

²²⁵ La Commission a déjà, dans le cadre de divers projets, déterminé qu'une méthodologie était nécessaire pour clarifier les sources du droit international. Elle devrait s'appuyer, le cas échéant, sur ses conclusions antérieures sur les moyens auxiliaires auxquels il peut être recouru pour déterminer l'existence et le contenu de règles de droit international qui ont déjà recueilli un appui généralisé auprès des États, que ces règles relèvent du droit international coutumier (conclusion 13, par. 1 : « [I]es décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles » ; conclusion 14 : « [I]a doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 65) ; des principes généraux du droit (projet de conclusion 8, par. 1 : « [I]es décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes » ; projet de conclusion 9 : « [I]a doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit » figurant au chapitre IV du présent rapport) ; ou même des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (projet de conclusion 9, par. 1 [I]es décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des normes du droit international général » ; projet de conclusion 9, par. 2 : « [I]es travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peuvent aussi servir de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. IV, par. 43).

²²⁶ L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice vise « les nations civilisées ». La Commission a, dans le cadre du sujet « Principes généraux du droit », écarté à juste titre ce terme obsolète en faveur du terme plus inclusif « l'ensemble des nations ». Ce dernier terme sera donc également utilisé dans le cadre du présent sujet. Voir le projet de conclusion 2 sur les principes généraux du droit figurant au chapitre IV du présent rapport.

²²⁷ Charte des Nations Unies, Article 92 : « La Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle fonctionne conformément à un Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et annexé à la présente Charte dont il fait partie intégrante. ».

de l'Article 38 se prête à une interprétation suffisamment large pour répondre aux développements contemporains.

6) La Commission a décidé de donner au résultat de ses travaux sur le sujet la forme finale d'un « projet de conclusions ». Ce choix s'accorde avec – et complète – les textes récents issus des travaux de la Commission sur quatre sujets concernant les sources du droit international et des questions connexes, à savoir la détermination du droit international coutumier²²⁸, les principes généraux du droit²²⁹, la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)²³⁰ et les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités²³¹.

7) En ce qui concerne la valeur normative d'un « projet de conclusions », la Commission n'a pas, à ce jour, adopté de définition unique du terme « projet de conclusions », puisqu'elle doit tenir compte des besoins propres à chaque sujet. Cela dit, parce que les États et les autres utilisateurs des travaux de la Commission sont peut-être plus accoutumés à un « projet d'articles » comme résultat final des travaux, dans le cadre du présent sujet le projet de conclusions doit se comprendre comme représentant l'aboutissement d'un processus de délibération réfléchi et l'exposé des pratiques recensées en matière d'utilisation des moyens auxiliaires pour la détermination des règles de droit international. Sa caractéristique essentielle est de clarifier le droit sur la base de la pratique actuelle. Ainsi, conformément au statut de la Commission et à la pratique établie pour les sujets connexes susmentionnés, la teneur du projet de conclusions relève principalement de la codification et contient éventuellement des éléments de développement progressif du droit international.

8) Compte tenu des considérations qui précèdent et étant donné son mandat, à savoir aider les États à codifier et développer progressivement le droit international conformément à l'article premier de son statut, la Commission compte que les présentes conclusions pourront faciliter les travaux de tous ceux qui peuvent être appelés à s'intéresser aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Néanmoins, comme le présent projet de conclusions n'envisage pas tous les moyens auxiliaires possibles, c'est le processus d'application des moyens auxiliaires établis pour déterminer les règles de droit international et de détermination de la portée des nouveaux moyens auxiliaires susceptibles de se faire jour à l'avenir qui tirera profit de l'application des critères énoncés dans le présent projet de conclusions. Finalement, lorsque le texte et les commentaires y relatifs seront lus conjointement, le projet de conclusions fournira des indications utiles aux États, aux organisations internationales, aux juridictions internationales et nationales et à tous ceux, y compris les juristes et les praticiens du droit international, qui peuvent avoir des raisons de s'intéresser aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

Conclusion 1

Objet

Les présents projets de conclusion concernent le recours aux moyens auxiliaires aux fins de détermination des règles de droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il indique, de manière générale, que les présents projets de conclusion concernent le recours aux moyens auxiliaires aux fins de détermination des règles de droit international. L'utilisation du terme « présents projets de conclusion » indique que l'objectif est d'énoncer l'objet de l'ensemble des projets de conclusion. Le verbe « concernent », au lieu de « s'appliquent » (qui est généralement utilisé dans les textes recommandés aux États pour servir de base à une future convention) renvoie à l'objet des travaux. Il reflète également la pratique de la Commission dans le cadre de ses

²²⁸ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), chap. V, p. 123 à 164, par. 53 à 66.

²²⁹ Voir chap. IV du présent rapport.

²³⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10), chap. IV, par. 43 et 44.

²³¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), chap. IV, p. 11 à 121, par. 39 à 52.

travaux sur des sujets similaires dont le résultat est un « projet de conclusions » ou un « projet de directives » et non un « projet d'articles ».

2) Les mots « le recours aux » ont été choisis après examen de deux principales options. Premièrement, comme dans la disposition relative à la portée adoptée pour le sujet de la détermination du droit international coutumier²³², la formule « la manière dont les moyens auxiliaires sont utilisés » a été proposée pour souligner la nature méthodologique du présent sujet. Deuxièmement, durant les débats de la Commission, une autre formule a été envisagée, aux termes de laquelle les moyens auxiliaires « doivent être utilisés ». Le Statut de la Cour internationale de Justice prescrit à la Cour d'appliquer les décisions judiciaires et la doctrine comme moyens auxiliaires, mais il indique en même temps que les juges peuvent y recourir en tant que moyens de détermination des règles de droit international. Cela dit, en pratique, si les juges peuvent invoquer les moyens auxiliaires lorsqu'ils l'estiment nécessaire et s'ils le font effectivement, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut n'oblige pas expressément la Cour à appliquer les moyens auxiliaires. La Commission a donc décidé d'employer la formule selon laquelle les projets de conclusion concernent « le recours aux » moyens auxiliaires, qu'elle a jugée moins impérative que la formule « doivent être utilisés ». La formule retenue a également été préférée parce qu'elle est plus neutre.

3) Aux fins des présents commentaires, et par souci de clarté, quelques explications terminologiques s'imposent. Premièrement, si la référence aux « moyens auxiliaires aux fins de détermination des règles de droit international » a bien son origine dans l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour, sa formulation n'est pas identique à celle de cette disposition, qui parle de détermination de « règles de droit ». La formule « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » sera fréquemment utilisée dans le cadre du présent sujet et dans les commentaires, mais l'expression plus générale « règles de droit » utilisée dans le Statut sera parfois remplacée par l'expression « règles de droit international ». Cette dernière expression assure la cohérence avec le titre du présent sujet, qui a été choisi pour souligner que l'idée maîtresse du projet était de déterminer les règles de droit international, par opposition aux règles de droit en général. Il importe de noter que le fait que l'expression « règles de droit » soit plus large que l'expression « règles de droit international » ne limite pas l'objet du présent projet de conclusions quant au fond. Il ne modifie pas non plus l'approche analytique requise. En même temps, la référence aux règles de droit international ne doit pas s'interpréter comme excluant *a priori* d'autres règles de droit susceptibles de faciliter la détermination de règles de droit international.

4) Deuxièmement, une analyse du sens ordinaire du terme anglais « *subsidiary* » employé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, et de ses équivalents dans les diverses versions linguistiques authentiques²³³, montre qu'il désigne le caractère auxiliaire des moyens en question.

5) Le terme anglais « *subsidiary* » vient du latin « *subsidiarius* » et désigne quelque chose qui fournit une assistance, qui est « *subordinate* » (« subordonné »), « *supplementary* » (« supplémentaire ») ou « *secondary* » (« secondaire ») ; *something which provides additional support or assistance ; an auxiliary, an aid* (« une chose qui est subsidiaire ou subordonnée ; quelque chose qui fournit une assistance ou un soutien additionnel ; un auxiliaire, une aide »)²³⁴. Le second terme, « *means* » (« moyens »), est défini comme signifiant

²³² La disposition relative à la portée des projets de conclusion, figurant dans le projet de conclusion 1, est ainsi libellée : « Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés. ». Voir conclusion 1 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 65, p. 124.

²³³ Voir à cet égard l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De plus, conformément à l'Article 111 de la Charte des Nations Unies, les textes chinois, français, russe, anglais et espagnol de la Charte font également foi. Or l'Article 92 de la Charte dit que le Statut de la Cour, qui est annexé à ladite Charte, fait partie intégrante de celle-ci. Le texte de la Charte fait donc foi dans les cinq langues précitées. Par sa résolution 3190 (XXVIII) du 18 décembre 1973, l'Assemblée générale a décidé d'inclure l'arabe parmi les langues officielles et les langues de travail de l'Assemblée générale et de ses grandes commissions.

²³⁴ « *Subsidiary* », *Oxford English Dictionary* (Clarendon, 3^e éd., 2013). Disponible à l'adresse suivante : www.oed.com.

« *intermediary agent or instrument* » (« agent ou instrument intermédiaire ») ; « *something interposed or intervening* » (« quelque chose qui vient s'interposer ou s'entremettre »)²³⁵.

6) Troisièmement, et plus substantiellement, la Commission a conclu de son examen des expressions utilisées en français (« moyens auxiliaires »), en espagnol (« *medios auxiliares* ») et dans les autres versions linguistiques également authentiques de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, que celles-ci expriment avec une plus grande précision le caractère ancillaire ou auxiliaire des moyens auxiliaires que l'expression anglaise « *subsidiary means* »²³⁶. Ces autres versions linguistiques également authentiques adoptent aussi une interprétation relativement plus étroite du terme anglais « *subsidiary* » (« auxiliaire ») que l'interprétation ordinaire plus large qui s'est attachée à ce dernier. Elles confirment encore que tant les décisions judiciaires que la doctrine diffèrent par leur nature même des sources du droit, expressément énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut : les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit. En d'autres termes, les décisions judiciaires et la doctrine sont auxiliaires simplement parce qu'elles ne sont pas des sources de droit susceptibles d'être appliquées en elles-mêmes. Elles sont utilisées pour aider à déterminer si des règles de droit international existent ou non et, dans l'affirmative, à en déterminer le contenu. Cela ne signifie pas que les moyens auxiliaires ne sont pas importants. Au contraire, ils le demeurent, quoique seulement en tant que moyens auxiliaires d'identification et de détermination des règles de droit international.

7) Sur le point qui précède, la Commission a déjà déterminé, dans son projet de conclusions de 2022 sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international (*jus cogens*), que certains moyens auxiliaires, à savoir les décisions des juridictions internationales, étaient même « un moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des normes du droit international général²³⁷ ». Avant de parvenir à cette conclusion, la Commission a aussi conclu – dans le cadre de ses travaux sur deux autres sujets qui sont particulièrement pertinents parce qu'ils concernent les sources visées à l'Article 38 du Statut – que des moyens auxiliaires peuvent être utilisés aux fins de l'identification et de la détermination des règles de droit international coutumier (al. b) du paragraphe 1 de l'Article 38) et des principes généraux du droit (al. c) du paragraphe 1 de l'Article 38).

8) Le fait que les sources du droit sont distinctes des moyens auxiliaires, mais dans le même temps interagissent avec certains de ces moyens, par exemple les décisions judiciaires antérieures, est confirmé par la manière dont la Cour internationale de Justice a appliqué l'Article 38 dans plusieurs affaires. Par exemple, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, pour résoudre la question du droit applicable, la Cour a cité son arrêt antérieur dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* pour expliquer la règle selon laquelle elle devait

²³⁵ « *Means* », *ibid.*

²³⁶ La même conclusion vaut pour les versions chinoise et russe. Une version arabe de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour internationale de Justice qui lui est annexé n'est pas prévue par l'Article 111 de la Charte, et il en existe plusieurs traductions. Lors d'une réunion avec des traducteurs et interprètes des Nations Unies, les membres arabophones de la Commission ont eu avec eux d'utiles échanges dont il est ressorti que la meilleure traduction de « moyens auxiliaires » serait *ل احتياطية*.

²³⁷ Voir, à cet égard, le paragraphe 1 du projet de conclusion 9, intitulé « Moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général » et les paragraphes 1 à 4 du commentaire y relatif. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 44, aux pages 45 à 47. Voir aussi le paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 157 (« L'emploi de l'expression "moyens auxiliaires" vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). L'emploi de cette expression n'indique pas et ne vise pas à indiquer que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier. »).

appliquer les diverses « sources de droit mentionnées à l'Article 38 du Statut²³⁸ », qui comprenaient tant les traités multilatéraux que le droit coutumier et le droit international général, même en cas de chevauchement entre eux. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, la Cour a rappelé qu'« [elle était] tenue bien entendu de s'inspirer de toutes les sources de droit visées à l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, dont l'alinéa a) lui prescrit d'appliquer les dispositions du compromis » et qu'il ressortait de son arrêt dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que le droit international exigeait que la délimitation s'opère « conformément à des principes équitables et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes »²³⁹.

9) De même, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, une chambre de la Cour a jugé ce qui suit :

[pour] la Cour, le point de départ du raisonnement en la matière ne peut être que la référence à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de celle-ci. Aux fins que la Chambre envisage au stade actuel de son raisonnement, à savoir la détermination des principes et règles de droit international régissant en général la matière des délimitations maritimes, il sera fait référence aux conventions (lettre a) de l'article 38) et à la coutume internationale (lettre b)) à la définition de laquelle les décisions judiciaires (lettre d)) émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, ont jusqu'ici sensiblement contribué²⁴⁰. [Non souligné dans l'original].

Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, la Cour a visé « les sources qui sont énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour », dont elle a considéré qu'elle « [devait les] examiner » pour déterminer « le droit applicable à la zone de pêche », y compris sa décision antérieure « pertinente » en l'affaire du *Golfe du Maine*²⁴¹. Enfin, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, la Cour a interprété le paragraphe 1 de l'Article 38 eu égard à l'objet du compromis entre les parties et jugé que ce compromis « indiqu[ait] clairement que les règles et principes mentionnés dans cette disposition du Statut [devaient] être appliqués à toute question qu'il serait nécessaire pour la Cour de trancher afin de se prononcer sur le différend »²⁴². Parmi les règles dont la Cour a jugé qu'elles s'appliquaient à cette affaire figurait le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation (*uti possidetis juris*), au sujet duquel la Cour renvoyait à ses arrêts antérieurs dans les affaires du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*²⁴³.

10) En ce qui concerne le membre de phrase « aux fins de détermination des règles de droit international », le terme « détermination » provient de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Pour la Commission, ce terme a au moins deux significations. Il a un sens sous sa forme nominale, « détermination », et un autre sous sa forme verbale, « déterminer ». Sous sa forme nominale, il peut avoir le sens d'« établissement » (moyen d'établir ce qu'est la règle, élément de preuve), tandis que sous sa forme verbale de « déterminer », il peut aussi avoir le sens de « décider » (comme on l'expliquera au paragraphe 13). Selon le premier de ces deux sens, la « détermination » « se limite à rechercher ce qu'est le droit existant »²⁴⁴. Cette détermination comprendra plusieurs opérations, notamment, en fonction du contexte factuel, l'identification d'une règle ou une décision sur le point de savoir si une certaine règle existe ; et, si elle existe, quel est son contenu et la possibilité de l'appliquer dans un cas donné.

²³⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 82 à 85.

²³⁹ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 37, par. 23.

²⁴⁰ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, aux pages 290 et 291, par. 83.

²⁴¹ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, à la page 61, par. 52.

²⁴² *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 44, à la page 73, par. 62.

²⁴³ Ibid., par. 63 et 66.

²⁴⁴ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p. 76.

11) Par exemple, le processus de détermination peut impliquer l'analyse d'un type particulier de moyen auxiliaire, par exemple une décision d'une juridiction internationale, établissant qu'une règle de droit international existe sur un point en litige. Il peut être constaté que cette règle existe ou non en tant que l'une des sources du droit international énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir les conventions ou traités internationaux, la coutume internationale et les principes généraux de droit. Pour prendre l'exemple des traités, l'existence d'une règle donnée peut être relativement facile à établir, mais le champ d'application de cette règle peut être contesté. C'est là où tant la source de la règle que les moyens auxiliaires peuvent interagir pour aider à résoudre un problème pratique. Par exemple, une décision judiciaire antérieure peut être citée par les parties ou la juridiction en tant que moyen auxiliaire, puisqu'elle peut avoir déjà invoqué et interprété une règle énoncée dans un traité, par exemple le principe de l'égalité souveraine de tous les États inscrit au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Tant la règle conventionnelle, dans l'exemple tiré de la Charte, que la décision antérieure l'expliquant peuvent être pertinentes pour régler le différend entre les parties.

12) Dans d'autres cas, s'agissant des sources du droit autres que les traités, à savoir le droit international coutumier ou les principes généraux du droit, il sera nécessaire de procéder à une analyse plus poussée de l'interaction entre les moyens auxiliaires et la source. Il en est ainsi parce que tant la preuve du droit international coutumier que celle des principes généraux du droit exigent qu'il soit satisfait à certains critères juridiques additionnels pour que l'existence et le contenu de la règle juridique puissent être déterminés. Quelle que soit la source consultée, l'invocation d'une décision judiciaire antérieure comme moyen auxiliaire ne signifie pas que cette décision est la source du droit ; mais la décision elle-même peut fournir la preuve de l'existence et du contenu d'une règle de droit international, laquelle pourra alors être appliquée. Le caractère obligatoire de la règle, si et quand elle est appliquée, découlera du traité, de la coutume ou du principe général et non de la décision judiciaire antérieure, puisqu'il n'y a pas de doctrine du précédent judiciaire (*stare decisis*) en droit international général (comme le confirme l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice).

13) Mais, outre le sens visé au paragraphe 10) ci-dessus, le mot « déterminer » peut aussi, en tant que verbe, signifier dire le droit. Dans certaines affaires, et bien qu'à titre formel l'Article 59 demeure applicable, la Cour se réfère simplement à la règle dont elle a déterminé le contenu dans des décisions antérieures. Dans la plupart des cas, elle peut le faire sans procéder à une nouvelle analyse pour établir si la règle existe ou non, puisque cela pourra à un stade ultérieur être considéré comme acquis, suivant la décision antérieure en ce sens. Car, après tout, en pratique, les juges – tout comme, d'ailleurs, les États et leurs représentants légaux – ne recommencent pas à zéro chaque fois qu'ils doivent régler un nouveau différend qui soulève des questions de fait et de droit similaires à des questions déjà examinées. En réalité, les décisions antérieures sont « fréquemment invoquées pour identifier ou élucider une règle de droit, et non pour formuler une telle règle, c'est-à-dire non pas tant à titre de précédents contraignants que comme ayant une force persuasive »²⁴⁵. Pour des raisons de sécurité juridique²⁴⁶, la Cour elle-même non seulement renvoie à ses propres décisions

²⁴⁵ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

²⁴⁶ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, aux pages 90 à 92 et 101, par. 116, 120 et 139 (« 116. Le principe de l'autorité de la chose jugée répond, tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne, à deux objectifs, l'un général, l'autre particulier. Premièrement, la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré. La fonction de la Cour est, selon l'Article 38 du Statut, de "régler" les "différends qui lui sont soumis", c'est-à-dire d'y mettre un terme. Deuxièmement, il est dans l'intérêt de chacune des parties qu'une affaire qui a d'ores et déjà été tranchée en sa faveur ne soit pas rouverte. L'Article 60 du Statut explicite ce caractère définitif des arrêts. Priver une partie du bénéfice d'un arrêt rendu en sa faveur doit, de manière générale, être considéré comme contraire aux principes auxquels obéit le règlement judiciaire des différends. »).

antérieures, mais encore s'emploie souvent à expliquer une position précédente qui est basée sur des décisions antérieures ou à justifier qu'elle s'écarte d'une décision antérieure²⁴⁷.

Conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent :

- a) Les décisions des juridictions ;
- b) La doctrine ;
- c) Tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 énonce les trois principales catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ces catégories sont : les décisions des juridictions, la doctrine, à savoir celle des juristes des différentes nations, régions et systèmes juridiques du monde, et tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international. Les deux premières catégories sont fondées sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, dont elles reprennent largement les termes, moyennant les ajustements expliqués ci-après. La troisième catégorie répond au fait qu'il existe d'autres moyens utilisés de manière générale dans la pratique pour aider à la détermination des règles de droit international. Le présent commentaire explique successivement chacune de ces catégories, mais commence par la phrase introductive du projet de conclusion 2.

Phrase introductive du projet de conclusion 2

2) La phrase introductive du projet de conclusion 2 indique simplement que « [l]es moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent ». Lorsqu'elle a formulé cette phrase introductive, la Commission a envisagé d'utiliser la formule « comprennent, sans s'y limiter, » ou de remplacer « comprennent » par « peuvent prendre la forme », toutes expressions qui visaient à confirmer le caractère non exhaustif des catégories de moyens auxiliaires visées dans le projet de conclusion. Elle a finalement décidé d'utiliser simplement le verbe « comprennent » à la fin du membre de phrase, car il est suffisamment clair et général. Sur le fond, comme cela a déjà été indiqué, le point de départ de la phrase introductive est que la liste des moyens auxiliaires figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut n'est pas exhaustive et que ces moyens ont un champ plus large parce qu'ils font partie intégrante du droit international coutumier.

3) Les deux premières catégories visées aux alinéas a) et b) du projet de conclusion 2 sont tirées de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, qui vise « les décisions judiciaires » et « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Ces formulations ont été abrégées pour viser « les décisions des juridictions » puis « la doctrine ». Vient ensuite la troisième catégorie désignée par la formule « tout autre moyen ». Cette dernière catégorie englobe

²⁴⁷ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 122, par. 55, où la Cour a conclu qu'elle devait, « conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une « coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » conférant l'immunité à l'État et, le cas échéant, quelles en sont la portée et l'étendue. Elle appliquera pour ce faire les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier. Ainsi qu'elle l'a clairement indiqué dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord, une « pratique effective » assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77). (Non souligné dans l'original).

d'autres moyens auxiliaires qui ne sont pas expressément visés à l'Article 38 mais sont apparus dans la pratique et jouent également un rôle auxiliaire ou d'assistance dans la détermination des règles de droit international. Le fait qu'il existe une troisième catégorie de moyens décrits comme auxiliaires est reflété de deux manières : premièrement, par l'utilisation du verbe « comprennent » dans la phrase introductive et, deuxièmement et plus substantiellement, par l'inclusion de l'alinéa c) qui anticipe l'existence d'une catégorie plus générale comprenant tout autre moyen auxiliaire.

Alinéa a) – les décisions des juridictions

4) L'alinéa a) indique que la première catégorie de moyens auxiliaires comprend les « décisions des juridictions ». Comme dans le cadre de ses travaux antérieurs concernant les moyens auxiliaires²⁴⁸, la Commission a décidé de supprimer le qualificatif « judiciaires » pour retenir une formulation beaucoup plus générale, « les décisions des juridictions ». L'objectif était de faire en sorte qu'un éventail plus large de décisions émanant d'organes divers puisse relever du présent projet de conclusions. Toutefois, selon une opinion, la formulation beaucoup plus étroite utilisée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, « décisions judiciaires » était préférable à l'expression « décisions des juridictions » qui a été retenue.

5) L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice vise expressément les « décisions judiciaires » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Il ne ressort pas immédiatement d'un examen de la Charte des Nations Unies (Chapitre XIV), du Statut de la Cour, de ses documents secondaires (par exemple le Règlement de la Cour ou ses Instructions de procédure) ou de la jurisprudence de la Cour qu'ils contiennent une définition explicite du terme « décisions judiciaires ». Des questions se sont posées en pratique et dans le cadre du présent sujet en ce qui concerne la signification et le champ d'application du terme « décisions judiciaires ». C'est pourquoi la Commission a finalement retenu le terme plus général de « décisions des juridictions », comme elle l'a fait dans le cadre de travaux antérieurs sur d'autres sujets.

6) Le terme « décisions » s'entend d'un jugement, d'une décision ou d'une détermination émanés d'un tribunal, un collège de personnes ou une institution dans le cadre d'un processus de règlement visant à mettre fin à une controverse ou à régler une affaire. Si, normalement, les décisions, notamment judiciaires, sont rendues par une juridiction, par exemple la Cour internationale de Justice ou d'autres juridictions internationales ou nationales, elles peuvent aussi émaner d'un autre type d'organe juridictionnel compétent. À ce propos, il convient de préciser que les décisions de la Cour internationale de Justice et des autres juridictions internationales s'entendent non seulement des arrêts définitifs, mais également des avis consultatifs ainsi que des ordonnances rendues dans le cadre de procédures « incidentes » ou interlocutoires²⁴⁹. Ces dernières comprennent les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par les juridictions internationales²⁵⁰. Le terme « décisions », entendu au sens large, comprend les décisions rendues par les organes conventionnels créés par les États à l'issue des procédures de plaintes individuelles, tels que le Comité des droits de l'homme. C'est pourquoi, au lieu du terme « décisions judiciaires » qui figure à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, la Commission a choisi,

²⁴⁸ Par exemple, comme dans le titre du projet de conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier : « Décisions de juridictions », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 65, p. 126.

²⁴⁹ Cette interprétation est conforme à l'opinion exprimée par la Commission au sujet de la détermination du droit international coutumier lorsqu'elle explique, dans le commentaire de la conclusion 13 relative aux moyens auxiliaires, que « le terme "décisions" s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires » : par. 5 du commentaire du projet de conclusion 13, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 158.

²⁵⁰ Paragraphe 5 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 158.

conformément à ses travaux antérieurs, le terme plus général de « décisions », qui a le mérite d'englober les décisions émanant d'un éventail plus large d'organes.

7) Le terme « juridictions » doit de manière générale s'entendre au sens large. Il désigne tant les juridictions internationales que les juridictions nationales ou, comme celles-ci sont parfois désignées, les tribunaux internes. Sont notamment visés, par exemple, la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer, les tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, le Tribunal spécial pour le Liban, les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et les tribunaux des investissements. Le terme « juridictions » désigne également les organes judiciaires régionaux tels que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

8) Par souci de clarté, et bien que ce point soit appelé à être explicité dans des projets de conclusions ultérieurs, on entend par « juridictions nationales » les juridictions pouvant opérer dans le cadre d'un système juridique national. Ces juridictions opèrent habituellement sur la base du droit interne : en font notamment partie certaines des juridictions dites « hybrides » – mais non toutes – dont la compétence matérielle et la composition sont mixtes²⁵¹. On peut noter que les décisions des juridictions nationales remplissent une double fonction au sens où, outre qu'elles servent de moyen auxiliaire, elles peuvent également être des indices de la pratique des États et servir à cerner l'*opinio juris* ou à déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques. Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, par exemple, la Commission a fait observer que la pratique de l'État consistait dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre²⁵². De manière importante, les décisions des juridictions nationales peuvent aussi, comme indiqué ci-dessus, constituer un moyen auxiliaire. Leurs conclusions, en particulier sur des questions de droit international ou touchant au droit international, peuvent se révéler précieuses.

9) L'abondante pratique consistant à recourir aux décisions des juridictions internationales et nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international sera plus longuement explicitée dans de futurs projets de conclusion, à commencer par le projet de conclusion 4.

Alinéa b) – la doctrine

10) Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, la Cour internationale de Justice est tenue d'appliquer « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Comme pour les « décisions des juridictions », qui font l'objet de l'alinéa a) du projet de conclusion 2, ni la Charte des Nations Unies (Chapitre XIV), ni le Statut ou les textes secondaires de la Cour (en particulier son Règlement ou ses Instructions de procédure) ne contiennent de définition du terme de « doctrine ». Ni la Cour ni la Cour permanente de Justice internationale n'ont défini le terme de « doctrine » en tant que catégorie dans leur pratique. Il paraît donc utile d'examiner brièvement le sens ordinaire de ce terme.

11) Dans le présent projet de conclusions, comme on l'expliquera de manière plus approfondie sous le projet de conclusion 5, la Commission a décidé d'utiliser le terme de « doctrine » pour désigner la deuxième catégorie bien établie de moyens auxiliaires. La Commission a débattu de la possibilité d'utiliser la formule « les publicistes les plus

²⁵¹ La Commission, dans le cadre du sujet « Détermination du droit international coutumier », a proposé des définitions des expressions « juridictions internationales » et tribunaux « hybrides », ce qui est pratique mais n'est qu'un point de départ aux fins du présent sujet : par. 6 du commentaire du projet de conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 158.

²⁵² Ibid., par. 65, conclusion 5 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Les « tribunaux hybrides » et leur production font l'objet de projets de conclusion ultérieurs sur le présent sujet.

qualifiés » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Cette formule a été considérée comme historiquement et géographiquement chargée et comme pouvant être élitiste. La Commission a aussi estimé qu'elle était trop axée sur le statut de l'individu en tant qu'auteur par opposition à la qualité scientifique des travaux de celui-ci, qui devait être la considération première. Toutefois, selon une opinion, la formule « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », qui correspond exactement à celle utilisée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour, était préférable au terme « doctrine », trop succinct.

12) Dans le projet de conclusion 2, les mots « la doctrine » ne désignent pas n'importe quels travaux doctrinaux, mais uniquement ceux qui peuvent être considérés comme émanant d'auteurs ou de groupes d'auteurs qui sont éminents au sens où ils sont parmi les publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Une attention particulière devrait être accordée aux travaux de ceux qui sont considérés comme importants dans leur domaine. Cela dit, comme indiqué ci-dessus, si la réputation de l'auteur des travaux peut fournir une indication utile quant à la qualité de ceux-ci, il convient de souligner qu'en dernière analyse c'est la qualité de tel ou tel travail qui importe.

13) Le terme de doctrine, pris dans son sens ordinaire, et ses synonymes désignent à l'évidence une large catégorie. Ce terme englobe aussi bien les travaux écrits que les conférences. S'il s'agit là du sens qui vient immédiatement à l'esprit lorsque l'on évoque la doctrine, le terme ne doit pas nécessairement être interprété de manière aussi étroite. En fait, compte tenu des possibilités que ménagent les progrès technologiques, il faut l'interpréter plus largement. La Commission a d'ailleurs conclu dans ses travaux antérieurs que les mots « doctrine » ou « écrits » devaient « s'entendre au sens large »²⁵³. La Commission a également considéré que cette catégorie englobait « la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels »²⁵⁴. On peut donc en conclure que la doctrine comprend les écrits des publicistes ainsi que les conférences enregistrées et les matériels audiovisuels, et les documents diffusés sous toute autre forme, y compris les formes qui pourraient voir le jour à l'avenir.

14) Comme dans le cas de l'alinéa a), qui vise les décisions des juridictions et sera développé dans le projet de conclusion 4, la nature de la doctrine et la nécessité d'assurer sa représentativité eu égard aux différents systèmes juridiques et régions du monde seront développés dans de futurs projets de conclusion, en commençant par le projet de conclusion 5²⁵⁵. Ce projet de conclusion établit clairement que la doctrine comprendrait les travaux des divers auteurs, en particulier – comme le confirment les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 – leurs vues ou doctrines concordantes. Viser les vues concordantes des auteurs ne signifie pas qu'un consensus doit exister, à supposer que cela soit même possible. Toutefois, lorsqu'il apparaît qu'une tendance générale ressort d'un examen de travaux doctrinaux divers et représentatifs, cette tendance constituera, tout bien considéré, une indication fiable que ces vues sont probablement justes. Cela est vrai en particulier lorsque les vues générales font suite à des évaluations individuelles objectives par les auteurs concernés. La doctrine comprendrait également les travaux des organes d'experts privés tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international. Les textes issus des travaux d'organes habilités par les États, tels que la Commission, peuvent être considérés comme distincts de la « doctrine des publicistes ». Ces textes sont élaborés sous les auspices d'institutions officielles et peuvent refléter la participation des États ou de leurs représentants aux travaux. Ils sont ainsi différents de la « doctrine des publicistes ». La Commission explicitera ce point dans de futurs projets de conclusion.

²⁵³ Paragraphe 1 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 159 ; et l'étude du Secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710/Rev.1).

²⁵⁴ Ibid. Voir aussi le troisième rapport du Rapporteur spécial sur la détermination du droit international coutumier, Sir Michael Wood (A/CN.4/682), chap. V, et la déclaration du Président du Comité de rédaction sur la détermination du droit international coutumier, p. 15, disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml#dcommrep.

²⁵⁵ La Commission examinera le commentaire du projet de conclusion 5 à sa prochaine session.

Alinéa c) – tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international

15) L'alinéa c) du projet de conclusion 2 vise la troisième catégorie de moyens auxiliaires et indique que les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent « tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international ». Si divers moyens susceptibles de relever de la formule « tout autre moyen » ressortent de la pratique et de la doctrine, les principaux d'entre eux pourraient être les travaux des organes d'experts et les résolutions/décisions des organisations internationales, comme expliqué ailleurs²⁵⁶. On a exprimé l'avis que cet alinéa devrait s'interpréter à la lumière de futurs travaux sur la question des moyens auxiliaires additionnels.

16) D'autres formulations ont été envisagées pour l'alinéa c), allant d'une liste indicative de moyens auxiliaires à la possibilité de laisser cet alinéa en blanc pour en insérer le texte ultérieurement. S'agissant de la liste indicative de moyens auxiliaires additionnels, il a été fait expressément mention des travaux des organes d'experts et des résolutions ou décisions des organisations internationales. Après un débat approfondi, et compte tenu des diverses positions, la Commission a décidé de viser, en termes généraux, « tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international ». Cette formulation a été jugée suffisamment large pour que son contenu puisse être explicité dans de futurs projets de conclusion et les commentaires y relatifs. A été mentionnée expressément la nécessité d'élaborer de nouveaux projets de conclusion distincts pour tenir compte des travaux des organes d'experts, en particulier ceux créés par les États, dont l'inclusion a recueilli un large appui. Les catégories mentionnées seraient également conformes aux travaux antérieurs que la Commission a achevés depuis 2018 sur plusieurs sujets.

17) Le rôle des travaux des organes d'experts et d'autres entités a déjà été examiné par la Commission dans le cadre de ses travaux récents sur d'autres sujets : « Détermination du droit international coutumier » (notamment dans les conclusions 13, relative aux décisions des juridictions, et 14, relative à la doctrine), « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (conclusion 13, relative aux prononcés d'organes conventionnels d'experts), « Principes généraux du droit » (projets de conclusions 8, relatif aux décisions de juridictions, et 9, relatif à la doctrine)²⁵⁷ et « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » (projet de conclusion 9, relatif aux moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général – qui vise les décisions judiciaires, la doctrine et les travaux des organes d'experts²⁵⁸). Il est toutefois nécessaire d'évaluer plus précisément la mesure dans laquelle ces travaux des organes d'experts et d'autres entités peuvent contribuer spécifiquement, en tant que moyens auxiliaires, à la détermination des règles de droit international dans le contexte du présent projet de conclusions.

18) La Commission a laissé la troisième catégorie ouverte pour ne pas exclure la possibilité que d'autres moyens auxiliaires, qui peuvent n'être pas largement utilisés à l'heure actuelle ou qui sont utilisés mais laissés en dehors des travaux sur le présent sujet, soient envisagés dans le présent projet de conclusions au fur et à mesure que les travaux progresseront. Elle a toutefois jugé prudent d'ajouter l'adverbe « généralement » pour indiquer qu'un degré de qualification ou d'usage dans la pratique était nécessaire. L'objectif est d'indiquer que n'importe quel moyen auxiliaire ne sera pas pertinent. Sont auxiliaires les moyens qui sont généralement utilisés, notamment par les juridictions. Plus précisément, l'utilisation de l'adverbe « généralement » indique qu'un document particulier utilisé en une seule occasion comme moyen auxiliaire par telle ou telle juridiction ne deviendra pas automatiquement un moyen auxiliaire plus généralement.

²⁵⁶ Voir, à cet égard, l'analyse détaillée des autres moyens auxiliaires dans le document [A/CN.4/760](#), chap. IX.

²⁵⁷ Figurant au chapitre IV du présent rapport.

²⁵⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10, (A/77/10)*, par. 43.

19) Enfin, l'alinéa c) évoque le rôle des moyens auxiliaires, à savoir « aider » à la détermination des règles de droit international. Cela peut soulever la question de la fonction des moyens auxiliaires traditionnels et additionnels, qui fera l'objet d'un futur projet de conclusion, comme cela a été le cas pour le sujet « Principes généraux du droit »²⁵⁹. À ce stade, le verbe « aider » a été utilisé pour annoncer certains des éléments qui pourraient être utiles tant pour identifier d'autres moyens auxiliaires possibles que pour souligner leur fonction auxiliaire.

Conclusion 3

Critères généraux d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Aux fins de l'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, une attention devrait être portée, *inter alia*, à :

- a) leur degré de représentativité ;
- b) la qualité du raisonnement ;
- c) la compétence des personnes concernées ;
- d) le degré d'accord entre les personnes concernées ;
- e) l'accueil reçu de la part des États et autres entités ;
- f) s'il y a lieu, le mandat conféré à l'organe.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3, qui concerne les critères généraux d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, vise à donner des indications quant au poids à accorder à ces moyens.

Phrase introductive du projet de conclusion 3

2) La phrase introductive du projet de conclusion 3 indique que divers facteurs doivent être pris en compte pour apprécier le poids à accorder aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Les différents moyens auxiliaires ont des degrés divers de « poids ». Ce poids peut également varier selon la branche du droit international, au sens où un moyen auxiliaire peut avoir un poids différent dans différents contextes. Par exemple, les décisions d'une juridiction internationale ont habituellement beaucoup d'importance pour cette juridiction, mais elles peuvent être considérées comme moins importantes par une autre juridiction, qui accordera plutôt la priorité à ses propres décisions.

3) Les six critères doivent être utilisés comme des facteurs généraux pour déterminer le poids relatif à accorder aux documents qui sont déjà considérés comme des moyens auxiliaires relevant de l'une des catégories identifiées dans le projet de conclusion 2. Ils ne sont pas censés être utilisés pour déterminer si un document particulier doit être considéré comme un moyen auxiliaire au sens du projet de conclusions dans son ensemble. Ce point est précisé dans la phrase introductive. Les facteurs énumérés dans le projet de conclusion, qui ont été expliqués dans le cadre de travaux antérieurs de la Commission, sont donc des éléments susceptibles de contribuer à l'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires, et l'utilisation de ces éléments dépendra des circonstances dans lesquelles ils sont utilisés. Les critères sont énoncés dans des alinéas par souci de visibilité et pour indiquer que tous ces facteurs ne seront pas applicables à toutes les catégories de moyens auxiliaires. De fait, quels facteurs sont pertinents, et dans quelle mesure, dépendra du moyen auxiliaire en question et des circonstances. L'opinion a toutefois été exprimée qu'il n'y avait peut-être pas suffisamment de pratique pour étayer ces critères à ce stade des travaux sur le sujet et qu'énumérer des facteurs risquait d'être perçu comme un exercice théorique.

²⁵⁹ Projet de conclusion 9, figurant au chapitre IV du présent rapport.

4) L'applicabilité de la règle est confirmée par la formule « une attention devrait être portée, *inter alia* » qui figure dans la phrase introductive du projet de conclusion 3. Deux éléments doivent être soulignés. Premièrement, l'utilisation du conditionnel « devrait » indique qu'il n'est pas obligatoire de se référer à ces critères, mais que dans de nombreux cas cela serait clairement souhaitable. Il s'agit de signaler que ce qui suit n'est pas un énoncé prescriptif ni ne vise à établir une obligation d'utiliser un moyen auxiliaire particulier. Deuxièmement, le terme « *inter alia* » a également pour objet d'indiquer que la liste de critères comprend ceux susceptibles d'être utilisés le plus fréquemment et peut servir de guide utile, mais qu'elle est illustrative et non exhaustive.

Alinéa a) – leur degré de représentativité

5) L'alinéa a) vise le degré de représentativité des documents utilisés comme moyens auxiliaires. Ce critère implique, entre autres, que pour évaluer des moyens auxiliaires, il convient d'examiner des décisions de juridictions, des éléments de doctrine et divers autres moyens auxiliaires empruntés à différentes régions ou à différents systèmes juridiques. Il importe toutefois de l'appliquer avec souplesse si les règles de droit international en question ont un caractère bilatéral ou régional. Dans un tel cas, l'accent sera plutôt mis sur le contenu et le degré de spécialisation du moyen auxiliaire utilisé pour aider à la détermination des règles en question. Cela constitue un exemple d'application souple des critères recensés dans le projet de conclusion 3.

Alinéa b) – la qualité du raisonnement

6) L'alinéa b) vise la qualité du raisonnement. La Commission a considéré que dans le cas de la doctrine, ce critère devait prévaloir sur le renom de l'auteur. Dans le même temps, ce critère est subjectif et n'est pas nécessairement applicable à tous les moyens auxiliaires. Par exemple, d'une part, il peut être utile d'évaluer la qualité du raisonnement suivi dans une décision judiciaire ou le prononcé d'un organe d'expert. D'autre part, la qualité du raisonnement peut être moins pertinente quand il s'agit d'examiner certains autres documents.

Alinéa c) – la compétence des personnes concernées

7) L'alinéa c) vise le niveau de compétence des personnes concernées. La Commission a estimé que, comme pour l'alinéa b), ce critère renvoyait à l'expérience et aux qualifications des personnes concernées en relation avec le sujet – qui devaient démontrer la compétence des intéressés en la matière de diverses manières – et non exclusivement au renom ou aux titres universitaires des auteurs ou acteur particulier. La compétence des personnes qui ont participé à la rédaction d'un texte est également mentionnée par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier en tant que facteur qui influe sur la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international »²⁶⁰. C'est également ce qu'a suggéré la Commission dans le cadre de ses travaux antérieurs et ce dont certains juges de la Cour internationale de Justice ont tenu compte dans l'application de la doctrine.

Alinéa d) – le degré d'accord entre les personnes concernées

8) L'alinéa d) vise le degré d'accord entre les personnes concernées. Ce critère renvoie au consensus interne lorsqu'une décision est élaborée ou à l'accord entre les auteurs d'un texte. Là encore, ce critère devra être appliqué avec souplesse. En conséquence, l'évaluation du degré d'accord pourra être particulièrement appropriée en ce qui concerne la doctrine, car le degré de convergence entre les auteurs sur un point de droit spécifique est alors important.

9) Le degré d'accord peut se refléter dans les points de vue concordants des auteurs, mais cela ne signifie pas qu'un consensus doit exister entre eux, à supposer même qu'il soit possible. Toutefois, lorsqu'il apparaît qu'une tendance générale ressort d'un examen de

²⁶⁰ Paragraphe 5 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 158.

travaux doctrinaux divers et représentatifs, cette tendance constituera, tout bien considéré, une indication fiable que ces points de vue sont probablement justes. Cela est vrai en particulier lorsque les points de vue généraux font suite à des évaluations individuelles objectives par les auteurs concernés.

10) Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a mentionné le « soutien ... au sein de l'organe » en tant que facteur influant sur la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international »²⁶¹. Un haut degré d'accord peut être particulièrement important si les personnes dont le vote concorde représentent des régions géographiques ou des systèmes juridiques différents.

Alinéa e) – l'accueil reçu de la part des États et autres entités

11) Un élément externe est visé à l'alinéa e) : l'accueil reçu de la part des États et autres entités. Il convient de noter que même lorsqu'il y a un certain degré de consensus entre ceux qui ont participé à la formulation d'une décision ou d'un texte particulier, le résultat peut faire l'objet de critiques extérieures. Les réactions et opinions d'autres acteurs du domaine concerné indiquent également dans quelle mesure un moyen auxiliaire particulier peut avoir été favorablement accueilli ou non. En d'autres termes, l'élément externe est la réaction après que la décision a été prise : « l'accueil qui [...] a été réservé [au texte] par les États et autres entités », c'est-à-dire le degré d'accord *hors de* l'organe concerné (ce point a également été mentionné par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier)²⁶². La Commission a indiqué que les textes issus de ses travaux « mérit[ai]ent eux-mêmes une attention particulière » notamment en raison de « l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États », mais que leur valeur dépendait surtout « [de] la réaction des États aux produits obtenus »²⁶³.

Alinéa f) – s'il y a lieu, le mandat conféré à l'organe

12) Enfin, l'alinéa f) vise l'importance du mandat conféré à l'organe qui prend la décision concernée. La condition liminaire, « s'il y a lieu », vise à indiquer que sont visées les situations dans lesquelles les moyens auxiliaires à apprécier émanent d'un organe opérant en vertu d'un mandat officiel ou gouvernemental, tels que les organes conventionnels des droits de l'homme ou certains organes d'experts comme la Commission du droit international. Dans ses travaux antérieurs sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*ius cogens*), la Commission a décrit ces entités comme étant « établi[es] par les États ou les organisations internationales » et a précisé que cette expression renvoyait aux organes créés par les organisations internationales et aux organes subsidiaires de ces organisations²⁶⁴.

13) Ce critère a son utilité pour apprécier s'il conviendrait d'accorder une attention particulière aux décisions d'une juridiction particulière et, dans l'affirmative, d'accorder à celle-ci un poids plus important : par exemple, parce qu'un tribunal spécialisé a une compétence particulière, comme le Tribunal international du droit de la mer en ce qui concerne le droit de la mer, la Cour pénale internationale en ce qui concerne les questions de droit international pénal ou l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce en ce qui concerne les questions de droit international commercial. Quoi qu'il en soit, le critère en question n'est pas nécessairement censé s'appliquer aux travaux des organes d'experts purement privés tels que l'Institut de droit international ou l'Association de droit international. Cela ne veut toutefois pas dire que « les travaux des organes d'experts

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Paragraphe 5 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 66, p. 159 et 160.

²⁶³ Paragraphe 2 du commentaire de la cinquième partie, *ibid.*, p. 104 et 105.

²⁶⁴ Voir conclusion 9, par. 2, et par. 8 du commentaire y relatif du projet de conclusions sur la détermination des conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*ius cogens*), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 44, p. 48 et 49.

qui n'ont pas de mandat intergouvernemental ne sont pas pertinents²⁶⁵ ». Il s'agit seulement d'indiquer que ces travaux seront nécessairement traités différemment de ceux des organes créés par les États et les organisations internationales.

14) Le « mandat » est mentionné par la Commission dans ses travaux antérieurs comme un facteur qui influe sur la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement progressif du droit international »²⁶⁶. Les travaux des organes universels et régionaux chargés d'une mission de codification seront pertinents dans la mesure où ces organes sont créés par les États et interagissent avec ceux-ci. Dans le même texte, la Commission suggère que les textes issus de ses propres travaux « méritent eux-mêmes une attention particulière », notamment en raison de son « mandat unique »²⁶⁷. Les moyens auxiliaires sont souvent produits par des organisations mandatées par les États. Une attention particulière peut être accordée à un moyen auxiliaire qui relève parfaitement d'un tel mandat plus facilement qu'à un moyen qui n'en relève pas. Certaines institutions ont un mandat général, comme la Commission, qui est habilitée à développer et codifier « le droit international » public ou privé²⁶⁸. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a également un mandat spécial en ce qui concerne les questions de droit international privé. D'autres institutions peuvent avoir un mandat plus spécialisé. Le fait que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Diallo*, ait estimé « devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par » le Comité des droits de l'homme²⁶⁹, laquelle relevait du mandat du Comité, va dans ce sens. Dans son raisonnement en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, en revanche, la Cour a « examiné attentivement la position du Comité » mais ne l'a pas suivie²⁷⁰. Les organes de cette catégorie devront être envisagés séparément. Leurs travaux, et les autres moyens auxiliaires que l'on trouve dans la pratique, feront l'objet d'une analyse plus poussée et de projets de conclusion spécifiques dans le cadre de la poursuite des travaux sur le présent sujet.

²⁶⁵ Paragraphe 8, *ibid.*

²⁶⁶ Paragraphe 5 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, par. 66, p. 159 et 160.

²⁶⁷ Paragraphe 2 du commentaire de la cinquième partie, *ibid.*, p. 150.

²⁶⁸ Statut de la Commission du droit international, 1947, art. 1, par. 1.

²⁶⁹ La Cour a expliqué que bien qu'« [elle] ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles ». Dans la même affaire, la Cour a invoqué les interprétations de certaines dispositions relatives aux droits de l'homme de divers traités régionaux par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. En ce qui concerne les questions d'indemnisation pour les violations des droits de l'homme, elle a aussi tenu dûment compte de la pratique de diverses juridictions et commissions internationales. Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, aux pages 331, 334, 339 et 342, par. 13, 24, 40 et 49.

²⁷⁰ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021, p. 71, à la page 104, par. 101 ; voir également le paragraphe 109.