

Provisoire

Réservé aux participants

10 septembre 2024

Français

Original : Anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3663^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 9 mai 2024, à 10 heures

Sommaire

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

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



Présents :

Président : M. Vázquez-Bermúdez

Membres : M. Akande
M. Asada
M. Cissé
M. Fathalla
M. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M^{me} Mangklatanakul
M. Mavroyiannis
M. Mingashang
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M^{me} Oral
M^{me} Orosan
M. Ouazzani Chahdi
M. Oyarzábal
M. Paparinskis
M. Patel
M. Reinisch
M^{me} Ridings
M. Ruda Santolaria
M. Sall
M. Savadogo
M. Tsend
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international
(point 8 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/769)

M. Jalloh (Rapporteur spécial), présentant son deuxième rapport sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » (A/CN.4/769), dit qu'il se réjouit de débattre avec la Commission de ce sujet très intéressant.

Il indique qu'il a remis son rapport au Secrétariat le 30 janvier 2024, avant la date limite. Malheureusement, comme en 2023, des erreurs se sont glissées dans le rapport lors du traitement du document et celui-ci a donc, à sa demande, fait l'objet d'un nouveau tirage le 22 avril 2024. Toutefois, comme certaines de ces erreurs avaient modifié substantiellement son argumentation, il a également prié le Secrétariat de publier un rectificatif et de lui donner à l'avenir la possibilité d'examiner et d'approuver la version finale éditée de ses rapports avant leur publication.

En premier lieu, il convient de souligner que comme le montre le chapitre II du rapport, et comme l'atteste le débat tenu à la Sixième Commission sur le sujet, les États ont réagi de manière généralement positive aux travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires. La portée, l'orientation et le résultat définis par la Commission pour ses travaux sur le sujet ont recueilli un appui général et, dans certains cas, enthousiaste. La Commission n'a donc aucune raison de modifier la portée de ses travaux qui a été convenue et est reflétée dans son rapport sur les travaux de sa soixante-quatorzième session (A/78/10), et il ne serait pas non plus productif qu'elle rouvre le débat sur des questions sur lesquelles ses membres sont parvenus à un accord qui a été avalisé par les États à la Sixième Commission en 2023. Le Rapporteur spécial saurait donc gré aux membres d'axer leurs observations sur les seuls chapitres III et IV de son deuxième rapport.

Le Rapporteur spécial salue l'étude exhaustive du Secrétariat (A/CN.4/765) qui, à la différence de ses propres rapports, ne vise pas à prendre position sur le sujet quant au fond. C'est pourquoi les observations sur les fonctions des moyens auxiliaires et la question du précédent figurant dans cette étude sont précédées d'un certain nombre de mises en garde, le Secrétariat étant lié par le principe de neutralité. Le Rapporteur spécial indique que s'il approuve certaines seulement de ces observations, il considère que, dans l'ensemble, la compilation de la pratique des juridictions internationales et autres organes que contient cette étude confirme ses propres conclusions.

Le chapitre III du rapport porte sur les principales fonctions des moyens auxiliaires. La section A rappelle quelques éléments importants du premier rapport sur le sujet, notamment la hiérarchie entre les sources et les moyens auxiliaires visés au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et montre que les moyens auxiliaires non seulement diffèrent des sources du droit international par leur nature mais aussi sont subordonnés aux sources visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38.

La section B montre qu'il semble exister un consensus au sein de la Commission et de la Sixième Commission quant à la fonction d'assistance des moyens auxiliaires par rapport aux sources du droit international. Il est expliqué au paragraphe 77 que la principale fonction des moyens auxiliaires est d'apporter une aide ou un soutien aux sources. Les sections C à G démontrent qu'en pratique les moyens auxiliaires sont utilisés pour aider à déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international.

Après une analyse détaillée, le rapport présente trois conclusions concrètes. La première est que les moyens auxiliaires jouent un rôle secondaire ou auxiliaire. Cette conclusion repose sur l'interprétation textuelle du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le terme « moyens auxiliaires » implique, en particulier lorsque l'on tient compte du terme correspondant dans les différentes langues officielles, qu'il existe des moyens ayant un caractère principal. Ces moyens principaux sont les sources du droit international. Lorsqu'elle règle un différend ou donne un avis consultatif, la Cour est tenue d'appliquer les normes énoncées dans ces sources. À la différence des sources que les juges peuvent consulter directement pour en extraire les normes applicables, les moyens auxiliaires sont utilisés indirectement, comme un instrument ou une méthode, pour identifier et déterminer les règles de droit international.

Deuxièmement, la fonction d'assistance des moyens auxiliaires est étayée par les travaux préparatoires de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. La conception restrictive de certains des rédacteurs, qui estimaient que les juges de ce qui est maintenant la Cour internationale de Justice ne pouvaient que sélectionner et appliquer objectivement les règles de droit international, n'a pas été retenue, pas plus que l'idée que les juges de la Cour étaient des législateurs qui comblaient les lacunes du droit afin d'éviter le *non liquet*. Le compromis qui a été trouvé, comme indiqué dans le premier rapport (A/CN.4/760), a consisté à qualifier les décisions judiciaires et la doctrine de moyens auxiliaires.

Troisièmement, et c'est le plus important, la fonction d'assistance a été confirmée par la Cour et d'autres juridictions internationales dans leur pratique effective. Bien qu'il soit rare que la Cour vise expressément l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, elle renvoie régulièrement à ses propres décisions antérieures, notamment ses arrêts et avis consultatifs. Les renvois à la doctrine sont relativement exceptionnels dans ses arrêts eux-mêmes, mais il ressort de sa pratique que la Cour considère que tant les décisions judiciaires que la doctrine jouent un rôle auxiliaire, bien qu'elle accorde davantage de poids aux décisions judiciaires. Les paragraphes 91 à 95 du rapport à l'examen présentent six des nombreux exemples d'affaires dans lesquelles la Cour renvoie explicitement ou implicitement au paragraphe 1 de l'Article 38 et aux moyens auxiliaires.

Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, pour prendre un exemple, une chambre de la Cour a expressément cité le paragraphe 1 de l'Article 38 pour expliquer que, aux fins de la détermination des règles de droit international régissant la matière des délimitations maritimes, il serait fait référence aux conventions et à la coutume internationale « à la définition de laquelle les décisions judiciaires [...] émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, [avaient] jusqu'ici sensiblement contribué ». Dans cette affaire, la Cour a invoqué les sources du droit avant de mentionner, à titre secondaire, la possibilité d'utiliser les décisions judiciaires comme moyen auxiliaire. Le rôle d'assistance de ceux-ci était donc évident.

D'autres juridictions internationales, par exemple le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour pénale internationale, ont également considéré les moyens auxiliaires comme auxiliaires par rapport aux sources du droit international. Des exemples sont donnés aux paragraphes 96 à 103 du rapport. Dans l'affaire *Le Procureur c/ Kupreškić et consorts*, le Tribunal a jugé que les décisions judiciaires « ne devraient être utilisées que comme “moyen auxiliaire de détermination des règles de droit” » et que « le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal », considérant ainsi les moyens auxiliaires comme auxiliaires par rapport aux sources du droit international.

La pratique des tribunaux internes confirme aussi la fonction d'assistance des moyens auxiliaires. Pour ne prendre qu'un des exemples cités à section F du chapitre III du rapport à l'examen, la Cour fédérale de justice d'Allemagne, dans l'affaire n° 3 StR 564/19, a invoqué l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut pour déterminer si le droit international coutumier faisait obstacle à la poursuite de fonctionnaires subalternes d'États étrangers. La Cour a relevé que la Cour constitutionnelle fédérale avait jugé que les décisions judiciaires et la doctrine du droit international ne devaient être utilisées que comme moyens auxiliaires pour clarifier le droit international coutumier. Elle a donc procédé à un examen approfondi de décisions rendues par des juridictions nationales et internationales pour finalement débouter l'appelant.

Enfin, le caractère auxiliaire des moyens auxiliaires est confirmé par la doctrine. Les exemples tirés de la doctrine cités dans la section G du chapitre III s'étalent sur plus d'un siècle et montrent que cette conception de la fonction des moyens auxiliaires est bien établie. Par exemple, dans la huitième édition de l'ouvrage *Brownlie's Principles of Public International Law*, on peut lire que « les décisions judiciaires ne sont pas à strictement parler une source formelle du droit mais sont dans de nombreux cas considérées comme une preuve du droit ».

À la lumière de l'analyse figurant au chapitre III, un projet de conclusion 6, sur la nature et la fonction des moyens auxiliaires, est proposé au paragraphe 126 du rapport à l'examen. L'alinéa a) de ce projet de conclusion indique que les moyens auxiliaires ont un caractère auxiliaire par rapport aux sources du droit international contenues dans les traités,

le droit international coutumier et les principes généraux du droit, et l'alinéa b) que les moyens auxiliaires sont principalement utilisés pour déterminer, interpréter et appliquer les règles de droit international découlant des sources du droit international. Ces deux alinéas doivent être lus conjointement parce qu'ils sont logiquement liés. La teneur et le libellé du projet de conclusion proposé sont conformes aux travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes.

Le chapitre IV porte sur la nature générale du précédent dans les décisions des juridictions nationales et internationales. La section A traite de la définition du précédent et de l'approche retenue dans les systèmes de *common law* et de droit romano-germanique. Comme dans ce domaine la confusion concerne en partie la notion même de précédent, une distinction est faite entre la définition générale et non technique de ce terme et la définition restreinte et technique utilisée dans le contexte juridique. La définition générale renvoie essentiellement à l'idée que quelque chose s'est produit antérieurement. En son sens technique, le terme « précédent », parfois désigné par l'expression *stare decisis*, renvoie à la doctrine selon laquelle, aux termes de l'article cité dans la note de bas de page 219 du rapport, « une juridiction est liée par les principes juridiques acceptés et établis qui ont été énoncés dans des affaires antérieures ou tranchés par elle ainsi que par d'autres juridictions de rang égal ou supérieur concernant des questions litigieuses déjà tranchées ». Les systèmes de *common law* et de droit romano-germanique diffèrent dans leur approche du précédent, mais cette différence ne doit pas être surestimée, car la réalité est plus nuancée.

À la différence des systèmes nationaux de *common law*, il n'existe pas en droit international de théorie ou doctrine officielle du précédent. Toutefois, la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales suivent leurs propres décisions antérieures. Les juridictions des systèmes de droit romano-germanique suivent également leurs décisions antérieures en vertu de la doctrine de la jurisprudence établie. Cette approche est aussi reflétée en droit international, notamment dans l'activité de la Cour.

Le chapitre IV porte sur différents aspects de la relation entre l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'Article 59 du Statut de la Cour. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dispose que la Cour applique les moyens auxiliaires « sous réserve de la disposition de l'Article 59 », ce qui est pertinent pour le champ d'application des moyens auxiliaires. L'Article 59 du Statut, qui dispose que « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé », a souvent été interprété comme signifiant qu'il n'y a pas de précédent devant la Cour. Les sections B à E du chapitre IV examinent plusieurs aspects de cette question. Le paragraphe 1 de l'Article 38 dispose que la Cour « applique » les moyens auxiliaires, ce qui pourrait être interprété comme signifiant que les moyens auxiliaires sont des sources du droit. La controverse sur ce point s'accompagne souvent d'une certaine appréhension quant au rôle que jouent les juges dans un système juridique international décentralisé, la crainte étant qu'en rendant des décisions judiciaires qui ne sont pas fondées sur les sources du droit auxquelles les États ont consenti, les juges des juridictions internationales outrepassent leur rôle légitime, ce qui risquerait de dissuader les États de régler pacifiquement leurs différends par le règlement judiciaire, un problème envisagé dans le premier rapport sur le sujet.

Le manque de clarté apparent du libellé de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 a suscité des préoccupations quant aux conséquences pratiques du renvoi à l'Article 59 figurant dans cet alinéa. Tant les travaux préparatoires que la doctrine montrent que la réserve énoncée au début de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 a été ajoutée pour répondre aux préoccupations des États quant aux effets des arrêts définitifs de la Cour. En fait, certains auteurs considèrent que l'Article 59 n'a rien à voir avec les moyens auxiliaires mais vise à soustraire les États tiers à la force obligatoire des décisions de la Cour. Pour le Rapporteur spécial, il s'agit d'une question tout à fait différente de celle de savoir si la Cour est liée par la position juridique qu'elle a adoptée lorsqu'elle a statué dans une affaire antérieure analogue. En 1945 déjà, le Comité interallié sur l'avenir de la Cour permanente de Justice internationale avait clarifié le contenu de l'Article 59, expliquant que cette disposition « n'empêch[ait] nullement la Cour de considérer ses propres arrêts comme des précédents ».

La section D du chapitre IV vise à montrer que c'est essentiellement le dispositif, par opposition à l'exposé des motifs, des arrêts de la Cour internationale de Justice qui a force obligatoire. La Cour a toutefois pour pratique de s'appuyer sur le raisonnement juridique

suivi dans ses décisions antérieures, car elle n'a aucune raison de s'écarter d'un raisonnement qui peut toujours être considéré comme solide. Le Rapporteur spécial indique que, de plus, la distinction entre le raisonnement et le dispositif des arrêts implique une différence entre ce que, dans son rapport, il qualifie d'« effet juridique restreint » et d'« effet juridique plus large » des décisions de la Cour.

S'agissant de « l'effet juridique restreint », le dispositif d'un arrêt de la Cour ne s'applique assurément qu'aux parties à l'affaire. En revanche, l'effet juridique plus large touche tous les États, puisqu'ils doivent respecter les principes juridiques correctement énoncés par la Cour dans ses décisions. Les États eux-mêmes citent aussi des affaires antérieures pour étayer leurs arguments juridiques, que ce soit dans des affaires contentieuses ou dans les procédures consultatives.

La section E du chapitre IV analyse le lien entre l'Article 59 et l'Article 61 concernant le caractère définitif des arrêts, souvent appelé « autorité de la chose jugée ». De manière générale, l'importance de l'Article 59 tient principalement au fait qu'il indique la valeur ou l'effet des décisions rendues par la Cour quant au fond d'une affaire. Parmi ces effets, on peut distinguer la « force obligatoire » de la décision de la Cour de l'idée qu'il y a lieu de clore de manière définitive une affaire, ou autorité de la chose jugée. Parmi les nombreux exemples cités dans le rapport figure l'arbitrage célèbre rendu dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, dans laquelle le tribunal a estimé qu'il y avait indubitablement autorité de la chose jugée puisque « les trois éléments traditionnels, à savoir les parties, l'objet et la cause » étaient les mêmes. S'agissant de la Cour, l'autorité de la chose jugée découle des effets combinés de l'Article 59, qui dispose que la décision n'est obligatoire que pour les parties, de l'Article 60, qui dispose que l'arrêt de la Cour est définitif et de l'Article 61, qui limite les possibilités de révision des arrêts de la Cour. L'effet combiné de ces trois dispositions a été expressément confirmé par la Cour dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*.

La position juridique officielle de la Cour est indubitablement que ses décisions ne sont obligatoires que pour les parties aux affaires dans lesquelles ces décisions sont rendues. Il ne s'agit toutefois pas là d'un énoncé de la règle concernant l'absence de précédent devant la Cour. Bien qu'il n'y ait pas de règle du précédent devant la Cour, les effets juridiques de ses décisions ne sont pas contraignants pour les seules parties ; ces effets s'en font aussi sentir sur des tierces parties, eu égard en particulier à la force des décisions de la Cour en tant qu'expression de règles de droit international. Le rapport donne l'exemple de l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, dans laquelle la Cour a clairement indiqué qu'il ne serait pas possible d'appliquer un argument *a contrario* à la moindre des conclusions formulées dans son arrêt concernant l'interprétation de l'Article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

De plus, il n'est pas nécessaire pour la Cour d'invoquer des doctrines du précédent obligatoire, qui conviennent mieux aux tribunaux internes, car elle a établi son propre système qui, de manière générale, fonctionne bien. En outre, la Cour tient compte de ses décisions antérieures non pas en tant que précédents obligatoires mais en raison de leur valeur persuasive et pratique. Une fois établi qu'un prononcé de la Cour est un énoncé correct du droit, les États tiers liés par la même règle devront s'y conformer. Son non-respect pourra constituer un manquement aux obligations dues aux autres États. Considérer qu'il en va différemment serait cause d'insécurité juridique et de chaos dans les relations internationales.

Le Rapporteur spécial indique que vers la fin du chapitre IV de son rapport, qui concerne essentiellement la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies et à laquelle l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 s'applique tout en ayant une pertinence plus générale en tant qu'énoncé du droit international coutumier, il examine l'approche du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent et que, à la section H, il formule des observations sur la pratique du Tribunal en la matière. En résumé, le Tribunal, comme la Cour internationale de Justice, n'a pas de système formel de précédent obligatoire. Il a toutefois pour pratique d'invoquer régulièrement ses propres décisions antérieures mais surtout celles d'autres juridictions, en particulier la Cour internationale de Justice. Dans de

nombreux cas, il ne mentionne pas expressément la valeur de précédent de ces décisions. Par ailleurs, comme dans le cas de la pratique de la Cour, il est dans l'intérêt de la sécurité et de la stabilité juridiques que la jurisprudence du Tribunal soit cohérente.

À la fin du chapitre IV, deux projets de conclusion sont proposés, qui concernent respectivement l'absence de règle du précédent en droit international et la valeur persuasive des décisions de juridictions. Le projet de conclusion 7 dispose que les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, ne suivent normalement pas leurs propres décisions antérieures ou celles d'autres juridictions comme des précédents juridiquement contraignants. La fin du projet de conclusion proposé concerne deux catégories distinctes : en premier lieu les propres décisions antérieures des juridictions, en second lieu les décisions antérieures d'autres juridictions. Les juridictions internationales ne suivent normalement ni les premières ni les secondes en tant que précédents juridiquement contraignants. En revanche, elles peuvent suivre des décisions antérieures non pas tant parce qu'elles y sont juridiquement tenues mais pour des raisons pratiques et de commodité.

Le projet de conclusion 8 concerne la valeur persuasive des décisions de juridictions. Il dispose que les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, peuvent suivre leurs propres décisions antérieures et celles d'autres juridictions internationales sur des points de droit dans le cas où ces décisions traitent de questions de fait ou de droit analogues et sont considérées comme persuasives pour le règlement de la question à l'examen. Le projet de conclusion 8 reflète l'autre aspect de la question faisant l'objet du projet de conclusion 7 : les juridictions internationales suivent des décisions judiciaires antérieures en raison de leur valeur persuasive sur des questions de fait ou de droit analogues et non parce qu'il existe une doctrine du précédent juridiquement contraignant.

Enfin, s'agissant de la suite des travaux sur le sujet, le troisième rapport portera sur la doctrine et les autres moyens auxiliaires. Comme indiqué au paragraphe 228 du rapport à l'examen, d'autres questions pourraient mériter un examen plus approfondi dans de futurs rapports, notamment la question de la fragmentation et celle du lien entre les moyens auxiliaires et les moyens complémentaires d'interprétation prévus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toute modification du programme de travail futur sera dûment notifiée à la Commission et à la Sixième Commission.

M. Reinisch dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial donne un résumé très utile du débat qui a eu lieu jusqu'alors sur le sujet, tout en proposant trois nouveaux projets de conclusion.

S'agissant de l'objet et de la structure de ce rapport, M. Reinisch dit que tout en considérant comme le Rapporteur spécial que la pratique de la Cour internationale de Justice est d'une importance majeure, il est quelque peu déçu que le rapport porte presque exclusivement sur la jurisprudence de la Cour et, dans une moindre mesure, sur la pratique du Tribunal international du droit de la mer et ne prend pas en considération les nombreuses autres juridictions internationales. Les informations très détaillées que contient l'étude du Secrétariat (A/CN.4/765) sur ces organes internationaux de règlement des différends seraient également utiles pour analyser la fonction des moyens auxiliaires en général et la question du précédent et de sa valeur persuasive en particulier.

Comme le Rapporteur spécial lui-même le reconnaît à juste titre, la longueur de ses rapports est parfois problématique. De nombreux membres de la Commission et de nombreuses délégations l'ont souligné en ce qui concerne son premier rapport et cela vaut également pour le deuxième, certes un peu plus court. Par exemple, le chapitre II, qui résume les travaux menés jusqu'alors, aurait pu être condensé.

Le chapitre III, intitulé « Fonctions des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », pose les fondements du projet de conclusion 6, relatif à la nature et à la fonction des moyens auxiliaires, proposé par le Rapporteur spécial. Le paragraphe 65 mentionne trois fonctions particulières de la doctrine, à savoir « les fonctions d'interprétation, de persuasion et de codification/développement progressif ». Pour M. Reinisch, considérer la fonction de la doctrine en tant que moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

comme une fonction de développement progressif est discutable. Comme indiqué dans cet alinéa, la fonction des moyens auxiliaires est la détermination des règles de droit international. Le Rapporteur spécial semble également en convenir lorsqu'il indique, à la fin du paragraphe 65, que les trois fonctions « aident toutes à identifier et à déterminer les règles de droit international ». Si la doctrine et les décisions des juridictions peuvent parfois suggérer de nouvelles règles de droit international, on peut douter qu'elles puissent, dans ces situations, être considérées comme un moyen auxiliaire de détermination du droit positif.

S'agissant de la nature des moyens auxiliaires, M. Reinisch souscrit pleinement à l'opinion exprimée au paragraphe 72 et ailleurs dans le rapport, à savoir que tant les décisions judiciaires que la doctrine sont subordonnées aux sources énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38. La nature des moyens auxiliaires est sans aucun doute secondaire ou subordonnée et ils ont une fonction d'assistance, auxiliaire ou d'identification.

Le texte du projet de conclusion 6 est quelque peu problématique. L'alinéa a) est censé porter sur la nature des moyens auxiliaires et l'alinéa b) sur leur fonction, mais en fait ces deux alinéas amalgament nature et fonction. Aux termes de l'alinéa a), les moyens auxiliaires ont un caractère « auxiliaire » par rapport aux sources du droit international. Cette vocation ou fonction auxiliaire est définie à l'alinéa b), qui vise la détermination, l'interprétation et l'application des règles de droit international. Or la nature des moyens auxiliaires a, à juste titre, été qualifiée de secondaire ou subordonnée et elle devrait être décrite comme telle dans le projet de conclusion 6. M. Reinisch propose donc de reformuler comme suit le début de l'alinéa a) : « Les moyens auxiliaires ont un caractère secondaire » ou « Les moyens auxiliaires ont un caractère subordonné ». Son opinion selon laquelle ce n'est pas la nature mais la fonction des moyens auxiliaires qui est auxiliaire est confirmée par le Rapporteur spécial lui-même, qui utilise l'adjectif « auxiliaire » pour qualifier la fonction des moyens auxiliaires dans les sections D et E du chapitre III de son rapport.

Selon le Rapporteur spécial, les quelques exemples tirés de la pratique de l'Allemagne, de l'Afrique du Sud, de la Sierra Leone et des États-Unis d'Amérique cités dans la section F du chapitre III suffiraient pour prouver que les tribunaux internes considèrent également les moyens auxiliaires comme auxiliaires. Une question d'une telle importance aurait peut-être mérité une analyse plus exhaustive de décisions de tribunaux internes portant sur la fonction de moyens auxiliaires. S'il est peu probable que les résultats d'une telle analyse auraient été substantiellement ou étonnamment différents de ce que le rapport dit déjà à ce propos, il aurait été opportun, étant donné l'accent mis par le Rapporteur spécial sur le « degré de représentativité » dans le projet de conclusion 3, d'examiner ce qu'ont dit les tribunaux d'autres pays sur cette importante question.

À cet égard, il convient aussi de tenir compte de la « réception » des décisions judiciaires internationales par les juridictions nationales. Dans un grand nombre des décisions de celles-ci, dont M. Reinisch indique qu'il fournit des exemples dans sa déclaration écrite, les juges s'appuient sur les interprétations de la Cour internationale de Justice comme faisant autorité pour élucider le droit international, utilisant ainsi la jurisprudence internationale comme moyen auxiliaire et subsidiaire. S'ils ne s'estiment manifestement pas liés par les décisions judiciaires des juridictions internationales, ils considèrent qu'il leur faut en tenir compte. Ces exemples montrent à quel point il importe de ne pas faire fond sur la seule jurisprudence internationale lorsque l'on analyse une question relevant de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. De fait, c'est très souvent la réception des normes internationales au niveau national qui aide à déterminer la fonction spécifique des moyens auxiliaires mentionnés dans cette disposition.

Revenant au projet de conclusion 4, « Décisions de juridictions », provisoirement adopté par le Comité de rédaction à la session précédente de la Commission, M. Reinisch réaffirme que son texte minimise indûment l'importance des décisions des juridictions nationales. Son libellé crée l'impression erronée que ces décisions ont un caractère secondaire par rapport aux décisions des juridictions internationales. La Commission devrait reconsidérer l'emploi des mots « peuvent être » au paragraphe 2 du projet de conclusion 4, en particulier au regard du mot « constituent » utilisé au paragraphe 1 de ce projet de conclusion pour décrire le rôle des décisions des juridictions internationales. Il serait peut-être préférable d'utiliser un terme reflétant la pratique effective des juridictions nationales et l'impact de ces décisions sur le contenu des sources du droit international.

S'agissant du chapitre IV, intitulé « Nature générale du précédent dans les décisions des juridictions nationales et internationales », on peut supposer que le mot « *domestic* » a été utilisé dans le texte anglais parce que le Rapporteur spécial donne un aperçu, dans la section A, de l'approche suivie dans les systèmes de *common law* et les systèmes de droit romano-germanique. Toutefois, comme les projets de conclusions 7 et 8 et le reste du chapitre portent presque exclusivement sur le précédent dans la jurisprudence internationale, le titre du chapitre aurait peut-être dû l'indiquer. Prendre position, a fortiori tirer des conclusions, sur le rôle des décisions antérieures ou du précédent dans la jurisprudence des juridictions nationales ne relèverait assurément pas des travaux de la Commission sur le sujet. S'il est bon de rappeler que le débat sur la valeur du précédent a son origine dans les différences entre l'approche des systèmes de *common law* et celle des systèmes de droit romano-germanique, il aurait été utile que la section A repose sur une étude comparative plus générale. Cela étant, M. Reinisch dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que les différences dans ces approches ne doivent pas être surestimées. Il est assurément vrai que le principe du précédent obligatoire ou *stare decisis* est généralement considéré comme ayant son origine dans la *common law*. Même les travaux préparatoires de l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice mentionnent cette origine, tout en excluant expressément cet effet obligatoire pour les décisions de la Cour. Il semble toutefois être également admis que l'idée d'un développement progressif du droit par la jurisprudence avait déjà cours en droit romain.

L'explication que le Rapporteur spécial donne de la relation entre l'Article 38 et l'Article 59 du Statut et de la manière dont cette relation a été interprétée par la Cour dans sa pratique est très utile et éclairante, tout comme la description de l'approche du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent. M. Reinisch se demande toutefois, et de nouveau, pourquoi la pratique d'autres juridictions n'a pas été prise en compte, d'autant plus que les deux projets de conclusion proposés visent les décisions des juridictions en général. Par exemple, le rapport n'évoque que brièvement l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui s'est souvent penché sur la question du précédent. Ainsi, dans son rapport de 1996 dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a déclaré que les rapports de groupes spéciaux adoptés étaient souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement et suscitaient chez les membres de l'OMC des attentes légitimes et devaient donc « être pris en compte lorsqu'ils [avaient] un rapport avec un autre différend. Mais ils n'[avaient] aucune force obligatoire, sauf pour ce qui [était] du règlement du différend entre les parties en cause. ».

Le système plus décentralisé de règlement des différends qui ressort de la jurisprudence des tribunaux des investissements en train de se faire jour aurait également fourni des exemples éclairants. Dans une sentence rendue en 2006 dans l'affaire *ADC v. Hungary*, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a jugé que, si les sentences arbitrales ne constituaient pas des précédents contraignants et que les conclusions tirées dans une affaire ne pouvaient être transposées au motif qu'elles reposaient sur les faits et que les différentes affaires relevaient de traités bilatéraux d'investissement différents, « l'invocation prudente de certains principes dégagés dans un certain nombre de ces affaires pouvait, en raison du caractère persuasif de ces principes, développer le droit applicable, ce qui pouvait contribuer à la prévisibilité dans l'intérêt des investisseurs comme des États hôtes ».

De même, davantage d'attention aurait dû être accordée à la jurisprudence des juridictions des droits de l'homme. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1990 dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*, la Cour européenne a conclu que, si elle n'était pas liée par ses décisions antérieures, elle avait toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements « dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent » de sa jurisprudence, même si cela « ne l'empêch[ait] pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander ». La prise en compte de la jurisprudence de l'ensemble des juridictions internationales permettrait à la Commission de formuler avec plus d'assurance des conclusions sur l'absence de règle stricte du précédent en droit international et sur la valeur persuasive des décisions de juridictions, qui font l'objet des projets de conclusions 7 et 8.

Le rapport analyse de nombreuses considérations de principe et opinions doctrinales concernant la valeur du « précédent » dans la jurisprudence internationale. Toutefois, mises à part quelques références, aux paragraphes 155, 185 et 201, une règle fondamentale de l'état de droit n'a pas été suffisamment prise en considération, à savoir que les affaires similaires doivent être tranchées de manière similaire et qu'un minimum de cohérence et de prévisibilité est nécessaire dans les décisions des mécanismes juridictionnels de règlement des différends. C'est ce que cette règle impérative de l'état de droit exige de tout système de règlement des différends, qu'il relève de la *common law*, du droit romano-germanique ou de toute autre tradition juridique, et la question mérite d'être examinée de plus près, en particulier s'agissant d'évaluer le rôle de la jurisprudence des juridictions internationales.

À chacune de ses sessions, la Commission rend compte de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit en application de la résolution annuelle de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, ce qui n'est qu'une des nombreuses manifestations de l'importance de l'état de droit au niveau international, notamment de l'impératif de sécurité et de prévisibilité juridiques. Comme le déclare le Secrétaire général dans son rapport de 2004 au Conseil de sécurité sur le rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (S/2004/616), « [l]e concept d'"état de droit" [...] s'inscrit au cœur même de la mission de l'Organisation » et implique des mesures propres à assurer le respect « de l'équité dans l'application de la loi, [...] de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs ». Au lieu d'insister sur la doctrine rigide et étroite du précédent (*stare decisis*), il serait préférable d'envisager d'autres approches pour assurer la sécurité et la prévisibilité juridiques des décisions des juridictions internationales.

Préoccupés par l'incohérence de certaines décisions des tribunaux des investissements, les États se sont demandé, dans le cadre du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), s'il ne fallait pas introduire d'autres formes de la règle du précédent obligatoire ou si l'on ne pouvait pas assurer la cohérence par des moyens plus informels, par exemple en créant un mécanisme d'appel, voire une cour permanente des investissements multilatéraux.

S'agissant des projets de conclusions 7 et 8 qui sont proposés, M. Reinisch souscrit à l'idée générale qu'ils expriment. Le rapport contient une longue explication concernant l'absence de règle du précédent en droit international. M. Reinisch se demande toutefois si le libellé proposé pour le projet de conclusion 7 reflète adéquatement l'absence générale de précédent contraignant en droit international à laquelle le Rapporteur spécial a conclu, car il indique que les juridictions internationales ne suivent « normalement » pas leurs décisions antérieures comme des précédents juridiquement contraignants, ce qui donne à penser qu'elles le font dans certains cas.

Pour ce qui est du projet de conclusion 8, M. Reinisch n'est pas convaincu qu'il doive être formulé de la manière permissive qu'implique l'utilisation du verbe « peuvent ». Si cette disposition repose sur une évaluation de ce qui se passe effectivement en pratique, elle devrait peut-être refléter le libellé descriptif des projets de conclusions 6 et 7 en indiquant que les juridictions internationales « suivent généralement leurs propres décisions antérieures ». Bien entendu, dans la mesure où le Rapporteur spécial entend formuler une proposition normative et compte tenu des considérations touchant l'état de droit qui selon lui militent en faveur de la règle du précédent, la Commission pourrait envisager de remplacer le verbe « peuvent » par le verbe « devraient ».

En conclusion, M. Reinisch appuie pleinement le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Oyarzábal dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial offre matière à réflexion. Il souscrit à la principale conclusion du Rapporteur spécial, à savoir que les moyens auxiliaires ne doivent pas être considérés comme des sources du droit international. Comme indiqué dans le projet de conclusion 6, les sources du droit international sont les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Les moyens auxiliaires ne font que refléter ces sources mais ne sont pas en eux-mêmes des sources autonomes.

M. Oyarzábal souscrit également à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la règle du précédent (*stare decisis*) ne s'applique pas en droit international. Le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que, en l'absence de régimes spéciaux, il n'existe pas de règle du précédent obligatoire dans le système juridique international.

La Commission devrait se garder d'importer dans le droit international des notions tirées des systèmes nationaux, en particulier des systèmes de *common law*. Aux fins de l'analyse de la notion de précédent en droit international, son cadre de référence doit demeurer le système juridique international et ne doit pas faire appel à des notions tirées de traditions nationales particulières. Certains concepts et catégories juridiques nationaux, par exemple la règle *stare decisis*, ne sont pas adaptés à ce système et risquent d'en compromettre les fondements. De fait, le droit international est différent du droit interne en ce qu'il repose sur le consentement des États. À la différence de la *common law*, il ne compte pas les décisions judiciaires au nombre de ses sources. Définir les juridictions internationales comme étant liées par leurs décisions antérieures en l'absence de régime conventionnel spécifique reviendrait à assujettir les États à une nouvelle source du droit international dont ils ne sont jamais convenus.

Le projet de conclusion 6 vise la nature des moyens auxiliaires en son alinéa a) et leur fonction en son alinéa b). S'agissant de l'alinéa a), M. Oyarzábal serait favorable à la reformulation du membre de phrase « aux sources du droit international contenues dans les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit » car les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit ne « contiennent » pas de sources du droit international mais ils sont eux-mêmes ces sources.

De plus, l'utilisation de l'adjectif « auxiliaire » pour qualifier la nature des moyens auxiliaires prête à confusion et n'est pas particulièrement éclairante. Dans son rapport, le Rapporteur spécial explique de manière convaincante que les moyens auxiliaires ne doivent pas être considérés comme une source du droit international mais uniquement comme reflétant les sources. Les moyens auxiliaires sont utilisés pour élucider le contenu et le sens des sources du droit international. Cette fonction auxiliaire, envisagée à l'alinéa b) du projet de conclusion 6, est implicite dans l'adjectif « auxiliaire ». Cet adjectif demeure toutefois ambigu, en particulier pour les lecteurs qui n'auraient pas accès au deuxième rapport du Rapporteur spécial. Une formulation plus directe et dépourvue d'ambiguïté indiquant en tout premier lieu que les moyens auxiliaires ne sont pas des sources du droit international en l'absence de régime conventionnel spécifique serait donc préférable.

L'alinéa b) du projet de conclusion 6 ne rend pas compte fidèlement des fonctions des moyens auxiliaires identifiées dans le rapport. Premièrement, son libellé actuel ne définit pas clairement les fonctions des moyens auxiliaires mais indique les conditions dans lesquelles ces moyens sont « utilisés ». Il conviendrait d'adopter une formulation plus directe. Deuxièmement, comme le Rapporteur spécial le souligne à plusieurs reprises dans son rapport et comme la Commission l'a établi à sa session précédente, les moyens auxiliaires ont pour principale fonction d'aider à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international. Cette formulation, utilisée dans certains des projets de conclusion déjà adoptés, serait préférable au libellé actuel.

Troisièmement, l'adverbe « principalement » donne à penser que les moyens auxiliaires ont d'autres fonctions. Le deuxième rapport vise effectivement d'autres fonctions, par exemple assurer la prévisibilité, la cohérence et la sécurité juridique du système juridique international, mais l'alinéa b) du projet de conclusion 6 ne les mentionne pas. Comme ce projet de conclusion porte sur les fonctions des moyens auxiliaires, ces autres fonctions auraient dû être analysées de manière exhaustive dans le deuxième rapport et un texte pertinent proposé pour le projet de conclusion correspondant. Cela étant, s'il est convenu que les moyens auxiliaires ont d'autres fonctions de caractère général, la Commission plénière et le Comité de rédaction devraient examiner cette question à la session en cours.

M. Oyarzábal souscrit à l'indication figurant dans le projet de conclusion 7 selon laquelle les juridictions internationales suivent effectivement leurs propres décisions antérieures et celles d'autres juridictions parce qu'elles les considèrent non comme contraignantes mais comme persuasives et pour des raisons de commodité, de principe, de légitimité, de cohérence et d'économie procédurale. Toutefois, l'utilisation de l'adverbe

« normalement » dans le membre de phrase « ne suivent normalement pas leurs propres décisions antérieures ou celles d'autres juridictions comme des précédents juridiquement contraignants » est problématique en ce qu'il donne à penser qu'il est possible que, dans certaines situations, les juridictions internationales se considèrent comme liées par leurs propres décisions antérieures. Ces situations existent mais sont rares en pratique et sont généralement prévues dans des régimes conventionnels spécifiques, par exemple dans le cas des chambres d'appel et de première instance des juridictions internationales. Pour éviter toute ambiguïté, les projets de conclusions 7 et 8 devraient être réunis en un seul projet de conclusion formulé en termes positifs et se lisant comme suit :

Les juridictions internationales peuvent suivre leurs propres décisions antérieures et celles d'autres juridictions sur des points de droit lorsque ces décisions traitent de questions de fond ou de droit analogues et sont jugées persuasives pour le règlement de la question à l'examen. Les juridictions internationales ne considèrent toutefois pas leurs précédents comme juridiquement contraignants en l'absence de règle de droit international spécifique à cet effet.

Le membre de phrase « lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs » figurant dans les projets de conclusions 7 et 8 limite le champ d'application de ces dispositions aux affaires dans lesquelles les principaux sujets de droit international, à savoir les États et les organisations internationales, sont en cause. Ce libellé vise notamment les juridictions permanentes comme la Cour internationale de Justice ou le Tribunal international du droit de la mer, les tribunaux arbitraux interétatiques et, on peut le supposer, d'autres organes exerçant une fonction quasi judiciaire ou quasi arbitrale comme les groupes spéciaux de l'OMC. Il exclut un nombre croissant de juridictions internationales connaissant de plaintes alléguant des violations des droits de l'homme, de crimes internationaux, de réclamations internationales et de différends relatifs aux investissements, alors même que l'étude du Secrétariat montre que ces organes ont aussi recours aux moyens auxiliaires. Le Comité de rédaction devrait se demander si les décisions de toutes les juridictions internationales doivent relever du champ d'application des projets de conclusions 7 et 8, auquel cas il pourrait suffire de supprimer les mots « lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs » dans ces deux projets de conclusion.

S'agissant du projet de conclusion 8, mesurer la valeur persuasive des décisions antérieures des juridictions internationales à l'aulne des questions de fait ou de droit analogues risque de réintroduire des conceptions du précédent propres au droit interne. De plus, dans de nombreux cas, une juridiction peut n'être pas convaincue de la valeur persuasive de décisions judiciaires traitant des mêmes questions de fait et de droit parce qu'il existe des différences dans les cadres juridiques ou procédures applicables, ou dans la culture judiciaire. Dans de tels cas, invoquer la jurisprudence existante risque de compromettre le véritable caractère du règlement judiciaire international. De plus, le projet de conclusion 8 n'explique pas adéquatement l'adjectif « persuasives ». Peut-être est-il légitime d'affirmer, comme le fait le Rapporteur spécial dans son rapport, que la « sécurité juridique », la « cohérence » et la « prévisibilité » peuvent servir de critères pour déterminer la valeur persuasive s'agissant d'institutions telles que la Cour internationale de Justice ou le Tribunal international du droit de la mer, qui connaissent d'un petit nombre d'affaires et dont les structures judiciaires sont stables et simples. En revanche, dans le cas des structures judiciaires complexes telles que les cours régionales des droits de l'homme et les tribunaux ad hoc, par exemple les tribunaux des investissements, il est plus difficile d'assurer la cohérence. Le projet de conclusion 3 donne certaines indications à cet égard et il mériterait d'être visé dans le projet de conclusion 8.

Enfin, le rapport aurait gagné à citer d'autres sources que les États occidentaux anglophones. Comme le premier rapport, ce deuxième rapport repose pour l'essentiel sur la jurisprudence et la doctrine de pays développés anglophones, en particulier les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni. Le projet de conclusion 3 indique qu'aux fins de l'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, une attention devrait être portée à leur degré de représentativité. À cet égard, la Commission devrait donner l'exemple. M. Oyarzábal dit qu'il a donc l'intention de remettre au secrétariat une bibliographie relative aux moyens auxiliaires comprenant des

références émanant de la communauté juridique internationale francophone et hispanophone, dont il espère qu'elle sera utile au Rapporteur spécial lorsqu'il élaborera les commentaires des projets de conclusions 6 à 8.

M. Galindo dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour son deuxième rapport, qui analyse de manière approfondie, directe et accessible des questions conceptuelles complexes.

Les paragraphes 27 et 62 de ce rapport portent sur la question de savoir s'il convient de procéder, dans le cadre des travaux sur le sujet, à une analyse de la question de l'unité et de la cohérence du droit international. On peut se demander si et dans quelle mesure une telle analyse contribuerait aux travaux de la Commission. La fragmentation a certes de vastes implications dans différentes branches du droit international mais il n'est pas certain que l'analyse de cet aspect du sujet présente un intérêt. M. Galindo dit qu'il appuie pleinement la proposition faite par un État à la Sixième Commission et citée au paragraphe 54, à savoir mentionner la représentativité dans le projet de conclusion 4. La Commission répondrait ce faisant aux préoccupations sous-jacentes reflétées dans le projet de conclusion 5 et contribuerait à la promotion du pluralisme en droit international.

Au paragraphe 68 de son rapport, le Rapporteur spécial indique qu'il a montré dans son premier rapport qu'« une [...] hiérarchie existait bel et bien dans la pratique » entre les sources du droit international. Or le mot « hiérarchie » ne figure pas dans le premier rapport (A/CN.4/760), qui vise seulement, au paragraphe 192, la « supériorité empirique » des traités et du droit international coutumier. Le terme « hiérarchie » est contestable, car la prévalence empirique de ces sources peut tenir au fait qu'elles sont adaptées au contexte du règlement judiciaire et non à une supériorité inhérente ; ce terme ne devrait donc pas être utilisé.

Les paragraphes 81 et 82 sont trop axés sur la perspective des juridictions. Si les positions de celles-ci sont importantes, l'étude de la Commission concerne tous ceux qu'intéresse le droit international, notamment les décideurs, les conseillers juridiques, les agents et les conseils.

Le membre de phrase « le droit international était à un stade précoce de développement » qui figure au paragraphe 86 soulève de sérieuses préoccupations. Il renvoie à l'idée d'un progrès dans le développement du droit international, ce qui est à la fois hautement contestable et inutile aux fins des travaux sur le sujet. De plus, il repose sur une analogie douteuse avec le droit interne. Il aurait dû être évité.

M. Galindo dit qu'il a des doutes quant à la décision de ne renvoyer au paragraphe 104 que quatre États appartenant à deux seulement des groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies. S'il est pleinement conscient des contraintes pratiques découlant des limites imposées à la longueur des rapports, il estime que les vues des États appartenant à tous les groupes régionaux, représentant les différents systèmes juridiques et les différentes langues, devraient être reflétées. La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Costa Rica, par exemple, a jugé que les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme interprétant la Convention américaine relative aux droits de l'homme avaient le même poids que la Convention elle-même. Pour la Cour constitutionnelle de l'État plurinational de Bolivie, la jurisprudence de la Cour interaméricaine fait partie du droit constitutionnel bolivien. La Cour suprême de justice de la République dominicaine a clairement indiqué qu'elle attribuait un caractère contraignant non seulement à la Convention américaine relative aux droits de l'homme mais également à l'interprétation par les juridictions des dispositions de cet instrument. La Cour constitutionnelle de Colombie considère la jurisprudence internationale comme un critère herméneutique pertinent pour déterminer le sens des normes constitutionnelles colombiennes. La Cour constitutionnelle du Pérou est allée encore plus loin, et elle considère que toutes les décisions rendues par la Cour interaméricaine, y compris l'ensemble de la *ratio decidendi*, sont contraignantes même si le Pérou n'était pas partie aux différends qu'elles concernent.

Les paragraphes 138 et 139 ne rendent pas compte fidèlement de la diversité et des nuances des systèmes de droit romano-germanique. Par exemple, bien que la jurisprudence constante ou établie joue un rôle important dans le droit interne du Brésil, les juges ne sont tenus de suivre les décisions individuelles antérieures que si certaines conditions sont remplies.

L'analyse présentée au paragraphe 157 accorde un poids indu à l'opinion de quelques auteurs. De manière générale, les citations figurant dans le rapport sont trop souvent tirées des travaux d'auteurs anglais et occidentaux de sexe masculin. M. Galindo engage le Rapporteur spécial à citer des travaux d'auteurs de sexe féminin et masculin et appartenant à des systèmes juridiques, et s'exprimant dans des langues, aussi divers que possible.

S'agissant de la méthodologie, la pratique juridictionnelle analysée devrait être plus large et comprendre au minimum celle des cours régionales des droits de l'homme, des organes de règlement des différends, en particulier arbitraux, entre investisseurs et États concernant leur droit commercial international, notamment la pratique de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. D'autres organes de règlement devraient aussi être spécifiquement mentionnés, selon qu'il convient. Les raisons pratiques pour lesquelles cette pratique n'a pas été analysée, exposées au paragraphe 205, sont parfaitement compréhensibles. Il est notoire que la pratique cumulée de l'Organe de règlement des différends, des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États et des cours régionales des droits de l'homme est bien plus abondante que celle de la Cour internationale de Justice et du Tribunal international du droit de la mer. Or de vifs débats juridiques et politiques sur le poids du précédent sont en cours dans ces autres instances. Pour examiner comme il convient la question de la valeur persuasive du précédent en droit international, la Commission doit tenir compte de la pratique de ces autres organes.

La pertinence de cette pratique est attestée, par exemple, par le fait qu'un tribunal arbitral du CIRDI constitué en 2002 dans l'affaire *SGS v. Philippines* s'est expressément écarté de l'interprétation du champ d'application d'une clause de couverture de libellé similaire qu'avait donnée le tribunal constitué dans l'affaire *SGS v. Pakistan*. Plus récemment, de nombreux différends sont survenus en ce qui concerne les répercussions de la décision rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire *Slowakische Republik c. Achmea BV* et les objections à l'arbitrage entre investisseurs et États au sein de l'Union européenne. Il est aussi intéressant de noter que parfois des organes de règlement opérant dans des domaines complètement différents du droit international se citent mutuellement. Le célèbre rapport de 2008 de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, qui a établi le critère d'« absence de raisons impérieuses », s'est non seulement appuyé sur le paragraphe 2) de l'Article 3 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, mais a également cité le jugement rendu en 2000 par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski* et une sentence arbitrale rendue en 2007 par un tribunal arbitral du CIRDI dans l'affaire *Saipem v. Bangladesh*.

Même des instances très spécialisées se sont penchées sur le sujet. Le Tribunal d'appel des Nations Unies, par exemple, dans l'arrêt qu'il a rendu en 2014 dans l'affaire *Igbinedion c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, a explicitement confirmé que le principe *stare decisis* s'appliquait au sein du système de justice interne des Nations Unies, bien que la règle du précédent ne soit énoncée ni dans le Statut du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies ni dans celui du Tribunal d'appel lui-même. Dans son opinion individuelle et partiellement dissidente concernant la décision sur l'appel interlocutoire concernant la compétence *ratione personae* dans la procédure pour outrage rendue en 2015 par le Tribunal spécial pour le Liban dans l'affaire *Akhbar Beirut S.A.L. et Ibrahim Mohamed Al Amin*, la juge Nosworthy a fait valoir qu'appliquer la jurisprudence constante serait contraire à l'équité et à une bonne administration de la justice au motif que le Tribunal spécial n'était pas une institution judiciaire permanente et n'avait pas été créé pour juger un grand nombre d'affaires pénales, et que le droit substantiel applicable dans les affaires portées devant lui était divers. Elle s'est prononcée en faveur de l'application stricte de la règle du précédent. Il est nécessaire d'examiner plus avant les systèmes comportant deux degrés de juridiction, en particulier en l'absence de dispositions statutaires indiquant le poids à accorder aux décisions antérieures rendues en appel. Si les résultats d'une telle analyse ne doivent pas nécessairement prendre la forme d'un nouveau projet de conclusion, la question est assez pertinente pour mériter une analyse plus détaillée dans un futur rapport.

Les paragraphes 141 à 148 portent sur la question du précédent devant les juridictions internationales et sont principalement axés sur la Cour internationale de Justice. Si la valeur de l'interprétation que la Cour fait de l'Article 38 est indéniable, l'évaluation présentée par

le Rapporteur spécial ne rend pas compte de la pluralité des approches suivies par d'autres juridictions et n'est donc pas suffisante pour permettre de tirer des conclusions sur la question du précédent devant les juridictions internationales en général. Les décisions de la Cour n'ont force obligatoire que pour les parties en litige, et même alors, uniquement dans le cas qui a été décidé, mais il n'en va pas de même dans le système interaméricain des droits de l'homme. Depuis sa décision de 2006 dans l'affaire *Almonacid-Arellano*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que les tribunaux internes étaient tenus d'exercer un « contrôle de conventionnalité » consistant à examiner la conformité de leurs lois nationales avec les conventions internationales. Cela signifie que, lorsqu'ils statuent dans une affaire, les tribunaux internes doivent appliquer non seulement la Convention interaméricaine des droits de l'homme mais également l'interprétation de cet instrument par la Cour interaméricaine. Dans l'affaire *Gomes Lund*, la Cour interaméricaine a confirmé que le contrôle de la conformité aux conventions internationales n'était pas une faculté mais une obligation des tribunaux internes. Dans l'affaire *Massacres du Rio Negro*, elle a précisé que la même obligation incombait à certaines autorités non judiciaires. Ces affaires et des affaires ultérieures montrent que les effets des décisions de la Cour interaméricaine ne se limitent pas aux affaires dans lesquelles ces décisions sont rendues. Cela ne signifie pas que la position de la Cour interaméricaine en matière de précédent est automatiquement applicable dans d'autres systèmes, mais cette position démontre que le poids du « précédent » en droit international et régional est loin d'être uniforme.

Le projet de conclusion 7 appelle quatre observations. Premièrement, par souci de clarté et eu égard à la controverse quant à la valeur du précédent dans la justice internationale, le titre du projet de conclusion 7, « Absence de règle du précédent en droit international », devrait être modifié et se lire « Absence de règle générale du précédent juridiquement contraignant en droit international ». Aux paragraphes 129 à 131 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial explique que le terme « précédent » a plusieurs sens et peut renvoyer à des degrés divers de force obligatoire ou persuasive. C'est pourquoi le projet de conclusion contient la formule « précédents juridiquement contraignants », que le titre devrait refléter. De plus, l'adverbe « normalement » utilisé dans le membre de phrase « ne suivent normalement pas leurs propres décisions antérieures ou celles d'autres juridictions » implique qu'un traité ou autre instrument peut expressément prévoir qu'une juridiction internationale donnée doit appliquer la règle *stare decisis*, bien que cela soit rare en pratique. Le titre devrait donc viser une règle « générale » et pas simplement une « règle ».

Deuxièmement, le membre de phrase « lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs » figurant dans les projets de conclusions 7 et 8 exclut les organes juridictionnels ou quasi juridictionnels qui règlent les différends auxquels des individus ou groupes d'individus sont parties, tels que les cours régionales des droits de l'homme, les tribunaux d'arbitrage entre investisseurs et États et les organes conventionnels de protection des droits de l'homme, qui ont souvent recours à des moyens auxiliaires. Il n'y a aucune raison de les exclure du champ d'application du projet de conclusions. Les mots « entre États ou organisations internationales » devraient donc être supprimés.

Troisièmement, la conjonction « ou » précédant les mots « rendent des avis consultatifs » peut être lue comme disjonctive, impliquant que les avis consultatifs ne peuvent régler des différends. À cet égard, M. Galindo renvoie aux avis consultatifs dits « contraignants » visés aux paragraphes 97 à 104 du rapport, à la section 30 de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies (la Convention générale) et dans l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice au sujet du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Bien que la pratique judiciaire soit limitée en la matière et que la Convention générale utilise des termes spécifiques tels que « contestation » et « décisif », le commentaire devrait expliquer que le projet de conclusion 7 ne vise pas à exclure la possibilité que les juridictions internationales rendent des avis consultatifs « contraignants ». La même conclusion s'applique *mutatis mutandis* en ce qui concerne le projet de conclusion 8.

Quatrièmement, la formule « ne suivent normalement pas » figurant dans le projet de conclusion 7 semble être un exposé impartial de la pratique actuelle et passée des juridictions internationales sans signification juridique apparente. Cette neutralité ne s'accorde pas avec le titre du projet de conclusion, qui indique en termes positifs qu'il n'existe pas de règle générale du précédent contraignant en droit international. Il convient de noter que les projets de conclusions sur les principes généraux du droit et sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ainsi que sur la détermination du droit international coutumier ne contiennent pas l'adverbe « normalement ». M. Galindo propose de remplacer les mots « ne suivent normalement pas » par les mots « ne sont généralement pas obligés de suivre » ou une formule normative similaire.

Quant au projet de conclusion 8, il appelle trois observations. Premièrement, le sens des mots « peuvent suivre » n'est pas clair. Ils peuvent être interprétés comme signifiant que le projet de conclusion autorise les juridictions à se dispenser de procéder à leur propre appréciation d'une question et se contenter de reprendre une décision judiciaire antérieure en tant que *ratio decidendi* ; ils peuvent aussi signifier que les juridictions ne peuvent invoquer des décisions antérieures que pour étayer ou renforcer le caractère persuasif de l'examen approfondi de tous les faits et arguments pertinents auquel elles ont procédé dans l'affaire dont elles sont saisies. Si la différence entre ces deux interprétations peut sembler minime, elle est au cœur de débats juridiques et politiques délicats en cours dans le domaine du droit international économique, en particulier à l'OMC. À en juger par la condition énoncée à la fin du projet de conclusion 8, à savoir que les décisions doivent être « considérées comme persuasives pour le règlement de la question à l'examen », l'intention du projet de conclusion semble correspondre à cette seconde interprétation, ce qui est conforme à la nature et la fonction auxiliaires des moyens auxiliaires définies au projet de conclusion 6. Il conviendrait donc, pour éviter toute interprétation erronée, de remplacer le mot « suivre » par les mots « renvoyer à ».

Deuxièmement, le projet de conclusion 8 énonce d'importantes conditions, à savoir que les décisions antérieures doivent « trait[er] de questions de fait ou de droit analogues » et être « considérées comme persuasives pour le règlement de la question à l'examen ». Ces deux conditions rappellent le critère de « similitude » appliqué à l'OMC dans le cadre du règlement des différends, mais ni le projet de conclusion lui-même ni le deuxième rapport ne contiennent une analyse systématique des éléments de ce critère. Bien que la similarité factuelle et juridique générale soit souvent mentionnée, d'autres critères sont appliqués par la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, en particulier lorsqu'elles décident de s'écarter d'une décision invoquée par une partie ou les deux parties en litige. Une analyse plus approfondie des affaires notables dans lesquelles la Cour s'est écartée de sa position antérieure, bien qu'implicitement, pourrait être éclairante ; un exemple est fourni par l'arrêt rendu en 2016 par la Cour dans l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)* et la déclaration faite par le Président de la Cour, M. Abraham, dans cette affaire. En tout état de cause, quelques exemples devraient suffire pour montrer que certains critères sont déjà appliqués en pratique par les juridictions pour décider de suivre ou non une décision antérieure donnée.

Troisièmement, la Commission devrait se demander si les systèmes à double degré de juridiction méritent d'être pris spécialement en considération et si elle doit, en ce qui les concerne, écarter ou nuancer la règle générale énoncée au projet de conclusion 8. Elle pourrait le faire en élaborant un nouveau projet de conclusion, en incluant une réserve dans le projet de conclusion 8 ou simplement en faisant état de cette question dans le commentaire du projet de conclusion.

La séance est levée à 11 h 55.