

Provisoire

Réservé aux participants

18 novembre 2025

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-seizième session

Compte rendu analytique provisoire de la 3712^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 12 mai 2025, à 10 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*suite*)

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Organisation des travaux de la session (*suite*)

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



Présents :

Président : M. Paparinskis
Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
M. Fathalla
M. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M. Ma
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. Patel
M. Reinisch
M^{me} Ridings
M. Ruda Santolaria
M. Sall
M. Savadogo
M. Tsend
M. Vázquez-Bermúdez
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Pronto Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Principes généraux du droit (point 4 de l'ordre du jour) (*suite*)
(A/CN.4/779 et A/CN.4/785)

M. Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial) tient à remercier les membres de la Commission pour les observations et propositions utiles et constructives qu'ils ont faites pendant le débat sur son quatrième rapport consacré aux principes généraux du droit (A/CN.4/785). Dans son résumé du débat, il ne traitera que les questions qui, selon lui, sont les plus fondamentales, sans nécessairement s'attarder sur toutes les modifications d'ordre rédactionnel, qui pourront être examinées par le Comité de rédaction.

M. Jalloh, et d'autres, ont souligné que la Commission avait pour pratique, au stade de la seconde lecture, de préserver la structure et la substance du texte adopté en première lecture et d'apporter des modifications uniquement pour des raisons impérieuses. M. Jalloh a ajouté que la Commission devait examiner les commentaires des États de manière critique afin de déterminer s'il existait des raisons impérieuses, et qu'elle devait prendre en compte, à cette fin, les points de vue des États qui reflétaient le plus directement le droit et la pratique.

Plusieurs membres ont noté avec préoccupation que seule une poignée d'États avaient soumis des commentaires écrits ; ils avaient souligné non seulement l'importance du sujet « Principes généraux du droit », mais aussi sa complexité et la nécessité de remédier aux différentes difficultés qu'il soulève.

Certains membres se sont félicités de l'intérêt manifesté par des établissements universitaires à l'égard des travaux de la Commission sur le sujet. M. Patel a rappelé l'intérêt exprimé à l'égard du sujet par l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, qui avait organisé, en 2023, un webinar très intéressant sur les principes généraux du droit.

Dans l'ensemble, les membres de la Commission ont bien accueilli le travail accompli jusqu'à présent. Tous les membres sont favorables au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction compte tenu du débat qui a eu lieu en plénière. De manière générale, ils conviennent que le résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet devrait prendre la forme d'un projet de conclusions assorti de commentaires et d'une bibliographie.

Certains membres, comme M^{me} Orosan et M. Oyarzábal, ont souligné que l'approche retenue pour le projet de conclusions semblait plutôt progressiste, et ont insisté sur le fait que la Commission devait adopter une approche rigoureuse et prudente aux fins de l'examen de ce sujet. Le Rapporteur spécial partage cet avis, compte tenu des conséquences systémiques que peuvent avoir les travaux de la Commission. Il faut garantir le respect du système établi de sources du droit international, que les États ont élaboré au fil des années.

D'autres membres, tels que MM. Forteau et Zagaynov, ont déclaré qu'il serait utile de clarifier certains termes. Par exemple, une distinction pourrait être établie entre les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et d'autres principes qui ne constituent pas nécessairement des principes généraux du droit. Ces éclaircissements peuvent effectivement être apportés dans le commentaire du projet de conclusions, selon la manière dont la Commission, dans son ensemble, qualifiera les principes en question. La terminologie est un point sur lequel le Rapporteur spécial insiste depuis qu'il a entamé ses travaux ; il s'agit effectivement d'une des principales difficultés du sujet.

Certains membres, comme M. Fifé, ont dit qu'il pourrait être utile d'ajouter une liste non exhaustive d'exemples de principes généraux, si ce n'est au sein d'un projet de conclusion distinct, au moins dans le commentaire. Toutefois, la plupart des membres, notamment M. Galindo, M^{me} Galvão Teles, M. Jalloh, M. Reinisch, M. Sall et M. Zagaynov, partagent l'avis du Rapporteur spécial, qui estime qu'une telle liste ne devrait pas être ajoutée, pour les raisons que ce dernier a exposées dans ses différents rapports sur le sujet. Une majorité de membres sont favorables à ce que l'on cite des exemples de principes généraux dans tout le commentaire.

Un consensus général s'est dégagé sur le contenu du projet de conclusion 1, qui ne nécessite donc aucune modification d'ordre rédactionnel. On pourra apporter dans le commentaire de plus amples précisions concernant le champ d'application des principes généraux du droit qui font l'objet du projet de conclusions.

Concernant le projet de conclusion 2, les membres conviennent, dans l'ensemble, que la « reconnaissance » est l'élément essentiel de l'existence des principes généraux du droit. Ils ont néanmoins exprimé des avis divergents quant à la manière de rendre cette idée dans le projet de conclusion. Si certains estiment qu'il serait utile d'ajouter les trois nouveaux paragraphes proposés dans le quatrième rapport, nombreux sont ceux qui ne partagent pas cet avis. Le Rapporteur spécial n'insistera pas pour que l'on ajoute les nouveaux paragraphes en question ; le Comité de rédaction peut poursuivre ses travaux sur la base du projet de conclusion tel qu'il a été adopté en première lecture, et ce point pourra être précisé dans le commentaire.

L'un des principaux points soulevés au cours des débats concerne la question de savoir quel terme la Commission devrait utiliser pour remplacer l'expression « nations civilisées » qui figure à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Certains membres, dont M^{me} Oral, M^{me} Galvão Teles, M. Jalloh, M. Nguyen, M. Sall, M. Akande et M. Fathalla, ont proposé le terme « ensemble des nations », employé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. D'autres, dont M^{me} Mangklatanakul, M. Fife, M. Oyarzábal et M. Patel, ont proposé le terme « ensemble des États », tandis que d'autres encore, parmi lesquels M. Grossman Guiloff, M. Nesi et M. Reinisch, ont dit préférer le terme « communauté internationale ». Le choix du terme à employer est une question non seulement de forme, mais aussi de fond. La question fondamentale est de savoir qui peut contribuer, en reconnaissant des principes généraux du droit, à la formation de ces derniers. L'idée que les États sont les principaux contributeurs fait l'objet d'un consensus. Si la plupart des membres estiment que les organisations internationales peuvent, elles aussi, contribuer à la formation des principes généraux du droit, certains sont d'avis que seule la reconnaissance des États est valable. Le Rapporteur spécial ne juge pas nécessaire de modifier le projet de conclusion 2 tel qu'adopté en première lecture. L'on pourra préciser ce point dans le commentaire en soulignant que, si la reconnaissance par les États est la considération la plus pertinente, les organisations internationales peuvent parfois participer, elles aussi, à la formation des principes généraux du droit, en reconnaissant ceux-ci, en fonction, notamment, de leur mandat et du contexte.

Concernant la question de l'objecteur persistant, MM. Patel et Zagaynov, entre autres, ont estimé que cette notion pouvait s'appliquer dans le contexte des principes généraux du droit et qu'il conviendrait de l'indiquer, au moins dans le commentaire. M. Akande a estimé que la notion de l'objecteur persistant n'était pertinente que pour les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international. M^{me} Ridings, M. Galindo, M. Grossman Guiloff et d'autres étaient d'avis, au contraire, qu'en l'absence de pratique et de jurisprudence en la matière, toute référence à cette notion serait inopportune dans le contexte des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial ajoute qu'il n'existe pas, sur cette question, de doctrine faisant autorité. Il ne voit que très peu d'utilité pratique à se référer à la notion d'objecteur persistant dans le contexte des principes généraux du droit. Le processus de formation de ces principes diffère de celui d'autres sources du droit et l'on imagine difficilement un cas de figure dans lequel un État maintiendrait une objection dans les conditions requises. Si l'on peut, d'un point de vue conceptuel, faire référence à l'objecteur persistant, puisqu'une opposition à des principes généraux est concevable, il n'y a pas de pratique ni de jurisprudence en la matière et la question reste tout à fait théorique.

S'agissant du projet de conclusion 3, un consensus s'est dégagé parmi les membres quant aux principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Pour ce qui est des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, la plupart des membres de la Commission estiment que ces principes existent bel et bien. M. Akande a souligné qu'il fallait distinguer plus clairement les deux catégories de principes, estimant que les principes de la deuxième catégorie exigeaient une forme plus explicite de reconnaissance. MM. Forteau et Paparinskis ont dit n'avoir pas d'opinion tranchée quant à l'existence de principes généraux formés dans le cadre du système juridique international. D'autres, parmi lesquels MM. Galindo, Oyarzábal et Reinisch, ont exprimé des

doutes à ce sujet et souligné qu'il fallait recenser des exemples plus pertinents pour démontrer l'existence de cette catégorie de principes généraux du droit. Des membres ont mis en doute certains exemples de ces principes cités dans le quatrième rapport. À ce propos, MM. Akande, Asada, Fathalla, Oyarzábal et Zagaynov ont souligné qu'il fallait établir une distinction plus claire entre les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et les normes du droit international coutumier. M. Fife a proposé que la Commission précise dans le commentaire que la deuxième catégorie de principes généraux relève du développement progressif du droit international. M. Oyarzábal a estimé qu'il serait utile d'indiquer, dans le commentaire, le nombre d'États opposés à la reconnaissance d'une deuxième catégorie. M^{me} Orosan a été la seule à proposer de supprimer purement et simplement l'alinéa b) du projet de conclusion 3, ainsi que le projet de conclusion 7.

Plusieurs membres ont indiqué clairement que la deuxième catégorie visée par le projet de conclusion 3 ne relevait pas de la *lex ferenda* mais qu'elle était fermement ancrée dans l'histoire intellectuelle et juridique du droit international, depuis la création, en 1920, du Comité consultatif de juristes de la Cour permanente de Justice internationale, et que l'existence de cette catégorie de principes généraux du droit était reflétée dans la doctrine. Dans le droit fil des propositions formulées par les pays nordiques et les Pays-Bas, certains membres ont proposé d'aligner le libellé de l'alinéa b) du projet de conclusion 3 sur celui de l'alinéa a) en remplaçant la forme verbale « peuvent se former ». Cette proposition devrait être examinée par le Comité de rédaction. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il est convaincu de l'existence des principes de la deuxième catégorie et qu'il existe, en la matière, une pratique suffisamment abondante, ainsi qu'une base conceptuelle et doctrinale permettant de traiter ces principes dans le projet de conclusions.

Comme les années précédentes, la méthode proposée par la Commission pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux a largement recueilli l'adhésion des membres. Le projet de conclusion 6, qui porte sur la question de la transposition, a fait l'objet de différentes observations et propositions. Certains membres, comme M. Fathalla, ont dit approuver le libellé actuel du projet de conclusion et les précisions apportées dans le commentaire. D'autres, parmi lesquels M. Zagaynov, ont dit ne pas souscrire à la notion de reconnaissance, mais ont jugé utiles les exemples de transposition confirmée cités dans le quatrième rapport. M^{me} Orosan, M. Reinisch et M. Sall ont estimé qu'il conviendrait d'apporter davantage de clarté en expliquant comment la transposition des principes généraux du droit s'opère dans la pratique, et qu'il serait utile de citer des exemples plus concrets dans le commentaire. M^{me} Galvão Teles, M. Asada, M. Fife et M. Zagaynov ont fait des propositions concrètes de reformulation du projet de conclusion 6, propositions qui pourront être examinées par le Comité de rédaction. Certains membres ont aussi dit préférer le terme « transposabilité » à celui de « transposition ». M. Nesi a expliqué ce que recouvrait, à son sens, le terme « transposition », et proposé que l'on fasse figurer cette explication dans le commentaire. Cette proposition pourra être examinée lorsque la Commission se penchera sur le commentaire du projet de conclusion.

Pour ce qui est du projet de conclusion 7, certains membres, parmi lesquels M. Akande et M. Fathalla, ont dit approuver la méthode exposée au paragraphe 1 du projet de conclusion. D'autres, toutefois, ont estimé qu'elle manquait de clarté et qu'il fallait donner des orientations supplémentaires dans le commentaire. Ils ont également souligné qu'il fallait distinguer plus nettement les principes généraux du droit et le droit international coutumier. M. Forteau a proposé que la Commission conserve, pour l'essentiel, le projet de conclusion adopté en première lecture et le complète en apportant des explications supplémentaires dans le commentaire, comme proposé au paragraphe 133 du rapport. M. Patel a estimé que, pour qu'il n'y ait pas d'ambiguïté, il conviendrait d'apporter des éclaircissements supplémentaires sur la combinaison des raisonnements inductif et déductif. M. Akande a fait observer que la difficulté consistait à définir la méthode à suivre pour déterminer les principes généraux et à savoir si cette méthode pouvait aller au-delà du libellé actuel du paragraphe 1 du projet de conclusion 7 et du commentaire y relatif. Il n'était pas convaincu que la Commission puisse apporter de plus amples précisions sur les analyses inductive et déductive présentées dans le commentaire adopté en première lecture.

Concernant la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 7, plusieurs membres ont proposé de supprimer ce paragraphe du projet de conclusion, estimant qu'il était source d'incertitude. D'autres ont proposé de traiter cette question non pas dans le projet de conclusion lui-même, mais dans le commentaire. Le Rapporteur spécial approuve les deux propositions. Pour ce qui est du paragraphe 1 du projet de conclusion, il estime que l'on devrait le conserver et le compléter en ajoutant des éléments supplémentaires dans le commentaire, de manière à exposer plus en détail la méthode à appliquer, selon la Commission, notamment les analyses inductive et déductive.

Concernant les projets de conclusions 8 et 9, deux membres ont proposé de les supprimer au regard des travaux menés par la Commission sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ». La principale difficulté soulevée tenait à la manière d'assurer la cohérence entre les travaux de la Commission sur ce sujet et sur le sujet à l'examen. M. Grossman Guiloff a proposé que l'on conserve, dans le projet de conclusion 9, la formule « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », employée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. MM. Reinisch et Zagaynov ont estimé qu'il était inutile d'apporter des modifications d'ordre rédactionnel aux projets de conclusions 8 et 9 : la Commission n'avait en effet pas achevé ses travaux sur les moyens auxiliaires, et il était préférable de ne pas préjuger de l'issue de ces travaux. M^{me} Mangklatanakul, M^{me} Galvão Teles, M. Jalloh et M. Oyarzábal ont estimé, au contraire, qu'il serait préférable de s'efforcer dès le début d'assurer une cohérence entre les deux sujets. Aucune modification n'a été proposée concernant le projet de conclusion 8. S'agissant du projet de conclusion 9, en l'absence de consensus sur la nécessité d'une harmonisation avec les travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires, l'on pourrait conserver la version adoptée en première lecture. On pourrait ensuite étoffer le commentaire en y introduisant une référence à l'importance de la diversité linguistique, entre autres éléments.

Concernant le projet de conclusion 10, certains membres, parmi lesquels M^{me} Oral, M^{me} Galvão Teles, M. Fathalla, M. Oyarzábal et M. Reinisch, ont appuyé la proposition, formulée dans le quatrième rapport, d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2, pour éviter de donner l'impression que les principes généraux du droit ne s'appliquent que lorsque les traités et le droit international coutumier ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie. D'autres membres, comme MM. Asada, Forteau, Nesi et Zagaynov, ont désapprouvé la proposition de modification, estimant que la fonction principale des principes généraux du droit était de suppléer les lacunes du droit. M. Galindo ne souscrivait pas à l'idée que les principes généraux contribuaient à la cohérence de l'ordre juridique international, cette fonction pouvant être remplie par n'importe quelle source du droit, en fonction du sujet traité. Il a aussi contesté l'idée qu'il faille opérer une distinction entre les règles primaires et secondaires. Certains membres, parmi lesquels MM. Lee et Patel, ont exprimé des doutes quant à l'idée que les principes généraux soient une source de droits et d'obligations. D'autres membres, comme MM. Forteau et Oyarzábal, ont fait observer que certains États s'étaient inquiétés d'une contradiction perçue entre le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 et le paragraphe 1 du projet de conclusion 11. M. Oyarzábal a proposé, pour résoudre cette question, d'ajouter la formule « dans la pratique » au paragraphe 2 du projet de conclusion 11 ; M. Forteau a, quant à lui, proposé une autre formulation permettant d'éviter toute contradiction apparente. Pour M. Asada, toutefois, les deux dispositions ne se contredisaient pas. M. Lee a souligné qu'il fallait établir une distinction entre les deux catégories de principes généraux lorsqu'il était question de leurs fonctions, sachant que les principes de la première catégorie avaient avant tout pour fonction de combler les lacunes du droit, tandis que ceux de la deuxième catégorie visaient à assurer la cohérence de l'ordre juridique international. Le Rapporteur spécial estime que ces questions pratiques et théoriques sont éminemment importantes et qu'elles devraient être prises en considération aux fins de l'établissement du commentaire du projet de conclusion 10.

S'agissant du projet de conclusion 11, certains membres ont proposé que l'on précise, peut-être dans le commentaire, la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier. MM. Akande et Lee ont souligné qu'il fallait distinguer les deux catégories de principes généraux. Ils ont estimé que les principes découlant des systèmes juridiques nationaux pouvaient être dans une relation hiérarchique avec les traités et le droit international coutumier, tandis que les principes formés dans le cadre du système juridique

international n'étaient pas dans une relation de cette nature avec d'autres sources. M. Nesi a proposé de reconsidérer le contenu du paragraphe 3 du projet de conclusion 11, estimant que le risque de conflit entre un principe général du droit et un traité ou une norme coutumière était minime. En sa qualité de Rapporteur spécial, M. Vázquez-Bermúdez ne souscrit pas pleinement à cette idée, sachant qu'il peut y avoir des cas où, par exemple, deux États concluent un traité bilatéral qui exclut l'application d'un principe généralement applicable dans un domaine particulier de leurs relations. En pareil cas, le principe de la *lex specialis* s'applique à l'évidence pour déterminer la règle régissant la relation entre les deux États, et le traité en question prime.

Le nouveau projet de conclusion 12 a recueilli l'adhésion générale des membres de la Commission. Certains membres ont aussi fait référence à l'existence possible d'autres principes généraux ayant un champ d'application limité, par exemple, dans certaines régions telles que l'Asie centrale, l'Afrique et l'Amérique latine. Pour améliorer le libellé du projet de conclusion, MM. Forteau, Akande et Nesi ont formulé des propositions constructives, qui pourront être examinées par le Comité de rédaction.

Pour conclure, le Rapporteur spécial remercie une nouvelle fois les membres de la Commission qui ont participé au débat. Il demande le renvoi au Comité de rédaction de l'ensemble des projets de conclusions 1 à 12, tels qu'ils figurent dans le quatrième rapport.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 12 figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, compte tenu des vues exprimées lors du débat en plénière.

Il en est ainsi décidé.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international (point 8 de l'ordre du jour) ([A/CN.4/781](#) et [A/CN.4/781/Add.1](#))

M. Jalloh (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » ([A/CN.4/781](#)), dit qu'à la Sixième Commission les États ont formulé des commentaires positifs sur les travaux menés à ce jour par la Commission sur le sujet. Quatre-vingt-un États ont formulé des commentaires sur ces travaux lors de l'examen par la Sixième Commission du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-quatrième session, et de nombreuses délégations ont souligné l'importance et la pertinence du sujet et ont, de manière générale, appuyé les projets de conclusion provisoirement adoptés par la Commission. Les critiques exprimées ont dans l'ensemble été très mesurées, bien que partagées par un certain nombre de délégations. La liste des États ayant formulé des observations positives étant large et représentative, la portée et l'orientation des travaux de la Commission sur le sujet sont maintenant bien définies.

Plusieurs États ayant suggéré d'insérer dans le projet de conclusion 5 une disposition sur le poids de la doctrine, la Commission pourrait ajouter à ce projet de conclusion un nouveau paragraphe libellé comme suit : « Aux fins de l'appréciation du poids à accorder à la doctrine au sens du paragraphe 1, une attention devrait être portée, selon qu'il convient, aux critères énoncés au projet de conclusion 3. ». À défaut, la Commission pourrait traiter du poids à accorder à la doctrine dans un projet de conclusion distinct, comparable au projet de conclusion 8 sur le poids à accorder aux décisions des juridictions. Pour dissiper l'incertitude exprimée par certains États quant à la relation entre les critères spécifiques d'appréciation du poids à accorder aux décisions des juridictions énoncés au projet de conclusion 8 et les critères généraux d'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires énoncés au projet de conclusion 3, la Commission devrait adopter une approche fondée sur la *lex specialis* et supprimer la partie du membre de phrase introductif du projet de conclusion 8 indiquant que les critères énoncés dans ce projet de conclusion s'ajoutent à ceux énoncés au projet de conclusion 3. Le Rapporteur spécial indique qu'il espérait initialement que les modifications à apporter aux projets de conclusion et commentaires provisoirement adoptés par la Commission pourraient être examinées à la session en cours, mais qu'il recommande désormais à la Commission, eu égard aux contraintes de temps résultant de l'abréviation de la session, de les examiner ultérieurement.

Il est indiqué au chapitre III du rapport à l'examen que tant les États que les membres de la Commission considèrent que davantage de clarté est nécessaire en ce qui concerne l'utilisation de la doctrine. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que la Cour applique, outre les décisions judiciaires, « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il a démontré dans ses précédents rapports que les juridictions ont généralement recours à la doctrine – une large catégorie – pour identifier ou interpréter les règles de droit international ou déterminer si de telles règles existent et, dans l'affirmative, en clarifier la portée et le contenu. C'est sur cette pratique que repose la reconnaissance expresse par la Commission de la catégorie de la doctrine aux projets de conclusions 2 et 5. Le projet de conclusion 5 souligne le poids particulier à accorder à la doctrine qui reflète une convergence de vues parmi les spécialistes et fait ainsi écho à la mention des « publicistes » et de la « doctrine » à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Dans le même chapitre, trois catégories de doctrine sont identifiées : la doctrine émanant de spécialistes, praticiens ou publicistes dont les écrits, monographies et commentaires donnent des indications directes quant au raisonnement juridique, la doctrine émanant de groupes de personnes privées réunies au sein d'associations scientifiques, de sociétés savantes ou de groupes d'experts ad hoc dotés de compétences spécialisées, et les prononcés d'organes d'experts créés ou habilités par les États ou les organisations internationales. Il est ensuite indiqué que le poids à accorder à ces travaux doctrinaux est fonction de leurs auteurs et de leur contenu. Comme la Commission a déjà examiné les travaux d'auteurs individuels les années précédentes, le troisième rapport porte sur les travaux doctrinaux des groupes d'experts – organes permanents ou ad hoc constitués selon le droit interne ou créés de manière informelle – en tant que deuxième catégorie de doctrine, appelant un examen plus poussé. Une telle approche est conforme au plan d'étude établi pour le sujet.

Des groupes privés, notamment des associations scientifiques, des instituts de recherche universitaires et des associations professionnelles de juristes internationaux tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international, contribuent depuis longtemps au développement, à la clarification et à la codification du droit international. Leurs travaux visent généralement à influencer la conduite des États et orienter l'interprétation et l'application des normes juridiques internationales. Les textes émanant de ces travaux prennent des formes diverses – rapports, manuels, directives, résolutions et commentaires – et certains ont contribué à la formation de règles du droit international général et influencé la jurisprudence internationale et nationale dans des domaines spécialisés du droit international. Le rapport donne des exemples de ces textes et montre, aux paragraphes 109 à 118, comment ils ont été utilisés par des juridictions internationales et tribunaux arbitraux. Des exemples beaucoup plus nombreux de l'influence des textes émanant de groupes d'experts privés figurent dans la deuxième étude du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/765).

Une nouvelle disposition, le projet de conclusion 9, est proposé dans le troisième rapport, qui vise à reconnaître formellement l'importance du rôle de ces organes. Le paragraphe 1 de ce projet de conclusion, dans lequel des erreurs se sont glissées, doit toutefois être corrigé ; il doit se lire comme suit : « Les textes émanant de groupes d'experts privés organisés indépendamment des États ou des organisations internationales peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international. ». Le Rapporteur spécial recommande d'appliquer, pour apprécier le poids à accorder aux textes émanant d'organes d'experts privés, les critères généraux énoncés au projet de conclusion 3, qui ont été approuvés par la Commission pour tous les moyens auxiliaires et définissent un cadre cohérent pour l'appréciation de l'autorité et de la pertinence de ces textes ; le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 proposé est une disposition en ce sens. La Commission pourrait aussi traiter du poids à accorder à ces textes dans un projet de conclusion distinct. Le Rapporteur spécial indique que pour formuler les deux paragraphes du projet de conclusion 9 qu'il propose, il s'est inspiré, pour faciliter un consensus sur le libellé de ce nouveau projet de conclusion et assurer la clarté et la cohérence conceptuelles du projet de conclusions, de la terminologie utilisée dans les projets de conclusion que la Commission a déjà adoptés à titre provisoire.

Le chapitre IV du rapport a trait aux organes d'experts publics. Une définition de l'expression « organe d'experts » figure au paragraphe 128 ; comme les organes d'experts en question sont créés ou habilités par les États, ils sont considérés comme « publics ». Ces organes ont des natures et des fonctions très diverses et comprennent les organes de codification universels tels que la Commission elle-même et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), les comités régionaux de codification comme le Comité juridique interaméricain ou la Commission de l'Union africaine sur le droit international, ainsi que les organes conventionnels de protection des droits de l'homme tels que le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits de l'enfant.

Les textes émanant d'organes d'experts publics entretenant des liens étroits avec les États ne devraient pas être considérés comme relevant de la doctrine au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces organes, en particulier ceux dotés d'un mandat officiel, par exemple en matière de développement progressif et de codification du droit international, doivent être traités séparément dans le cadre des travaux sur le sujet. Le rapport opère une distinction entre la Commission du droit international, qui est composée d'experts indépendants, et la CNUDCI, composée de représentants des États, et fait valoir que les textes émanant des travaux de la Commission ne doivent pas être considérés comme relevant de la doctrine des publicistes au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 parce que, à la différence des auteurs indépendants, la Commission opère dans un cadre institutionnel formel en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale et que les États participent activement à ses travaux.

Si certains des textes établis par la Commission tels que les rapports de ses rapporteurs spéciaux ont effectivement l'apparence d'écrits doctrinaux, le résultat final de ses travaux – prenant la forme, par exemple, de projets d'articles, de conclusions ou de principes – reflète son double mandat, à savoir aider les États à codifier et développer progressivement le droit international. Les travaux de la Commission peuvent ainsi contribuer à l'élaboration d'un nouveau droit conventionnel, à la cristallisation du droit international coutumier ou à la clarification des principes généraux du droit et relèvent donc des multiples catégories visées au paragraphe 1 de l'Article 38, notamment aux alinéas a), b) et c). Les textes émanant de ces travaux occupent une position *sui generis* en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit international, car ils interagissent de manière dialectique avec les sources du droit international.

Les États, les juridictions internationales et les juridictions nationales citent régulièrement les textes émanant des travaux de la Commission parce qu'ils les considèrent non seulement comme persuasifs mais également comme des énoncés faisant autorité du droit international. La Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer et d'autres juridictions et organes internationaux ont invoqué les travaux de la Commission dans des affaires trop nombreuses pour être citées. Le rapport donne quelques exemples pour souligner la pertinence des textes émanant de ces travaux en tant que moyen auxiliaire. Le poids à accorder à ces textes, comme celui des autres moyens auxiliaires, doit être apprécié à l'aide des critères généraux énoncés au projet de conclusion 3, notamment la qualité du raisonnement, la compétence des personnes concernées, le mandat de la Commission, le degré de représentativité de ses travaux, la participation des États à ceux-ci et, surtout, l'accueil qu'ils reçoivent, en premier lieu de la part des États mais aussi de la part d'autres sujets de droit tels que les organisations internationales.

Les organes conventionnels de protection des droits de l'homme, également évoqués au chapitre IV du rapport à l'examen, sont constitués d'experts indépendants et ont été créés en application des dix principaux traités universels de protection des droits de l'homme pour veiller à ce que les États s'acquittent de leurs obligations au regard de ces traités. Les travaux des organes conventionnels n'ont pas été envisagés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice parce que celui-ci est antérieur de plusieurs décennies à la création de ces organes, et il importe de déterminer si, et dans l'affirmatif comment, ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. La Commission s'est précédemment intéressée aux organes conventionnels de protection des droits de l'homme dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités et dans ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'application

des traités et a pris acte de la connexité entre les textes émanant de ces organes, l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a retenu le terme « prononcés » pour désigner les textes très divers émanant des travaux des organes conventionnels, un terme neutre dont le Rapporteur spécial estime qu'il doit être conservé dans le cadre des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires.

Le chapitre IV porte aussi sur les travaux influents du Comité international de la Croix-Rouge, une association suisse de droit privé habilitée par les États à exercer d'importantes fonctions en droit international humanitaire. Ces travaux sont fréquemment cités par les juridictions internationales, les publicistes et les États. Le Rapporteur spécial indique qu'à l'issue de l'analyse figurant au chapitre IV, il propose un projet de conclusion 10, intitulé « Prononcés d'organes d'experts publics » et comprenant trois paragraphes, dont le premier indique qu'un prononcé d'un organe d'experts « peut servir de moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu de règles de droit international », le second porte sur l'appréciation du poids à accorder à ces prononcés, et le troisième est une clause « sans préjudice » concernant l'utilisation de ces prononcés à d'autres fins.

Le chapitre V du troisième rapport porte sur la question de savoir si les résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Durant les débats de la Commission sur le sujet, plusieurs membres ont fait valoir que les résolutions devaient être considérées comme un moyen auxiliaire, alors que d'autres les considéraient comme des preuves de la pratique des États ou de l'*opinio juris*, par exemple. Une utilisation plus large des résolutions dans la détermination des règles de droit au sens du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a déjà été confirmée par la Commission, par exemple dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, qui indiquent que les résolutions peuvent fournir des éléments de preuve aux fins de la détermination de l'existence et du contenu de règles de droit international, même si elles ne peuvent elles-mêmes créer de telles règles.

Les résolutions opèrent comme les décisions judiciaires et la doctrine, en offrant des analyses juridiques persuasives ou, au moins, un fondement aux fins de telles analyses. Dans les procédures consultatives relatives à la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* et aux *Effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965*, et dans des affaires telles que celle de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, la Cour internationale de Justice a invoqué des résolutions non seulement comme preuves de la pratique des États mais aussi comme éléments d'interprétation de normes juridiques. Ces deux fonctions des résolutions, éléments de preuve et outils analytiques, attestent le rôle qu'elles peuvent jouer comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 1 du texte qu'il propose pour le projet de conclusion 11, la formule « peut servir », qui figure dans la disposition indiquant qu'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale « peut servir de moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international », traduit une approche souple et dépendant du contexte. Le paragraphe 2 porte sur le poids à accorder aux résolutions et vise à distinguer les résolutions juridiquement substantielles des résolutions politiques ou reflétant une aspiration. Le paragraphe 3 est une clause « sans préjudice » concernant l'utilisation des résolutions à d'autres fins.

Le chapitre VI du rapport porte sur la question de la fragmentation. Le Rapporteur spécial rappelle qu'après qu'il avait présenté la question dans son premier rapport, les membres de la Commission et les États en ont de manière générale appuyé l'examen dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet. Il indique qu'il avait décidé d'attendre son troisième rapport pour présenter une analyse détaillée de ces questions. Au chapitre VI, il définit la fragmentation, évalue les travaux déjà menés par la Commission sur la question et examine des décisions contradictoires qui illustrent la fragmentation du droit international ou le manque de cohérence en la matière. Il y a un conflit lorsque deux règles aboutissent à des

solutions différentes pour régler la même question. Dans ses travaux sur le sujet « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » menés de 2002 à 2006, la Commission a distingué la fragmentation institutionnelle, qui découle de la prolifération des juridictions, de la fragmentation substantielle, qui se fait jour lorsque des règles juridiques divergentes se sont formées dans le cadre de régimes spécialisés du droit international. Les travaux antérieurs de la Commission ont principalement porté sur l'aspect substantiel de la fragmentation et n'ont envisagé que brièvement sa dimension institutionnelle.

Le Rapporteur spécial souligne que son rapport porte essentiellement sur les questions institutionnelles que soulève la fragmentation, notamment celles relatives au prononcé de décisions contradictoires, et non sur la fragmentation substantielle qui a déjà été examinée par la Commission. En 2000, le juge Guillaume, qui était alors le Président de la Cour internationale de Justice, a déclaré craindre que des décisions incohérentes ne portent atteinte à la sécurité juridique et à la légitimité de l'activité judiciaire des juridictions internationales.

La divergence d'opinions entre la Cour internationale de Justice et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie au sujet du critère d'attribution aux États de la conduite d'acteurs non étatiques et leurs décisions contradictoires sur ce qui est pour l'essentiel la même question juridique, qui sont longuement analysées dans le troisième rapport, constituent de loin le meilleur exemple du risque de fragmentation institutionnelle. Si la Cour a en la matière retenu le critère du « contrôle effectif » dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, dans l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić* le Tribunal a quant à lui adopté le critère du « contrôle global ». La Cour a par la suite confirmé son critère du « contrôle effectif » dans l'arrêt qu'elle a rendu 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)*, dans lequel elle a contesté le critère plus large retenu par le Tribunal. Elle a pour l'essentiel rejeté ce critère du « contrôle global », faisant observer que le Tribunal n'était pas mandaté pour se prononcer sur la responsabilité des États et que ses conclusions en matière pénale ne pouvaient s'appliquer directement en droit international général, estimant que l'adoption du critère qu'il avait retenu étendrait le champ de la responsabilité des États « bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale ».

Le chapitre VI présente ensuite une analyse de ce qu'a fait la Cour pour promouvoir l'unité et la cohérence du droit international. Bien que la Cour ne soit pas hiérarchiquement supérieure aux autres juridictions, en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies et de seule juridiction internationale de droit commun, elle joue un rôle vital dans la promotion de la cohérence du droit international. Ses décisions sont souvent citées par d'autres juridictions dans le cadre d'un large dialogue interjudiciaire contribuant à promouvoir la cohérence du droit international. L'influence des décisions judiciaires – l'un des moyens subsidiaires utilisés pour déterminer les règles de droit international visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 – dépend souvent de la qualité du raisonnement juridique qu'elles contiennent et de la méthode d'interprétation utilisée. La cohérence et la prévisibilité sont essentielles pour la crédibilité du droit international. Le Rapporteur spécial indique que le projet de conclusion 12 qu'il propose, sur la cohérence des décisions des juridictions, vise à renforcer l'unité et la cohérence générales du droit international, à souligner que ce droit fonctionne comme un système juridique unique et intégré et que l'utilisation des moyens auxiliaires, notamment des décisions judiciaires, devrait refléter cette cohérence systémique. Le projet de conclusion vise également à souligner que souvent, lorsqu'elles interprètent le droit international, les juridictions tiennent compte du raisonnement suivi par d'autres organes judiciaires dans leurs décisions non parce qu'elles y sont tenues mais pour promouvoir la clarté, la stabilité, la cohérence juridique et, en dernière analyse, l'état de droit dans les affaires internationales.

Le chapitre VII du troisième rapport analyse la relation entre « moyens auxiliaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et « moyens complémentaires d'interprétation » au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et il est au fondement du projet de conclusion 13, qui vise à clarifier la relation entre ces deux concepts et souligne la confusion découlant des débats juridiques sur cette relation. Le chapitre VII réaffirme que les moyens

auxiliaires de détermination de l'existence et du contenu des règles du droit international ont une fonction distincte de celle des moyens complémentaires d'interprétation des traités, auxquels il est fait appel lorsque l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne se révèle insuffisante. Bien qu'elles soient formellement différentes, ces dispositions interagissent parfois dans la pratique judiciaire, car les juridictions peuvent utiliser les mêmes éléments en tant que moyen auxiliaire et moyen complémentaire, ce qui soulève des questions de chevauchement conceptuel, de relation hiérarchique et d'implications pratiques. Cette convergence est particulièrement pertinente eu égard au nombre croissant de juridictions spécialisées suivant des approches divergentes en matière d'interprétation.

Les travaux menés à ce jour par la Commission sur le sujet ont défini l'interprétation comme une fonction distincte bien que connexe de celle des moyens auxiliaires. Les critiques concernant le libellé du projet de conclusion 6, relatif à la nature et à la fonction des moyens auxiliaires, ont mis en lumière la tension potentielle entre l'interprétation en tant que fonction et la détermination en tant que rôle plus fondamental. Des opinions divergentes se sont fait jour lors du débat sur la question, certains membres prônant une fonction uniquement déterminative, d'autres défendant une interprétation multifonctionnelle. Ces divergences mettent en lumière la nécessité de définir clairement la portée et le rôle des moyens auxiliaires dans divers contextes interprétatifs.

À la Sixième Commission, les États ont exprimé des opinions diverses. Si le caractère auxiliaire des moyens auxiliaires a fait l'objet d'un large consensus, des opinions divergentes ont été exprimées sur l'influence de ces moyens dans l'interprétation du droit international et sur leur relation avec les moyens complémentaires d'interprétation visés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'Union européenne, par exemple, a explicitement lié les moyens auxiliaires au processus d'interprétation, faisant valoir à juste titre qu'ils jouaient un rôle dynamique et ne servaient pas qu'à identifier les règles existantes mais en influençaient également l'interprétation et l'application dans les contextes évolutifs. Le Danemark a pour sa part souligné que les moyens auxiliaires pouvaient influencer l'interprétation ou orienter le résultat de celle-ci.

Une grande partie de la confusion découle des termes utilisés, les adjectifs « auxiliaire » et « complémentaire » dénotant une sorte de chevauchement fonctionnel. La distinction est plus facile à opérer en théorie qu'en pratique. Selon l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les « moyens auxiliaires » guident la Cour dans la détermination des règles de droit alors qu'au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les « moyens complémentaires » relèvent expressément du cadre régissant le respect, l'application et l'interprétation des traités. Les moyens auxiliaires peuvent aussi influencer sur l'interprétation d'un traité au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne, notamment en aidant à déterminer le sens ordinaire de certains termes ou à identifier les règles pertinentes de droit international applicables au sens de l'alinéa c) du paragraphe 3 de cette disposition. Le chapitre VII envisage également des régimes spécialisés tels que celui institué par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui réglemente explicitement l'utilisation des décisions antérieures dans l'interprétation du droit applicable. Cette approche fondée sur la *lex specialis* est distincte du droit international général. De même, une analyse comparative de la pratique judiciaire illustre divers degrés d'utilisation des moyens complémentaires. La Cour internationale de Justice recourt généralement aux travaux préparatoires à des fins de confirmation alors que les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et les tribunaux des investissements font preuve de davantage de souplesse, renvoyant souvent à des décisions antérieures pour assurer la cohérence et la prévisibilité juridiques sans être nécessairement tenus de le faire.

Le projet de conclusion 13, qui indique que les mêmes éléments peuvent servir de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et de moyens complémentaires d'interprétation des traités, met en lumière la pratique consistant à utiliser des moyens auxiliaires, par exemple les décisions judiciaires, pour interpréter des traités en application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne.

Le Rapporteur spécial indique qu'il a tenté, au chapitre VIII, de structurer le projet de conclusions aussi logiquement que possible et de manière à refléter les débats qui ont eu lieu au sein de la Commission et les observations et suggestions récemment formulées par les États. La structure en quatre parties qui est proposée dans le rapport n'est aucunement la seule possible et le Rapporteur spécial se féliciterait que les membres fassent des propositions à cet égard.

Selon le programme de travail futur proposé au chapitre IX du troisième rapport, l'idée était d'achever la première lecture du projet de conclusions sur le sujet à la session en cours de la Commission, en 2025, mais cela ne sera pas possible puisque cette session a été sérieusement abrégée en raison de la crise financière que connaît l'Organisation des Nations Unies ; il faut espérer que cette première lecture pourra être menée à bien en 2026.

La bibliographie sélective préliminaire sur le sujet, publiée le 24 mars 2025, contient de très nombreuses références, dans diverses langues, sur les différents moyens auxiliaires à l'examen. Le Rapporteur spécial invite tous les membres de la Commission à proposer des références, compte tenu des critères établis pour le choix de celles-ci, afin que la version finale de la bibliographie soit pleinement représentative des principaux systèmes juridiques et des diverses langues et régions du monde.

Le Rapporteur spécial espère que les 13 projets de conclusion qu'il a proposés dans ses trois rapports seront utiles pour comprendre le rôle et l'intérêt des moyens auxiliaires et expliquer comment les juridictions peuvent utiliser ces moyens de manière uniforme et en fonction du contexte pour déterminer le contenu des règles de droit. Ces dispositions visent aussi à fournir aux États, praticiens, publicistes et autres un vocabulaire plus clair aux fins de l'appréciation de la force probante des divers éléments dans différents contextes juridiques.

M. Galindo dit que l'appui quasi-unanime des États qui ont pris position sur le sujet confirme qu'en décidant que le texte issu de ses travaux prendrait la forme d'un projet de conclusions, la Commission a fait le bon choix. Toutefois, malgré les progrès accomplis, il semble impossible de mener à bien la première lecture du projet de conclusions en 2025 étant donné les conséquences de la crise de liquidités à laquelle l'Organisation des Nations Unies fait face. La Commission doit prendre le temps dont elle a besoin pour élaborer des conclusions solides quant au fond.

Le commentaire du projet de conclusion 9 devrait être plus explicite sur la question des avis juridiques, qui n'est traitée que brièvement dans le rapport. La Commission s'est penchée sur cette question dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier et a conclu que les avis juridiques pouvaient être considérés comme relevant de l'*opinio juris* lorsqu'ils étaient adoptés par des autorités étatiques. De tels avis, en particulier lorsqu'ils émanent des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères, ne sont pas seulement une *opinio juris* ou des écrits doctrinaux. Même lorsqu'ils ne constituent pas une *opinio juris*, certains avis juridiques constituent une sorte de jurisprudence dans un État donné qui, au moins à certains égards, renvoie à la notion de précédent. La situation est encore plus complexe lorsque les systèmes juridiques internes prévoient que certains avis juridiques sont contraignants ; dans un tel cas, ces avis doivent être suivis. Les avis juridiques adoptés par des autorités étatiques, même lorsqu'ils sont considérés comme relevant de la doctrine, tendent à être plus cohérents que les travaux des publicistes, par exemple, puisqu'ils sont invoqués à de multiples reprises et orientent substantiellement les activités des ministères des affaires étrangères.

Bien que la Commission ne soit pas l'instance appropriée pour débattre de la sociologie du droit international, le fait que des auteurs non européens aient contribué au développement du droit international mais ne soient pas régulièrement cités pour des « raisons complexes » est une question cruciale qui devrait être explicitée dans le commentaire. Toute étude de la doctrine par la Commission doit nécessairement porter sur les fondamentaux qui permettent de comprendre comment les normes découlent directement des connaissances, et comment ces connaissances sont inégalement réparties dans le monde.

M. Galindo doute qu'il soit possible de déterminer objectivement que des auteurs individuels ou des groupes d'auteurs se sont, pour reprendre les termes du projet de conclusion 9, « organisés indépendamment de l'intervention d'États ou d'organisations internationales ». Les questions liées au financement de la recherche par les États sont

complexes, et la distinction entre les travaux de recherche indépendants et ceux auxquels les États participent d'une manière ou d'une autre n'est pas toujours facile à opérer. Il serait préférable de supprimer ce membre de phrase du projet de conclusion et de traiter la question dans le commentaire.

S'agissant du projet de conclusion 10, relatif aux prononcés d'organes d'experts publics, M. Galindo doute que la Commission ait pour rôle de « cristalliser » le droit international coutumier. S'il s'agit d'une référence au moment où une règle coutumière émergente est établie, la question relève exclusivement de la compétence des États. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial indique qu'étant donné la nature de la Commission, on ne saurait à proprement parler qualifier de « doctrine » les textes issus de ses travaux. Il est toutefois nécessaire de préciser de quels travaux de la Commission il est question. Les rapports des rapporteurs spéciaux, par exemple, ne peuvent être placés sur le même plan que les commentaires finals de la Commission sur un sujet donné. Si les premiers se rapprochent davantage de la « doctrine » en ce qu'ils exposent des positions individuelles, les seconds, en tant qu'ils expriment la position d'un groupe d'experts, surpassent la « doctrine » telle que généralement entendue. La situation est encore plus complexe lorsque l'on évalue les textes issus des travaux de la Commission du point de vue de leur impact sur la Sixième Commission. Les États réagissent plus positivement à certains sujets qu'à d'autres, et il est donc difficile d'accorder le même poids à tous les textes issus des travaux de la Commission, alors même qu'ils représentent la position de l'organe collectif.

M. Galindo dit qu'il convient que le poids à accorder aux décisions des organes conventionnels de protection des droits de l'homme varie selon que les traités ayant créé ces organes prévoient que leurs décisions sont ou non contraignantes. Ces décisions peuvent être qualifiées de « prononcés », car l'usage de ce terme est bien établi.

Bien que souscrivant au libellé actuel du projet de conclusion 10, M. Galindo considère que le commentaire devrait en expliciter les nombreuses nuances. S'agissant du projet de conclusion 11, l'explication donnée par le Rapporteur spécial ne définit pas clairement les différentes fonctions des résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales, qui peuvent servir de moyen auxiliaire, d'éléments constitutifs de la coutume internationale ou d'aides à l'interprétation des traités. Le commentaire de cette disposition devrait distinguer plus clairement les divers rôles que peuvent jouer ces décisions.

Quant au projet de conclusion 12, relatif à la cohérence des décisions des juridictions, M. Galindo rappelle qu'il a déjà émis de nombreuses réserves à l'idée de traiter de la fragmentation du droit international et donc de la question de son unité et de sa cohérence dans le cadre des travaux sur le sujet. Traiter de ces questions n'est pas une bonne idée pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il semble que peu d'États se soient montrés enthousiastes sur ce point à la Sixième Commission, et il aurait été utile qu'un résumé des débats pertinents figure dans le troisième rapport. De plus, traiter d'une question qui a déjà été examinée dans le cadre du sujet « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » risque de nuire à l'image de la Commission. Si la Commission n'a pas, à cette occasion, traité de la question du point de vue de la prétendue prolifération des juridictions internationales c'est parce qu'elle a considéré que son étude n'apporterait rien.

La plus grande partie des travaux sur la fragmentation du droit international a été menée dans une perspective axée sur la valeur et non du point de vue d'un phénomène sociologique, ce qui peut être problématique. Comme tout système social, le droit international a été influencé par l'idée de différenciation. S'opposer à la fragmentation ou la considérer comme malheureuse donne une image faussée d'un phénomène social caractéristique de différents développements historiques et qui touche la manière dont la société et les relations sociales sont appréhendées au niveau international.

La recherche de l'unité et de la cohérence du droit international découle d'une analogie complexe dans le cadre de laquelle il faudrait, eu égard au prétendu caractère « primitif » du droit international, interpréter et appliquer ce droit avec la cohérence et l'uniformité généralement mises en œuvre pour conceptualiser les systèmes juridiques internes. Bien que cette analogie soit nécessaire pour comprendre les caractéristiques du droit

international contemporain, ses prémisses doivent être minutieusement examinées car le fonctionnement des systèmes juridiques internes eux-mêmes est loin d'être cohérent et uniforme.

Le débat sur la fragmentation part de l'hypothèse que le droit international a perdu sa capacité de cohérence et d'unité en raison d'une différenciation sociale et qu'il doit recouvrer ces qualités dès que possible. Dire que le droit international a toujours été cohérent et unifié est toutefois extrêmement contestable. La diversité des sujets en relevant a été limitée pendant des siècles et la doctrine du domaine réservé était lourde de conflits potentiels. L'expansion du droit international au-delà de ce que de Mably avait défini dans son ouvrage *Le droit public de l'Europe* a de même créé de nombreuses tensions et contradictions.

M. Galindo est convaincu qu'en mettant l'accent sur l'unité et la cohérence du droit international, les questions les plus essentielles dont l'étude pourrait permettre au droit international d'améliorer la situation dans le monde, telles que la justice sociale, l'égalité entre États et individus et la liberté, sont négligées. La question fondamentale est de savoir quelles sont les priorités du droit international, et l'unité et la cohérence n'en font pas partie.

On peut douter sérieusement que les moyens auxiliaires puissent pallier les conséquences de la fragmentation du droit international. Cela reviendrait à leur attribuer une fonction qu'ils ne possèdent pas, même lorsqu'ils sont entendus comme des moyens complémentaires. La pratique des États et des organisations internationales semble corroborer cette position. Dans la plupart des cas, il n'existe pas de jurisprudence internationale étayant une décision donnée. Dans la pratique des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères, par exemple, des solutions sont souvent trouvées en déduisant des règles établies dans des traités ou en renvoyant à des affaires antérieures analogues. Lorsqu'il existe effectivement une jurisprudence internationale, elle n'est généralement pas invoquée en tant que réponse à la différenciation, mais est au contraire fréquemment utilisée pour prouver que des normes spécialisées doivent être prises en compte, ne laissant guère de possibilité d'interaction avec d'autres normes ou régimes généraux.

D'un point de vue empirique, les décisions contradictoires de juridictions internationales en matière d'interprétation sont rares. C'est ce que démontre le fait que ce sont toujours les deux mêmes affaires qui sont invoquées, à savoir celles attestant un désaccord entre la Cour internationale de Justice et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie au sujet des critères du « contrôle effectif » et du « contrôle global », respectivement. M. Galindo est donc opposé à l'inclusion du projet de conclusion 12.

Quant au projet de conclusion 13, quelles que soient ses qualités, l'analyse des moyens auxiliaires et des moyens complémentaires d'interprétation effectuée par le Rapporteur spécial risque d'amener la Commission à présenter aux États des évaluations contredisant ce qu'elle a indiqué dans le cadre d'autres sujets, notamment dans ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. De plus, la Commission ne devrait pas s'aventurer dans un domaine relevant de l'interprétation juridique, car elle n'est pas l'instance appropriée pour examiner les questions de jurisprudence. Il serait préférable que le projet de conclusion 13 prenne la forme d'une clause « sans préjudice » indiquant simplement que les moyens auxiliaires peuvent jouer des rôles complémentaires. Le commentaire y relatif pourrait donner des exemples d'autres utilisations. Les projets de conclusion devraient être renvoyés aux Comité de rédaction.

M. Savadogo, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport, dit que la bibliographie sélective préliminaire des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ([A/CN.4/781/Add.1](#)) contient de nombreuses sources doctrinales et jurisprudentielles très instructives. Afin d'en faciliter l'usage, le Rapporteur spécial pourrait envisager d'indiquer, pour chaque document cité, les pages ou les paragraphes pertinents. Trois références pourraient être ajoutées à cette bibliographie : premièrement, « Christian Timmermans, "Dialogue between legal doctrine and the European Court of Justice", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, avril 2013, p. 368 à 378 », deuxièmement, « Tobias Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford University Press, 2015, p. 7 à 24 » et, troisièmement, un renvoi à l'analyse des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires à laquelle a procédé Lucie Delabie dans l'*Annuaire français de droit international*.

Le terme générique « décisions judiciaires » renvoie aux décisions rendues par les juridictions tant internes qu'internationales. Les décisions des juridictions internes ne jouent qu'un rôle indirect dans la détermination des règles de droit international et sont utilisées pour prouver la pratique des États, c'est-à-dire comme moyen de détermination d'une règle non écrite du droit international, d'une coutume ou d'un principe général du droit. L'effet relatif de la chose jugée, consacré à l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice mais également valable à titre de principe général du droit en ce qui concerne les sentences arbitrales, ne réduit pas l'influence exercée en pratique par les décisions judiciaires internationales sur l'interprétation et l'évolution du droit international. Le juge international joue un rôle considérable dans la détermination de l'existence, du sens et de la portée des règles générales du droit international dont le statut est difficile à définir. L'apport de la jurisprudence internationale est particulièrement manifeste en matière de délimitation maritime, un domaine dans lequel, comme l'a noté la Cour permanente d'arbitrage dans la sentence arbitrale rendue le 7 juillet 2014 dans l'*Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, l'acquis judiciaire est tel qu'il constitue une source du droit international.

Le rôle des décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international peut être altéré par ce que certains auteurs ont appelé « la prolifération des juridictions internationales » et le risque qui en découle de contrariétés de jurisprudences. Ce phénomène ouvre la porte au « *forum shopping* » et à la concurrence de compétences s'agissant du règlement des différends portant sur les mêmes faits mais susceptibles de relever de la compétence de différentes juridictions. La multiplication des juridictions internationales constitue un fait marquant de l'évolution de l'ordre international.

La promotion de l'unité et de la cohérence du droit international par la Cour internationale de Justice est une question qui n'avait pas été abordée par la Commission. La promotion de l'unité et de la cohérence de la jurisprudence n'est toutefois pas l'apanage de la Cour internationale de Justice ; il s'agit d'un processus interactif. En effet, si le Tribunal international du droit de la mer cite abondamment les arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour, la Cour cite aussi les décisions du Tribunal. M. Savadogo invite à cet égard les membres de la Commission à consulter la liste d'affaires figurant dans le texte écrit de sa déclaration. En revanche, hormis dans quelques rares affaires, la Cour internationale de Justice est réticente à citer les sentences arbitrales, se bornant le plus souvent à renvoyer de manière générale à « la jurisprudence des tribunaux arbitraux ».

Le Tribunal international du droit de la mer semble être moins réticent à renvoyer à des sentences arbitrales ; peuvent être cités à cet égard les arrêts qu'il a rendus dans l'*Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, celle du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)* et celle du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, ainsi que l'avis consultatif rendu par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins au sujet des *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*.

Quoique dotée d'une autorité moindre, la jurisprudence arbitrale n'est pas dépourvue d'influence sur les décisions d'autres juridictions, voire des États. Cette jurisprudence a établi certains principes importants qui constituent d'incontestables précédents auxquels la pratique internationale continue de se référer. Peuvent être cités parmi ces principes celui de la neutralité en temps de guerre, tel qu'énoncé dans la sentence arbitrale rendue en 1872 en ce qui concerne les *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, les caractéristiques générales de la souveraineté territoriale, telles qu'établies dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Île de Palmas*, et le principe de la proportionnalité des représailles en réaction à un acte illicite tel qu'énoncé dans la sentence arbitrale rendue en 1928 dans l'arbitrage *Naulilaa (Portugal c. Allemagne)*. Il reste que les sentences arbitrales rendues dans des instances et par des arbitres différents ne sont pas toujours cohérentes et uniformes dans leur analyse du droit international et donc leur traitement de situations analogues. Une illustration frappante en est fournie par le mécanisme de règlement des différends du Centre international pour le règlement des différends relatifs

aux investissements et les appréciations contradictoires de l'état de nécessité dans plusieurs sentences arbitrales concernant l'Argentine.

En tout état de cause, ni le juge ni l'arbitre ne sont formellement liés par les précédents judiciaires ou arbitraux. Même si le juge a un rôle à jouer s'agissant de la création des règles générales, il importe d'adhérer à la règle selon laquelle la jurisprudence ne constitue pas en principe une source du droit international. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, il s'agit d'un « moyen auxiliaire », c'est-à-dire d'un moyen complémentaire d'identification et d'interprétation des normes juridiques. La jurisprudence joue un plus grand rôle dans certains domaines du droit international comme le droit commercial international, dans lequel la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce joue un rôle clé en raison de l'inaptitude des États à faire aboutir de nouvelles négociations normatives.

Aux paragraphes 233 et suivants de son rapport, le Rapporteur spécial donne des exemples de décisions qui soulèvent le problème des contrariétés de jurisprudences. L'expérience des dernières années montre toutefois que les préoccupations relatives à la fragmentation du droit international du fait de ces contrariétés, pour ne pas être dénuées de fondement, n'ont pas été justifiées de manière décisive. Peut-être l'avertissement lancé par le juge Guillaume, ancien Président de la Cour internationale de Justice, dans la déclaration qu'il a prononcée le 27 octobre 2000 devant la Sixième Commission au sujet de la prolifération des organes judiciaires internationaux a-t-il eu un effet positif auprès des juridictions universelles et régionales. Des procédures souples, non formalisées, de rencontres périodiques entre juges ou présidents des différentes juridictions contribuent à harmoniser l'interprétation des textes.

La situation de la doctrine diffère de celle des décisions judiciaires parce qu'elle n'a pas de statut par rapport aux États, qui sont les principaux titulaires du pouvoir normatif. À la différence des juges et des arbitres, investis par les États de la mission de régler une affaire déterminée, la doctrine agit *per se*. Certes, les auteurs mènent leurs travaux en toute indépendance, ce qui leur confère une crédibilité intellectuelle ; leurs travaux peuvent toutefois être accueillis avec circonspection par certains États en raison de leur politique juridique ou de la manière dont ils perçoivent leur intérêt national.

Ce nonobstant, M. Savadogo partage l'opinion du Rapporteur spécial quant au rôle de la doctrine et son approche tendant à inclure les résolutions des organisations internationales parmi les moyens de détermination des règles de droit. Le chapitre V du troisième rapport traite de cette question de manière convaincante. La doctrine contribue à individualiser, à détecter et à préciser la portée des règles non écrites du droit international, la coutume et les principes généraux du droit. Elle constitue donc un élément de preuve ; elle ne crée pas de règles mais contribue à la reconnaissance des règles existantes.

La doctrine peut aussi contribuer à la formulation de règles dans des domaines nouveaux ou en évolution rapide du droit international comme le droit de l'espace, dont le régime juridique a un fondement purement doctrinal, le droit de la mer, domaine dans lequel la doctrine a joué un rôle important pour le développement de concepts tels que ceux de « plateau continental », « zone contiguë » et « zone économique exclusive », et le droit de l'environnement. Il faut également avoir à l'esprit le rôle qu'a joué Dionisio Anzilotti dans l'élaboration des règles de la responsabilité internationale. Le rôle principal de la doctrine se situe en amont et en aval de la création du droit ; en amont, les écrits doctrinaux suscitent une forme d'éveil ; en aval, ils jouent un rôle de critique ou d'interprète des règles existantes et contribuent ainsi à leur évolution. Les juridictions et organes de codification comptent en leur sein de nombreux universitaires, et l'on peut raisonnablement supposer que leurs écrits et leur expérience influencent leur contribution à l'activité des institutions concernées.

Aux paragraphes 108 et suivants de son rapport, le Rapporteur spécial donne des exemples utiles de références à la doctrine dans les décisions judiciaires. Peut-être une référence au paragraphe 99 de l'arrêt rendu dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, dans lequel la Cour internationale de Justice fait observer que l'interprétation de l'Article 41 de son Statut a « fait l'objet d'abondantes controverses doctrinales », serait-elle pertinente. Au paragraphe 116 de cet arrêt, la Cour ajoute que « la question du caractère obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires avait été

abondamment discutée dans la doctrine, mais n'avait pas été tranchée par la jurisprudence ». Ainsi, de manière indirecte, la Cour accorde une importance à la doctrine. S'il est exceptionnel qu'un auteur particulier soit mentionné dans le corps des arrêts, avis consultatifs ou ordonnances de la Cour internationale de Justice ou du Tribunal international du droit de la mer, ou dans le texte des sentences arbitrales, les parties aux différends citent abondamment la doctrine dans leurs pièces de procédure ou leurs plaidoiries orales dans le but de convaincre la juridiction de la validité de tel ou tel raisonnement. De même, juges et arbitres citent la doctrine dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, comme l'illustre le paragraphe 295 du rapport du Rapporteur spécial. Si, comme d'autres juridictions, la Cour de Justice de l'Union européenne s'abstient de renvoyer à la doctrine de manière explicite, il en va différemment des avocats généraux, ce qui démontre une fois encore le rôle clé du moyen invisible mais puissant que constitue la doctrine.

S'agissant des projets de conclusion eux-mêmes, le titre du projet de conclusion 9 devrait être modifié et cette disposition s'intituler « Travaux des auteurs individuels et des groupes d'experts privés » pour mieux en refléter le contenu. S'agissant du poids à accorder à ces travaux, M. Savadogo appuie la proposition du Rapporteur spécial de renvoyer au projet de conclusion 3 dans le deuxième paragraphe du projet de conclusion 9.

Dans le premier paragraphe du projet de conclusion 10, la formule « Un prononcé d'un organe d'experts » devrait être remplacée par la formule « Les prononcés d'organes d'experts » pour faire écho au titre de la disposition. Dans le titre du projet de conclusion 11, la conjonction « et » devrait être remplacée par la conjonction « ou », car le recours aux résolutions des instances concernées n'est pas cumulatif. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 12, la formule « devraient promouvoir » devrait être remplacée par une formulation moins prescriptive, par exemple le verbe « veillent », la fin du paragraphe se lisant alors comme suit : « veillent, autant que possible et dans les limites de leur mandat, à la cohérence, la stabilité et la prévisibilité du système juridique international ». Enfin, le paragraphe 1 du projet de conclusion 13 devrait être substantiellement reformulé.

M. Savadogo appuie le renvoi du projet de conclusions 9 à 13 au Comité de rédaction.

M. Forteau dit que dans son troisième rapport le Rapporteur spécial affronte avec détermination et engagement le sujet très complexe des « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ». Son analyse de la pratique et de la jurisprudence révèle un certain nombre de zones grises et d'éléments d'incertitude qui compliquent singulièrement la codification du sujet. La Commission doit donc faire un choix stratégique : elle peut s'efforcer de rationaliser l'existant en posant des critères clairs qui permettent de mieux distinguer les différentes catégories, au risque de simplifier un peu trop les choses ; ou elle peut tenter de retranscrire l'existant dans toute ses nuances et ses ambiguïtés, au risque de ne pas proposer aux utilisateurs des projets de conclusion leur fournissant des orientations simples et univoques. Au stade actuel, la première option semble préférable et M. Forteau dit que dans cette optique il s'efforcera d'identifier les éléments de clarification susceptibles de mettre un peu d'ordre dans la pratique actuelle.

Il indique que faute de temps il ne pourra revenir en détail sur chacun des très nombreux thèmes abordés dans le troisième rapport, lequel manque de concision. Son silence sur tel ou tel point ne doit toutefois pas être interprété comme un acquiescement.

S'agissant des chapitres III à IV du rapport, qui abordent la question de savoir comment délimiter la catégorie de la « doctrine » et comment identifier quels types de matériaux et d'organes relèvent de cette catégorie, en particulier en ce qui concerne les travaux des organes d'experts, la pratique et la jurisprudence sont assez confuses sur ce point, comme l'illustre le rôle variable que la Cour internationale de Justice attribue aux travaux de la Commission. Un élément de complexité supplémentaire tient au fait qu'un même organe peut avoir différentes fonctions : ainsi, les organes conventionnels de protection des droits de l'homme ont à la fois un rôle quasi-judiciaire et, dans le cadre de leurs observations générales, un rôle d'identification, d'interprétation et de développement progressif des règles de droit international. De même, le Comité international de la Croix-Rouge a un rôle opérationnel et une fonction plus juridique d'identification ou de commentaire du droit.

Pour mettre de l'ordre dans la pratique actuelle, le Rapporteur spécial propose l'utilisation d'un critère organique, à savoir la distinction qu'il fait dans les projets de conclusions 9 et 10 en fonction du caractère privé ou public des personnes et organes d'experts. Pour M. Forteau, cette distinction n'est pas opératoire car elle a malencontreusement pour effet d'exclure, par exemple, les professeurs français de la catégorie de la doctrine, même si cela n'était probablement pas l'intention. En France, les professeurs ne sont pas des « experts privés » : les universités sont des établissements publics et les professeurs de droit sont des fonctionnaires. La « doctrine » est donc avant tout produite par des personnes et des centres de recherche qui sont rattachés à l'État et financés par celui-ci. Or une référence aux « auteurs individuels » ne figure que dans le projet de conclusion 9, consacré aux experts « privés », et comme aucun autre projet de conclusion ne définit précisément ce qu'est la doctrine, cela semble exclure des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international les professeurs travaillant dans des universités publiques, ce qui est problématique.

En second lieu et surtout, le véritable critère de définition de la « doctrine » n'est pas organique mais fonctionnel : ce qui est décisif pour déterminer si les travaux d'une personne ou d'un organe relèvent de la catégorie de la « doctrine » n'est pas son statut mais la nature de ses travaux et plus précisément sa fonction, à savoir le fait d'agir en toute indépendance et suivant une méthode scientifique, objective et impartiale. La doctrine est liée par l'éthique de la recherche. Le critère clé est la nature du travail fourni et la méthode suivie pour y parvenir.

Si l'on prend ce critère en compte, la « doctrine », entendue au sens le plus large possible, peut comprendre les différents documents qui sont établis par des experts ou des groupes d'experts suivant une méthode scientifique, objective et indépendante. Cette approche permet de mieux comprendre la pratique actuelle et M. Forteau indique que sa position sur ce point a évolué depuis 2023 grâce au travail du Rapporteur spécial. Certains travaux du Comité international de la Croix-Rouge, par exemple, ainsi que certains documents adoptés par des organes conventionnels ou des organisations internationales peuvent être considérés comme relevant de la doctrine lorsque, mais uniquement lorsque, ils ont été menés ou établis de manière indépendante et dans un but de recherche juridique.

Cela étant, les projets de conclusions 9 et 10 devraient être réunis en un seul projet de conclusion divisé en deux paragraphes dont le premier indiquerait que la doctrine vise, au sens strict, les personnes dont l'enseignement et la recherche sont le métier principal, et dont le second préciserait que, par extension et au sens large, les travaux de certains autres organes ou personnes peuvent être assimilés à la doctrine lorsque, et seulement lorsque, ces travaux sont menés à titre d'expertise indépendante. Que les personnes ou organes concernés soient privés ou publics est indifférent : ce qui compte, c'est la manière dont ils travaillent et la mission d'expertise indépendante qui est la leur. Par exemple, un article publié dans une revue par le conseiller juridique d'un ministère ou par un ambassadeur relève de la doctrine au sens large lorsqu'il ne reflète que les vues indépendantes de son auteur.

Certains des travaux de la Commission pourraient être rattachés à cette seconde catégorie, celle de la doctrine au sens large. Les membres de la Commission sont en effet censés agir comme experts indépendants en vertu des règles applicables aux experts au sein de l'Organisation des Nations Unies. Dans le même temps, la Commission est dotée d'un mandat spécifique : non seulement elle codifie le droit mais elle le développe. Elle doit tenir compte des observations des États et ses travaux ont une vocation opérationnelle parce qu'ils peuvent se transformer en conventions internationales et ainsi devenir des travaux préparatoires de ces conventions. Compte tenu de cette ambiguïté, on ne peut pas rattacher en bloc l'ensemble des travaux de la Commission à la catégorie de la doctrine. En revanche, il est possible d'assimiler ces travaux à cette catégorie lorsqu'ils sont utilisés pour l'expertise indépendante qu'ils fournissent sur l'état du droit international sur une question donnée. Ce critère fonctionnel permet d'expliquer la jurisprudence de la Cour internationale de Justice qui, selon les circonstances, attribue des rôles différents aux travaux de la Commission.

S'agissant du chapitre V du rapport du Rapporteur spécial, le rôle des résolutions des organisations internationales paraît relever clairement de la formation du droit et non de la catégorie des moyens auxiliaires. Ces résolutions sont en effet des actes juridiques adoptés

par les États agissant en tant que tels et ont soit un effet obligatoire, soit valeur de recommandation, et peuvent servir d'éléments de preuve du droit international coutumier. Ce rôle n'a rien à voir avec la question des moyens auxiliaires.

Contrairement à ce qu'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 192 de son rapport, le rôle d'une résolution – même lorsqu'elle ne fait que codifier le droit existant – est lié à la formation du droit international et cette résolution ne constitue pas un moyen auxiliaire. Une résolution visant à codifier le droit est un acte juridique qui exprime une volonté politique. La résolution 2625 (XXV) sur les principes du droit international constitue un bon exemple : les États se sont réunis au sein de l'Assemblée générale non pour constater comme experts ce que le droit disait, comme le feraient des professeurs dans le cadre d'un colloque, mais pour exprimer dans un instrument juridique leur position officielle sur ce qu'ils estiment être l'état du droit international sur les principes en question. Les négociateurs de cette résolution avaient assurément reçu des instructions de négociation de leurs autorités nationales. Cette résolution ne saurait donc constituer un moyen auxiliaire, puisqu'il s'agit de l'expression d'une volonté politique qui relève du processus de formation du droit.

Les jurisprudences citées aux paragraphes 195 à 197 du rapport et dans les observations 68 à 70 de l'étude du Secrétariat (A/CN.4/765) montrent bien que les juridictions internationales utilisent les résolutions comme preuves du droit international et non comme moyen auxiliaire. La Cour internationale de Justice l'a indiqué clairement dans ses avis consultatifs rendus en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et en 2019 sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* : dans un cas comme dans l'autre, la Cour a mentionné expressément la valeur et le caractère normatifs des résolutions, l'adjectif « normatif » renvoyant à leur contribution au processus de formation du droit. Pour ces raisons, M. Forteau ne peut adhérer au projet de conclusion 11, qui n'est appuyé par aucun élément convaincant de pratique ou de jurisprudence.

Le seul type de document adopté par une organisation internationale qui pourrait être considéré comme un moyen auxiliaire serait un document relevant du domaine de l'expertise, par exemple lorsque le secrétariat d'une organisation produit une étude sur une question donnée. Un tel document relèverait toutefois de la catégorie susmentionnée des travaux d'organes d'experts.

Pour ce qui est du chapitre VI du rapport du Rapporteur spécial, consacré à l'unité et à la cohérence du droit international, M. Forteau n'est pas convaincu que la question relève du sujet à l'examen. Le projet de conclusion 12 semble sortir du cadre des travaux sur les moyens auxiliaires, puisqu'il ne porte pas sur la manière dont ceux-ci doivent être utilisés mais sur la manière dont les juridictions devraient se comporter, ce qui est un sujet différent. On voit d'ailleurs mal pourquoi ce projet de conclusion ne concerne que les juridictions ; en bonne logique, il devrait également viser la doctrine et tout sujet de droit qui interprète et applique le droit international.

Par ailleurs, le culte de la « stabilité » du droit international mentionnée au projet de conclusion 12 est contestable. Si l'on veut que le droit international progresse, il ne faut pas exagérer le besoin de « stabilité ». Jamais le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* n'auraient vu le jour si la Commission, en 1966, et la Cour internationale de Justice, en 1970, avaient été liées par le projet de conclusion 12.

Le chapitre VII du rapport du Rapporteur spécial porte sur la différence entre « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit et « moyens complémentaires » d'interprétation, de toute évidence un sujet très difficile. Le Rapporteur spécial conclut que les moyens auxiliaires peuvent jouer un rôle significatif en matière d'interprétation et que cette fonction interprétative serait une fonction distincte de leur fonction de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international, comme l'indique le paragraphe 1 du projet de conclusion 13, et que les moyens auxiliaires pourraient servir de moyens complémentaires d'interprétation, comme l'indique le paragraphe 2.

Or ce raisonnement, décliné tout au long du chapitre VII du rapport, pose deux problèmes. Premièrement, il ne tient pas toujours compte de l'importante précision donnée au paragraphe 2 du projet de conclusion 6, selon lequel un même élément peut être utilisé à des fins différentes, par exemple comme moyen auxiliaire dans un contexte et comme moyen

d'interprétation dans un autre. Cela ne signifie pas pour autant que les moyens auxiliaires sont eux-mêmes des moyens d'interprétation.

Par ailleurs, le raisonnement justifiant le projet de conclusion 13 proposé par le Rapporteur spécial introduit une confusion quant au niveau auquel interviennent les moyens auxiliaires. On peut dire avec raison que les moyens auxiliaires jouent un rôle en matière d'interprétation, mais cela ne transforme pas pour autant leur fonction ni ne les transforme en moyens d'interprétation. Les moyens auxiliaires sont toujours utilisés de manière accessoire, comme assistance aux moyens d'interprétation, mais pas comme moyens d'interprétation en eux-mêmes. En d'autres termes, ils jouent un rôle dans la détermination de l'interprétation mais pas dans l'interprétation elle-même. Les moyens auxiliaires n'ont pas deux fonctions, leur seule fonction est d'aider à la détermination de l'existence et du contenu du droit, ce qui inclut évidemment l'aide qu'ils apportent à la détermination de l'interprétation du droit.

Lorsque, par exemple, l'interprétation d'une disposition d'un traité fait débat, il est nécessaire de recourir aux moyens d'interprétation prévus aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui s'imposent aux États. Dans l'application de ces moyens d'interprétation, on peut bien entendu s'aider de moyens auxiliaires. Par exemple, pour déterminer s'il existe un accord ultérieur ou ce que disent des travaux préparatoires, on peut consulter la doctrine et la jurisprudence pour éclairer la compréhension de ces moyens d'interprétation. À cet égard, les moyens auxiliaires interviennent de l'extérieur pour éclairer les moyens d'interprétation, comme le dit très justement la fin du paragraphe 2 du projet de conclusion 13, mais cela ne les transforme pas pour autant en moyens d'interprétation, comme l'affirme à tort le début de ce paragraphe 2.

Il serait plus correct de dire que lorsqu'un problème d'interprétation se pose, les États doivent appliquer les règles et les moyens d'interprétation prévus, en particulier, aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne et qu'ils peuvent avoir recours aux moyens auxiliaires pour les assister dans l'application de ces règles et moyens d'interprétation.

Par exemple, il peut être fait appel à la jurisprudence ou aux travaux d'organes d'experts pour identifier l'objet et le but d'un traité, ou l'existence d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne. La Cour internationale de Justice a suivi cette approche dans son avis consultatif de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* et dans son arrêt de 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2021 dans 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)*, la Cour a été encore plus claire, indiquant que lorsqu'elle interprète un traité, elle applique d'abord l'article 31 de la Convention de Vienne, puis l'article 32 du même texte ; ce n'est que dans un troisième temps que, dans cette affaire, elle a examiné la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. La Cour a finalement conclu que sa propre interprétation du traité, à laquelle elle était parvenue « [e]n se fondant [...] sur les règles coutumières pertinentes en matière d'interprétation des traités », était différente de celle du Comité, qu'elle n'a par conséquent pas suivie. La conclusion de la Cour confirme que la pratique des organes d'experts en tant que moyen auxiliaire opère sur un autre plan que les règles et moyens d'interprétation prévus aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne.

De même, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2004 dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour devait interpréter l'expression « sans retard » figurant dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et elle a eu recours pour ce faire aux règles et moyens d'interprétation prévus aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans une affaire ultérieure, l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, la Cour s'est bornée à renvoyer à sa jurisprudence *Avena* parce qu'elle avait déjà pris position sur la question interprétative dans cette affaire. Sa jurisprudence antérieure lui permettait facilement, comme moyen auxiliaire, de déterminer l'interprétation à retenir puisqu'elle avait déjà procédé dans un arrêt antérieur à l'interprétation de la règle en cause en application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne.

La Commission doit maintenir aussi clairement que possible la distinction entre moyens d'interprétation et moyens auxiliaires, même si cette distinction n'est pas toujours facile, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 347 de son rapport. Rien ne serait plus dangereux que de remettre en cause cette différence fondamentale, car cela déstabiliserait la méthode qui doit être suivie pour interpréter les règles de droit international ; le projet de conclusion 13 doit donc être substantiellement revu.

M. Forteau dit que s'il est éminemment reconnaissant au Rapporteur spécial pour son rapport, qui traite de questions extrêmement complexes, il a plusieurs réserves quant au raisonnement suivi dans ce rapport et quant à certains des projets de conclusion proposés. Il ne doute toutefois pas que le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction sauront répondre à ses préoccupations.

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

M. Oyarzábal (Président du Comité de rédaction) dit que pour le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », le Comité de rédaction est composé de M. Akande, M. Argüello Gómez, M. Asada, M. Fife, M. Galindo, M. Grossman Guiloff, M. Lee, M. Ma, M^{me} Mangklatanakul, M. Mavroyiannis, M. Nesi, M. Paparinskis, M. Patel, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Savadogo et de M. Zagaynov, ainsi que de MM. Jalloh (Rapporteur spécial) et Fathalla (Rapporteur), membres de droit.

La séance est levée à 13 heures.