

Annexe

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Par Charles C. Jalloh

I. Introduction

1. La Cour internationale de Justice (« la CIJ »/« la Cour »), dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis par les États, est tenue d'appliquer à cet effet le paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut. Même si, formellement, elle est édictée à l'intention des seuls juges de la CIJ, cette disposition est communément considérée comme l'un des exposés faisant le plus autorité, sinon le plus autorisé des sources du droit international. Il résulte ainsi du paragraphe 1 de l'Article 38 que, pour régler les différends qui lui sont soumis, la Cour applique :

- a) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- c) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d) Sous réserve de la disposition de l'Article 59, *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*¹. [Non souligné dans l'original.]

2. Étant donné la place centrale des sources dans le système juridique international, on ne s'étonnera pas que la Commission du droit international (« la Commission ») ait consacré beaucoup de temps à étudier les sources énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, à savoir, notamment, les conventions internationales et, plus récemment, la coutume internationale ainsi que les principes généraux du droit. De fait, à ce jour, la contribution la plus importante de la Commission réside sans doute dans ses travaux sur le droit des traités dont la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969² constitue l'aboutissement, travaux qu'elle poursuivra dans l'avenir³. Cette œuvre initiale sur le droit des traités la conduira en effet à approfondir sa réflexion sur le sujet sous divers angles. La Commission s'est ainsi intéressée aux questions des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales⁴, des

¹ Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, par. 1, Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

² Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331 ; Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, 23 août 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, p. 3 ; et Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 21 mars 1986, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

³ Voir, de manière générale, sur le site de la CDI, l'onglet *About the Commission*, disponible à l'adresse <https://legal.un.org/ilc/> (consulté le 27 juillet 2021) (On peut notamment citer dans ce domaine les travaux de la Commission sur : le droit des traités (1949-1966) ; les réserves aux traités multilatéraux (1951) ; la succession d'États en matière de traités (1968-1974) ; les traités entre États et organisations internationales (1970-1982) ; les réserves aux traités (1993-2011) ; les effets des conflits armés sur les traités (2004-2011) ; les actes unilatéraux des États (1996-2006) ; les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, précédemment intitulé les traités dans le temps (2008-2018) ; l'application à titre provisoire des traités (2012-2021) ; le *jus cogens*, désormais intitulé les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (2015 à ce jour)).

⁴ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session* (1982), A/37/10, par. 12 à 63.

réerves aux traités⁵, des effets des conflits armés sur les traités⁶, des actes unilatéraux des États⁷, des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁸, de l'application à titre provisoire des traités⁹ et des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)¹⁰.

3. En ce qui concerne l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, sur la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, la Commission a inscrit à son programme de travail, à sa soixante-quatrième session (2012), le sujet intitulé « Formation et identification du droit international coutumier », avant de le renommer « Détermination du droit international coutumier » à sa soixante-cinquième session (2013)¹¹. À sa soixante-dixième session (2018), elle a adopté en seconde lecture un projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier et des commentaires y relatifs, transmettant le tout à l'Assemblée générale accompagné d'une recommandation finale, conformément à l'article 23 de son statut¹². À sa soixante-treizième session (2018), l'Assemblée générale s'est félicitée de l'achèvement des travaux de la Commission sur le sujet et a pris note du texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier annexé à sa résolution¹³. Le recommandant aux États, elle a encouragé sa plus large diffusion possible.

4. Continuant d'entreprendre de mettre en évidence les sources fondatrices du droit international, la Commission décidera à sa soixante-dixième session (2018) d'ajouter à son programme de travail l'examen du sujet des « Principes généraux du droit » et nommera un rapporteur spécial pour ce sujet¹⁴. Les principes généraux du droit suscitent plusieurs questions dans la pratique et sont bien entendu également une source du droit mentionnée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ¹⁵. Le Rapporteur spécial pour ce sujet a présenté son premier rapport à la soixante et onzième session de la Commission, en 2019, puis son deuxième rapport en 2020¹⁶. La session de 2020 ayant cependant été exceptionnellement reportée d'un an du fait de la pandémie mondiale de COVID-19, le débat sur ce dernier rapport n'a pu avoir lieu qu'à la soixante-douzième session tenue en 2021¹⁷.

5. L'entreprise menée par la Commission pour mettre en évidence les sources du droit international a, semble-t-il, été bien accueillie par les États et la communauté juridique internationale. La Commission a déjà mené à bien l'examen de différents sujets, le but en

⁵ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, A/66/10, p. 23.

⁶ *Ibid.*, par. 106.

⁷ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (2006)*, A/61/10, par. 160 à 177.

⁸ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, A/73/10, p. 11.

⁹ *Ibid.*, p. 215.

¹⁰ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019)*, A/74/10, p. 149.

¹¹ Commission du droit international, *Compte rendu analytique provisoire de la 3132^e séance (22 mai 2012)*, A/CN.4/SR.3132, p. 23.

¹² *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, A/73/10, p. 128.

¹³ Voir la résolution 73/203 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2018, p. 2, par. 4.

¹⁴ Commission du droit international, *Compte rendu analytique provisoire de la 3433^e séance (19 juillet 2018)*, A/CN.4/SR.3433, p. 3.

¹⁵ Statut de la CIJ, Art. 38, par. 1, al. c), Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

¹⁶ Marcelo Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial pour le sujet des principes généraux du droit), *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/732 (5 avril 2019) ; Marcelo Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial pour le sujet des principes généraux du droit), *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/741 (9 avril 2020) ; voir aussi Principes généraux du droit, *Étude du Secrétariat de la Commission du droit international*, A/CN.4/742 (12 mai 2020).

¹⁷ Voir Commission du droit international, *Daily Bulletin Seventy-second Session (2021)*, disponible à l'adresse suivante : <https://legal.un.org/ilc/sessions/72/bulletin.shtml> (consulté le 30 juillet 2021) (Le débat en séance plénière sur le sujet des principes généraux du droit a débuté par la présentation de son rapport par le Rapporteur spécial le 12 juillet 2021 à la 3536^e séance de la Commission et s'est achevé sur un renvoi au Comité de rédaction le 21 juillet 2021 à la 3546^e séance).

étant de préciser le droit des traités et le droit coutumier. Son examen des principes généraux du droit, qui sont une source parfois négligée ou mal comprise du droit international, est en bonne voie. Pour l'heure, elle a entrepris de procéder à l'examen systématique des trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38, mais le dernier alinéa du paragraphe, concernant les « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit international, n'a guère retenu son attention.

6. Le sujet a bien entendu été évoqué au fil des ans à l'occasion des travaux de la Commission. Il en a ainsi été question, par exemple, au cours du débat en séance plénière tenu à la soixante et onzième session au sujet du premier rapport sur les principes généraux du droit, qui venait constater le défaut de clarté de la question des moyens auxiliaires. Toutefois, ce sujet n'a pas été envisagé séparément en considération de l'intérêt propre qu'il pourrait présenter, même s'il est vrai que, selon le texte même de l'alinéa d), il ne s'agit là que d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Quoi qu'il en soit, certains aspects de ces moyens auxiliaires et de leurs interactions et relations avec les sources du droit international sont flous, sources de confusion, voire encore indéterminés. En conséquence, étant donné le souci de clarté, de prévisibilité et d'uniformité du droit international, la Commission devrait envisager d'élargir l'examen systématique du paragraphe 1 de l'Article 38 à la question des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international visés à l'alinéa d) dudit paragraphe, à savoir *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*.

7. « [L]es décisions judiciaires » comme « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ont joué un rôle crucial dans le développement du droit international, ce constat valant pour l'ère de la formation du droit international, sans toutefois y être limité. Le poids des décisions judiciaires et de la doctrine varie selon les juridictions et les branches du droit international considérées. Étant donné ses travaux antérieurs ou plus récents sur les sources du droit international et son mandat d'organe d'experts en matière de droit international général, la Commission paraît spécialement bien placée pour éclaircir plusieurs aspects des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, à savoir notamment leur nature, leur champ d'application et leurs fonctions au regard des sources du droit international.

8. Comme pour d'autres sujets intéressant les sources examinés récemment par la Commission, et sans préjudice de toute autre solution que son examen dicterait, le résultat des travaux de la Commission sur le sujet des moyens auxiliaires pourrait prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires. Le choix d'un projet de conclusions rejoindrait la solution retenue par la Commission pour les sujets « Détermination du droit international coutumier »¹⁸ et « Principes généraux du droit »¹⁹. À ce jour, aucune définition unique de l'expression « projet de conclusions » ne ressort de la pratique de la Commission. Selon l'acception qui en est retenue ici, le résultat des travaux sur le sujet proposé représenterait l'aboutissement d'un processus de délibération réfléchie et l'exposé des règles et pratiques recensées concernant les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Conformément au Statut et à la pratique établie de la Commission, la teneur du projet de conclusions pourrait ainsi être considérée comme opérant à la fois codification et développement progressif du droit international.

II. Le sujet satisfait aux critères de la Commission retenus pour tous nouveaux sujets

9. Le sujet satisfait aux critères que la Commission a arrêtés en 1996, puis réaffirmés en 1998 s'agissant du choix de nouveaux sujets²⁰, tout nouveau sujet devant ainsi : a) correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la

¹⁸ Voir A/73/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, p. 123 à 128.

¹⁹ Voir A/74/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019)*, p. 351.

²⁰ *Annuaire ... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73, par. 238, A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 ; *Annuaire ... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1.

codification du droit international ; b) être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif ; c) être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins²¹. En outre, et même si cette considération ne joue pas ici puisqu'il s'agirait d'un sujet classique du droit international général, la Commission a également décidé que, loin de se cantonner dans l'étude de sujets classiques, elle envisagerait aussi ceux qui dessinent des tendances nouvelles du droit international et inspirent des préoccupations pressantes de la communauté internationale²².

10. En l'occurrence, le sujet satisfait aux critères susmentionnés. Il est important pour les États en ce qu'il viendrait leur permettre de mieux appréhender les *décisions judiciaires* et la *doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations* dans leurs différents aspects, ainsi que les solutions pratiques et théoriques qu'elles ont inspirées aux juridictions internes et internationales. Une abondance de jurisprudence interne et internationale et de doctrine invoque les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes à l'occasion de l'opération de détermination des règles applicables de droit international, sans toujours les qualifier expressément de moyens auxiliaires²³. En analysant les différentes solutions et les divergences de vues suscitées par le recours aux moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, la Commission pourrait ainsi se donner un guide méthodologique faisant autorité et de nature à l'aider à définir le poids à accorder à ces moyens s'agissant de déterminer l'existence des règles de droit international visées aux alinéas a) à c) dudit paragraphe.

11. Le sujet est en outre suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif, à en juger par l'abondante jurisprudence interne et internationale sur la matière, par la prolifération des juridictions internationales ces cinquante dernières années et par le grand volume d'écrits universitaires et autres commentaires de doctrine consacrés à la question des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

12. Le sujet est aussi à la fois concret et suffisamment facile à traiter, puisqu'il est axé sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et puisque, rapproché de ses travaux antérieurs, il viendrait offrir à la Commission l'occasion d'achever de clarifier le rôle des moyens subsidiaires dans la détermination des sources du droit international. Ainsi, son examen viendrait sans doute compléter utilement les travaux en cours sur l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, consacré aux principes généraux du droit et, selon le moment où elle s'y attellerait, permettre à la Commission de s'arrêter sur toutes synergies qui existeraient entre cet alinéa et l'alinéa d).

III. Bref aperçu du paragraphe 1 de l'Article 38 et interrogations suscitées par les moyens subsidiaires

13. La place faite aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations dans le paragraphe 1 de l'Article 38 demeure très controversée au sein de la doctrine. Il semblerait même que les auteurs divergent quant à savoir si cette disposition établit une ou deux listes de sources. Certains, partisans d'une première thèse, voient dans les décisions judiciaires visées à l'alinéa d) une source de droit au même titre que les autres sources de droit énumérées aux alinéas a) à c), estimant que les termes de l'Article 38 sont « [...] déterminants en principe, [et ne voyant] guère de mal à considérer un moyen auxiliaire

²¹ Ibid. ; voir aussi A/55/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (2000)*, p. 131, par. 728.

²² *Annuaire ... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (« La Commission a convenu également qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale. »).

²³ Voir Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, *Int'l & Comp. L. Q.*(2017), vol. 66, p. 1 ; voir aussi Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, *L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib.* (2017), vol. 16, p. 464. Pour une nouvelle monographie approfondie sur la doctrine, voir Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 2021).

de détermination des règles de droit comme une source de droit, non par simple analogie mais de façon directe²⁴ » [traduction non officielle]. Selon les tenants de la seconde thèse, sans doute dominante, l'Article 38 établirait deux listes de sources. Il énumérerait en ses alinéas a) à c) les « sources formelles dont peuvent naître des règles de droit international juridiquement valides²⁵ » [traduction non officielle], tandis qu'il proposerait en son alinéa d) des moyens alternatifs ou supplémentaires grâce auxquels les « règles de droit [existantes] peuvent être déterminées²⁶ » [traduction non officielle]. Autrement dit, les moyens auxiliaires seraient de simples outils permettant de déterminer ou de constater l'existence ou le contenu des sources, sans être en soi des sources à proprement parler. L'examen du sujet proposé pourrait être pour la Commission l'occasion de clarifier l'état du droit positif en se fondant sur la pratique et de proposer des orientations touchant la place et l'utilisation des moyens auxiliaires dans différents domaines du droit international.

14. En outre, dans le contexte des débats portant sur la vaste catégorie des « décisions judiciaires », la place des décisions des juridictions *internes* par rapport à celles des juridictions *internationales* suscite diverses interrogations²⁷. Si, en elles-mêmes, les décisions judiciaires ne peuvent constituer des sources de droit, les organes judiciaires peuvent, à l'occasion des conclusions qu'ils dégagent en interprétant et en appliquant de tels traités, la coutume et les principes généraux du droit pour déterminer les règles de droit international positif, dégager des obligations juridiques contraignantes pour les États, les organisations internationales et d'autres instances.

15. S'agissant de la relation entre les moyens auxiliaires et les différentes sources du droit international, les décisions judiciaires semblent jouer des rôles divers, venant parfois préciser les règles conventionnelles générales ou les interpréter à la lumière de leur objet pour les appliquer à des situations nouvelles, qui peuvent ne pas avoir été envisagées²⁸. À cet égard, la CIJ, organe judiciaire principal des Nations Unies, a, par ses arrêts, grandement contribué à l'évolution de nombreuses branches du droit international, notamment le droit de l'emploi de la force, le droit de la mer, la délimitation des frontières maritimes, la responsabilité des États, le droit des traités, les relations consulaires, l'asile, le droit international de l'environnement, la décolonisation, l'autodétermination, etc. Faisant souvent application des règles de fond qu'elle a précédemment dégagées, elle fait ainsi appel à sa jurisprudence venant clarifier les règles du droit international pour contribuer aussi à l'affermissement sinon au développement de ce droit²⁹.

²⁴ Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk (dir. publ.), 1996, p. 413 à 424.

²⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 652 ; O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. vol. 1 (3^e éd.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals by Georg Schwarzenberger*, Am. J. Int'l. L. (1959), vol. 53, p. 197.

²⁶ Ibid., p. 653 (qui cite Schwarzenberger).

²⁷ Voir Sienho Yee, *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, J. Int. Disp. Settlement (2016), vol. 7, p. 472

²⁸ Voir Cour internationale de Justice, Manuel, p. 98 à 100, Numéro de vente : 1055 (2016), disponible à l'adresse suivante : <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-fr.pdf> (consulté le 27 juillet 2021) (De fait, dès 1949, la CIJ a reconnu l'existence d'une « nouvelle situation » au regard de la Charte dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*) (« La Cour se trouve ici en présence d'une situation nouvelle. On ne peut répondre à la question qui naît de cette situation qu'en déterminant de quelle manière elle est réglée par les dispositions de la Charte interprétées à la lumière des principes du droit international. ») (Depuis lors, la Cour a reconnu expressément dans de nombreuses décisions l'évolution du droit international. Elle a souligné l'importance de cette évolution pour la détermination du droit applicable à l'affaire en cause.)

²⁹ Voir Cour internationale de Justice, Manuel, p 77, disponible à l'adresse suivante : <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-fr.pdf> (consulté le 27 juillet 2021) (Où il est dit qu'« un arrêt de la CIJ ne se borne pas à régler un différend donné ; il contribue inévitablement au développement du droit international. La CIJ, qui en est hautement consciente, ne manque pas de tenir compte de ces deux objectifs dans la conception et la rédaction de ses arrêts. »).

16. En ce qui concerne le droit international coutumier, comme il ressort de l'étude consacrée par le secrétariat de la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », « les décisions des juridictions nationales ont deux fonctions générales dans la détermination du droit international coutumier³⁰ ». L'une consiste à servir de preuve de la pratique étatique. L'autre est d'aider à déterminer les règles de droit. Cette dualité de fonctions a été reconnue par la Commission dans ses conclusions finales sur ce sujet³¹. En conséquence, à l'occasion de l'étude envisagée, la Commission pourrait sans doute, en faisant fond sur ces travaux antérieurs ainsi que sur les travaux en cours relatifs aux principes généraux du droit, examiner utilement le rôle joué par les décisions judiciaires des juridictions internes et internationales dans l'interprétation et l'application des règles de droit international découlant des traités, de la coutume et des principes généraux du droit tels qu'envisagés à l'Article 38.

17. Bien entendu, l'Article 38 du Statut de la CIJ n'a pas surgi du néant. Évoquant la situation antérieure à la rédaction de cette disposition, Oppenheim écrivait ce qui suit en 1908 :

« Mis à part la Cour internationale des prises dont la création a été décidée lors de la deuxième Conférence internationale de la paix de La Haye mais qui n'a pas encore vu le jour, il n'existe aucune juridiction internationale pouvant définir ces règles coutumières et les appliquer avec autorité à des affaires ayant vocation à acquérir valeur de précédents liant les juridictions inférieures. Les auteurs, et en particulier les auteurs de traités de droit international, doivent d'une certaine manière prendre la place des juges pour dire s'il existe quelque coutume établie, si l'on est en présence uniquement de quelque usage par opposition à une coutume, ou encore si tel usage a acquis valeur de coutume ainsi que pour trancher d'autres questions du même ordre [...] C'est pourquoi la doctrine du droit international est beaucoup plus importante pour l'application de ce droit que la doctrine d'autres branches du droit.³² » [traduction non officielle].

18. Le texte actuel de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 est fondé sur celui du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (« la CPJI »). Le Comité consultatif de juristes de 1920, et plus précisément son président, le baron Descamps, avait initialement proposé le texte suivant : la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit³³. Cette proposition avait soulevé une certaine opposition. Au cours des débats qui suivront, le baron Descamps déclarera que, selon lui « la doctrine et la jurisprudence ne créent pas de règles, sans doute, mais elles concourent à la détermination des règles qui existent. Le juge devra recourir au double trésor de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, mais ces trésors conservent un caractère elucidateur³⁴ » [traduction non officielle]. Sa proposition initiale ne sera pas adoptée. Au cours des discussions, MM. Root et Phillimore soumettront un autre projet de texte³⁵. « L'opposition suscitée par sa position n'ayant pas désarmé, le baron Descamps [...] proposera en définitive [...] le libellé suivant : “la Cour tient compte des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit”³⁶ » [traduction non officielle], suggérant lui-même de

³⁰ *Détermination du droit international coutumier : Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier*, Étude du Secrétariat de la Commission du droit international, A/CN.4/691 (9 février 2016).

³¹ Voir, par exemple, A/73/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, p. 126 à 128 (conclusions 6, 10, 13 et 14) (Visant dans certains cas à la fois les décisions judiciaires des tribunaux internes et la doctrine des publicistes.).

³² Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 659 ; voir aussi L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, Am. J. Int'l L. (1908), vol. 2, p. 313.

³³ Ibid., p. 651.

³⁴ Ibid., p. 652.

³⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 652.

³⁶ Ibid.

retenir les mots « comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit ». La formule sera adoptée telle qu'elle³⁷. On gagnerait sans doute ainsi à interroger de près, à l'occasion de l'examen envisagé, les travaux préparatoires de la disposition en question, le but étant d'éclaircir le rôle que l'on a entendu attribuer aux moyens auxiliaires et leur place actuelle dans la détermination des règles de droit international.

IV. Décisions judiciaires

19. Il résulte du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ que les « décisions judiciaires » sont un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit³⁸ ». Cela dit, comme l'a fait remarquer un commentateur, « cette formule sous-estime le rôle des décisions des juridictions internationales dans le processus de création des normes. Des jugements bien argumentés ont souvent une influence essentielle sur le processus normatif, même si en théorie les tribunaux appliquent le droit existant et ne créent pas de nouvelles règles³⁹ » [traduction non officielle]. En principe, bien sûr, les décisions de la CIJ n'ont pas de force obligatoire excepté entre les parties au litige et, même entre celles-ci, cette force obligatoire se limite au cas qui a été décidé (Art. 59 du Statut de la CIJ)⁴⁰. Toutefois, sans être liée par quelque règle du précédent similaire à celle connue des systèmes de *common law* en vertu de laquelle la jurisprudence des juridictions supérieures s'impose aux juridictions inférieures, la CIJ s'appuie en pratique sur sa propre jurisprudence. Gage de prévisibilité et de cohérence dans l'application du droit international, cette approche est aussi source de sécurité juridique accrue en faveur des États et des organisations internationales, la Cour ne s'écartant de ses précédents que pour des motifs sérieux et, s'en expliquant souvent, toutes les fois qu'elle est conduite à le faire.

20. Il est parfois malaisé de dire s'il faut interpréter restrictivement ou largement le paragraphe 1 de l'Article 38. La Cour s'appuie aussi naturellement sur les travaux de la CPJI, sa devancière, comme le font les parties qui plaident devant elle. Les parties au litige ou les parties intervenantes invoquent en outre abondamment la jurisprudence comme la doctrine. De fait, et on ne s'en étonnera sans doute pas, la Cour invoque aussi couramment la jurisprudence d'autres juridictions internationales ou de juridictions internes. Et si, dans ses arrêts, elle ne vise guère de travaux de juristes, la Cour semble accorder une place de choix aux travaux d'organes d'experts lorsqu'elle tranche un différend ou rend un avis consultatif.

21. La CIJ invoque maintenant de plus en plus fréquemment la jurisprudence d'autres juridictions, cette tendance semblant devoir s'accroître à mesure que le droit international se spécialise. Ainsi a-t-elle notamment cité le Tribunal international du droit de la mer⁴¹, la Cour centraméricaine de justice⁴², la Cour de justice des communautés européennes⁴³ (aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne), certaines sentences arbitrales⁴⁴ et des organes chargés des droits de l'homme à vocation régionale, comme la Cour interaméricaine des

³⁷ Ibid.

³⁸ Statut de la CIJ, Art. 38, par. 1, al. d), Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

³⁹ Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 205, 1987, p. 247 à 330.

⁴⁰ Statut de la CIJ, Art. 59, Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

⁴¹ Voir *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 624, à la page 666, par. 114 (novembre 2019).

⁴² Voir *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. 1992, p. 351, à la page 599, par. 401 (septembre 2011) (où il est fait référence à l'arrêt rendu par la Cour centraméricaine de justice en l'affaire *El Salvador c. Nicaragua*, C.A.C.J., arrêt du 9 mars 1917, Am. J. Int'l L., vol. 11, p. 674).

⁴³ Voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 644, aux pages 678 et 679, par. 109.

⁴⁴ Voir *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 659, à la page 701, par. 133 (8 octobre) (où il est renvoyé à la sentence arbitrale rendue le 24 mars 1922 par le Conseil fédéral suisse en l'affaire des *Frontières colombo-vénézuéliennes*, R.S.A., vol. I, p. 223) (Dans la même affaire, au paragraphe suivant, la Cour renvoie également à la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal spécial de délimitation dans l'affaire de la *Frontière hondurienne (Guatemala c. Honduras)*, R.S.A., vol. II, p. 1325 (1949)).

droits de l'homme⁴⁵, la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶ et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁴⁷, dont elle a invoqué l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans son arrêt de 2010 en l'affaire *Diallo*⁴⁸, dans lequel elle a déclaré que :

« Lorsqu'[elle] est appelée [...] à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, [la Cour] doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adoptée par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause.⁴⁹ ».

22. En outre, la CIJ fait fréquemment référence aux travaux de tribunaux spécialisés, dont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁵⁰ (« TPIY ») et le Tribunal pénal international pour le Rwanda⁵¹ (« TPIR ») sur des questions concernant le droit pénal international et le droit international humanitaire, s'inclinant dans une certaine mesure à l'occasion, comme dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, devant les décisions desdites juridictions spécialisées. De même, chaque branche du droit international s'inscrivant dans un système juridique international plus vaste, ces juridictions sollicitent aussi souvent l'avis autorisé de la CIJ sur l'état du droit international concernant des questions essentielles, pour compléter toutes orientations résultant des sources mentionnées à l'Article 38.

23. Il pourrait également être intéressant d'examiner la pratique des tribunaux spécialisés et des tribunaux internes consistant à suivre les décisions de la CIJ sur des questions de droit international général en vertu de ce que l'on désigne souvent par l'expression de dialogue entre juridictions⁵². Le TPIY, par exemple, invoque les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Ainsi, dans l'affaire *Kupreškić et consorts*, la Chambre de première instance a déclaré qu'étant « [i]nternational par nature [...], le Tribunal ne peut que se fonder sur les sources bien établies de droit international et, dans ce cadre, sur des décisions judiciaires⁵³ ». À propos de la valeur à accorder à ces décisions, la Chambre a estimé cependant qu'elles « ne devraient être utilisées que comme “moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”⁵⁴ », précisant en outre que « le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal⁵⁵ ». Dans le même ordre

⁴⁵ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 324, à la page 331, par. 13 (19 juin).

⁴⁶ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 92, par. 119 ; l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 324, à la page 331, par. 13 ; affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 132, par. 72 (3 février).

⁴⁷ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, aux pages 363 et 364, par. 66 et 67 (30 novembre).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 664, par. 67.

⁴⁹ *Ibid.* ; voir aussi Mads Andenas et Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of “Judicial Decisions” in Article 38 of the ICJ Statute*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2017), vol. 77, p. 907 à 972, pour une analyse approfondie de l'article 38 et de l'approche de la CIJ concernant les décisions de justice.

⁵⁰ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 130, par. 212 (26 février).

⁵¹ *Ibid.*, p. 126, par. 198.

⁵² Voir, par exemple, pour une analyse doctrinale du dialogue entre juridictions dans le domaine du droit des droits de l'homme *Special Issue: Judicial Dialogue in Human Rights*, Elżbieta Karska et Karol Karski (dir. publ.), *Int'l Com. L. Rev.* (2019), vol. 21, p. 5.

⁵³ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, *Eur. J. Int'l L.* (2013), vol. 24, p. 653 ; voir aussi L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, *Am. J. Int'l L.* (1908), vol. 2, p. 313.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, *Eur. J. Int'l L.* (2013), vol. 24, p. 653.

d'idées, il résulte du paragraphe 3 de l'article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL ») que « [l]es juges de la Chambre d'appel du Tribunal spécial se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel [du TPIY et du TPIR]⁵⁶ ». Le TSSL souligne toutefois que cette disposition ne signifie pas que les décisions de ces tribunaux internationaux constituent des sources directes, ni qu'elles s'imposent à lui⁵⁷.

24. La Cour pénale internationale (« CPI »), dont le corpus de règles applicables énoncé à l'article 21 du Statut de Rome⁵⁸ reprend dans une large mesure les sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la CIJ, suit une approche similaire. Outre son propre statut ainsi que les traités applicables et les autres principes et règles du droit international, ainsi que les principes généraux dégagés à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, la CPI peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

25. Si la question de la place à accorder aux décisions judiciaires, y compris celles d'autres juridictions, dépend du statut ou de l'instrument constitutif des juridictions concernées, voire de leur jurisprudence, une pratique abondante témoigne de l'utilisation des décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit pour établir celles qui sont applicables dans une affaire donnée. D'où la question de savoir ce qu'il faut entendre par « décision judiciaire ». En outre, aucun adjectif, par exemple « internationales », « nationales », ni du reste « régionales », ne vient qualifier l'expression « décisions judiciaires » résultant du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Une analyse plus poussée des termes « décisions » et « judiciaires » semblerait donc s'imposer.

26. Il subsiste également des interrogations quant à l'intérêt des décisions des juridictions internes, ainsi que des juridictions régionales et des organes quasi judiciaires, et au poids à leur accorder par rapport aux décisions des juridictions internationales s'agissant de déterminer toutes règles de droit *international* par référence aux sources de ce droit. On est fondé à se demander aussi si, s'agissant de la détermination de règles spéciales, les travaux spécialisés de groupes ou d'arbitres spéciaux ad hoc institués par l'une ou l'autre, voire les deux parties, à un litige devraient peser du même poids que les décisions d'instances judiciaires établies par des juridictions internationales ou régionales créées par les États, singulièrement celles à caractère universel ou quasi universel, et ce, spécialement en matière de droit des investissements par exemple ou lorsque les décisions d'organes arbitraux s'écarterent des règles du droit international.

27. D'aucuns se sont aussi inquiétés de l'éventualité où différentes juridictions internationales seraient simultanément saisies d'un même différend ou dégageraient des conclusions contradictoires au sujet d'une même règle internationale, ce qui conduirait à s'interroger sur les limites de leurs compétences respectives et tous liens hiérarchiques⁵⁹ qui

⁵⁶ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, art. 20, par. 3, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 145.

⁵⁷ Voir *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment, p. 295 (2 mars 2009) ; pour un commentaire sur la contribution de la jurisprudence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone au droit pénal international, Voir Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge Univ. Press, 2020) ; Charles C. Jalloh (dir. publ.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge Univ. Press, 2014) ; Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1 ; Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1, aux pages 1 à 13 ; Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions of the SCSL's Legal Legacy*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1, aux pages 91 à 95.

⁵⁸ Pour un excellent commentaire de cet article, voir Margaret M. deGuzman, « Article 21 », dans O. Triffterer and K. Ambos (dir. Pub.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3^e éd. (Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016), p. 932 à 948.

⁵⁹ Les inquiétudes exprimées au sujet de la fragmentation du droit international et des conflits entre les régimes qui en relèvent ont également suscité des débats au sujet de l'unité, de la cohérence et de la légitimité de ce droit. Voir, à cet égard, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 183 à 193, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 ; *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, p. 14, par.13 (13 avril 2006).

les uniraient. Sans être dénuées d'intérêt, ces questions et interrogations débordent le champ du sujet.

28. Vu ce qui précède, la Commission devrait pouvoir arrêter une méthode qui viendrait l'aider à déterminer la valeur et le poids à accorder aux décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles applicables du droit international et lui permettre ainsi de définir une approche cohérente utile en la matière à l'intention des États, des organisations internationales, des juridictions ainsi que de la doctrine et des praticiens du droit international.

V. La doctrine des publicistes les plus qualifiés

29. Il résulte du second volet de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ que « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » constitue aussi un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Certes, classiquement, les travaux des plus éminents auteurs ont été d'un grand apport s'agissant de dégager telles règles applicables du droit international⁶⁰. Il semble cependant que leur place ne soit plus aussi éminente, en partie sans doute parce que les États ont réglé des questions toujours plus nombreuses par des conventions internationales et que, dans les domaines où il n'en existe pas ou lorsqu'elles s'avèrent lacunaires, ils font appel au droit international coutumier ou aux principes généraux du droit, même si pour déterminer l'existence et le contenu des règles applicables découlant de ces sources on interroge d'ordinaire utilement les travaux de la doctrine. Indépendamment de la « doctrine » des « publicistes les plus qualifiés » au sens strict, les juridictions peuvent aussi interroger électroniquement un vaste corpus de pratique étatique grâce à des répertoires et d'autres sources fiables, réceptacles de ces informations, l'intérêt des travaux des « publicistes » s'en trouvant ainsi amoindri.

30. Les différentes juridictions et systèmes juridiques nationaux et internationaux ont des approches différentes de la doctrine des publicistes, ou de la doctrine de façon générale, en matière de détermination des règles de droit internes ou internationales. Si la CIJ ne l'invoque guère que de loin en loin, n'y faisant référence que dans une poignée de ses arrêts, la doctrine des publicistes occupe en revanche une place de choix dans les opinions individuelles des juges ainsi que dans les décisions de nombreuses autres juridictions. On l'invoque aussi couramment dans les décisions de tribunaux régionaux, ou d'autres tribunaux internationaux, à savoir, pour ne citer que quelques exemples parmi tant d'autres, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal international du droit de la mer, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que les juridictions pénales internationales, dont la Cour pénale internationale et d'autres instances telles que celles de l'Organisation mondiale du commerce. Il n'est pas rare que des juridictions, internes comme internationales, reçoivent ou sollicitent l'avis de spécialistes de la doctrine en qualité d'*amicus curiae* sur tels ou tels points de droit.

31. Si les travaux menés par des auteurs ou autres publicistes ont un certain poids, à tout le moins comme outils d'aide à l'interprétation, il semble que ceux qui émanent de groupes doctrinaux et de certains organes d'experts puissent être regardés comme faisant encore davantage autorité. Se pose donc avant tout la question de savoir si les travaux collectifs d'experts peuvent être considérés comme faisant partie de la doctrine des publicistes. En outre, si tel est le cas, il faudrait peut-être établir une distinction entre le résultat des travaux d'organes d'experts à caractère purement *privé* et ceux d'organes créés par des États ou des organisations internationales. Les prononcés de groupes de juristes internationaux occupés à l'évaluation scientifique de l'état du droit, notamment à l'entreprise de codification ou de développement progressif, peuvent certainement s'avérer utiles et pertinents, pouvant donc participer de la « doctrine ». On peut notamment citer parmi ces groupes d'experts, ad hoc ou permanents, le Harvard Research in International Law (1929-1932), l'Institut de droit international et l'Association de droit international, toutes ces entités privées ayant contribué

⁶⁰ Voir Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, Int'l & Comp. L. Q. (2017), vol. 66, p. 1 ; Voir aussi Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib. (2017), vol. 16, p. 464.

utilement, à différentes périodes, à éclaircir et à faire évoluer certaines branches du droit international.

32. Les organes créés par des États, par exemple ceux d'origine conventionnelle et à vocation bien déterminée comme le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture et le Comité international de la Croix-Rouge, pourraient peser d'un certain poids s'agissant de déterminer les règles de droit international applicables à telle ou telle question donnée, à tout le moins de donner leur interprétation touchant tels ou tels points de droit relevant de leur domaine de compétence. De même, les travaux d'organes régionaux de codification du droit comme l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, la Commission de l'Union africaine sur le droit international, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, le Comité juridique interaméricain, qui sont des entités liées aux États ou créées par ceux-ci, pourraient, quoique ayant vocation régionale, peser du même poids. La Commission en a fait le constat à l'occasion de travaux antérieurs, notamment au sujet des projets de conclusion consacrés à la question des prononcés d'organes d'experts dans le cadre de l'examen des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁶¹. Il semblerait donc opportun d'examiner cette question plus avant au regard du paragraphe 1 de l'Article 38.

33. Dans le même ordre d'idées, l'on *pourrait* examiner les travaux réalisés par la Commission en exécution du mandat unique que lui a confié l'Assemblée générale, à savoir aider les États à encourager le développement progressif du droit international et sa codification, ainsi qu'il est dit à l'Article 13 de la Charte des Nations Unies. En effet, la Commission, ses rapporteurs spéciaux et ses membres, non seulement invoquent abondamment des décisions judiciaires, mais aussi couramment la doctrine des juristes, et ce, notamment tant dans les rapports qu'ils rédigent et les commentaires relatifs aux articles, principes et directives adoptés, qu'au cours des débats en séance plénière et au sein du Comité de rédaction. La Commission peut même entretenir officiellement des relations plus étroites avec ces autorités, puisqu'elle est habilitée par son statut à consulter « des institutions scientifiques et des experts individuels ». Elle est en outre expressément tenue de joindre aux projets d'article qu'elle soumet à l'Assemblée générale « une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, y compris les traités, les *décisions judiciaires* et la *doctrine* » (art. 20, al. a)).

34. En faisant œuvre de codification, la Commission peut, s'agissant d'évaluer la pratique des États, demander aux gouvernements de lui fournir « les textes de loi, décrets, *décisions judiciaires* [...] » (art. 19, par. 2). De même, lorsqu'elle examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international, la Commission doit dûment tenir compte de la compilation et de la publication de « documents établissant la pratique des États et des *décisions de juridictions nationales et internationales* sur des questions de droit international » (art. 24). Ces dispositions de son statut disent assez l'intérêt que les décisions judiciaires présentent pour les travaux non seulement des organes judiciaires, mais aussi des organes internationaux d'experts qui concourent à l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international. Cela étant dit, la Commission ne prétend pas – cela se comprend – tirer quelque statut ou autorité pour elle de ses propres travaux, alors même que certaines juridictions ou certains universitaires ont tendance à leur conférer une certaine autorité.

35. En définitive, malgré leur omniprésence dans les travaux des juridictions internes et internationales, des juristes et de la Commission en tant qu'outils d'aide à l'interprétation du

⁶¹ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session*, A/73/10, p. 119, par. 18 (2018) (« L'accord de toutes les parties à un traité, voire d'un grand nombre d'entre elles, au sujet de l'interprétation formulée dans un prononcé n'est souvent envisageable que si l'absence d'objections peut être assimilée à un accord des États parties qui ont gardé le silence. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 dispose ce qui suit, à titre de règle générale : “ Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction”. La deuxième phrase du paragraphe 3 vise non pas à reconnaître une exception à cette règle générale, mais plutôt à préciser et appliquer cette règle aux cas typiques des prononcés d'organes d'experts. ») ; voir aussi Georg Nolte (Rapporteur spécial sur la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités), *Quatrième rapport sur la pratique et des accords ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, A/CN.4/694 (7 mars 2016).

droit, les travaux des juristes, des groupes d'experts et d'autres entités spécialisées en droit international ont suscité un intérêt moindre en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Néanmoins, comme l'a déclaré la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du *Paquete Habana*, « les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement⁶² » [traduction non officielle]. Ces travaux tirent ainsi leur autorité de leur qualité, de leur objectivité et de leur exhaustivité. Il serait sans doute intéressant à cet égard de se demander comment apprécier l'influence des spécialistes de la doctrine et de leurs travaux, en procédant selon une approche empirique ou autre.

36. On retiendra que depuis la décision rendue en l'affaire du *Paquete Habana* en 1900, on n'a guère tenté de cerner les notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine des publicistes les plus qualifiés ». En définitive, sans doute en raison de la nature du sujet, la méthode employée pour évaluer les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et le poids qui leur est accordé dans la détermination des règles de droit applicables demeure peu cohérente. On peut également s'interroger sur le point de savoir comment, dans le monde multiculturel et pluraliste qui est le nôtre, utiliser le langage du droit international pour donner aux interprétations de ce droit faites par les publicistes un caractère véritablement représentatif de l'universalité de ce système de droit.

VI. Portée du sujet et questions envisageables

37. Vu ce qui précède, nous proposons que la Commission entreprenne d'examiner un certain nombre de questions qui sous-tendent l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 pour établir l'usage que les États, les juridictions internationales et les organisations internationales, ainsi que les organes privés ou gouvernementaux d'experts et les spécialistes de la doctrine, ont fait des « moyens auxiliaires » s'agissant de déterminer les règles applicables du droit (international).

38. Sans exclure d'autres questions ou d'autres aspects de la question susceptibles de surgir au cours de l'examen du sujet, la Commission s'intéressera sans doute essentiellement aux points ci-après :

- i) Description, objectifs, méthodologie du sujet ;
- ii) Nature et champ d'application des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit :
 - a) Origine des moyens auxiliaires, y compris les travaux préparatoires à l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale, et rôle fonctionnel joué par les moyens auxiliaires dans différents domaines du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme, le droit pénal international, le droit international économique, etc. ;
 - b) Champ d'application des « moyens auxiliaires » et questions d'ordre terminologique, y compris la signification des termes et expressions « auxiliaire », « moyen », « décisions judiciaires », « détermination », « règles de droit », « doctrine », « les plus qualifiés », « publicistes » et « différentes nations » ;
 - c) Place et utilisation des moyens auxiliaires par les États, en particulier devant les instances juridictionnelles internationales, ainsi que en définitive dans les décisions judiciaires et les écrits des publicistes, comme preuve du droit international ;
 - d) Fonctions des moyens auxiliaires et relations entre eux aux fins de la détermination des règles de droit, y compris devant les juridictions internes et internationales, et toutes différences qui existeraient à cet égard entre différents systèmes juridiques ;
- iii) Relation entre les moyens auxiliaires et les sources du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux du droit ;

⁶² *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900), p. 686 à 700.

iv) Méthodes permettant d'établir le poids et la valeur accordée aux décisions judiciaires et le poids accordé à la doctrine des publicistes des différentes nations comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et différences entre le poids accordé aux travaux de spécialistes de la doctrine et à ceux d'organes officiels d'experts, ou d'autres organes d'experts, en fonction notamment des systèmes juridiques ;

v) Bibliographie comportant une liste plurilingue d'ouvrages consacrés aux moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 recensés à l'occasion de l'examen du sujet et suggérés par les États ;

vi) Forme possible du résultat des travaux (conclusions) ;

vii) Autres questions/questions diverses.

VII. Méthode de travail proposée pour le sujet

39. Aux fins de l'examen du sujet, la méthode de travail retenue consistera à interroger tant les sources primaires et secondaires que les écrits consacrés à la matière, les investigations devant se guider sur l'abondante pratique des États existant en la matière, ainsi que sur les traités, d'autres instruments internationaux, la jurisprudence des juridictions nationales, régionales et internationales compétentes, ainsi que sur les lois, décrets et autres textes de droit interne, sans oublier les travaux doctrinaux, dont ceux de spécialistes et d'organes d'experts, ainsi que ceux des organisations internationales compétentes, et ce, surtout au regard de la nature du sujet ainsi que de la lettre et de l'esprit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

VIII. Conclusion

40. Pour résumer, il appert que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés sont une forme de preuve du droit international couramment invoquée par les juridictions nationales et internationales. Selon les termes mêmes employés, elles ont uniquement valeur de « moyen auxiliaire » aux fins de la « détermination » des règles de droit. Néanmoins, étant donné la confusion et les approches divergentes de la matière par les juridictions internes et internationales, il y aurait lieu d'identifier plus nettement les décisions judiciaires et les éléments de la doctrine visés par l'alinéa d) et leurs effets juridiques, ou autres éventuels effets sur le système du droit international moderne. Dans ce contexte, une analyse exhaustive de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 viendrait sans doute permettre à la Commission de compléter les travaux premiers qu'elle a consacrés à l'identification des règles du droit international et les sujets dont elle a entrepris l'examen plus récemment dans cette branche majeure du droit international général et, ce faisant, contribuer grandement à l'entreprise de codification et de développement progressif du droit international touchant le sujet classique des sources de ce droit.

Bibliographie préliminaire/choisie

1. Instruments juridiques

Statute of the International Court of Justice, U.N. Charter, Annex I, at 21-30 (1945).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, 1946 U.N.T.S. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties Concluded Between States and International Organizations, or between International Organization, Mar. 21, 1986, 1155 U.N.T.S. 331.

2. Documents de la Commission du droit international

Georg Nolte (Special Rapporteur for subsequent practice in relation to treaty interpretation), *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, U.N. Doc. A/CN.4/694 (Mar. 7, 2016).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *First report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/732 (Apr. 5, 2019).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *Second report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/741 (Apr. 9, 2020).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Second report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (May 22, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international Law), *Third report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (Mar. 27, 2015).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fourth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (Mar. 8, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fifth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/717 (Mar. 14, 2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Thirty-fourth Session, U.N. Doc. A/37/10 (1982).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-fourth Session, U.N. Doc A/47/10 (1992).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-eighth Session, U.N. Doc A/51/10 (1996).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Sixty-third Session, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventieth Session, U.N. Doc. A/73/10 (2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventy-first Session, U.N. Doc. A/74/10 (2019).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3132nd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3132 (May 22, 2012).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (July 19, 2018).

U.N. Secretariat, Identification of customary international law, The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/691 (Feb. 9, 2016).

U.N. Secretariat, General principles of law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/742, (May 12, 2020).

3. Jurisprudence

A. *Cour internationale de Justice*

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Rep. of Maced. v. Greece), Judgment, 2011 I.C.J. Rep. 644 (Dec. 5).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 639 (Nov. 30).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgement, 2012 ICJ Rep. 324 (June 19).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 5).

Continental Shelf (Tunis./Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18 (Feb. 24).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 3 (Mar. 21).

Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece intervening), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3).

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. v. Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351 (Sept. 11)(Referring to the judgment in El Sal. v. Nicar. AJIL 674 (CACJ 1917)).

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Eq. Guinea intervening), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 303 (Oct. 10).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 (July 8).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahr. (Qatar v. Bahr.), Merits, Judgment, 2001 I.C.J. Rep. 40 (Mar. 16).

Military and Paramilitary Activities (Nicar. V. U.S.), 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).

North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G., v. Neth.), Judgement, 1969 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 20).

Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Preliminary Objection, Judgment, 1953 I.C.J. Rep. 111 (Nov. 18).

Territorial and Maritime Dispute (Nicar. v. Colom.), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 624 (Nov. 19).

Territorial and Maritime Dispute between Nicar. and Hond. in the Caribbean Sea (Nicar. v. Hond.), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 659 (Oct. 8) (Referring to the award rendered on Mar. 24, 1922 by the Swiss Federal Council in Frontier Dispute between Colombia and Venezuela, I R.I.A.A. 223 (1922)).

B. *Cour interaméricaine des droits de l'homme*

Case of the Rochela Massacre v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 175 (Jan. 28, 2008).

Case of Cantoral Huamaní and García Santa Cruz v. Peru, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 176 (Jan 28, 2008).

Case of Escué Zapata v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 178 (May 5, 2008).

Case of the Miguel Castro Prison v. Peru, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 181 (Aug. 2, 2008).

Case of Albán Cornejo et al. v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 183 (Aug. 5, 2008).

Case of the Saramaka People v. Surin., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 185 (Aug. 12, 2008).

Case of García Prieto et al. v. El Sal., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 188 (Nov. 24, 2008).

Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 189 (Nov. 26, 2008).

C. *Autres juridictions*

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment (Mar. 2, 2009).

The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

4. **Articles et ouvrages de doctrine**

William J. Aceves, *Symposium Introduction: Scholarship as Evidence of International Law*, 26 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. R. 1 (2003).

Michael Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 47 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1975).

Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in U.N. Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy 356–413 (H. Keller & G. Ulfstein eds., Cambridge Univ. Press, 2012).

Karen J. Alter et. al., *Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences*, 27 Eur. J. Int'l L. 293 (2016).

Mads Andenas & Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of "Judicial Decisions" in Article 38 of the ICJ Statute*, in 77 Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 907-972 (2017).

Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 205), 247-330 (1987).

Eirik Bjorge, *The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past, Looking to the Future*, 36 Hum. Rts. L. J. 243 (2016).

Eirik Bjorge, *The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?*, in A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law, 498–535 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds., Cambridge Univ. Press, 2015).

Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014).

Michael Bohlander, *The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia—A First Overview*, in 3 The Global Community Y.B. Int'l L. & Juris. 195 (2003).

Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l Law 649 (2013).

Christopher J. Borgen, *Resolving Treaty Conflicts*, 37 Geo. Wash. L. R. 573 (2005).

Thomas Buergenthal, *Lawmaking by the ICJ and Other International Courts* (Cambridge Univ. Press, 2009).

Philippe Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 353-66 (J. Makarczyk ed., 1996).

- Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals?*, in *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L.* (Vol. 271), 101-372 (1999).
- Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, Lond., 1982).
- Hiram E. Chodosh, *An Interpretive Theory of International Law: The Difference Between Treaty and Customary Law*, 28 *Vand. J. Transnat'l L.* 973 (1995).
- H. Vern Clemons, *The Ethos of the International Court of Justice is Dependent Upon the Statutory Authority Attributed to its Rhetoric: A Metadiscourse*, 20 *Fordham Int'l L. J.* 1479 (1996).
- James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed., Oxford Univ. Press, 2019).
- Jean D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford Univ. Press, 2013).
- Lori F. Damrosch et. al., *Scholars in the Construction and Critique of International Law*, 94 *Am. Soc'y Int'l L.* 317 (2021).
- Margaret M. deGuzman, "Article 21", in O. Triffterer and K. Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932-948.
- Favio Farinella, *Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos*, 15 *Rev. Anuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 407 (2018).
- Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford Univ. Press, 2012).
- Andreas Føllesdal, *To Guide and Guard International Judges*, 46 *N. Y. U. J. Int'l. & Pol.* 793 (2014).
- Mathias Forteau, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, 109 *Am. J. Int'l L.* 498 (2015).
- Jean P.A. François, *L'influence des publicistes sur le développement du droit international*, in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, 275-81 (Sirey, Paris, 1961).
- Gilbert Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, 2 *J. Int'l Disp. Settlement* 5 (2011).
- Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 3 *J. De Droit Int'l* 685 (2010).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea*, 11 *J. Int'l Disp. Settlement* 20 (2020).
- Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 *L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib.* 464 (2017).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge Univ. Press, 2021).
- Larissa van den Herik, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, in *Custom's Future: International Law in a Changing World*, 230-52 (C. A. Bradley ed., Cambridge Univ. Press, 2016).
- Larissa van den Herik, *Using custom to reconceptualize crimes against humanity*, in *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, 80-105 (S. Darcy & J. Powderly eds., Oxford Univ. Press, 2010).
- Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function* (Oxford Univ. Press, 2014).
- Jakob v. H. Holtermann & Mikael R. Madsen, *European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible*, 28 *Leiden J. Int'l L.* 211 (2015).

- Charles C. Hyde, *International Law as Interpreted and Applied by the United States* (Vol. 1) (Sagwan Press, 2018).
- Clifford J. Hynning, *Sources of International Law*, 34 Chi.-Kent L. Rev. 116 (1956).
- Int'l Ct. of Justice, *Handbook of the International Court of Justice*, U.N. Sales No. 1055 (2016), available at <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (last accessed July 27, 2021).
- Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge Univ. Press, 2020).
- Charles C. Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge Univ. Press, 2014).
- Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. Rev. 1 (2021).
- Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. Rev. 1, 1-13 (2021).
- Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. Rev. 1, 91-95 (2021).
- Robert Y. Jennings, *The judiciary, international and national, and the development of international law*, 45 Int'l & Comp. L. Q. 1 (1996).
- Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996).
- Jörg Kammerhofer, *Lawmaking by scholars, in Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 305-25 (C Brölmann & Y Radi eds., Edward Elgar, 2016).
- David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 Am. Univ. Int'l L. Rev. 1 (1987).
- Thomas Kleinlein, *Judicial Lawmaking by Judicial Restrain? The Potential of Balancing in International Economic Law*, 12 Ger. L. J. 1141 (2011).
- Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart, 2016).
- Manfred Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2d ed., Martinus Nijhoff, 1987).
- Evangelia Linaki, *Judicial Decisions: What kind of Source of International Law?*, The Lex-Warrior Online L. J. (Sept. 22, 2013), available at <http://www.journal.lex-warrior.in/2013/09/22/judicial-decisions-kind-source-international-law/> (last accessed July 30, 2021).
- Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74 Nord. J. Int'l L. 27 (2005).
- O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals. by Georg Schwarzenberger*, 53 Am. J. Int'l L. 197 (1959).
- Mulamba Benjamin M'Buyi, *Introduction À L'étude Des Sources Modernes Du Droit International Public* (Bruylant, 1999).
- Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 Stanford L. Rev. 429 (2003).
- Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 Int'l & Comp. L. Q. 279 (2005).
- Maurice Mendelson, *The ICJ and the sources of international law*, in *Fifty Years of the International Court of Justice* 63-89 (V. Lowe & M. Fitzmaurice eds., Cambridge Univ. Press, 1996).
- Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals*, 15 Leiden J. Int'l L. 483 (2002).

- Philip M. Moremen, *National Court Decisions As State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 259 (2006).
- André Nollkaemper, *Concerted adjudication in case of shared responsibility*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-27 (2014), available at https://pure.uva.nl/ws/files/2401010/156047_Concerted_Adjudication_in_Cases_of_Shared_Responsibility.pdf (last accessed July 31, 2021).
- Gbenga Oduntan, *The Law and Practice of the International Court of Justice (1945-1996): A Critique of the Contentious and Advisory Jurisdiction* (Fourth Dimension Pub., 1999).
- Karen Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions*, in Max-Planck Y.B. U.N. L Online (Vol. 5), 67-104 (2001).
- L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 Am. J. Int'l L. 313 (1908).
- Andre Oraison, *Réflexions sur "La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations"*, 2 Rev. Bel. de Droit Int'l 507 (1991).
- Andreas L. Paulus, *The Judge and International Custom*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 253-265 (F. Baetens & R. Bismuth eds., Martinus Nijhoff, 2013).
- Mehrdad Payandeh, *Book Note*, 12 Int'l J. Const. L. 832 (2014) (Reviewing Marc Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice* (2014)).
- Michael Peil, *Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice*, (1) 3 Cambridge J. Int'l L. 136 (2012).
- Alain Pellet, *Article 38*, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., A. Zimmermann & C. J. Tams eds., Oxford Univ. Press, 2019).
- Alain Pellet, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in Gaetano Morelli Lectures Series (Vol. 2), 7-61 (E. Cannizzaro et. al. eds., 2018).
- Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in *Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 1065-83 (M. H. Arsanjani et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2011).
- Emilia J. Powell & Sara M. Mitchell, *The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems*, 69 The J. of Pol. 397 (2007).
- Cesare P. R. Romano, *Can You Hear Me Now? The Case for Extending the International Judicial Network*, 10 Chi. J. Int'l L. 233 (2009).
- Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law* (Martinus Nijhoff, 2004).
- William Schabas, *Customary law or 'judge-made' law: judicial creativity at the UN criminal tribunals*, in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, 75-101 (J. Doria et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2009).
- Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *Striking the balance between custom and justice-creative legal reasoning by international criminal courts*, 16 Int'l Crim. L. R. 913 (2016).
- Christoph Schreuer & Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2008).
- Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge Univ. Press, 1996).
- Malcom Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (5th ed., Martinus Nijhoff Brill, 2016).
- Yuval Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 20 Eur. J. Int'l L. 73 (2009).
- Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 Int'l & Comp. L. Q.1 (2017).
- Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 Harv. Int'l L. J. 191 (2003).

- Anne-Marie Slaughter, *Court to Court*, 92 Am. J. Int'l L. 708 (1998).
- Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 Va. J. Int'l L. 1103 (2000).
- Soc. Fra. Droit Int'l, *Le Précédent En Droit International: Colloque de Strasbourg* (A. Pedone, 2016).
- Max Sørensen, *Les Sources du Droit International: étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale* (Copenhagen Munksgaard, 1946).
- Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, 26 Eur. J. Int'l L. 417 (2015).
- Ruti Teitel & Robert Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order Symposium - The Normalizing of Adjudication In Complex International Governance Regimes: Patterns, Possibilities, and Problems*, 41 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 959 (2009).
- Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford Univ. Press 2d ed. 2019).
- Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Quelques réflexions sur le pouvoir normatif jurisprudentiel du juge international*, in *Droits Int'l Et Culture Juris.*, 209-34 (A. Pedone, 2015).
- Sébastien Touzé (dir.), *La Cour Européenne Des Droits De L'homme Et La Doctrine* (A. Pedone, 2013).
- Tullio Treves, *Conflicts Between the International Tribunals for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 809 (1999).
- Tullio Treves, *Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals*, in *Max-Planck Y.B. U.N. L Online* (Vol. 4), 215-31 (2000).
- Antônio A. C. Trindade (dir.), *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* (2d ed., Brasilia, 2017).
- Jorge E. Vinuales & Pierre-Marie Dupuy, *The Challenge of 'Proliferation': An Anatomy of the Debate*, in *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 135-157 (C. Romano et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2013).
- Michael Waibel et. al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2011).
- Melissa Waters, *Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*, 93 *Georgetown Law Journal* 487-574 (2004).
- Sir Michael Wood, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010).
- Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 *J. Int. Disp. Settlement* 472 (2016).
- A. Zimmermann & C. J. Tams., eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., Oxford Univ. Press, 2019).