



Assemblée générale

Distr. générale
13 février 2023
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-quatorzième session

Genève, 24 avril-2 juin et 3 juillet-4 août 2023

Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Établi par Charles Chernor Jalloh, Rapporteur spécial**

* Nouveau tirage pour raisons techniques (22 juin 2023).

** Le Rapporteur spécial remercie le Florida International University College of Law, et en particulier le doyen Antony Page, d'avoir soutenu l'organisation du symposium intitulé « The Current and Future Work of the International Law Commission », qui s'est tenu à Miami (États-Unis) les 4 et 5 novembre 2022 et à l'occasion duquel il a présenté une version préliminaire des chapitres de son premier rapport. Il est reconnaissant à tous les intervenants et à tous les participants au symposium de leurs très utiles contributions. Il exprime toute sa gratitude à trois confrères pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans ses recherches sur certaines des questions abordées dans le présent rapport : Eirik Bjorge, Sondre Torp Helmersen et Niccolò Ridi. Sa reconnaissance va également à Michael Wood, Marcelo Vázquez-Bermúdez et Dire Tladi, rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international sur des sujets connexes, qui ont bien voulu relire la première mouture du présent rapport et lui faire d'utiles suggestions. Clea Strydom a apporté une aide inestimable dans le travail de recherche, tandis que Jennifer Croslow, Lisa Ndyulo, Lauryn Reed, Ashira Vantrees, Adam Weiss et Sidney Young ont rassemblé les recherches et participé à l'établissement des notes de bas de page. Qu'ils en soient ici tous remerciés. Enfin et surtout, le Rapporteur spécial adresse ses remerciements à la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat, en particulier à l'équipe chargée des moyens auxiliaires, Huw Llewellyn, Arnold Pronto, Paola Patarroyo et Raissa Urquiza, pour le formidable travail qu'ils ont accompli dans l'élaboration de l'étude publiée sur le sujet par le Secrétariat en février 2023.



Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission du droit international	4
B. Objet et structure du présent rapport	6
II. Débat consacré au sujet à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies	9
A. Débat tenu en 2021	9
B. Débat tenu en 2022	14
III. Champ d'application et forme à donner au résultat final des travaux	16
A. Questions sur lesquelles la Commission est appelée à se prononcer	16
1. Origine, nature et champ d'application des moyens auxiliaires	17
2. Relation entre les moyens subsidiaires et les sources du droit international	17
3. Moyens auxiliaires supplémentaires de détermination des règles du droit international	18
B. Résultat final sous forme de projet de conclusions	19
C. Précisions terminologiques	20
IV. Méthodologie	22
V. Travaux antérieurs de la Commission sur les moyens auxiliaires	25
A. Analyse par la Commission de l'article 24 de son statut et des moyens auxiliaires	26
B. Utilisation courante des moyens auxiliaires par la Commission dans ses travaux	27
C. Invocation par la Commission de décisions judiciaires rendues par des juridictions internationales et d'autres juridictions	30
D. Recours de la Commission à la doctrine et aux travaux d'organes d'experts	42
E. Recours de la Commission à ses propres travaux antérieurs	50
F. Observations du Rapporteur spécial sur le recours de la Commission aux moyens subsidiaires	53
VI. La nature et la fonction des sources dans le système juridique international	56
A. Bref aperçu de la place des sources dans le droit international	56
B. La définition des « sources » en droit international	57
C. La distinction entre sources « formelles » et sources « matérielles »	58
D. Le rôle du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'opposition entre sources du droit international et sources des obligations	60
E. L'absence de hiérarchie formelle entre les sources	66
F. Les moyens auxiliaires comme « processus de formation du droit » et « organes de détermination du droit »	69
VII. Genèse de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice	74

A.	Rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes (1920)	75
B.	Amendements du Comité de juristes (1929)	83
C.	Les ajouts mineurs apportés à l'Article 38 lors de la Conférence des Nations Unies (1945)	84
D.	Observations du Rapporteur spécial sur la genèse de l'Article 38	86
VIII.	Analyse textuelle de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice	88
A.	Chapeau du paragraphe 1 (« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique »)	88
B.	Qu'entend-on par « décisions judiciaires » ?	93
C.	Qu'entend-on par « doctrine » ?	105
D.	Qu'entend-on par « publicistes les plus qualifiés » ?	113
E.	Qu'entend-on par « des différentes nations » ?	115
F.	Qu'entend-on par « moyens auxiliaires » ?	118
G.	Qu'entend-on par « détermination des règles de droit » ?	119
H.	Observations du Rapporteur spécial sur les éléments des moyens auxiliaires	121
IX.	Autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international	124
A.	Le caractère non exhaustif de l'Article 38 conduit à s'interroger sur l'existence d'autres moyens auxiliaires	124
B.	Le champ des autres moyens auxiliaires relevant des catégories établies	125
C.	Autres moyens auxiliaires possibles	128
D.	Distinction entre les moyens auxiliaires et la preuve de l'existence de règles de droit international	131
E.	Questions de poids	132
X.	Conclusion et suite des travaux	135
	Projet de conclusion 1	
	Objet	135
	Projet de conclusion 2	
	Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit	135
	Projet de conclusion 3	
	Critères d'appréciation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit	135
	Projet de conclusion 4	
	Décisions de juridictions	135
	Projet de conclusion 5	
	Doctrines	136
Annexe		
	Projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial	137

I Introduction

A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission du droit international

1. À sa soixante-douzième session (2021), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » à son programme de travail à long terme¹. Pour approuver le plan d'étude² du sujet, la Commission s'est fondée sur les critères applicables au choix des nouveaux sujets, adoptés à sa cinquantième session en 1998, à savoir : a) le sujet doit correspondre aux besoins des États ; b) le sujet doit être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États ; c) le sujet doit être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins³. La Commission, qui a par le passé consacré beaucoup de temps à clarifier les différentes sources de droit énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ), a estimé que l'étude des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international « contribuerait utilement au développement progressif du droit international et à sa codification⁴ ».

2. Par la résolution 76/111, adoptée à sa soixante-seizième session en 2021, l'Assemblée générale *a pris note* de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission⁵. Dans cette même résolution, l'Assemblée, conformément à la pratique, a également demandé à la Commission de tenir compte des commentaires, des préoccupations et des observations formulés par les États au cours du débat de la Sixième Commission⁶.

3. À sa soixante-treizième session en 2022, compte tenu de la maturité du sujet des moyens auxiliaires, de la réaction généralement positive des États ayant formulé des observations et de la place libérée dans le programme de travail par l'achèvement de l'examen de plusieurs sujets, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » à son programme de travail actuel⁷ et de désigner M. Charles Chernor Jalloh rapporteur spécial pour le sujet⁸.

4. À la même session, sur la recommandation du Rapporteur spécial, la Commission a demandé aux États, aux organisations internationales et autres acteurs concernés de lui communiquer des informations sur leur pratique relative à l'utilisation des moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ⁹. Ces informations pourraient notamment être dégagées de la jurisprudence, de la législation et de toute autre pratique nationale s'inspirant des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations pour procéder à la détermination des règles de droit international. Elles pourraient également englober la pratique relative aux moyens auxiliaires en ce qui concerne l'interprétation des traités, de la coutume et des

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, chap. X, sect. B, par. 302 et annexe.

² *Ibid.*, annexe.

³ *Ibid.*, par. 302.

⁴ *Ibid.*

⁵ Résolution 76/111 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2021, par. 7.

⁶ *Ibid.*

⁷ Compte rendu analytique provisoire de la 3172^e séance, p. 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. III, sect. C, par. 29.

principes généraux du droit, ainsi que les déclarations faites au sein d'organisations internationales et autres instances, y compris les mémoires présentés devant les juridictions internationales.

5. La Commission a également prié le Secrétariat d'élaborer une étude sur le présent sujet, divisée en deux parties compte tenu du manque de moyens de ce dernier : la première partie aurait pour objet de recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission, de 1947 à nos jours, qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet¹⁰ et serait présentée à temps pour l'établissement du premier rapport devant être soumis par le Rapporteur spécial à la soixante-quatorzième session en 2023 ; la seconde aurait pour but d'examiner la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, ainsi que d'autres organes, qui présenterait un intérêt particulier pour la suite de ses travaux sur le sujet et serait présentée à la soixante-quinzième session en 2024¹¹.

6. Lors du débat tenu à la Sixième Commission à la soixante-dix-septième session en 2022, les États participants se sont dans l'ensemble déclarés favorables à l'étude des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et se sont félicités de l'inscription du sujet au programme de travail actuel¹². Dans sa résolution 77/103, l'Assemblée générale a pris note de cette inscription¹³ et invité les États à faire parvenir à la Commission leurs observations sur les divers sujets inscrits à son programme de travail et en particulier sur tous les points mentionnés au chapitre III de son rapport de 2022, notamment en ce qui concerne les « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international »¹⁴.

7. Le Rapporteur spécial serait heureux que les États, conformément à la demande formulée par la Commission, lui communiquent des renseignements sur leur pratique concernant les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ces informations, qu'elles lui parviennent dans les limites ou en dehors du délai initial proposé, contribueraient utilement à l'élaboration des futurs rapports et à la conduite des travaux de la Commission sur le sujet. À cet égard, le Rapporteur spécial prend note des communications transmises par les États-Unis d'Amérique¹⁵ et la République de Sierra Leone. Ces deux États ont transmis des renseignements utiles sur des aspects de leur pratique relative à l'utilisation par leurs juridictions nationales des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ces communications ont été prises en considération. Le Rapporteur spécial remercie les délégations américaine et sierra-léonaise de lui avoir communiqué ces

¹⁰ Ibid., chap. X, sect. B, par. 245.

¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. X, sect. B, par. 245.

¹² Voir les déclarations des États suivants : France (24 octobre) ; Australie (25 octobre) ; Nigéria (au nom du Groupe des États d'Afrique) (25 octobre) ; Autriche (25 octobre) ; Brésil (25 octobre) ; République tchèque (25 octobre) ; Inde (25 octobre) ; Jordanie (25 octobre) ; Malaisie (25 octobre) ; Norvège (au nom des pays nordiques) (25 octobre) ; Philippines (25 octobre) ; Roumanie (25 octobre) ; Slovaquie (25 octobre) ; Arménie (26 octobre) ; Estonie (26 octobre) ; Portugal (26 octobre) ; Sierra Leone (26 octobre) ; Afrique du Sud (26 octobre) ; Thaïlande (26 octobre) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (26 octobre) ; Liban (27 octobre) ; Ouganda (27 octobre) (Disponibles sur le site Web de la Sixième Commission dans la langue de l'original uniquement.) Voir le résumé thématique des débats établi par le Secrétariat et disponible dans toutes les langues officielles : Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de sa soixante-dix-septième session, établi par le Secrétariat (A/CN.4/755).

¹³ Résolution de l'Assemblée générale 77/103, 7 décembre 2022, par. 7.

¹⁴ Ibid., par. 5.

¹⁵ Voir communication des États-Unis à la Commission du droit international sur « l'utilisation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de justice », 12 janvier 2023.

renseignements et serait heureux que d'autres États lui apportent des informations supplémentaires. Ces éléments, en particulier s'ils sont représentatifs de l'ensemble des régions géographiques et des systèmes juridiques du monde, occuperaient une place centrale dans l'important dialogue engagé entre la Commission et les États sur ce sujet et seraient dûment pris en compte dans les futurs rapports.

B. Objet et structure du présent rapport

8. Ce premier rapport à caractère introductif poursuit deux grands objectifs. Premièrement, dans le droit fil du plan d'étude pour le sujet, il s'agit de donner une assise conceptuelle aux travaux de la Commission sur les « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » en exposant les vues préliminaires du Rapporteur spécial sur le sujet. Après avoir discuté les grandes questions soulevées par le sujet, à partir de l'examen des pratiques les plus pertinentes et de la doctrine, on s'attachera à délimiter le champ dans lequel pourraient s'inscrire les travaux de la Commission sur le sujet. Deuxièmement, compte tenu de la concomitance entre le commencement des travaux sur le présent sujet lors de la soixante-quatorzième session en 2023 et l'ouverture d'un nouveau quinquennat marqué par un fort renouvellement de la composition de la Commission, il s'agit d'offrir un point de départ solide pour recueillir les points de vue des membres sur leur approche du sujet.

9. Cette remarque étant faite, une mise en garde nous paraît s'imposer à ce stade préliminaire. Compte tenu du caractère introductif du présent rapport, qui développe certains des principaux éléments du plan d'étude approuvé pour le sujet ainsi que les questions découlant de la pratique des États et de la littérature juridique primaire et secondaire, tant les questions conceptuelles que l'approche générale du Rapporteur spécial sont provisoires et susceptibles d'évoluer. Il faudra nécessairement faire preuve de souplesse pour les adapter aux besoins du sujet au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

10. Sur le plan de la structure, le présent rapport se divise en 10 chapitres, suivis d'une annexe. La présente partie, soit le chapitre I, est de portée générale. Elle traite de l'inscription du sujet au programme de travail à *long terme* et *actuel* de la Commission et décrit l'objet et l'organisation du présent rapport.

11. Même si les points de vue généralement positifs des États ayant formulé des observations sur le sujet figurent déjà dans les résumés thématiques de 2021¹⁶ et 2022¹⁷ établis par le secrétariat de la Sixième Commission conformément à l'usage, on reviendra néanmoins dans le chapitre II sur les principales positions exprimées par les États sur le sujet lors du débat de l'Assemblée générale à la soixante-seizième session en 2021. Les observations formulées par les États lors de la soixante-dix-septième session de l'Assemblée en 2022 reprenant pour l'essentiel celles de l'année précédente, on se focalisera principalement sur le débat de 2021.

12. Le chapitre III expose de manière préliminaire, compte tenu du plan d'étude approuvé pour le sujet, le champ possible du sujet. Les questions dégagées sont les aspects qui, au vu de la première évaluation du Rapporteur spécial, pourraient être abordés dans le cadre des travaux de la Commission sur le présent sujet. Les questions proposées dans le présent rapport ne préjugent pas de l'examen d'autres points. Quant à la forme finale, conformément à la décision prise en la matière en 2021 et à la

¹⁶ Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de sa soixante-seizième session, établi par le Secrétariat, [A/CN.4/746](#), par. 115.

¹⁷ Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de sa soixante-dix-septième session, établi par le Secrétariat, [A/CN.4/755](#).

pratique récente de la Commission sur les questions liées aux sources¹⁸, le résultat des travaux devrait prendre la forme d'un projet de conclusions assorti de commentaires. À ce jour, il n'existe pas de définition unique de « projet de conclusions » dans la pratique de la Commission. Par conséquent, pour des raisons de clarté comme de transparence, le Rapporteur spécial propose une définition de travail pouvant servir de point de départ pour préciser ce qu'on entend par « projet de conclusions », ne serait-ce que dans les limites du présent sujet.

13. Le chapitre IV a pour objet des questions de méthodologie générale. Il est proposé que la Commission suive la méthode désormais bien fixée pour ses études, en se concentrant sur la pratique des États et, s'il y a lieu, sur celle des organisations internationales et autres acteurs concernés. Néanmoins, il convient de toujours garder à l'esprit les spécificités du sujet. En particulier, de par la nature du sujet, et plus encore peut-être que pour nombre d'autres sujets récents, la présente étude exige que la Commission accorde une attention particulière – et un poids particulier – aux décisions et pratiques des organes judiciaires et quasi-judiciaires, que ceux-ci soient internationaux, régionaux ou nationaux, ainsi qu'aux travaux des auteurs et des organes d'experts juridiques. Les réponses des États et autres parties prenantes seraient particulièrement utiles pour bien orienter la poursuite des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires.

14. Le chapitre V passe en revue les éléments clés des travaux antérieurs de la Commission sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Le Rapporteur spécial remercie le Secrétariat d'avoir établi dans les délais impartis son étude sur la pratique de la Commission en matière de moyens auxiliaires, laquelle lui a fourni une base solide pour la rédaction de ce chapitre. Cette étude confirme qu'au cours des dernières décennies, la Commission a régulièrement fait référence aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes des différentes nations dans le cadre de la quasi-totalité des sujets examinés, même si toutes ces références ne relèvent pas nécessairement du champ d'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. L'étude établie par le Secrétariat, qu'il convient de lire en même temps que ce chapitre pour une appréhension plus complète de la question, devrait constituer une ressource importante pour les membres de la Commission et les représentants à la Sixième Commission lorsqu'ils examineront plus avant le sujet. Elle constituera également un point de référence essentiel pour tous les juristes, praticiens comme théoriciens, ainsi que pour toute personne susceptible de se pencher sur la question des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

15. Le chapitre VI a un caractère plus théorique et vise à situer conceptuellement les moyens auxiliaires dans le contexte plus large du discours sur les sources en expliquant pourquoi les sources occupent une place distincte dans le droit international par rapport aux systèmes juridiques internes. Il expose également la terminologie essentielle, notamment la définition fondamentale de « sources », la distinction fréquemment établie en doctrine entre sources « formelles » et sources « matérielles », la question de la hiérarchie des sources ainsi que la distinction entre « sources de droit » et les « sources d'obligations ». Un certain nombre de questions présentées dans ce chapitre seront abordées dans des parties ultérieures du présent rapport mais seront pour l'essentiel analysées en profondeur dans les rapports ultérieurs sur le sujet.

16. Sans prétendre à l'exhaustivité, on examine au chapitre VII les origines et les éléments des moyens auxiliaires. Il est considéré que l'alinéa d) du paragraphe 1 de

¹⁸ ONU, Commission du droit international, « Methods of work », disponible à l'adresse : <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (consulté le 12 février 2023).

l'Article 38 du Statut de la CIJ se compose de deux éléments fondamentaux ou branches, à savoir les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Cette partie du rapport revient en détail sur la genèse de cette disposition, qui occupe naturellement une place centrale en l'espèce, dans le but de circonscrire le débat essentiel et le terrain d'entente trouvé entre les rédacteurs de la disposition, il y a environ un siècle, sur la place à donner aux moyens auxiliaires dans la détermination des règles de droit.

17. Le chapitre VIII se penche ensuite sur le sens ordinaire des aspects les plus essentiels du paragraphe 1 de l'Article 38. À cet égard, on analyse tout d'abord le chapeau de ce paragraphe, aux termes duquel la Cour a pour mission de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis. On examine ensuite l'alinéa d) du paragraphe pour dégager le sens ordinaire des termes clés qui y sont employés (« décisions judiciaires », « doctrine », « publicistes les plus qualifiés », « différentes nations », « moyen auxiliaire », « détermination des règles de droit »).

18. Le chapitre IX examine si, compte tenu de l'évolution de la pratique des États et de celle des juridictions internationales, il existe d'autres moyens auxiliaires implicites dans l'Article 38 du Statut de la CIJ qui mériteraient d'être examinés plus avant par la Commission. Par exemple, la question se pose fréquemment en doctrine, y compris dans les manuels d'introduction au droit international, de savoir si des pratiques telles que les actes unilatéraux des États et les résolutions ou décisions des organisations internationales peuvent être considérées comme des sources d'obligations susceptibles d'être attestées par les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Le Rapporteur spécial aborde ces deux questions avec transparence à titre de mise en contexte pour susciter l'avis des membres de la Commission sur l'opportunité de les examiner. Les points de vue exprimés seront naturellement pris en compte dans les prochains rapports.

19. Le chapitre X, chapitre de conclusion, propose un programme de travail provisoire pour le sujet. Le Rapporteur spécial serait heureux de recevoir des avis sur le plan de travail proposé, lequel, à l'instar des autres aspects évoqués ci-dessus, est susceptible d'évoluer.

20. L'annexe reproduit, pour la commodité des membres, les cinq projets de conclusion que le Rapporteur spécial propose à la lumière de l'analyse présentée dans le rapport. Au passage, le Rapporteur spécial précise qu'il entend respecter pleinement les méthodes de travail habituelles de la Commission dans ce domaine. Aussi espère-t-il que la Commission, conformément à l'usage actuel, transmettra les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction à l'issue du débat plénier habituel qui aura lieu au cours de la première moitié de la session en 2023. Il espère également que les projets de conclusion proposés pourront être examinés au cours de la première demi-session et être renvoyés à la plénière à temps pour que la Commission puisse les adopter à titre provisoire au cours de la seconde demi-session. L'adoption provisoire des projets de conclusion proposés d'ici à la fin de la première demi-session en juin 2023 permettrait au Rapporteur spécial d'établir le texte des commentaires pendant la période d'intersessions et, avec le concours du Secrétariat, de faire traduire ces commentaires dans les six langues officielles de l'ONU avant la date habituelle de présentation du rapport de la Commission à l'Assemblée générale en septembre 2023. *In fine*, l'objectif est de donner aux États la possibilité d'exprimer leurs importants points de vue sur le sujet, à la lumière de ce qui aura servi de base aux projets de conclusion, et ce, dès les premiers stades de l'examen du sujet par la Commission.

II

Débat consacré au sujet à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies

21. Comme pour d'autres sujets de la Commission, le débat sur les moyens auxiliaires au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale s'est déroulé en deux temps sur une période de deux ans. Le premier débat a eu lieu en 2021, lorsque la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail à *long terme*. Le second s'est tenu un an plus tard, en 2022, après que la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail *actuel* et de désigner un rapporteur spécial. Le résumé qui suit sera également divisé en deux parties. Toutefois, dans le souci d'éviter les répétitions inutiles, on soulignera principalement les principaux points de vue exprimés au cours du débat de 2021.

A. Débat tenu en 2021

22. Lors du débat tenu sur le sujet au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de la soixante-seizième session en 2021, la très grande majorité des commentaires formulés par les États ont été positifs. Un large soutien s'est dégagé en faveur de la décision de la Commission d'inscrire le sujet des « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » au programme de travail à long terme et d'en faire une priorité. Dans l'ensemble, les délégations ont souligné que les travaux sur le sujet s'inscriraient dans la continuité des travaux de la Commission sur les sources du droit international et pourraient contribuer à pallier les conséquences de la fragmentation du droit international. Sur les 28 déclarations ayant mentionné la décision de la Commission, environ 17, correspondant à 23 États au total, étaient positives¹⁹. Ce soutien semble d'autant plus remarquable qu'il est globalement représentatif des cinq régions géographiques des Nations Unies.

23. Ainsi, le Royaume de Suède, en son nom et au nom des autres pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande et Norvège) « [a] conv[enu] avec la Commission que les travaux sur le sujet constitueraient une contribution utile au développement progressif du droit international et à sa codification »²⁰. La délégation suédoise a ajouté que l'examen du sujet « complètera[it] les travaux de la CDI sur les sources du droit international » et dit espérer que le sujet « serait inscrit sans retard au programme de travail en cours de la CDI »²¹. Pour sa part, le Portugal a noté que la Commission avait consacré une grande partie de ses travaux au « sujet classique des

¹⁹ Voir les déclarations des États suivants : Bélarus (A/C.6/76/SR.16, par. 80) ; Colombie (A/C.6/76/SR.16, par. 90) ; Chine (A/C.6/76/SR.17, par. 5) ; Équateur (A/C.6/76/SR.17, par. 84) ; Égypte (A/C.6/76/SR.23, par. 57) ; Allemagne (A/C.6/76/SR.17, par. 73) ; Italie (A/C.6/76/SR.17, par. 22) ; Jamaïque (A/C.6/76/SR.18, par. 45) ; Lettonie (au nom des États baltes) (A/C.6/76/SR.16, par. 52) ; Pérou (A/C.6/76/SR.18, par. 7) ; Philippines (A/C.6/76/SR.19 par. 64) (« [L]es Philippines appuient la décision de [la CDI] d'inscrire le sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à son programme de travail à long terme. ») ; Portugal (A/C.6/76/SR.16, par. 93) ; République de Corée (A/C.6/76/SR.18, par. 40) ; Sierra Leone (A/C.6/76/SR.20, par. 30) ; Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.16, par. 45) ; Türkiye (A/C.6/76/SR.18, par. 59) (« [L]a délégation turque se félicite de la décision prise par la CDI d'inscrire le sujet intitulé "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à son programme de travail à long terme. ») ; Royaume-Uni (A/C.6/76/SR.18, par. 13) (« [L]a délégation britannique rel[ève] la décision prise par la CDI d'inscrire le sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à son programme de travail à long terme. »).

²⁰ Suède (au nom des pays nordiques), déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

²¹ Ibid., voir Sixième Commission, A/C.6/76/SR.16 (10 décembre 2021), par. 45.

sources du droit international » et s'est par conséquent félicité des « éclaircissements supplémentaires » que la Commission » pourrait apporter sur « le rôle des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés » dans la détermination des règles existantes du droit international²². La délégation portugaise a également exprimé l'espoir que les travaux sur le sujet contribueraient à remédier à « certaines conséquences préjudiciables de [l]a fragmentation [du droit international] »²³.

24. Les États-Unis d'Amérique ont également soutenu la proposition d'inscrire le présent sujet au programme de travail à long terme, faisant observer que la pratique relative aux moyens auxiliaires n'était ni très claire ni cohérente²⁴. La délégation américaine a considéré qu'au vu des travaux antérieurs de la Commission sur les autres aspects de l'Article 38 du Statut de la CIJ, « il [était] logique d'aller au bout de l'entreprise en examinant les moyens auxiliaires »²⁵. De même, l'Allemagne a estimé que les travaux sur le sujet « contribuer[ai]ent grandement à approfondir notre compréhension commune » du fonctionnement de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'interaction entre cette disposition et les alinéas a), b) et c) du même paragraphe²⁶. De son côté, l'Italie a noté qu'« [é]tant donné la “judiciarisation” croissante du droit international et le développement accru de la doctrine²⁷, il serait très utile que la CDI donne aux États des indications détaillées sur la manière d'utiliser les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international²⁸ ».

25. La Lettonie, au nom des États baltes, a également fait remarquer que le sujet répondait aux critères de la Commission et souligné son intérêt pour les praticiens du droit dans les juridictions nationales, régionales et internationales dans les termes suivants : « La Lettonie, l'Estonie et la Lituanie se réjouissent de la décision de la CDI d'inscrire le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international à son programme de travail à long terme. Les travaux sur ce sujet devraient se révéler particulièrement importants pour les praticiens au sein des tribunaux internes et des juridictions spécialisées, régionales et internationales et des organes apparentés.²⁹ »

26. La République populaire de Chine a souligné que les moyens auxiliaires soulevaient une « question fondamentale dans le domaine du droit international », rappelé que l'Article 38 du Statut de la CIJ avait été abordé dans les travaux antérieurs de la Commission et encouragé la Commission « à mener les recherches sur ce sujet dans une attitude rigoureuse, prudente, tolérante et équilibrée afin de garantir le caractère scientifique et rationnel des conclusions qui en résulteront »³⁰. Dans le même ordre d'idées, la République de Corée s'est également félicitée de la décision prise par la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme. La délégation coréenne a exprimé « l'espoir que les travaux de [la Commission] sur le sujet viendr[ai]ent éclaircir l'importante quoique délicate question du rôle de la

²² Portugal, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

²³ Ibid.

²⁴ États-Unis d'Amérique, A/C.6/76/SR.17, par. 13.

²⁵ États-Unis d'Amérique, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

²⁶ Allemagne, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification]. voir A/C.6/76/SR.17, par. 73.

²⁷ Italie, A/C.6/76/SR.17, par. 22.

²⁸ Italie, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

²⁹ Lettonie (également au nom de l'Estonie et de la Lituanie), déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

³⁰ Chine, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] ; voir A/C.6/76/SR.17, par. 5.

jurisprudence et de la doctrine dans la détermination des règles de droit international »³¹.

27. L'Égypte s'est également déclaré favorable à l'examen du sujet, estimant que « l'étude de cette question par la CDI serait très utile aux États »³². La délégation égyptienne a souligné l'utilité pratique du sujet et estimé en outre que l'examen des moyens auxiliaires « compl[éterait] de manière significative le projet de conclusions sur les principes généraux du droit »³³. La Sierra Leone a également considéré, avec la Commission, que le sujet remplissait tous les critères applicables au choix des nouveaux sujets³⁴. La délégation sierra-léonaise, qui, à l'instar de plusieurs autres délégations, a également demandé instamment l'inscription rapide du sujet au programme de travail actuel, a estimé que les moyens auxiliaires était un « sujet classique » pour la Commission, qui pourrait lui permettre de « continuer à travailler à la clarification des sources du droit international »³⁵.

28. De même, la Jamaïque et le Pérou ont tous deux salué la décision de la Commission d'inscrire le sujet au programme de travail à long terme. La première a souligné « l'importance du travail accompli dans les autres domaines relatifs aux sources du droit »³⁶, tandis que la seconde a estimé que l'analyse des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes « permettra[it] à la CDI de parachever l'importante étude systématique des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice »³⁷. L'Équateur s'est également déclaré « satisfait » de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme³⁸.

29. Un groupe relativement restreint d'États ont semblé circonspects quant à l'opportunité d'inscrire le sujet au programme de travail à long terme de la Commission³⁹. Dans cette catégorie se rangent notamment la France et le Ghana (au nom du Groupe des États d'Afrique)⁴⁰. La délégation française s'est bornée à prendre

³¹ République de Corée, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

³² Voir Égypte, déclaration in extenso, partie III, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] ; voir A/C.6/76/SR.23, par. 57.

³³ Voir Égypte, déclaration in extenso, partie III, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] ; voir A/C.6/76/SR.23, par. 57.

³⁴ Sierra Leone, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

³⁵ Sierra Leone, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

³⁶ Jamaïque, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] ; voir A/C.6/76/SR.18, par. 45.

³⁷ Pérou, A/C.6/76/SR.18, par. 7.

³⁸ Équateur, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

³⁹ Brésil, A/C.6/76/SR.17, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] (« [L]a délégation brésilienne note avec intérêt la décision de la CDI d'inscrire le sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à son au programme de travail à long terme. Elle espère que [...] la CDI [...] donn[era] des indications sur l'interprétation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. ») ; République tchèque, A/C.6/76/SR.17, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] (« La délégation tchèque prend note avec intérêt de l'inscription du sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" au programme de travail à long terme de la CDI. ») ; France, A/C.6/76/SR.16, par. 73 ; Ghana (au nom du Groupe des États d'Afrique), A/C.6/76/SR.16, par. 34 ; Slovaquie, A/C.6/76/SR.17, par. 42.

⁴⁰ Voir France, A/C.6/76/SR.16, déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] (« [L]a délégation [française] a

bonne note du sujet avant de proposer une assistance constructive à la Commission dans les termes suivants : « La France est prête à collaborer avec la Commission, et les institutions universitaires intéressées par ce sujet, pour lui fournir tout élément de pratique utile pour traiter ce sujet, en particulier les éléments pertinents de la jurisprudence et de la doctrine francophone »⁴¹. Le Rapporteur spécial se réjouit de cette proposition et attend avec intérêt de recevoir tout élément susceptible de permettre l'examen de la jurisprudence et autres sources en langue française. De son côté, la délégation ghanéenne s'exprimait au nom d'une coalition régionale. Il semble que la pratique des États d'Afrique dans le cadre des déclarations de groupe sur les rapports annuels de la Commission consiste à prendre note des sujets dont l'inscription au programme de travail à long terme est proposé plutôt que de les approuver, l'idée étant semble-t-il de permettre aux délégations d'exprimer ou non leur soutien en faveur de tel ou tel sujet dans le cadre de leurs déclarations individuelles (comme l'ont fait l'Égypte, la Sierra Leone et d'autres)⁴².

30. La Slovaquie, tout en considérant avec beaucoup d'autres que le sujet était cohérent avec la poursuite des travaux de la Commission visant à clarifier les sources du droit international visées à l'Article 38 du Statut de la CIJ, a fait valoir qu'« [e]u égard à sa complexité et à la charge de travail actuelle de la CDI, ce sujet ne devrait être inscrit au programme de travail de celle-ci qu'une fois qu'elle aura[it] achevé ses travaux sur le sujet "Principes généraux du droit" »⁴³.

31. La République tchèque a « pr[is] note avec intérêt de l'inscription du sujet [...] au programme de travail à long terme » tout en ajoutant que la CDI « ne devrait transférer ce sujet de son programme de travail à long terme à son programme de travail qu'après avoir mûrement réfléchi, et [...] devrait expliquer pourquoi elle accorde la préférence à tel ou tel sujet parmi ceux inscrits à son programme de travail à long terme »⁴⁴.

32. Environ cinq États ayant fait des observations ont semblé exprimer des doutes⁴⁵. En particulier, les Pays-Bas ont fait remarquer que, tout en comprenant pourquoi la Commission souhaitait poursuivre sa réflexion sur le Statut de la CIJ, ils « aurai[en]t préféré voir la CDI s'intéresser spécialement à des questions de plus grand intérêt

pris bonne note de l'inscription, par la Commission, à son programme de travail à long terme du sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à la suite de sa recommandation par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. La France est disposée à collaborer avec la Commission, et les institutions universitaires intéressées par ce sujet, pour lui fournir tout élément de pratique utile au traitement de ce sujet, en particulier les éléments pertinents de jurisprudence et de doctrine francophone. ») ; Ghana (au nom du Groupe des États d'Afrique), déclaration *in extenso*, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification] (« Le Groupe des États d'Afrique prend note de la décision prise par la Commission d'inscrire le sujet "Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international" à son programme de travail à long terme. »).

⁴¹ Ibid.

⁴² On pourrait même parler de soutien implicite, le Groupe des États d'Afrique demandant ensuite dans la déclaration que la Commission envisage une approche équilibrée, non seulement lors de l'inscription des nouveaux sujets mais également lors de la désignation des rapporteurs spéciaux. Voir Ghana (au nom du Groupe des États d'Afrique), déclaration *in extenso*, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

⁴³ Voir Slovaquie, déclaration *in extenso*, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification]. Il convient de noter que, lors du débat tenu 2022, la Slovaquie s'est déclarée favorable à l'étude du sujet.

⁴⁴ République tchèque, A/C.6/76/SR.17, par. 81.

⁴⁵ Voir les déclarations des États suivants : Autriche (A/C.6/76/SR.18, par. 56) ; Iran (A/C.6/76/SR.16, par. 66) ; Pays-Bas (A/C.6/76/SR.18, par. 50) ; Roumanie (A/C.6/76/SR.17, par. 28) ; Thaïlande (A/C.6/76/SR.18, par. 21).

pour la pratique internationale »⁴⁶. L'Autriche, qui s'était déclarée favorable à l'étude du sujet lors du débat de 2022, s'est montrée plus directe, faisant valoir que l'étude des moyens auxiliaires « ne revêta[i]t ni un caractère spécialement pressant ni quelque utilité pratique »⁴⁷. La Thaïlande a considéré qu'en raison de l'usage limité qui est fait desdits moyens auxiliaires, il ne serait pas facile de susciter l'intérêt et le concours des États Membres à cette entreprise⁴⁸.

33. Que les États mentionnés approuvent pleinement le sujet ou nourrissent quelques réticences, un certain nombre ont apporté des éléments utiles. Le Rapporteur spécial apprécie à leur juste valeur toutes les observations qui ont été formulées. Ainsi, même si, par la nature des choses, il n'est pas toujours d'accord avec toutes les délégations sur les questions de fond, il entend systématiquement prendre en compte leurs points de vue avec tact et une profonde réflexion. En effet, les commentaires et les critiques constructives des États qui peuvent être perçus comme plus vifs ont par le passé donné aux rapporteurs spéciaux et à la Commission la possibilité de renforcer leur travaux sur de nombreux sujets. La participation des États à la discussion de fond sur les sujets examinés est donc toujours appréciée. Après tout, les États et leurs différents organes sont censés être les premiers bénéficiaires des travaux de la Commission. Un même esprit présidera à l'examen du présent sujet.

34. En ce qui concerne le champ du sujet, la plupart des États ayant formulé des observations se sont généralement félicités du souhait de la Commission de clarifier davantage l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. Toutefois, quelques délégations ont considéré que l'analyse de la Commission devrait se limiter à cette seule disposition. La République islamique d'Iran a demandé que la Commission « [tienne] compte des limitations auxquelles les moyens auxiliaires sont assujettis, en particulier celle prévue à l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice » et estimé qu'elle « devrait également limiter ses travaux sur le sujet à l'identification et l'application des deux éléments de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés »⁴⁹.

35. Le Brésil, répondant implicitement à la critique formulée dans la doctrine internationale quant à un éventuel recours excessif aux décisions judiciaires et à la doctrine de certaines parties du monde, a exhorté la Commission à « ten[ir] dûment compte de toutes les régions du monde dans le cadre de ses travaux [sur le sujet] »⁵⁰.

36. De même, le Belarus a déclaré que les « critères de détermination équitables et normatifs reflétant la mesure dans laquelle ces règles sont acceptées et reconnues dans les diverses régions du monde devraient être établis à partir des sources doctrinales⁵¹ ». À l'instar du Brésil, une délégation asiatique, tout en se félicitant de l'éventuelle étude, a également encouragé la Commission à tenir compte d'un large

⁴⁶ Pays-Bas, [A/C.6/76/SR.18](#). Lors du débat tenu 2022, les Pays-Bas n'ont pas fait d'observations sur le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Voir, à cet égard, [A/C.6/77/SR.23](#), par. 120 à 123.

⁴⁷ Autriche, [A/C.6/76/SR.18](#), par. 56. L'Autriche, dans la déclaration faite en 2022, a soutenu le sujet comme indiqué dans la section suivante résumant le débat de 2022. Il est fort probable que l'hésitation initiale de l'Autriche reflète en fait son opinion de longue date, exprimée depuis plusieurs années au sein de la Sixième Commission, selon laquelle la Commission devrait en priorité inscrire à son programme de travail actuel le sujet de la « compétence pénale universelle ». Ce dernier sujet a été inscrit au programme de travail à long terme en 2018 sur proposition de l'auteur de ces lignes.

⁴⁸ Thaïlande, [A/C.6/76/SR.18](#), par. 21.

⁴⁹ Iran, [A/C.6/76/SR.16](#), par. 66.

⁵⁰ Brésil, [A/C.6/76/SR.17](#), par. 27.

⁵¹ Belarus, [A/C.6/76/SR.16](#), déclaration in extenso, partie I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [consultable auprès de la Division de la codification].

éventail de pratiques nationales⁵². Le Rapporteur spécial présentera ses propositions initiales sur le champ du sujet dans les parties correspondantes du présent rapport et invite les États à lui faire part de leurs vues à cet égard. Par ailleurs, il souscrit tout à fait à l'idée que les travaux de la Commission, principal organe de codification commun à diverses nations, doivent être représentatifs des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde. C'est également là un principe conforme au Statut et à la pratique de la Commission. Par conséquent, le Rapporteur spécial entend bien toujours garder à l'esprit cette importante considération⁵³. Il va sans dire qu'il est également attaché à la rigueur scientifique.

B. Débat tenu en 2022

37. Les observations exprimées par les États lors du débat de 2022 reprennent largement celles déjà formulées au cours du débat de 2021. C'est pourquoi, dans le souci d'éviter les répétitions, on se contentera ici de faire ressortir les deux grandes tendances qui s'en dégagent.

38. Tout d'abord, comme le confirme l'examen du débat tenu par la Sixième Commission en 2022 lors de la soixante-dix-septième session de l'Assemblée générale, la plupart des États ayant fait des commentaires sur le sujet se sont déclarés fortement favorables à la décision de la Commission d'inscrire le sujet au programme de travail actuel. Sans surprise, bon nombre des États qui avaient appuyé l'inscription du sujet au programme de travail à long terme se sont déclarés favorables à l'inscription du sujet au programme de travail actuel. Dans un certain nombre de cas, certaines des délégations qui s'étaient initialement montrées hésitantes, comme on l'a vu dans la section précédente, notamment l'Autriche, le Brésil, la Roumanie et la Slovaquie, ont semblé souscrire à la décision de la Commission d'entreprendre une étude et de désigner un rapporteur spécial. Par ailleurs, un certain nombre de délégations qui n'avaient pas participé au débat de 2021 de l'Assemblée générale ont également apporté leur soutien au sujet.

39. Lors du débat de 2022, 24 États se sont déclarés favorables à la décision de la Commission de faire avancer les travaux sur le sujet, à savoir : Afrique du Sud⁵⁴, Arménie⁵⁵, Australie⁵⁶, Autriche⁵⁷, Brésil⁵⁸, Colombie⁵⁹, Estonie⁶⁰, États-Unis d'Amérique⁶¹, Inde⁶², Jordanie⁶³, Malaisie⁶⁴, Norvège⁶⁵ (au nom des pays nordiques),

⁵² Chine, *A/C.6/76/SR.17*, par. 5.

⁵³ Voir Statut de la Commission du droit international, art. 8. Si le Statut renvoie à la composition des membres élus de la Commission, on peut néanmoins considérer implicitement que les travaux de la Commission se doivent également d'être représentatifs des « grandes formes de civilisations » et des « principaux systèmes juridiques du monde ».

⁵⁴ Afrique du Sud, *A/C.6/77/SR.23*, par. 82.

⁵⁵ Arménie, *A/C.6/77/SR.24*, par. 13.

⁵⁶ Australie, *A/C.6/77/SR.21*, par. 82.

⁵⁷ Autriche, *A/C.6/77/SR.22*, par. 43.

⁵⁸ Brésil, *A/C.6/77/SR.22*, par. 87.

⁵⁹ Colombie, *A/C.6/77/SR.22*, par. 124.

⁶⁰ Estonie, *A/C.6/77/SR.22*, par. 105.

⁶¹ États-Unis, *A/C.6/77/SR.22*, par. 12.

⁶² Inde, *A/C.6/77/SR.22*, par. 48.

⁶³ Jordanie, *A/C.6/77/SR.29*, par. 108.

⁶⁴ Malaisie, *A/C.6/77/SR.22*, par. 31.

⁶⁵ Norvège (au nom des pays nordiques), *A/C.6/77/SR.21*, par. 43 ; voir *A/C.6/77/SR.29*, par. 91 (Les pays nordiques ont également soulevé une question de fond. Ils ont déclaré que, tout en approuvant les affirmations essentielles figurant dans les projets de conclusion 8 et 9 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit, ils considéraient que leur inclusion était inutile et injustifiée. La pertinence des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans la

Ouganda⁶⁶, Philippines⁶⁷, Portugal⁶⁸, Roumanie⁶⁹, Royaume-Uni⁷⁰, Sierra Leone⁷¹, Slovaquie⁷² et Türkiye⁷³.

40. Ensuite, et dans le prolongement de ce qui précède, le nombre de délégations auparavant neutres ou hésitantes a évolué. Toutefois, les observations formulées par la France⁷⁴, la République tchèque⁷⁵ et la Thaïlande⁷⁶ sont très similaires aux positions exprimées en 2021, tandis qu'au moins une délégation qui s'était exprimée sur le sujet en 2021 ne l'a pas fait en 2022. Quelques délégations ont soulevé des questions de fond dont il sera dûment tenu compte.

41. Dans l'ensemble, pour conclure ce chapitre sur les aspects clés du débat de l'Assemblée générale sur ce sujet en 2021 et 2022, il semble ressortir clairement qu'un très grand nombre d'États ayant formulé des observations sur l'inscription du sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international au programme de travail à long terme ou actuel ont généralement accueilli favorablement ou soutenu la décision de la Commission de définir et d'examiner les questions relatives à ce sujet. Le Rapporteur spécial remercie toutes les délégations qui ont apporté leur contribution au sujet et se réjouit à la perspective de poursuivre le dialogue sur la question lors des débats futurs. Il a également bon espoir que d'autres délégations, issues de tous les groupes régionaux, profiteront de l'occasion annuelle qui leur est offerte d'exprimer leurs points de vue sur les travaux de la Commission consacrés au présent sujet.

détermination du droit international devrait plutôt être examinée dans le contexte de travaux portant spécifiquement sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, sujet ayant été récemment inscrit au programme de travail de la Commission.).

⁶⁶ Ouganda, *A/C.6/77/SR.25*, par. 5.

⁶⁷ Philippines, *A/C.6/77/SR.22*, par. 25.

⁶⁸ Portugal, *A/C.6/77/SR.23*, par. 7.

⁶⁹ Roumanie, *A/C.6/77/SR.22*, par. 111.

⁷⁰ Royaume-Uni, *A/C.6/77/SR.23*, par. 86.

⁷¹ Sierra Leone, *A/C.6/77/SR.23*, par. 37. À l'instar d'un certain nombre d'autres délégations, la délégation sierra-léonaise a également souligné que la Commission aurait dû inscrire le sujet de la « compétence pénale universelle » à son programme de travail actuel.

⁷² Slovaquie, *A/C.6/77/SR.22*, par. 97.

⁷³ Türkiye, *A/C.6/77/SR.23*, par. 66.

⁷⁴ France, *A/C.6/77/SR.25*, par. 44.

⁷⁵ République tchèque, *A/C.6/77/SR.22*, par. 122. Il est possible que cette délégation se soit trouvée dans une situation similaire à celle de l'Autriche évoquée ci-dessus. Cette délégation considère depuis longtemps – et s'exprime depuis plusieurs années en ce sens au sein de la Sixième Commission – que la Commission devrait en priorité inscrire à son programme de travail actuel le sujet de la « compétence pénale universelle », qui a été inscrit au programme de travail à long terme en 2018 sur proposition de l'auteur des présentes lignes.

⁷⁶ Thaïlande, *A/C.6/77/SR.23*, par. 114.

III Champ d'application et forme à donner au résultat final des travaux

A. Questions sur lesquelles la Commission est appelée à se prononcer

42. Le plan d'étude du sujet, approuvé par la Commission à sa soixante et onzième session, en 2021, sur lequel repose la présente étude, rappelle la place centrale des sources dans le système juridique international. Il souligne également le rôle majeur que la Commission a joué en étudiant et en clarifiant de façon systématique les sources fondamentales du droit international visées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La progression de la Commission à travers les dispositions de l'Article 38 du Statut de la Cour a démarré dans les années 1960, avec l'élaboration d'un ensemble de projets d'article sur le droit des traités [1 a)], elle s'est poursuivie avec le droit coutumier, sur lequel les travaux ont commencé en 2012, et elle a abouti à l'adoption en 2018 d'un ensemble de projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier [1 b)] et, plus récemment, les principes généraux de droit [1 c)]. Les travaux sur ce dernier sujet ont commencé en 2019 et devraient aboutir à une première lecture en 2023. Une deuxième et dernière lecture devrait suivre en 2025. La Commission s'est donc engagée, en l'espace de plusieurs décennies, dans l'examen systématique des trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour, traitant des sources du droit international : les traités, le droit international coutumier et les principes généraux de droit. Le présent rapport et les rapports à venir sur ce sujet tiendront compte, le cas échéant, de ces contributions antérieures.

43. Toutefois, comme l'expliquait également le plan d'étude de 2021 sur ce thème, d'autres aspects du paragraphe 1 de l'Article 38, évoqués en son alinéa d), restent peu étudiés, à savoir les décisions judiciaires et la *doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*, qui doivent être appliquées par la Cour comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Ces moyens auxiliaires, qui relèvent manifestement de deux catégories distinctes mais étaient destinés à remplir une fonction d'assistance analogue, la Commission ne les a pas étudiés de manière approfondie pour en éclairer le rôle important dans le développement de divers domaines du droit international. Cependant, comme dans le cas des travaux antérieurs de la Commission sur les sources elles-mêmes, certains aspects de ces moyens auxiliaires et de leurs interactions et relations avec les sources du droit international sont flous. La nature des décisions judiciaires et la place qu'elles tiennent dans la détermination des règles du droit international font en effet débat ; il en va de même du rôle de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, qui fait l'objet de considérations du même ordre. Par conséquent, dans le but de ne pas faire exception au souci de clarté, de prévisibilité et d'uniformité qui prévaut en matière de droit international, la Commission (comme certains États au sein de la Sixième Commission) a jugé utile d'achever l'examen du paragraphe 1 de l'Article 38 en s'attelant spécifiquement à la question des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international.

44. Pour l'heure, le Rapporteur spécial, compte tenu du plan d'étude de 2021, propose que la Commission aborde les questions suivantes. Cette liste est plus indicative qu'exhaustive : l'idée est de fournir aux membres de la Commission et aux États une base suffisante pour qu'ils puissent donner leur avis sur le champ proposé du sujet. Il suit que l'examen des questions énoncées ci-après ne saurait constituer un carcan car, pour servir utilement, d'autres questions ou aspects connexes potentiels doivent naturellement pouvoir faire l'objet d'un examen de la part de la Commission.

45. Dans l'ensemble, pour ce qui est des principaux points à traiter, nous proposons que cette étude de la Commission porte sur les grandes questions qui sous-tendent le sujet des moyens auxiliaires de droit afin de préciser et d'éclaircir l'usage que les États, les juridictions internationales et d'autres acteurs compétents tels les organes d'experts ont fait, dans leur pratique, des décisions judiciaires et de la doctrine, voire d'autres moyens auxiliaires s'agissant de recenser, de déterminer et d'appliquer les règles du droit (international). Sans du tout exclure d'autres questions ou d'autres aspects de la question susceptibles de s'éclairer au fur et à mesure de l'examen du sujet, il nous semble que la Commission voudra sans doute s'attacher essentiellement à l'analyse de trois axes ou volets fondamentaux du sujet.

1. Origine, nature et champ d'application des moyens auxiliaires

46. Le premier axe ou volet d'analyse du sujet consisterait à tirer au clair la nature de la catégorie des moyens auxiliaires dans le processus de détermination des règles du droit international. Trois sous-éléments importent particulièrement à cet égard : premièrement, la clarification des origines des moyens auxiliaires ; deuxièmement, les questions de terminologie ; troisièmement, la question connexe du champ d'application. La question de la vision adoptée, étroite (traditionnelle) ou large (moderne), est importante et a des incidences notables sur l'utilité éventuelle de l'apport de la Commission à ce sujet. La question fondamentale revient à savoir si l'univers des moyens auxiliaires se limite uniquement aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ou s'il englobe également d'autres moyens auxiliaires, étant donné le caractère non exhaustif de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour et, surtout, la pratique des États et des juridictions internationales.

47. Pour déterminer le champ du sujet et clarifier l'usage des termes, qui semble source de quelque confusion dans la pratique, on pourrait considérer à la fois le sens ordinaire de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et les travaux préparatoires de cette disposition et, surtout, la manière dont l'alinéa a été appliqué au cours des dernières décennies. Il s'agit notamment de préciser la portée de termes clefs tels que « décisions judiciaires » et « doctrine des publicistes les plus qualifiés ». Pour le premier, il convient de considérer les décisions rendues par les cours de justice et autres tribunaux, de déterminer si ces décisions comprennent les avis consultatifs et de s'interroger sur le rôle des juridictions nationales par rapport aux décisions des juridictions internationales dans le traitement des questions de droit international. Pour le terme « doctrine », on pourrait examiner le champ du terme, son étendue – plus ou moins large – et ceux qui produisent cette doctrine, ainsi que le poids qui leur est attaché. Pour plus de netteté, comment classer, par exemple, les travaux produits par la grande diversité des organes d'experts ? Ces travaux comptent-ils parmi la doctrine ? Qu'en est-il des décisions ou des déclarations de certains de ces organes d'experts, en particulier ceux qui exercent un mandat officiel, et comment les résultats de leurs travaux se comparent-ils à ceux des groupes d'experts privés ou des cours de justice *simpliciter* ? Il faudrait également prendre en compte les interactions et les relations de ces organes avec les États. Certaines de ces questions font l'objet d'un examen préliminaire dans les parties ultérieures du présent rapport.

2. Relation entre les moyens subsidiaires et les sources du droit international

48. Le deuxième axe ou volet du sujet qui à certains égards est au cœur, pourrait-on dire, de sa valeur ajoutée potentielle, a trait à la fonction remplie par les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 et à leur relation avec les sources du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux de droit énumérés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour. Il s'agit d'examiner le poids et la valeur attribués aux moyens auxiliaires, notamment

aux décisions judiciaires des juridictions internationales, pour ce qui est de la clarification et du développement du droit international, ainsi qu'à la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Il convient d'examiner l'idée selon laquelle les conclusions que dégagent les organes judiciaires en interprétant et en appliquant les traités, le droit coutumier et les principes généraux du droit peuvent signifier ou produire des obligations juridiques contraignantes pour les États, les organisations internationales et d'autres instances. La relation entre les Articles 38 et 59 et la notion de précédent, ou l'absence présumée de précédent, en droit international, ainsi que le lien avec les droits des tiers devraient être clarifiées. La question du précédent judiciaire est ancienne, mais elle semble particulièrement importante pour ce sujet, au regard à la fois de la théorie qui s'y rapporte et de la réalité de la pratique à laquelle les États ont nécessairement consenti. Un état du développement de facto des précédents dans les juridictions internationales, s'appuyant sur des études juridiques de plus en plus empiriques, permettrait d'établir ou du moins de confirmer les grandes tendances qui se dégagent de la pratique, à partir desquelles la Commission pourrait tirer des conclusions utiles.

3. Moyens auxiliaires supplémentaires de détermination des règles du droit international

49. Le troisième axe ou volet, selon l'acception, étroite ou large, des moyens auxiliaires adoptée, pourrait être l'occasion de préciser ce que sont les moyens auxiliaires supplémentaires qui ne sont constitués ni par les décisions judiciaires ni par la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Ici, la Commission pourrait prendre du champ pour élargir le tableau au-delà des limites strictes des deux catégories distinctes mentionnées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. En tenant compte du caractère apparemment non exhaustif de cette disposition, il devrait être possible de conduire une réflexion sur le développement, au fil du temps, des moyens auxiliaires dans la pratique des États et des organisations internationales ainsi que des juridictions internationales. Il est probable que cette réflexion débouche sur le constat suivant : au cours des dernières décennies, les États ont demandé aux tribunaux internationaux d'utiliser une variété d'outils juridiques pour régler les différends entre États. Ce faisant, ils ont examiné les sources d'obligations pour les États, qui sont liées mais ne se limitent pas aux sources de droit expressément citées au paragraphe 1 de l'Article 38. À cet égard, les deux sources modernes d'obligations pour les États sans doute les plus fréquemment citées en droit international sont les actes ou déclarations unilatéraux des États et les résolutions des organisations internationales. Elles seront donc examinées dans le présent rapport. Nous pourrions également envisager, conformément à la pratique et à la littérature en la matière, l'existence de moyens auxiliaires supplémentaires tels que l'équité, le droit religieux ou les accords entre États et entreprises internationales.

50. Une dernière question, celle de la cohérence⁷⁷ et de l'uniformité du droit international, pourrait également avoir une incidence sur le champ d'application et donc sur l'utilité et la complexité du présent sujet. Elle doit donc être mentionnée. La

⁷⁷ Pour une analyse des différentes phases du débat et pour situer ce qu'opinent les juristes internationaux à l'égard de la fragmentation qu'entraînerait la « judiciarisation » croissante du droit international, voir Chiara Giorgetti et Mark Pollack (dir.), *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* [Au-delà de la fragmentation : enrichissement mutuel, coopération et concurrence entre juridictions internationales], Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 6. Pour un premier traitement approfondi de la question de la concurrence éventuelle des juridictions dans le contexte de l'apparente prolifération des cours et tribunaux internationaux, voir Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* [Concurrence des juridictions internationales], Oxford, Oxford University Press, 2003.

question se pose car il ne fait aucun doute que l'un des fondements de ce sujet est l'analyse des décisions judiciaires. Le plan d'étude de 2021 constate que certains [se sont] inquiétés de l'éventualité que différentes juridictions internationales soient simultanément saisies d'un même différend et dégagent, ce faisant, des conclusions contradictoires au sujet d'une même règle internationale. Cette question conduit, entre autres, à discuter les limites [des] compétences institutionnelles respectives ainsi que tous liens hiérarchiques qui les uniraient⁷⁸. Admettant que ces questions se posent effectivement dans la pratique, le plan d'étude arrive cependant à la conclusion que, sans être dénuées d'intérêt, ces considérations débordent le champ du sujet. Cette conclusion n'est pas le fruit d'un débat approfondi sur cette question particulière.

51. Étant donné l'importance de la question, qui semble naturellement découler d'une étude du rôle que jouent les décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international et qui transparaît implicitement dans les observations d'au moins un État (le Portugal), le Rapporteur spécial estime qu'il appartient à la Commission dans son ensemble de déterminer maintenant si cette question doit être maintenue en dehors du champ d'application du sujet à l'examen. Le Rapporteur spécial se doit, de son point de vue, de soulever cette question ne fut-ce que pour obtenir l'avis de la Commission. Il est disposé à fournir plus de détails sur ce point ; en fonction des opinions exprimées, la question pourrait être abordée plus largement sur le fond dans les prochains rapports.

B. Résultat final sous forme de projet de conclusions

52. Le Rapporteur spécial soutient la décision prise par la Commission en 2021 selon laquelle un projet de conclusions assorti de commentaires constitue la forme la plus adaptée pour le texte issu de ses travaux sur le sujet. Comme indiqué dans le plan d'étude⁷⁹, le choix du projet de conclusions est complémentaire, et dans le prolongement, de la solution déjà retenue par la Commission pour les sujets récemment traités concernant les sources de droit international et les questions connexes : les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁸⁰, la détermination du droit international coutumier⁸¹, les principes généraux du droit⁸² et la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁸³.

53. Cela étant, la question de ce que signifie en pratique un « projet de conclusions » s'est posée dans le cadre des autres sujets évoqués, tant à la Commission que durant les débats des États à la Sixième Commission. Cette préoccupation semble tenir en partie au recours croissant que fait la Commission au projet de conclusions pour donner forme au résultat de ses travaux, par opposition au projet d'articles traditionnel, plus familier aux États, qui l'ont vu utiliser dans diverses études. L'autre

⁷⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, annexe, chap. IV, par. 27.

⁷⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, annexe, par. 8.

⁸⁰ *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), chap. IV, p. 23 à 82 (en anglais), par. 39 à 52 [version française à paraître].

⁸¹ *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), chap. V, p. 89 à 112 (anglais), par. 53 à 36 [version française à paraître].

⁸² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. VIII, p. 324 à 343 (achèvement prévu de la première lecture avant la fin du quinquennat en cours).

⁸³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. IV, p. 10 à 93.

préoccupation concerne l'importance pratique de ce choix. Deux brèves observations, quoique importantes méritent d'être faites.

54. Tout d'abord, il convient de souligner qu'avant même que certains délégués à la Sixième Commission ne demandent à la Commission du droit international de préciser ce que signifiait un projet de conclusions, cette dernière délibérait déjà sur la question complexe des incidences du choix du projet de conclusions comme résultat final de ses travaux par rapport à d'autres formes comme le projet d'articles choisies sur d'autres sujets. La question avait été soulevée dans le cadre de ses travaux sur d'autres types de texte final. Elle a ensuite été publiquement évoquée dans le rapport de l'organe subsidiaire compétent, à savoir le Groupe de travail sur les méthodes de travail⁸⁴. Les délibérations de ce groupe de travail sur la question de la nomenclature des résultats des travaux et diverses autres questions se poursuivront, comme l'indique le rapport présenté par la Commission à l'Assemblée générale en 2022, au cours des années restantes du quinquennat 2023-2027⁸⁵. Toute conclusion tirée sera, comme d'habitude, transmise aux États et à l'Assemblée générale pour qu'ils fassent part de leurs commentaires. Il s'ensuit que, aussi important soit-il, le présent rapport n'est pas le lieu pour aborder, et encore moins pour résoudre, cette question.

55. Deuxièmement, et en tout état de cause, il n'existe pas encore de définition unique du « projet de conclusions » dans la pratique de la Commission. Le choix de la forme donnée au résultat final des travaux semble d'abord dicté par les besoins spécifiques du sujet considéré. Cela dit, pour dissiper toute préoccupation quant à l'intention qui sous-tend le recours au projet de conclusions dans le cadre de ce sujet, une précision essentielle s'impose : selon l'acception qui en est retenue ici, le projet de conclusions doit se comprendre comme représentant l'aboutissement d'un processus de délibération réfléchi et l'exposé des pratiques recensées concernant les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international ; sa caractéristique essentielle est de clarifier le droit sur la base de la pratique actuelle. Conformément au Statut et à la pratique établie de la Commission pour les sujets traités dernièrement concernant les sources et les questions connexes de droit international, la teneur du projet de conclusions tient principalement de la codification mais comporte éventuellement quelques éléments de développement progressif du droit international.

56. En conclusion, étant donné que, dans le cadre de ses travaux de fond sur les alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Commission a adopté comme forme finale un projet de conclusions, il est logique qu'elle recoure à la même forme pour le résultat de ses travaux sur les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international visés à l'alinéa d). S'écarter de cette voie dans laquelle la Commission s'est engagée dès 2021 serait source de confusion et de doutes inutiles.

C. Précisions terminologiques

57. Le dernier aspect de ce chapitre concerne la terminologie. Lors de l'élaboration du présent rapport, le Rapporteur spécial a constaté qu'un large éventail de termes était utilisé dans la pratique et dans la doctrine pour parler du sujet. À cet égard, dans l'espoir d'éviter, autant que faire se peut, toute ambiguïté lors de l'examen du présent rapport et de ce sujet à la Commission, il estime qu'il serait utile d'avoir une

⁸⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. X, partie C, point 2, p. 366, par. 255.

⁸⁵ *Ibid.*, chap. X, partie C, point 2, p. 367, par. 256.

compréhension commune des termes clés. À cet égard, deux observations méritent d'être faites.

58. Premièrement, la locution « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » utilisée dans le cadre du présent sujet est tirée de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Pour les besoins de nos travaux, l'expression « moyens auxiliaires de détermination des règles *du droit international* » sera utilisée dans le présent rapport et pour le présent sujet, mais devrait, à toutes fins utiles, être considérée comme équivalente à l'expression « moyens auxiliaires de détermination des règles *de droit* ». En d'autres termes, l'expression « règles de droit » figurant dans le Statut de la Cour sera souvent, mais pas toujours, remplacée par l'expression « règles du droit international ». Il faut le comprendre dans une optique de cohérence avec le titre du sujet, dont le choix visait à souligner que l'idée maîtresse du projet actuel était de déterminer les règles du droit *international*. Il importe de noter que le fait que l'expression « règles de droit » puisse être considérée comme plus large que l'expression « règles du droit international » n'a jamais été voulu et ne circonscrit donc en aucun cas le champ d'application du sujet.

59. Deuxièmement et pour clore le chapitre de la terminologie, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mentionne expressément deux catégories de « moyens » qualifiés d'« auxiliaires » à l'époque de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et du Statut de la CIJ : les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Le terme « décisions judiciaires » peut s'abréger en « décisions », tandis que, pour la « doctrine », les mots « écrits », « études doctrinales », « travaux des jurisconsultes », « ouvrages/auteurs », « œuvres », voire « productions (doctrinales) » ou « prononcés », peuvent éventuellement être utilisés. Les deux termes doivent être compris dans leur sens le plus large. Parfois, le terme « publicistes », qui semble quelque peu archaïque, pourra être remplacé par d'autres termes plus courants dans l'usage moderne, tels que chercheurs, jurisconsultes, juristes, auteurs ou commentateurs. Les acceptions susmentionnées sont essentiellement conformes aux travaux antérieurs de la Commission⁸⁶.

60. Pour conclure, en abordant ce sujet et en traitant les principales questions susmentionnées et toute autre question connexe susceptible de se poser au fil des travaux, nous comptons que l'étude de la Commission fournira des orientations utiles aux États, aux organisations internationales, aux juridictions nationales et internationales et à tous ceux qui, comme les théoriciens et les praticiens du droit international, pourraient être amenés à se pencher sur le contenu des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international.

⁸⁶ Les termes utilisés suivent généralement l'usage analogue qu'en a fait la Commission dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Voir, à cet égard, les conclusions 13 et 14 et les commentaires y relatifs dans le rapport que la Commission a présenté en 2018 à l'Assemblée générale, comme indiqué dans l'étude publiée par le Secrétariat.

IV Méthodologie

61. Passons maintenant à la méthodologie. Le Rapporteur spécial propose que la Commission, conformément à son statut et à sa pratique établie⁸⁷, suive également la méthodologie arrêtée pour ses travaux sur ce sujet. Pour ce faire, elle devra examiner, de manière aussi complète et objective que possible, et de façon synthétique, un large éventail de sources primaires et secondaires et d'écrits juridiques en la matière. À cet égard, les recherches effectuées par le Rapporteur spécial pour ses rapports seront complétées par les communications des autres membres de la Commission. Toute communication d'un État, qu'il s'agisse de déclarations prononcées sur le sujet pendant les débats annuels de la Sixième Commission ou de réponses à des demandes spécifiques, sera soigneusement prise en compte. Il en va de même pour les études que le Secrétariat entreprend pour répondre aux demandes de la Commission.

62. Le principe directeur des travaux sur le sujet devrait être en premier lieu l'étude de la pratique des États. On peut donc se demander ce qu'implique cette pratique. La pratique des États peut, bien entendu, revêtir de nombreuses formes différentes. La Commission a cherché à préciser les formes les plus courantes de cette pratique dans ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier. Elle a précisé que la pratique des États *correspondrait notamment* au comportement de l'État, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre (déclarations publiques, décisions des juridictions internationales et internes compétentes ; lois, décrets et autres textes de droit interne ; traités et autres instruments internationaux, y compris les travaux préparatoires lorsqu'ils sont disponibles ; échanges diplomatiques, et plaidoiries devant des cours et tribunaux internationaux à caractère universel ou régional). Dans la mesure où cela est pertinent aux fins du sujet, la pratique des organisations internationales⁸⁸, à caractère universel ou régional, sera également prise en compte.

63. Étant donné la nature du sujet, axé sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, à commencer par les décisions judiciaires, une attention particulière doit être accordée à la jurisprudence des juridictions internationales compétentes. L'Article 38, après tout, a vocation à guider le processus judiciaire dans le cadre d'une juridiction particulière. À cet égard, à l'instar de ce qui a été fait pour les études antérieures de la Commission sur les sources du droit international, nous nous pencherons sur les travaux de la Cour internationale de Justice et sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, sur les décisions de laquelle elle s'appuie fréquemment⁸⁹. Les décisions des tribunaux arbitraux interétatiques, qui ne

⁸⁷ Voir, à cet égard, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, annexe, par. 32 à 34, et 39 (qui citent, entre autres, les articles 20 et 24 du Statut de la CDI).

⁸⁸ Comme nous le verrons plus loin, une distinction est faite entre la pratique des organisations internationales en tant que telles et la pratique des cours et tribunaux internationaux, y compris leurs décisions.

⁸⁹ Voir, parmi de nombreux exemples possibles dans les décisions et les avis consultatifs, *Admission d'un État aux Nations Unies (Charte, Art. 4)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1948, p. 63 (« La Cour considère le texte comme suffisamment clair ; partant, elle estime ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de la Cour permanente de Justice internationale, d'après laquelle il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair ») et *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C. I. J. Recueil 1949, p. 174, à la p. 182 (« Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci ». Et la Cour poursuit : « Ce principe de droit a été appliqué à l'Organisation internationale du Travail par la Cour permanente de Justice

sont pas en soi des décisions judiciaires, seront examinées dans le cadre du sujet, comme elles l'ont été pour les sujets précédemment étudiés par la Commission. Cela semble justifié puisque les tribunaux arbitraux interétatiques ou autres appliquent souvent le droit international et que, en tout état de cause, tant les États que les tribunaux internationaux y font référence lorsqu'ils traitent des différends portant sur des questions de droit international⁹⁰.

64. Sans remettre en cause la pertinence générale des décisions des tribunaux municipaux, qui doivent également être prises en compte, la jurisprudence des juridictions international(isé)es mérite d'être prise en considération. Il s'agit, par exemple, de la Cour internationale de Justice, du Tribunal international du droit de la mer, des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et des organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Il sera également fait référence à la jurisprudence de juridictions régionales telles que la Cour et la Commission africaines des droits de l'homme et des peuples, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme, ainsi qu'aux organes conventionnels des droits humains. Néanmoins, bien que nous fassions référence à la jurisprudence de cours et tribunaux précis, l'objectif est que les conclusions élaborées aient un caractère général et s'appliquent également à toutes les juridictions, non seulement celles qui existent mais aussi celles qui pourront être mises en place à l'avenir.

65. De l'avis du Rapporteur spécial, compte tenu du fait que la présente étude porte sur les moyens auxiliaires, au moins deux considérations importantes méritent d'être gardées à l'esprit lorsque l'on s'appuie sur une jurisprudence aussi diversifiée. En ce qui concerne, tout d'abord, les autres juridictions internationales, on peut se demander si ces tribunaux appliquent une méthode semblable à celle de la Cour internationale de Justice, compte tenu en particulier de leur propre base juridique. Deuxièmement, bien qu'elle ne soit pas techniquement tenue de les suivre, il serait important d'examiner si la Cour internationale de Justice, de même que les États, traite les décisions de ces juridictions, lorsqu'elle connaît de questions de droit international, comme une forme de moyen auxiliaire convaincant, indépendamment du rôle éventuel que ces décisions peuvent avoir comme illustration de la pratique de l'État.

66. Bien entendu, outre la pratique des États, les travaux doctrinaux pertinents sur le thème des sources et des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international seront également examinés. Il semble important d'examiner un large éventail de ces travaux, compte tenu en particulier de la nature du sujet à l'examen ainsi que de la lettre et de l'esprit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Nous nous efforcerons autant que faire se peut de tenir compte de la diversité des points de vue sur le sujet, y compris, toujours selon la pratique établie, des travaux de chercheurs travaillant à titre individuel, mais aussi de groupes d'experts, qu'ils soient établis à titre privé ou par les États.

internationale en droit international dans son Avis consultatif n° 13 du 23 juillet 1926 (Série B, n° 13, p. 18), et il doit l'être aux Nations Unies »). Soulignant sa fidélité à cette jurisprudence, la Cour est également allée, dans d'autres décisions, jusqu'à distinguer ses propres décisions de celles de la Cour permanente de Justice internationale comme, par exemple, dans l'affaire *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 270, par. 54.

⁹⁰ Ce point était controversé dans les premiers ouvrages, car la question de savoir si les décisions des tribunaux arbitraux constituaient des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, a fait l'objet d'un débat considérable. Cette question sera abordée plus loin dans le présent rapport, mais à ce stade, il suffit de souligner qu'elle n'a pas posé de véritable problème dans la pratique, puisque la Cour se réfère en pratique à ces décisions. Pour une excellente analyse de cette question, voir Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 35.

67. Le Rapporteur spécial serait extrêmement reconnaissant aux membres de la Commission et aux États de lui suggérer des sources pertinentes dans différentes langues, de façon à assurer une plus grande représentativité des principaux systèmes juridiques et des principales langues et régions du monde.

68. Enfin, comme pour d'autres études achevées récemment, la Commission pourrait annexer à son étude une bibliographie multilingue. L'intérêt d'une bibliographie est avant tout de fournir un point de départ aux recherches des juristes et autres chercheurs qui pourraient être amenés à se pencher sur la question des moyens auxiliaires. Le risque, bien sûr, tient au fait qu'une bibliographie, par nature, est figée dans le temps. Elle peut donc devenir rapidement obsolète. En revanche, une bibliographie complète présentée à la fin des travaux peut s'avérer utile dans la mesure où elle offre aux futurs chercheurs un guide pratique des principaux ouvrages doctrinaux publiés à ce jour sur le sujet⁹¹. Compte tenu de l'abondance des publications en la matière, une certaine sélectivité serait probablement de mise. Mais sur quels critères fonder, alors, cette sélectivité ? On peut peut-être proposer que la qualité et la représentativité des travaux par rapport aux principaux systèmes juridiques et aux principales régions et langues du monde figurent parmi les critères essentiels qui en dictent le choix. Là encore, toute suggestion des membres de la Commission et des États concernant les sources primaires et secondaires de nature à figurer dans la bibliographie multilingue serait grandement appréciée par le Rapporteur spécial.

⁹¹ L'idée d'une bibliographie figurait déjà dans le plan d'étude du sujet : voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, chap. VI, par. 38, al. v).

V Travaux antérieurs de la Commission sur les moyens auxiliaires

69. Pour les fins du présent rapport, il est essentiel de rappeler les travaux antérieurs de la Commission qui semblent particulièrement utiles pour l'examen du sujet. Ainsi, s'appuyant largement sur l'étude établie par le secrétariat, le Rapporteur spécial va s'attacher, dans ce chapitre-ci, à donner des éléments de base qui devraient permettre à la Commission de faire fond sur ses travaux antérieurs chaque fois que cela sera opportun. Les principales observations et explications correspondantes vont être reprises. Toutefois, par souci de concision, tous les aspects abordés dans l'étude ne seront pas traités. Les membres de la Commission sont invités à lire le présent chapitre en même temps que l'étude du secrétariat, ce qui leur permettra de se faire une idée plus complète de la question.

70. On ne s'en étonnera pas, compte tenu de l'ampleur des travaux qu'elle a menés sur les sources du droit international ces dernières décennies, la Commission s'est référée à des moyens auxiliaires dans l'examen de presque tous les sujets qu'elle a traités. Toutefois, comme on le verra par la suite, ces utilisations ne s'inscrivent pas toujours forcément dans le cadre de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ⁹². Le secrétariat le confirme dans son étude, où il explique avoir « adopté [...] une perspective très large » et avoir « retenu des exemples [...] [de renvois à] des décisions judiciaires et des textes de doctrine sans toujours chercher à savoir si [...] [la Commission] les invoqu[ait] ou non à titre de moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 »⁹³. Rien que de très normal, puisqu'il appartient en définitive à la Commission elle-même d'examiner ses travaux antérieurs (que le secrétariat ne fait que compiler) afin de dire si elle a indiqué expressément ou implicitement que « telle ou telle référence dans ses travaux à des décisions judiciaires ou à la doctrine⁹⁴ » constituait ou non une utilisation de ces éléments comme moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

71. Le secrétariat présente son étude sur les travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet sous la forme d'une série d'observations. Après quelques remarques préliminaires formulées dans l'introduction, il traite tout d'abord de l'analyse faite par la Commission des notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine » aux fins de la détermination des règles de droit international (chap. II), plus précisément des éléments que sont les « moyens auxiliaires », les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », puis, dans un deuxième temps, de l'utilisation qu'elle fait de ces décisions et de cette doctrine dans ses travaux (chap. III, sect. A). Il donne, au chapitre III, des exemples d'utilisation de décisions judiciaires et de la doctrine comme moyens de détermination de règles du droit des traités, de règles du droit international coutumier et de principes généraux du droit (sect. B), avant de présenter l'utilisation de ces éléments dans l'examen de questions plus générales concernant le système juridique international et les interactions entre les sources et les règles de droit international (chap. III, sect. C). Il conclut son étude par un exposé

⁹² Étude du secrétariat, Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international – Éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission du droit international et pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet (l'« étude du secrétariat »), A/CN.4/759, par. 3.

⁹³ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 3.

⁹⁴ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 3.

sur la manière dont la Commission a intégré les décisions judiciaires et la doctrine dans ses méthodes de travail (chap. IV)⁹⁵.

72. Bien que toutes les questions traitées dans l'étude du secrétariat puissent éclairer utilement les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen, on s'en tiendra dans ce chapitre, aux fins du présent rapport, à celle de l'utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine dans la pratique de la Commission. D'autres parties de l'étude, en particulier l'analyse par la Commission de ce que recouvrent les moyens auxiliaires, peuvent présenter un intérêt pour d'autres parties du présent rapport consacrées aux questions théoriques. Dans ses prochains rapports, le Rapporteur spécial reprendra également, dans une grande mesure, l'utilisation faite par la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine lors de l'examen de questions plus générales concernant le système juridique international et les interactions entre les sources du droit international, ainsi que les critères qu'elle a appliqués pour déterminer la valeur à accorder à divers moyens auxiliaires.

A. Analyse par la Commission de l'article 24 de son statut et des moyens auxiliaires

73. On ne saurait examiner les principales observations faites dans l'étude au sujet de la pratique de la Commission en matière d'utilisation des moyens auxiliaires sans examiner auparavant certaines remarques préliminaires concernant l'article 24 du statut de la Commission⁹⁶ que fait également le secrétariat, en soulignant ce qui suit.

74. En 1950, la Commission a présenté à l'Assemblée générale un rapport sur les « [m]oyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », qui soulignait une différence⁹⁷ :

L'article 24 du statut de la Commission semble s'écarter de la classification de l'Article 38 du Statut de la Cour puisqu'il fait figurer, parmi les sources du droit international coutumier, les décisions judiciaires sur des questions de droit international. Cela peut cependant logiquement se défendre, car des décisions de cette nature, notamment celles des juridictions internationales, peuvent comporter la formulation et l'application de principes et de règles de droit international coutumier. D'autre part, la pratique suivie par un État peut ressortir des décisions rendues par ses tribunaux nationaux⁹⁸.

75. Dans ce même rapport, on lit en outre que :

La documentation relative à la pratique des États doit être puisée à différentes sources. La référence, dans l'article 24 du statut de la Commission, aux « documents établissant la pratique des États » (documents concerning State practice) ne fournit aucun critérium permettant de juger de la nature de ces « documents ». D'autre part, il ne serait pas possible d'énumérer les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le

⁹⁵ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, résumé.

⁹⁶ L'article 24 du statut de la Commission dispose que :

« La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet. »

⁹⁷ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 10.

⁹⁸ *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 368, par. 30 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)* p. 4 et 5, par. 30.

règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales⁹⁹.

76. La Commission a toutefois dressé une liste non exhaustive de « rubriques », ou de types de documents relevant de la documentation relative au droit international coutumier, dont les textes d'instruments internationaux, les décisions des cours internationales, les décisions des tribunaux nationaux, la législation nationale, la correspondance diplomatique, les avis des conseillers juridiques des gouvernements et la pratique des organisations internationales¹⁰⁰.

B. Utilisation courante des moyens auxiliaires par la Commission dans ses travaux

77. Compte tenu de ce qui précède, et ayant constaté que la Commission reconnaissait l'importance des moyens auxiliaires, en particulier des décisions judiciaires dans le contexte du droit international coutumier, le secrétariat, dans son étude, a examiné l'approche générale suivie par la Commission dans son utilisation des décisions judiciaires. Il a également donné des exemples de la manière dont la Commission avait utilisé non seulement les décisions judiciaires et les jugements et arrêts des cours et tribunaux, mais aussi la doctrine, notamment les travaux de certains théoriciens et organes d'experts.

78. Le secrétariat présente deux analyses de l'approche suivie par la Commission en matière d'utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine. Il a observé dans un premier temps que la nature et l'étendue du recours de la Commission aux décisions judiciaires et à la doctrine variaient en fonction de la nature du sujet examiné et des moyens par lesquels le droit se développait dans le domaine en question¹⁰¹. Ainsi, dans le cadre du sujet relatif aux actes unilatéraux des États, où le droit s'est développé sur la base de la pratique interétatique et des décisions de la Cour internationale de Justice découlant de cette pratique, la Commission a eu principalement recours aux décisions de ladite cour. Elle a qualifié les commentaires relatifs aux principes directeurs adoptés ultérieurement de « notes explicatives exclusivement fondées sur la jurisprudence de la [Cour internationale de Justice] et les cas pratiques¹⁰² ».

79. En revanche, dans le cadre du sujet sur la responsabilité des États, où l'examen portait sur les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, la Commission s'est appuyée dans ses travaux sur un éventail de documents large et diversifié, dont les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, les sentences arbitrales, les décisions des cours régionales de droits de l'homme, les prononcés des organes conventionnels d'experts, les décisions des commissions des réclamations, les décisions judiciaires nationales ainsi que la doctrine¹⁰³. En outre, dans le contexte des articles sur la protection diplomatique, « selon laquelle l'État ne peut exercer son droit de présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un national avant que la personne lésée ait épuisé tous les recours internes, la Commission a de nouveau pris en compte les règles et principes

⁹⁹ A/1316, p. 5, par. 31.

¹⁰⁰ Ibid., par. 31 et, aux pages 5 à 8, par. 32 à 78.

¹⁰¹ Voir l'étude du secrétariat, A/CN.4/759, observation 20, par. 65 à 69.

¹⁰² Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 169, note 873.

¹⁰³ Voir les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), par. 77.

applicables qui ont été dégagés par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice¹⁰⁴, ainsi que plusieurs décisions de justice et des éléments de doctrine présentant un intérêt pour déterminer les règles et principes contenus dans les [projets d']articles¹⁰⁵ ».

80. La Commission s'est souvent appuyée sur des décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ainsi que sur une série d'autres documents, pour confirmer ou étayer les règles et les principes dégagés de nombreux traités multilatéraux, déclarations et autres instruments internationaux, règlements et résolutions d'organisations internationales présentant un intérêt pour l'examen du sujet de la responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹⁰⁶.

81. Dans un second temps, le secrétariat a constaté que la Commission, dans son approche générale de l'utilisation des moyens auxiliaires, s'était fondée à la fois sur des décisions judiciaires et sur la doctrine tant dans le contexte de la codification du droit international que dans celui du développement progressif de celui-ci¹⁰⁷. Tel a été le cas dans l'examen de nombreux sujets, le plus récemment étant dans celui du projet de principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, où la Commission s'est appuyée sur des décisions judiciaires et sur la doctrine, entre autres, pour étayer la formulation de ce texte, lequel comporte des dispositions qui « n'ont pas toutes la même valeur normative : certaines reflètent le droit international coutumier tandis que d'autres contiennent des recommandations pour son développement progressif¹⁰⁸ ».

82. Au paragraphe 1 du commentaire du principe 3, la Commission renvoie, en plus des traités internationaux applicables, à deux affaires de la Cour internationale de Justice¹⁰⁹ ainsi qu'à un certain nombre d'études, de directives et de commentaires du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)¹¹⁰ pour étayer son raisonnement à l'égard des obligations de droit international coutumier énoncées dans le principe en question, qui prévoit l'obligation générale d'améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, y compris le devoir de faire connaître le droit des conflits armés auprès des forces armées, et celui des États

¹⁰⁴ Voir, par exemple, par. 3 et 4 du commentaire de l'article premier sur la protection diplomatique, texte des projets d'article sur la protection diplomatique et des commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 25.

¹⁰⁵ Étude du secrétariat, *A/CN.4/759*, par. 68. Voir, par exemple, par. 6 et 7 du commentaire de l'article 4, par. 3 du commentaire de l'article 6 et par. 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, *ibid.*, p. 28, 29, 32 et 33.

¹⁰⁶ Voir par. 3 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 159.

¹⁰⁷ Voir l'étude du secrétariat, *A/CN.4/759*, observation 21, par. 70 à 78.

¹⁰⁸ Étude du secrétariat, *A/CN.4/759*, par. 71. Voir, par exemple, par. 4 du commentaire de l'article 3 des articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 265 et 266. Par. 4 du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 106.

¹⁰⁹ Par. 1 à 10 du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 106 à 109, notes 345 à 360, renvoyant à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, et à l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*.

¹¹⁰ Par. 1 à 10 du commentaire du principe 3, *ibid.* p. 106 à 109, notes 345 à 360, renvoyant à l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, aux Directives du CICR sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé et aux commentaires du CICR sur les conventions de Genève de 1949 et les protocoles additionnels de 1977.

d'exercer leur influence pour prévenir et faire cesser les violations du droit des conflits armés, dans la mesure du possible¹¹¹.

83. Le secrétariat fait une observation intéressante au sujet de la manière dont la Commission se fonde sur les documents invoqués dans les principes sur la protection de l'environnement en relation avec les conflits armés :

[L]es aspects [du projet de principe] qui sont considérés comme reflétant les obligations juridiques existantes (*lex lata*) sont principalement étayés par des renvois aux dispositions des traités et aux décisions de la [CIJ], tandis que les aspects qui vont au-delà des obligations juridiques existantes (*de lege ferenda*) s'appuient essentiellement sur la doctrine¹¹².

84. Cette observation trouve également confirmation dans les commentaires des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, dans lesquels la Commission s'appuie non seulement sur les principaux instruments internationaux¹¹³ et les instruments internationaux non contraignants applicables, « mais également sur un certain nombre de publications et autres documents qui peuvent être considérés comme de la "doctrine" »¹¹⁴.

85. Dans le commentaire de l'article 10 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission s'est fondée sur l'article 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que sur le dictum de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, pour soutenir que les obligations de droit international coutumier continuaient de s'appliquer indépendamment des obligations conventionnelles, qu'il ait été mis fin au traité ou que l'application du traité ait été suspendue¹¹⁵.

¹¹¹ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 72. Les éléments de doctrine du CICR sont « également invoqués à l'appui du paragraphe 2 du principe 3, qui, comme l'indique le commentaire correspondant, s'étend à certains égards aux mesures à prendre à titre volontaire et va donc au-delà des obligations coutumières et conventionnelles des États ». Voir les paragraphes 11 à 13 (notes 361 à 363) du commentaire du principe 3, A/77/10, p. 109 et 110.

¹¹² Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 74 : « Cette approche ressort également, par exemple, du paragraphe 4 du commentaire du principe 4 concernant la déclaration de zones protégées, où la Commission cite notamment les Lignes directrices du CICR sur la protection de l'environnement naturel dans les conflits armés et le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés pour illustrer les types de zones environnementales pouvant entrer dans le champ d'application du principe. Voir par. 4 du commentaire du principe 4 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. [111]. Voir également par. 11 du commentaire du principe 8 relatif aux déplacements de population, où la Commission invoque diverses publications du HCR, du HCDH, du PNUE et de l'Organisation internationale pour les migrations à l'appui d'une interprétation large des termes « lieu » et « transit » en ce qui concerne les zones où des mesures devraient être prises pour prévenir, atténuer et réparer les dommages infligés à l'environnement. Voir par. 11 du commentaire du principe 8 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. [126 et 127]. »

¹¹³ Dont la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹¹⁴ Dont les Lignes directrices de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe, la résolution de l'Institut de droit international sur l'assistance humanitaire et les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (« Directives d'Oslo ») du Bureau de la coordination des affaires humanitaires. Voir, de manière générale, les commentaires des articles 4 et 5 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 33 à 36.

¹¹⁵ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 78 ; par. 1 et 2 du commentaire de l'article 10 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 117.

86. Le secrétariat indique toutefois que, s'il semble ressortir des exemples qui précèdent que la Commission a plutôt tendance à s'appuyer principalement sur des dispositions conventionnelles, d'autres instruments internationaux et des décisions judiciaires internationales lorsqu'elle s'attache à codifier le droit international existant, il convient également de relever que cette pratique n'est pas uniforme. Ainsi, dans le commentaire de l'article 3 (Principe général) des articles sur les effets des conflits armés sur les traités – article jugé par la Commission d'une importance primordiale en ce qu'il établit le principe général de la stabilité et la continuité juridiques –, celle-ci s'est entièrement fondée sur des décisions judiciaires nationales (du Royaume-Uni et des États-Unis) ainsi que sur la doctrine, dont une résolution de 1985 de l'Institut de droit international sur les effets des conflits armés sur les traités, *Oppenheim's International Law* et *The Law of Treaties* de McNair, pour déterminer l'existence d'une règle juridique : « [I]l est devenu évident que, dans le cadre du droit international contemporain, l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des accords existants ni la suspension de leur application »¹¹⁶.

C. Invocation par la Commission de décisions judiciaires rendues par des juridictions internationales et d'autres juridictions

87. Dans l'étude, plusieurs observations sur l'utilisation des décisions judiciaires confirment que la Commission fait une large place à ces décisions dans ses travaux. Six observations générales sont directement axées sur l'utilisation par la Commission des décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Elles sont succinctement présentées ci-après.

88. *Premièrement*, l'étude confirme que, parmi les décisions judiciaires utilisées, la Commission a accordé une importance particulière aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ce qui peut être déduit du fait que leurs décisions ont été mentionnées dans le cadre de la plupart des sujets examinés par la Commission depuis 1949¹¹⁷. L'importance particulière de ces décisions ressort également de la place et du poids qui leur sont accordés dans les commentaires de la Commission, à commencer par ceux qui concernent certains de ses travaux fondateurs, notamment les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les articles sur le droit des traités¹¹⁸. Les exemples donnés dans l'étude sont tirés du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

¹¹⁶ Étude du secrétariat, A/CN.4/759, par. 77 ; par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 112 et 113.

¹¹⁷ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 22, par. 79 à 83.

¹¹⁸ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 80.

illicite¹¹⁹, du commentaire de l'article 6 des articles sur le droit des traités¹²⁰ et du sujet des actes unilatéraux des États¹²¹.

89. *Deuxièmement*, à maintes reprises, la Commission a considéré les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice comme l'énoncé des règles existantes du droit international et s'est directement appuyée sur le texte de ces décisions pour formuler des dispositions ou a étroitement fondé ses formulations sur ces décisions¹²². Certaines formulations employées par la Commission dans des projets d'articles, de conclusions, de principes, etc. sont tirées de ces décisions¹²³. Par exemple, dans le commentaire des articles relatifs au droit de la mer, il est indiqué que certaines des règles formulées dans le texte adopté en première lecture avaient été modifiées pour concorder avec les conclusions de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries*¹²⁴. Les mêmes articles prévoient également « une interdiction formelle d'entraver le passage dans les détroits servant aux communications entre deux parties de la haute mer. L'expression « les détroits qui, mettant en communication deux parties de la haute mer, servent normalement à la navigation internationale » a été inspirée par la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du détroit de Corfou »¹²⁵.

90. Dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, on trouve de nombreux exemples de dispositions fondées sur les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice,

¹¹⁹ Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) : par. 2 du commentaire de l'article premier, par. 77, citant l'affaire des *Phosphates du Maroc*, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 10, à la page 28 ; l'affaire du *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 23 ; l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 142, par. 283, et à la page 149, par. 292 ; l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7, à la page 38, par. 47 ; L'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21 ; *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29. 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 10, à la page 28.

¹²⁰ Voir les articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II : par. 2 du commentaire de l'article 6, par. 38, affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental*, C.P.J.I. (1933), série A/B, n° 53, p.71 ; par. 1 du commentaire de l'article 15, par. 38, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 1926, C.P.J.I., série A, n° 7, p. 30.

¹²¹ Voir les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie) : par. 2 du commentaire général, p. 170, renvoyant à l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, et à l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *ibid.*, p. 457 ; par. 1 du commentaire du principe 4, *ibid.*, p. 171, renvoyant à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 28.

¹²² Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 23, par. 84 à 100.

¹²³ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 84.

¹²⁴ Articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II : par. 2 du commentaire de l'article 5, p.267, qui porte sur les lignes de base droites, indique que : « [I]a Commission a interprété l'arrêt de la Cour, rendu en ce qui concerne ce point par une majorité de 10 voix contre 2, comme l'expression du droit en vigueur ; aussi s'en est-elle inspirée lors de la rédaction de cet article » ; au paragraphe 4 du commentaire de l'article 5, p.267, il est noté que, lors de sa septième session en 1955, « la Commission a apporté certains changements visant à harmoniser encore plus ce texte avec l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire des pêcheries susmentionnée » ; au paragraphe 1 du commentaire de l'article 7, concernant les baies, p.269, la Commission a noté : « Ce faisant, la Commission a comblé la lacune déjà signalée par la Conférence de codification de La Haye en 1930 et sur laquelle de nouveau la Cour internationale de Justice, dans l'arrêt concernant l'affaire des pêcheries, a appelé l'attention ».

¹²⁵ Par. 3 du commentaire de l'article 17, *ibid.*, p. 273.

ainsi que sur les décisions d'autres juridictions internationales¹²⁶. Ainsi, en ce qui concerne l'obligation de réparer faite à l'État à la suite de la commission d'un fait illicite et les formes que peut prendre cette réparation, la Commission s'est inspirées de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* et invoqué l'affaire de la *Barcelona Traction* dans l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État.

91. On trouve deux autres exemples de cas dans lesquels la Commission s'est directement appuyée sur le texte de décisions de la Cour internationale de Justice afin de formuler des dispositions : premièrement, dans les articles relatifs aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, la Commission précisant dans le commentaire que les termes utilisés au paragraphe 2 de l'article 17, concernant les négociations, « sont principalement inspirés de l'arrêt rendu par la [Cour internationale de Justice] dans l'affaire des *Compétences en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et de la sentence rendue par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire du *Lac Lanoux* »¹²⁷ ; deuxièmement, dans le commentaire des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, où il est indiqué que l'exigence d'un lien « effectif » entre l'individu et l'État

¹²⁶ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 86. Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) : par. 2 du commentaire de l'article 2, p. 35, renvoyant à l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3, à la page 29, par. 56. Voir p. 41, par. 90. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 117 et 118, par. 226 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7, à la page 54, par. 78 ; par. 4 du commentaire de l'article 3, p. 38, citant *Pêcheries*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p.116, à la page 132 ; *Nottebohm, exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 111, à la page 123 ; *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 55, à la page 67 ; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1988, p. 12, aux pages 34 et 35, par. 57 ; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15, à la page 51, par. 73 ; par. 3 du commentaire de l'article 3, p. 38, renvoyant à l'affaire du Vapeur « *Wimbledon* », 1923, C.P.J.I., série A, n° 1, p.15 ; aux pages 29 et 30 ; par. 1 du commentaire de l'article 53, p. 72 (« Le texte du présent article est identique à l'article 51 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il reproduit, en y ajoutant quelques mots, la règle énoncée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Projet Gabikovo-Nagymaros*, selon laquelle "les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause" ».) ; par. 7 du commentaire de l'article 2, p. 36, renvoyant à l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p.21 ; *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 184 ; *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215 (1990), à la page 251, par. 75 ; par. 3 du commentaire de l'article 31, p. 97, citant l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p.21 ; *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47 ; par. 8 du commentaire de l'article 48, p. 136, renvoyant à l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

¹²⁷ Voir par. 3 du commentaire de l'article 17 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 123, renvoyant aux affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3 et p. 175, et à l'affaire du lac Lanoux, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.

visait à « reprendre la terminologie employée par la [Cour internationale de Justice] dans l'affaire *Nottebohm* »¹²⁸.

92. La *troisième* observation faite par le Secrétariat sur l'utilisation des décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice par la Commission est la suivante : à de nombreuses reprises, la Commission s'est fondée sur les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour éclairer ou justifier des dispositions, sans nécessairement fonder ses formulations sur ces décisions¹²⁹. La Commission s'est appuyée sur ces décisions pour éclairer et étayer ses travaux dans le cadre de la quasi-totalité des sujets. Ainsi, elle a parfois indiqué que ses travaux étaient « conformes » à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice¹³⁰ ou inspirés par les décisions de la Cour¹³¹. À la différence de la précédente observation, dans ce cas, l'invocation de décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice est généralement abordée dans le commentaire.

93. Par exemple, dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dans le commentaire général du chapitre V, qui traite des circonstances excluant l'illicéité, la Commission a indiqué que celles-ci n'avaient pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation en question ; elles constituent plutôt un fait justificatif de l'inexécution tant que subsistent les circonstances en cause. La Commission a estimé que : « [c]ette distinction ressort[ait] clairement des décisions rendues par des tribunaux internationaux »¹³², en particulier de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* devant la Cour internationale de Justice. Cette distinction a inspiré la rédaction des articles du chapitre V mais n'est abordée que dans le commentaire.

94. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, la Commission a invoqué une décision de la Cour permanente de Justice internationale pour fonder le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider

¹²⁸ Par. 5 du commentaire de l'article 19 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 41.

¹²⁹ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 24, par. 101 à 105.

¹³⁰ Par. 9 du commentaire de la directive 1.5.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 77. (« Ces constatations sont conformes à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et notamment à son arrêt du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* entre l'Espagne et le Canada. »)

¹³¹ Voir, par exemple, par. 7 du commentaire du principe 9 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, A/77/10, p. 130. (« Le paragraphe 1 du projet de principe s'inspire en outre de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines activités (Costa Rica c. Nicaragua)*, dans laquelle la Cour a dit qu'"il [était] conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux [ouvraient] en eux-mêmes droit à indemnisation" ».) Voir aussi le paragraphe 5 du commentaire du principe 19 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, A/77/10, p. 170. (« La mention des considérations environnementales est tirée et inspirée de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. »)

¹³² Par. 2 et 3 du commentaire général du chapitre V des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 75, citant l'*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215 (1990), p. 251, par. 75. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7, à la page 63, par. 101 ; voir aussi p. 38, par. 47.

conformément à son droit interne qui sont ses nationaux¹³³. Ce principe inspire le texte de l'article 4 sans être reproduit dans l'article lui-même. On peut également trouver des exemples de cette pratique dans les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs¹³⁴ et les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹³⁵.

95. *Quatrièmement*, la Commission s'est parfois autorisée des décisions de la Cour internationale de Justice pour soutenir l'objectif du sujet en question¹³⁶, comme le montre le fait que la Commission s'est appuyée sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ainsi que sur le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, pour confirmer que l'objectif du sujet, à savoir la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, était un objectif « faisant maintenant partie du corpus du droit international »¹³⁷.

96. *Cinquièmement*, la Commission s'est quelquefois également autorisée des arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour démontrer ou reconnaître l'existence d'une évolution du droit international¹³⁸. À cet égard, la Commission, dans les commentaires des articles sur la protection diplomatique, s'est fondée sur les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour démontrer que le droit international avait évolué entre la position de 1924 (arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis*), où l'on considérait que les États, en endossant les réclamations de leurs ressortissants, faisaient valoir leurs propres droits¹³⁹, et la position actuelle (arrêts de la Cour internationale de Justice dans les affaires *LaGrand* et *Avena*), où le droit international reconnaît l'existence de certains droits, dans le cadre du droit international conventionnel ou coutumier existant, visant à protéger les individus¹⁴⁰.

¹³³ Par. 2 du commentaire de l'article 4 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p.27 et 28, affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc (zone française)*, avis consultatif, 1923, C.P.J.I., Recueil des avis consultatifs, série B, n° 4, 1923, p. 6, à la page 24.

¹³⁴ Par. 3 du commentaire du principe directeur 5 des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 172, renvoyant à l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 269, par. 49, et à l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil, p. 474, par. 51.

¹³⁵ Par. 12 du commentaire de l'article premier des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 162, renvoyant à l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p.16*, à la page 54, par. 118.

¹³⁶ Voir l'étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, observation 25, par. 106.

¹³⁷ Commentaire général, par. 3, articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 159, renvoyant à *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

¹³⁸ Étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, observation 26, par. 107 à 110.

¹³⁹ Par. 3 du commentaire de l'article premier des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 25, renvoyant à l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2, p. 12.

¹⁴⁰ Par. 4 du commentaire de l'article premier des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 25, renvoyant à l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p.466, aux pages 493 et 494, par. 76 et 77 ; et à l'affaire

97. Pour corroborer cette observation, le secrétariat donne d'autres exemples tirés des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, concernant la définition, par la Cour permanente de Justice internationale, du rôle de l'indemnisation en droit international¹⁴¹. Dans les commentaires des directives sur la protection de l'atmosphère, la Commission a noté que, dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice avait « jugé qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement devait être entreprise lorsque l'activité industrielle projetée risquait d'avoir un "impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée" »¹⁴². Dans les commentaires des directives sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé, elle a renvoyé à l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros en ce qui concerne le développement du cadre juridique international relatif à l'exploitation et la conservation des ressources naturelles, les considérations environnementales et la durabilité¹⁴³.

98. La dernière observation faite par le Secrétariat qui peut tout particulièrement s'appliquer aux décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale est qu'il est rare que la Commission se déclare expressément en désaccord avec une décision de la Cour internationale de Justice¹⁴⁴. Le commentaire de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui a trait à l'invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé, offre un exemple notable. La Commission a fait référence à l'« arrêt très critiqué » rendu en 1966 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, « dont l'article 48 s'écarte délibérément »¹⁴⁵. Ce faisant, la Commission a jeté les bases de l'inclusion dans les articles de la notion d'obligations *erga omnes* et, par conséquent, du droit, pour les États tiers (c'est-à-dire autres que l'État lésé) ayant un intérêt juridique dans l'exécution de ces obligations, d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait illicite¹⁴⁶.

99. Même si, contrairement aux six observations précédemment mentionnées, elles n'évoquent pas expressément ou exclusivement les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, les observations figurant dans l'étude du Secrétariat dont il est question ci-après sont fondées principalement sur l'utilisation par la Commission de décisions rendues par la Cour internationale de Justice et la Cour permanente de Justice internationale. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que les décisions d'autres juridictions internationales n'ont pas d'importance ou de place dans les travaux de la Commission.

100. Dans son étude, le Secrétariat a fait observer que la Commission avait également pris en considération les décisions d'autres organes de règlement des différends, tant judiciaires que non judiciaires¹⁴⁷, et a précisé que « la Commission s'[était] référée

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 12, aux pages 35 et 36, par. 40.

¹⁴¹ Par. 3 du commentaire de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 105.

¹⁴² Par. 4 du commentaire de la directive 4 des directives sur la protection de l'atmosphère, *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies Soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, p. 31.

¹⁴³ Par. 7 du commentaire du principe 20 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 178.

¹⁴⁴ Voir [A/CN.4/759](#), observation 27, par. 111.

¹⁴⁵ Par. 7 du commentaire de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), note 725.

¹⁴⁶ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), par. 111.

¹⁴⁷ Voir l'étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 28, par. 112 à 122.

souvent aux décisions des cours¹⁴⁸ et tribunaux régionaux, des tribunaux arbitraux, des juridictions nationales, des commissions des réclamations¹⁴⁹ et parfois à celles des commissions de conciliation »¹⁵⁰.

101. Dans l'étude, plusieurs exemples d'utilisation de décisions d'organes internationaux et régionaux sont d'abord donnés puis des exemples où la jurisprudence nationale est mentionnée. Dans le premier cas, dans le commentaire de l'article premier sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission évoque des sentences arbitrales et des décisions de commissions de conciliation qui ont « maintes fois affirmé » le principe selon lequel tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale¹⁵¹.

102. Dans le commentaire de l'article 4 des articles sur la protection diplomatique, la Commission cite un avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à l'appui de sa conclusion selon laquelle « [a]ujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils

¹⁴⁸ Par. 5 du commentaire du principe 5 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 115, où la Commission indique que le paragraphe 1 de ce principe « s'appuie aussi sur la jurisprudence de juridictions régionales », en renvoyant à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples concernant la protection des communautés autochtones.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, les articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie) : par. 1 du commentaire de l'article 3, p. 28, où la Commission indique que le droit d'expulsion « a été notamment reconnu dans plusieurs sentences arbitrales et décisions de commissions des réclamations, ainsi que dans diverses décisions de juridictions et de commissions régionales », en renvoyant notamment aux décisions de la Commission mexicaine des réclamations, de la Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, de la Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela et du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis ; le paragraphe 6 du commentaire de l'article 20, p. 46, où il est indiqué que, si la question des droits de propriété de l'ennemi en temps de conflit armé n'était pas traitée spécifiquement dans cette disposition, « [i]l y a[vait] cependant lieu de relever que la question des droits de propriété en cas de conflit armé a[vait] fait l'objet de développements approfondis par la Commission des réclamations Érythré-Éthiopie ».

Voir aussi les références aux travaux de la Commission d'indemnisation des Nations Unies dans les principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par exemple, au paragraphe 6 du commentaire du principe 9, *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 129 et 130.

¹⁵⁰ Étude du Secrétariat, *A/CN.4.759*, par. 112. Voir, par exemple, par. 8 du commentaire de la directive 2.9.8. du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, où il est renvoyé à la décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie du 13 avril 2002, Cour permanente d'arbitrage, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 111, par. 3.9, dans laquelle il est indiqué qu'« il est particulièrement difficile de déterminer quand et dans quelles circonstances précises l'inaction face à une déclaration interprétative équivaut à un consentement », *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 206.

¹⁵¹ Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), par. 2 du commentaire de l'article premier, par. 77, citant les affaires des *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV (numéro de vente : 66. V.3) p. 399 à 411 ; et l'affaire de la *Dickson Car Wheel Company* (États-Unis d'Amérique c. États-Unis du Mexique), Recueil des sentences arbitrales, vol. IV (numéro de vente 1951.V.1), p. 669, à la page 678 (1931). Voir aussi, par. 2 du commentaire de l'article premier, par. 77, citant l'*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215 (1990), et par. 1 du commentaire de l'article 13, p.60, citant l'affaire de l'*Île de Palmas* (Pays-Bas/États-Unis), Recueil des sentences arbitrales, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p.829, à la page 845 (1928).

respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité »¹⁵². Les décisions de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ont également été invoquées sur le même sujet « à l'appui d'une approche large des voies de recours internes devant être épuisées, y compris les recours administratifs, avant que l'État de nationalité ne puisse présenter une réclamation au nom de son ressortissant »¹⁵³.

103. Dans le commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est appuyée sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* pour « mettre en évidence » le « principe bien établi de prévention », qui a été réaffirmé par la suite dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, le principe 2 de la déclaration de Rio et la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1972¹⁵⁴. La sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* a de nouveau été invoquée comme étant à l'origine du « principe fondamental selon lequel un État devrait assurer l'indemnisation prompte et adéquate des dommages causés par des activités dangereuses »¹⁵⁵.

104. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, la Commission s'appuie sur des affaires tranchées par des commissions des réclamations pour étayer ses conclusions à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne certains aspects des règles concernant les réclamations des doubles nationaux¹⁵⁶ et les réclamations des sociétés¹⁵⁷.

105. Le dernier exemple d'utilisation de décisions rendues par des organes juridictionnels internationaux se trouve dans les décisions de la Commission d'indemnisation des Nations Unies sur lesquelles la Commission s'est fondée dans les principes sur la répartition des pertes en vue d'interpréter au sens large les termes

¹⁵² Par. 6 du commentaire de l'article 4 des projets d'articles sur la protection diplomatique, texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie) p. 28 et 29, citant l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica* (avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, série A, n^o 4, par. 38).

¹⁵³ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 114, renvoyant aux paragraphes 3 à 5 de l'article 14 sur la protection diplomatique, texte des projets d'article et commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 44 et 45, citant *De Becker c. Belgique, requête n^o 214/56, décision du 9 juin 1958*, Commission européenne et Cour européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 238.

¹⁵⁴ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 115, renvoyant au par. 4 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p.159, citant l'affaire de la *Fonderie de Trail*, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, (numéro de vente : 1949. V.2), p. 1905 et suiv.

¹⁵⁵ Par. 6 du commentaire du principe 4 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 80 et 81, citant l'affaire de la *Fonderie de Trail*, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, (numéro de vente : 1949. V.2), p. 1905 et suiv. (note 154).

¹⁵⁶ Voir par. 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 33 et 34, citant les affaires *Mathison, Stevenson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela) et *Brignone et Miliani* (Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela), Recueil des sentences arbitrales, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 485 et 494, et vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 542 et 584, respectivement. Voir aussi, par. 3 du commentaire de l'article 7, p. 33 et 34, citant l'affaire *Mergé*, Commission de conciliation Italie- États-Unis, 10 juin 1955, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 236.

¹⁵⁷ Par. 1 à 3 du commentaire de l'article 10 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 38, citant l'affaire de l'*Orinoco Steamship Company*, Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, p. 180.

« dommages à l'environnement » et l'indemnisation au titre de dommages à des ressources naturelles ne présentant aucun intérêt économique¹⁵⁸.

106. L'étude traite également des circonstances dans lesquelles la Commission s'est fondée sur la jurisprudence nationale. Le premier de ces exemples a trait aux articles sur la protection diplomatique, la Commission se fondant sur la jurisprudence nationale « pour conclure que l'État de nationalité a une obligation, aussi limitée soit-elle, en droit interne ou en droit international, de protéger ses nationaux à l'étranger lorsque leurs droits fondamentaux ont été gravement violés. Cette conclusion sous-tend la formulation de l'article 19 de la Commission, selon laquelle l'État "devrait" » exercer la protection diplomatique dans les cas appropriés »¹⁵⁹.

107. Dans les commentaires du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission s'est référée à des décisions judiciaires internes au sujet de « la question de savoir si les lois de la guerre imposaient à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher que celles-ci ne commettent des actes de violation des lois de la guerre »¹⁶⁰.

108. Les derniers exemples d'utilisation du droit interne figurant dans l'étude sont tirés du commentaire de l'article 10 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁶¹, du commentaire des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités

¹⁵⁸ Par. 18 du commentaire du principe 2 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p.71, citant le rapport et les recommandations du Comité de commissaires concernant la cinquième tranche de réclamations « F4 », (S/AC.26/2005/10) : « La Commission d'indemnisation des Nations Unies [était] un organe subsidiaire du Conseil de sécurité créé en 1991 par la résolution 687 (1991) pour traiter les réclamations et verser les indemnités au titre des pertes et dommages résultant directement de l'invasion et de l'occupation du Koweït. Il ne s'agi[ssai]t pas d'un organe judiciaire mais de comités de commissaires qui examin[ai]ent et évalu[ai]ent les demandes soumises par des États, des organisations internationales, des entreprises et des particuliers ». Voir aussi, par. 11 du commentaire du principe 6, p. 92. Les autres tribunaux internationaux de réclamations cités dans ces commentaires sont le Tribunal des différends irano-américains et le Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal.

¹⁵⁹ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 118, renvoyant au par. 3 du commentaire de l'article 2 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 27, citant l'affaire *Rudolf Hess*, ILR, vol. 90 (1992), p.387 ; *Abbasi and Juma v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, décision de la Cour d'appel (Section civile) de la Cour suprême du 6 novembre 2002, ILM, vol. 42 (2003), p. 358 ; *Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, décision de la Cour constitutionnelle en date des 19 et 20 juillet 2004 et 4 août 2004, *The South African Law Reports* 2005, p. 235.

¹⁶⁰ Par. 2 du commentaire de l'article 6 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 26, renvoyant à l'affaire *Yamashita* devant la Cour suprême des États-Unis, à l'affaire du *Haut Commandement* et à l'affaire des *Otages* devant le tribunal militaire américain.

¹⁶¹ A/CN.4/759, par. 119, renvoyant aux articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) : par. 4 du commentaire de l'article 10, p. 174, citant *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Württemberg and Prussia v Baden), betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin), vol. 116, annexe, p. 18 et suiv. ; par. 14 du commentaire du principe 2, p. 70, citant l'affaire *Burgess v M/V/ Tamano*, décision du 27 juillet 1973, United States District Court, Maine, Federal Supplement, vol. 370 (1973), p. 247.

dangereuses¹⁶² et de la première lecture des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁶³.

109. Dans son étude, le Secrétariat a fait observer que la Commission a souvent pris en compte le sens donné à certains termes par les cours et tribunaux internationaux¹⁶⁴, en particulier « lorsque celles-ci éclairaient le sens à donner à des termes particuliers qu'elle examine¹⁶⁵ ». Ainsi, dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a fait référence à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui « a interprété la disparition forcée ou involontaire comme étant un fait illicite continu, c'est-à-dire qui continue tant que l'on ignore le sort de la personne concernée »¹⁶⁶.

110. Le Secrétariat donne trois autres exemples pour corroborer cette observation. D'abord, la Commission s'est référée à l'utilisation des termes « organe » et « agent » dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales et a indiqué que la Cour internationale de Justice, lorsqu'elle « a examiné le statut de personnes agissant pour le compte de l'Organisation des Nations Unies, a considéré comme seul pertinent le fait qu'une personne s'était vu conférer des fonctions par un organe de l'Organisation »¹⁶⁷.

111. Par ailleurs, dans les conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a indiqué que la règle générale sur la « pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité » avait été formulée par le Tribunal des différends irano-américains, qui avait déterminé qu'une telle pratique devait « être une pratique des parties au traité et établir l'accord des parties en ce qui concerne l'interprétation de ce traité »¹⁶⁸.

112. Enfin, dans les articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission s'est référée à l'interprétation donnée dans la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale des termes

¹⁶² Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), par. 119, renvoyant au par. 8 du commentaire du principe 3 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), citant *Blue Circle Industries PLC v Ministry of Defence*, *The All England Law Reports* 1998, vol. 3, p. 385 et *Merlin and another v British Nuclear Fuels PLC*, *The All England Law Reports* 1990, vol. 3, p. 711.

¹⁶³ Par. 31 du commentaire de l'article 2 des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, p. 225, renvoyant à des décisions de juridictions nationales en Allemagne, aux États-Unis, en France, en Italie et au Royaume-Uni.

¹⁶⁴ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 29, par. 123 à 126.

¹⁶⁵ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), par. 123.

¹⁶⁶ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), par. 123. Par. 4 du commentaire de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 63, citant Blake, *Cour interaméricaine des droits de l'homme*, série C, n° 36, par. 67 (1998).

¹⁶⁷ Par. 2 du commentaire de l'article 6 des articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 54, voir aussi par. 4 du commentaire de l'article 6.

¹⁶⁸ Par. 9 du commentaire de la conclusion 5 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (*Yearbook of the International Law Commission* 2018, vol. II (2^e partie), p. 24 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 38, citant notamment *Tribunal des différends irano-américains, United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 5 (1984), p.57, à la page 71.

« généralisée » et « systématique » figurant dans la définition des « crimes contre l'humanité »¹⁶⁹.

113. Le Secrétariat a fait observer que, parfois, la Commission a fait référence à des opinions individuelles ou dissidentes qui exprimaient un point de vue ou précisaient le raisonnement d'une cour ou d'un tribunal dans une décision particulière¹⁷⁰ lorsque celles-ci permettaient de comprendre la décision de la juridiction en question ou le raisonnement qui la fondait¹⁷¹. À cet égard, dans le commentaire des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a fait référence à une opinion dissidente du juge Schwebel à l'appui de la position selon laquelle la théorie dite des « mains propres » a été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée¹⁷².

114. Par ailleurs, « [d]ans le rapport final du [g]roupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la Commission a fait référence aux opinions dissidentes et aux opinions individuelles jointes aux arrêts dans lesquels la Cour internationale de Justice s'est intéressée à la typologie des traités contenant la "formule *aut dedere aut judicare*" »¹⁷³.

115. Un autre exemple sur lequel s'appuie cette observation est tiré du commentaire des articles sur la protection diplomatique, dans lequel il est fait référence aux opinions individuelles de juges de la Cour internationale de Justice, par exemple, « à l'appui d'une exception qui permettrait à l'État de nationalité des actionnaires d'une société d'agir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société »¹⁷⁴. Dans le cadre du même sujet, la Commission a fait référence à une opinion individuelle du juge Oda dans l'affaire *Eletronica Sicula S.p.A* de la Cour internationale de Justice, à l'appui de la possibilité d'invoquer « "les principes généraux de droit concernant les sociétés" plutôt que le droit interne pour garantir les droits des actionnaires étrangers lorsque la société a été constituée dans l'État auteur du fait illicite »¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Par. 10 à 16 du commentaire de l'article 2 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, Soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), p. 32 à 35.

¹⁷⁰ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 30, par. 127 à 130.

¹⁷¹ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 127.

¹⁷² Voir par. 9 du commentaire du chapitre V et note 319 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, p. 76, renvoyant à l'opinion dissidente du juge Schwebel dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, de la page 392 à la page 394.

¹⁷³ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759 par. 128, renvoyant au rapport final du groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 11 : « Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le juge Yusuf s'est aussi intéressé à la typologie des traités où figure la formule *aut dedere aut judicare* et les a répartis en deux grandes catégories ».

¹⁷⁴ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 129, renvoyant au par. 10 du commentaire de l'article 11 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 41, renvoyant aux opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 48. « La Commission a toutefois opté pour une exception de portée plus limitée », voir article 11, par. b) des articles sur la protection diplomatique, *ibid*, p. 39.

¹⁷⁵ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 129, renvoyant au par. 4, note 162, du commentaire de l'article 12 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, *ibid*, p. 42, citant *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

116. Dans ses commentaires sur les articles relatifs à la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission s'est référée à une opinion individuelle du juge Alvarez dans l'affaire du *Détroit de Corfou*¹⁷⁶, et aux opinions individuelles de juges dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*¹⁷⁷.

117. Dans une pénultième observation relative aux décisions judiciaires, le Secrétariat a noté que, parfois, la Commission s'est référée à des décisions judiciaires pour rappeler la pratique des États dans leurs mémoires ou a fait directement référence à ces mémoires devant une juridiction internationale sur un point de droit particulier¹⁷⁸. Le Secrétariat ajoute que la Commission s'est également référée aux déclarations des États devant les juridictions internationales ou aux décisions des juridictions internationales reflétant les vues et la pratique des États sur tel ou tel point de droit¹⁷⁹.

118. Ainsi, dans les articles sur le droit des traités, la Commission a estimé que : « Il ne fait aucun doute que le principe du consentement présumé à une réserve en l'absence d'objection à cette réserve est entré dans la pratique des États ; d'ailleurs, la Cour elle-même, dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*, a déclaré qu'«une part très large» est faite dans la pratique internationale «à l'assentiment tacite aux réserves» »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Par. 4 du commentaire de l'article 10 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 48, citant l'opinion individuelle du juge Alvarez dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1949, p. 39, à la page 43.

¹⁷⁷ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, aux pages 278 et 279 (opinion individuelle du juge Buerghenthal), 326 à 334 (opinion individuelle du juge Simma), 236 à 240 (opinion individuelle du juge Higgins), et 261 (opinion individuelle du juge Koojimens). Rapport final du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, p. 100, par. 455 à 457. La Commission s'est également référée aux opinions individuelles des juges lorsqu'elle a évoqué l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, *ibid.* p. 74, par. 356, renvoyant par exemple aux affaires suivantes : *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 55, à la p. 107 (opinion individuelle du juge Moreno Quintana) ; *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, *Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962* : C. I. J. Recueil 1962, p. 319, à la page 407 (opinion individuelle du juge Jessup) ; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil* 1971, p.16, à la page 99 (opinion individuelle du juge Ammoun) ; *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p.192, aux pages 232 et 233 (opinion individuelle du juge Ruda).

¹⁷⁸ Étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, observation 31, par. 131 à 136.

¹⁷⁹ Étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, par. 131. Voir également l'observation 17 du rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, *Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet*, Mémoire du Secrétariat, 14 mars 2013, document *A/CN.4/659*, p. 27, citant notamment le paragraphe 10 du commentaire de l'article 5 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p.103 (incluant les « décisions des juridictions et tribunaux internationaux » dans son « étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit »). Voir aussi par. 4 du commentaire de l'article 39 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 118 (citant les affaires du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* et du *Vapeur « Wimbledon »* comme preuve de la « pratique des États » en ce qui concerne « [l']importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation »).

¹⁸⁰ Par. 23 du commentaire des articles 16 et 17 des articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 226, citant l'affaire des *Réserves à la Convention sur le Génocide*, Avis consultatif : C. I. J. Recueil 1951, p. 15, à la page 21. Voir aussi par. 4 du commentaire de l'article 59, p. 280, renvoyant aux mémoires présentés par la France dans l'affaire des *Décrets de nationalité*

119. Dans le commentaire de l'article 12 des articles sur la succession d'États en matière de traités, la Commission s'est référée aux mémoires présentés par la Thaïlande et le Cambodge dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*¹⁸¹ et, dans les articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, la Commission s'est référée aux mémoires des États-Unis dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*¹⁸².

120. Dans les commentaires des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite, la Commission a noté que « [l]'idée que les États membres ne peuvent généralement être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation a été défendue par plusieurs États dans des affaires contentieuses »¹⁸³.

121. La dernière observation du Secrétariat relative aux décisions judiciaires est que la Commission a observé que, sans avoir formellement valeur de précédent, les décisions de juridictions internationales pouvaient peser sur les décisions d'autres juridictions internationales¹⁸⁴. Ainsi, en analysant une multitude de décisions arbitrales dans le rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, la Commission a déclaré :

Les tribunaux ont certes noté que les décisions d'autres tribunaux n'avaient pas formellement valeur de précédents, mais le désir de cohérence a clairement pesé dans la prise des décisions¹⁸⁵.

D. Recours de la Commission à la doctrine et aux travaux d'organes d'experts

122. En ce qui concerne l'utilisation que fait la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine, l'étude du Secrétariat offre quelques observations de conclusion sur le deuxième axe fondamental de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir la doctrine des publicistes les plus qualifiés. En premier lieu, on y observe que la Commission se réfère aux écrits, aux commentaires de jurisconsultes, à la doctrine et aux opinions d'éminents juristes pour illustrer l'adhésion ou le soutien dont bénéficie une conception particulière d'une règle de droit international contenue dans ses travaux¹⁸⁶.

123. Dans son étude, le Secrétariat observe également que la Commission tient parfois à bien faire comprendre qu'elle ne se conforme pas à la conception présentée dans divers travaux doctrinaux¹⁸⁷. Par exemple, dans le cadre des travaux relatifs au

promulgués à Tunis et au Maroc, par la Chine dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, et par la France dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*.

¹⁸¹ Par. 7 du commentaire de l'article 12 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 204.

¹⁸² Par. 21 du commentaire de l'article 10 des articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 37.

¹⁸³ Par. 3 du commentaire de l'article 62 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 102.

¹⁸⁴ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 32, par. 137.

¹⁸⁵ Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, *Annuaire ... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 117, par. 135.

¹⁸⁶ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 33, par. 138 à 142. Voir, par exemple, le par. 2 du commentaire de la directive 2.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 118 et 119, où la Commission a indiqué que la règle selon laquelle l'expression du consentement à être lié constituait le dernier moment où une réserve pouvait être formulée était « unanimement reconnue par la doctrine ».

¹⁸⁷ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 34, par. 143 et 144.

Guide de la pratique sur les réserves aux traités, elle a indiqué « n'[avoir] pas retenu, dans la rédaction de cette directive, l'expression "accord en forme simplifiée", d'usage courant dans la doctrine francophone ; il [avait] semblé préférable de ne pas recourir à cette expression qui ne figur[ait] pas dans les Conventions de Vienne »¹⁸⁸.

124. La Commission a également fait référence, dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, à la jurisprudence qui offre un « certain appui » à l'opinion selon laquelle, lorsqu'un national décède avant la présentation officielle d'une réclamation, celle-ci peut néanmoins être maintenue parce qu'elle a acquis un « caractère national »¹⁸⁹. Toutefois, en raison de l'existence de décisions contraires de la Commission des réclamations, la Commission a conclu que ni la doctrine ni la jurisprudence n'étant concluantes, il était peu judicieux de proposer une règle sur le sujet¹⁹⁰.

125. La Commission, toujours selon l'étude du Secrétariat, s'est largement appuyée sur les écrits de juristes dans le cadre de la question de la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹⁹¹.

126. L'étude indique en outre que, concernant certains sujets, la Commission s'est référée à la doctrine pour fournir des informations de référence sur le domaine du droit concerné et sur le développement de celui-ci. Des exemples sont donnés¹⁹².

127. Le Secrétariat a également fait observer que, parfois, dans la formulation de ses propres textes, la Commission tenait compte de l'interprétation de certaines dispositions de traités que proposaient des organes conventionnels d'experts¹⁹³. De façon générale, la Commission s'est référée aux interprétations d'organes conventionnels d'experts, notamment le Comité des droits de l'homme¹⁹⁴, le Comité

¹⁸⁸ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), par. 143. Par. 4 du commentaire de la directive 2.2.2 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 117.

¹⁸⁹ Par. 14 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 31, qui renvoie à Edwin. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* [Protection diplomatique des citoyens à l'étranger ou droit fondant la réclamation internationale], New York, The Banks Law Publishing Co., 1922, p. 628.

¹⁹⁰ Par. 14 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), *ibid.*, p. 31, renvoyant à l'affaire *Eschauzier (Grande-Bretagne c. États-Unis du Mexique)*, décision du 24 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 209.

¹⁹¹ Voir le commentaire général des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2006*, vol. II, (2^e partie), par. 9 et note 306, p. 61 et 62, renvoyant à Patricia Birnie et Alan Boyle, *International Law and the Environment* [Droit international et environnement], Oxford, Oxford University Press, 2002, 2^e éd., p. 113, et le par. 7 du commentaire du principe 1, p. 64 et 65, citant P. Wetterstein : « A proprietary or possessory interest: A condition sine qua non for claiming damages for environmental impairment? [Un titre de possession ou de propriété est-il une condition nécessaire de toute demande d'indemnisation en cas de dommage à l'environnement ?], in P. Wetterstein (dir.), *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage* [Atteintes à l'environnement : droit de réparation et d'évaluation des dommages], Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 30, et Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law* [Les dommages transfrontières en droit international], Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 113 à 182.

¹⁹² Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 35, par. 145 et 146.

¹⁹³ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 36, par. 147 à 152.

¹⁹⁴ Voir, par exemple, le par. 6 du commentaire de l'article 18 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 42, où la Commission fait observer que « [l]e critère du « juste équilibre » semble également compatible avec l'approche suivie par le Comité des droits de l'homme aux fins de l'examen de la conformité d'une mesure d'expulsion à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

contre la torture¹⁹⁵ et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁹⁶, dans différents textes¹⁹⁷.

128. Dans ce contexte, la Commission s'est référée aux travaux du Comité des droits de l'homme sur plusieurs points, notamment le droit à la vérité¹⁹⁸ et le droit à un procès équitable, relevant, dans le cadre des articles sur les crimes contre l'humanité, que « [l]e Comité des droits de l'homme [avait] estimé que le droit à un procès équitable était “un élément clé de la protection des droits de l'homme” et “un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit” »¹⁹⁹.

129. Dans les commentaires des articles sur l'expulsion des étrangers, la Commission a invoqué les directives élaborées par le Comité contre la torture dans le cadre de l'examen de demandes faisant valoir que l'expulsion d'étrangers vers des États donnés était contraire à la Convention contre la torture²⁰⁰.

130. Parfois, la Commission s'est inspirée de travaux menés par des organes conventionnels pour l'interprétation de certains instruments. Dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, elle a fait figurer, dans la définition proposée du crime de génocide, « les mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe », et fait observer dans le commentaire que la formule « les mesures visant à » avait pour but d'indiquer la nécessité d'un élément de

¹⁹⁵ Au par. 3 du commentaire de l'article 8 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 92, il est indiqué ceci : « [L'article] 8 exige qu'une enquête soit menée chaque fois qu'il y a “des motifs raisonnables de croire” que l'infraction a été commise. Selon le Comité contre la torture, pour déterminer que pareils motifs existent, il suffit que des informations allant en ce sens aient été présentées aux autorités compétentes ou soient à la disposition de celles-ci ; il n'est pas nécessaire que les victimes aient porté plainte auprès de ces autorités. »

¹⁹⁶ Voir, par exemple, le par. 3 du commentaire de l'article 11 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 50, renvoyant à l'Observation générale n° 12 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à une nourriture suffisante. Par. 14 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 85 (en anglais) [français à paraître]. Pour le texte français, voir ce paragraphe du commentaire in *A/73/10*, p. 117 et 118. Voir aussi le par. 11 du commentaire du principe 10 du projet de principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 138 et 139, renvoyant aux décisions qui ont établi un lien entre la dégradation de l'environnement et la santé humaine dans le cadre du Comité des droits économiques, sociaux et culturels [Observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12)].

¹⁹⁷ Étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, par. 147.

¹⁹⁸ Par. 24 du commentaire de l'article 12 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 115, où l'auteur voit dans le droit à l'information ou le droit à la vérité cités dans les décisions du Comité des droits de l'homme un « moyen de mettre fin à la torture psychologique des familles de victimes de disparition forcée ou d'exécution secrète ou de prévenir de tels actes ».

¹⁹⁹ Étude du Secrétariat, *A/CN.4/759*, p. 45 : « C'est pourquoi le paragraphe 1 du projet d'article 11 garantit “un traitement équitable”, “y compris [un] procès équitable” » ; par. 5 du commentaire de l'article 11 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 104, citant le Comité des droits de l'homme dans l'Observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et le droit à un procès équitable, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/62/40)*, vol. I, annexe VI, par. 2.

²⁰⁰ Par. 2 à 4 du commentaire de l'article 24 des articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 50 à 52.

coercition, citant à cet égard l'alinéa d) de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ainsi que les travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes²⁰¹.

131. Dans les conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a fait référence à l'utilisation des prononcés des organes conventionnels d'experts par la Cour internationale de Justice²⁰² et diverses juridictions régionales des droits de l'homme²⁰³ et, dans le commentaire des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, elle s'est référée, par exemple, à diverses Observations générales formulées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre de l'obligation qu'ont les États de coopérer²⁰⁴.

132. La Commission a également fait référence aux travaux d'organes d'experts et d'autres institutions dans le cadre de l'examen de plusieurs sujets²⁰⁵. Dans certains cas, elle traite comme doctrine les travaux d'institutions privées²⁰⁶. Pour nombre de sujets, elle s'est référée aux travaux d'institutions privées pour les besoins de ses propres études, par exemple concernant les sujets suivants :

- Droit des traités²⁰⁷
- Nationalité des personnes physiques et succession d'États²⁰⁸

²⁰¹ Par. 16 du commentaire de l'article 17 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), renvoyant au *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 38 (A/47/38)*, chap. I^{er}, par. 22.

²⁰² Par. 21 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 86 (en anglais). Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 120.

²⁰³ Par. 22 du commentaire de la conclusion 13, *ibid.*, not. p. 121 du rapport [A/73/10](#).

²⁰⁴ Par. 2 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), par. 49, renvoyant dans la note 84 (p. 39) aux Observations générales n^{os} 2, 3, 7, 14 et 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

²⁰⁵ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 37, par. 153 à 155 ; voir le par. 7 du commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 46. (« Sont énumérés, en tant qu'exemples d'autres moyens auxiliaires, les travaux des organes d'experts et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. »)

²⁰⁶ Voir par exemple la note 243 du par. 12 du commentaire de la directive 1.4 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 67 et 68. (« Le caractère par nature conditionnel des réserves est privilégié par de nombreuses définitions doctrinales, dont celle de la Harvard School of Law (Research in International Law of the Harvard Law School), « Draft Convention on the Law of Treaties », *American Journal of International Law*, 1935, Supplément n° 4, p. 843 [...] »).

²⁰⁷ Dans les articles sur le droit des traités, il est indiqué au paragraphe 1 du commentaire de l'article 28 qu'« [e]n 1956, l'Institut de droit international a adopté une résolution dans laquelle il formulait – en termes assez prudents, il est vrai – deux articles contenant un petit nombre de principes fondamentaux d'interprétation. », *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 238. On trouve des références au projet de convention de Harvard sur le droit des traités au par. 3 du commentaire de la directive 2.2.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 114.

²⁰⁸ Voir, par exemple, le par. 4 du commentaire de l'article 26 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 47, qui évoque la règle selon laquelle l'État successeur attribue sa nationalité aux personnes concernées ayant leur résidence habituelle sur son territoire, précisant qu'« une disposition analogue visant le cas de la séparation figurait à l'alinéa b de l'article 18 du projet de convention

- Clauses de la nation la plus favorisée dans les traités²⁰⁹
- Prévention et répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale²¹⁰
- Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²¹¹
- Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation²¹²

sur la nationalité établi par la faculté de droit de l'Université de Harvard » et renvoie à l'ouvrage : Harvard Law School, *Research in International Law*, Part I. *Nationality*, Supplément de l'*American Journal of International Law*, vol. 23, Cambridge (Massachusetts), avril 1929, p. 13. Le par. 2 du commentaire de l'article 12 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États (*Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 36) fait référence à la résolution de l'Institut de droit international relative aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation) : *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 15, 2^e partie (1896), p. 271.

²⁰⁹ Dans les articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, la Commission a cité à plusieurs reprises les travaux menés par l'Institut de droit international en 1936. Voir, par exemple, le par. 2 du commentaire de l'article 16, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 48 (« La règle proposée dans l'article 16 s'applique à toutes les clauses de la nation la plus favorisée, qu'elles soient de caractère inconditionnel ou qu'il s'agisse de clauses conditionnelles sous réserve d'une contrepartie sous une forme quelconque, en particulier sous forme de traitement réciproque. Elle est exprimée de la façon suivante au paragraphe 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session, en 1936 [...] »).

²¹⁰ Voir, par exemple, la note 473 du commentaire (par. 3) de l'article 7 sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 347, qui renvoie à « l'article 2 du projet de convention sur l'extradition rédigé par la "Research in International Law" » de la faculté de droit de Harvard, Supplément de l'*American Journal of International Law*, Washington, vol. 29, nos 1 et 2 (janvier et avril 1935), p. 21.

²¹¹ Voir, par exemple, le par. 6 du commentaire de l'article 50 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 141, qui relève que « [l']Institut de droit international a, dans une résolution de 1934, déclaré qu'un État qui prend des contre-mesures doit "s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique" » et cite l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

²¹² Voir le par. 12 du commentaire de l'article 2 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire ... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 97, dont la note 184 renvoie à la résolution de New York adoptée en 1958 par l'ILA (*Report of the Forty-eighth Conference, New York, 1958*, Londres, 1959, annexe II, p. 99) et aux Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (*Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.), dont le texte est reproduit en partie dans le doc. A/CN.4/274, p. 396, par. 405. Voir la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Salzbourg, en 1961, sous le titre « Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) », *Annuaire de l'Institut de droit international* (Bâle), t. 49, II, 1961, p. 370 à 373, et la résolution adoptée par l'Institut à sa session d'Athènes, en 1979, sous le titre « La pollution des fleuves et des lacs et le droit international » (*ibid.*, t. 58, II, 1979, p. 196). Un groupe privé de juristes, la Fédération interaméricaine des avocats, a adopté en 1957 une résolution portant sur « tout cours d'eau ou tout réseau de fleuves ou de lacs [...] qui traverse ou sépare les territoires de deux ou plusieurs États [...] [ci-après désigné sous le terme] "bassin hydrographique international" » (Fédération interaméricaine des avocats, *Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957* [Actes de la dixième Conférence tenue à Buenos Aires du 14 au 21 novembre 1957], 2 vol., Buenos Aires, 1958, reproduite dans doc. A/5409, p. 223, par. 1092). Voir aussi le par. 5 du commentaire de l'article 24 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire ... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 133, renvoyant à la résolution de l'Institut de droit international adoptée lors de sa session de Madrid (1911) (dont s'inspirait l'article 5 de la Déclaration de Montevideo), relative à la réglementation internationale de l'usage

- Fragmentation du droit international²¹³
- Droit des aquifères transfrontières²¹⁴,
- Responsabilité des organisations internationales²¹⁵
- Succession d'États en matière de biens d'État²¹⁶
- Expulsion des étrangers²¹⁷
- Effets des conflits armés sur les traités²¹⁸
- Protection des personnes en cas de catastrophe²¹⁹

des cours d'eau internationaux (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1911 (Paris), vol. 24, p. 365 à 367, reproduite dans le doc. A/5409, p. 214, par. 1072).

- ²¹³ Voir le rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (1^{re} partie), Additif 2, p. 95, par. 431, renvoyant à la résolution de l'Institut de droit international sur l'interprétation des traités, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 46 (session de Grenade, 1956), p. 358 et 359.
- ²¹⁴ Voir le par. 5 du commentaire général du projet d'articles sur la question (« La Commission a également tenu en 2004 une séance officielle avec le Comité des ressources en eau de l'Association de droit international et tient à prendre acte des commentaires de celui-ci sur le projet d'articles adopté en première lecture par la Commission, ainsi qu'à faire l'éloge des Règles de Berlin sur les ressources en eau, adoptées par l'Association de droit international en 2004. ») et le par. 1 du commentaire de l'article 2 du projet, *Annuaire ... 2008*, vol. II (2^e partie), respectivement p. 25, et 27 et 28.
- ²¹⁵ Les articles sur la responsabilité des organisations internationales, et not. le par. 5 du commentaire de l'article 62, renvoient à une résolution de l'Institut de droit international intitulée « Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par les organisations internationales de leurs obligations envers des tiers » (*Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 102). La Commission s'y réfère également à un projet proposé par le Comité sur la responsabilité des organisations internationales de l'Association de droit international (International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, p. 200). Voir le par. 1 du commentaire de l'article 14, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 65, le par. 8 du commentaire de l'article 7, *ibid.*, p. 56 et 57, le par. 7 du commentaire de l'article 8, *ibid.*, p. 60, le commentaire de l'article 11, *ibid.*, p. 64, et le par. 7 du commentaire de l'article 45, *ibid.* p. 87 et 88.
- ²¹⁶ Voir le par. 27 du commentaire de l'article 31 du projet d'articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 75 et 76, renvoyant au rapport de l'Association de droit international : ILA, *Report of the Fifty-fourth Conference, held at The Hague, 23rd-29th August, 1970*, Londres, 1971, p. 108. Voir aussi le par. 7 de la directive 5.1.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 342. Voir le par. 6 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 30, renvoyant à l'élément des « pertes massives en vies humaines », inspiré du Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe de 1995, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 78, n° 817 (janvier-février 1996), p. 124 à 135. « Cette présomption [du maintien des réserves de l'État prédécesseur] avait déjà été proposée par D. P. O'Connell, rapporteur de l'International Law Association sur la question de « la succession des États nouveaux aux traités et à certaines autres obligations de leurs prédécesseurs » un an avant que Humphrey Waldock la fasse sienne » (voir *Annuaire ... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 342).
- ²¹⁷ Par. 2 du commentaire de l'article 5 des articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 30 et 31, renvoyant aux Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptées le 9 septembre 1892 à la session de Genève de l'Institut de droit international, art. 30.
- ²¹⁸ Par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 111, note 407, renvoyant à l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 61, I, (session d'Helsinki, 1985), p. 8 et 9. Voir aussi le par. 4 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 30, renvoyant à la résolution sur

- Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités²²⁰
- Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés²²¹

133. Cette tendance ne se limite pas aux sujets les plus récents. Dans ses travaux sur le droit de la mer, à partir de la moitié des années 1950, la Commission s'est référée aux travaux d'organes d'experts privés et aux efforts collectifs de juristes. On peut trouver quelques exemples à cet égard dans les aspects du droit de la mer se rapportant à l'utilisation du pavillon²²² et à la piraterie²²³.

134. Enfin, dans les articles sur la protection diplomatique, la Commission a fait référence au projet de convention de Harvard sur la question et à la résolution de l'Institut de droit international²²⁴.

135. Le Secrétariat a également observé que, pour certains sujets, la Commission a eu recours à des formulations inspirées des travaux d'organes privés spécialisés dans

l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (session de Bruges, 2003), p. 263.

²²⁰ Voir, par exemple, le par. 11 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 84 (en anglais). Pour le texte français, voir A/73/10, p. 116 et 117 (« Les prononcés d'un organe conventionnel d'experts peuvent cependant donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure [...]. Cette possibilité a été admise par des États, par la Commission et aussi par l'Association de droit international et par un grand nombre d'auteurs. »)

²²¹ Renvoie aux travaux de l'Institut de droit international sur le recours à la force, au par. 3 du commentaire du principe 20 du projet de principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 177, note 784 (Comme le résume l'Institut de droit international, « la puissance occupante ne peut disposer des ressources du territoire occupé que dans la mesure nécessaire pour l'administration courante du territoire et pour pourvoir aux besoins essentiels de la population ». Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 70, II^e partie, session de Bruges (2003), disponible à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, déclarations, p. 288.) et aux Directives du CICR sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé, au par. 4 du commentaire du principe 4 du projet de principes, *ibid.*, p. 111 (« Plus récemment, le CICR, dans ses Directives sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé, a recommandé que les zones particulièrement importantes ou fragiles sur le plan environnemental soient déclarées zones démilitarisées »).

²²² Par. 2 du commentaire de l'article 29 des articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire ... 1956*, Vol. II, p. 278 et 279 (« S'inspirant de ces idées, l'Institut de droit international a, dès 1896, adopté certaines règles relatives à l'octroi du pavillon. La Commission, lors de la septième session, a cru pouvoir les accepter sous une forme légèrement modifiée tout en sachant que, pour aboutir aux résultats pratiques visés, les États devraient, en introduisant ces règles dans leur législation, élaborer des dispositions plus détaillées. »)

²²³ Voir par. 1 du commentaire de l'article 38 des articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 282. (« Dans ses travaux concernant les articles sur la piraterie, la Commission a été considérablement aidée par les recherches de la Harvard Law School, qui ont abouti à un projet de convention de 19 articles accompagnés de commentaires, élaboré en 1932 sous la direction du professeur Joseph Bingham. En général, la Commission a pu se rallier aux conclusions auxquelles ces recherches ont abouti. »)

²²⁴ Par. 3 du commentaire de l'article 6 et par. 2 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 32 et 33, renvoyant au paragraphe 5 de l'article 23 du projet de convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, reproduit dans L.B. Sohn et R.R. Baxter, « Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens », *American Journal of International Law*, vol. 55, n° 3 (juillet 1961), p. 548, et à l'article 4 a de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 58.

la codification ou d'autres organes d'experts²²⁵. Les exemples de ce type remontent à 1994, où, dans le projet de statut d'une juridiction pénale internationale permanente, la Commission s'est inspirée d'un document élaboré initialement par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, en 1955, notant dans le commentaire que « [l]es établissements pénitentiaires continueraient à être administrés par l'autorité nationale compétente, mais [que] les conditions et modalités de détention devraient répondre aux normes internationales, et notamment à l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus ». ²²⁶ On peut trouver un autre exemple précoce dans le commentaire de 1994 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation²²⁷.

136. Parmi les exemples plus récents, on peut évoquer le recours fait par la Commission aux travaux antérieurs de l'Association de droit international pour justifier le caractère « significatif » du seuil de dommages transfrontaliers causés par des activités dangereuses²²⁸

137. Dans les articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission indique en commentaire de l'alinéa *e* de l'article 3 que « [l]e libellé est fondé à la fois sur les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de

²²⁵ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 38, par. 156 à 162. Voir, par exemple, le par. 1 du commentaire de l'article 4 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 29, renvoyant au *Rapport des experts du Conseil de l'Europe sur les lois de la République tchèque et de la Slovaquie relatives à la citoyenneté et leur mise en œuvre*, Strasbourg, 2 avril 1996, doc. DIR/JUR(96)4, par. 54. Voir également la note 447 du par. 18 du rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 103, qui renvoie entre autres au Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle (8672/1/09/Rev.1).

Voir aussi par. 2 du commentaire de l'article 19 des articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 43, où la Commission a mentionné « l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement figurant en annexe à la résolution 43/173 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1988 ».

Voir également, au par. 9 du commentaire de l'article 13 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, la référence au rapport demandé au Bureau de la coordination des affaires humanitaires par le Secrétaire général de l'ONU (*Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 54).

²²⁶ Par. 2 du commentaire de l'article 59 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 70, note de bas de page 111, renvoyant à la première version des règles : *Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, Genève, 22 août-3 septembre 1955. – Rapport élaboré par le Secrétariat (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1956.IV.4), annexe I, p. 73 à 79.

²²⁷ Par. 2 du commentaire de l'article 12 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 117, renvoyant aux « Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États » (décision 6/14 adoptée par le Conseil d'administration du PNUE le 19 mai 1978) qui définissent les « effets sensibles » comme étant les « effets appréciables sur une ressource naturelle partagée », à l'exclusion des « effets de minimis » (PNUE, *Droit de l'environnement. – Lignes directrices et principes*, n° 2, *Ressources naturelles partagées*, Nairobi, 1978).

²²⁸ Article X des règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, *Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 496 [pour une traduction française, voir *Annuaire ... 1974*, vol. II (2^e partie), document A/CN.4/274, p. 397], et article 16 des Règles de Berlin sur l'utilisation équitable et le développement durable des eaux, Association de droit international, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 2004*, Londres, 2004, p. 334.

catastrophe (Directives d'Oslo), et sur la Convention cadre d'assistance en matière de protection civile »²²⁹. Dans les mêmes articles, la Commission fait référence à quelques reprises à d'autres instruments élaborés par des organes d'experts privés²³⁰.

138. Enfin, dans le commentaire des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Commission a noté que la formulation du principe 10, concernant le devoir de diligence des entreprises « [s'inspirait] de la notion de « zone de conflit ou à haut risque » employée dans le *Guide [de l'Organisation de coopération et de développement économiques] sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque* et dans le règlement de l'Union européenne sur les minerais provenant de zones de conflit²³¹.

139. Le Secrétariat fait observer aussi dans son étude que, pour certains sujets, la Commission a souhaité préciser qu'elle ne se conformait pas à l'approche adoptée par des organes d'experts à caractère privé²³².

E. Recours de la Commission à ses propres travaux antérieurs

140. Le Secrétariat a également observé que la Commission s'était souvent référée à ses propres travaux antérieurs²³³. On en a des illustrations particulièrement claires dans les références aux travaux de la Commission sur les principes de Nuremberg. Dans le cadre de l'examen de sujets liés au droit pénal international, la Commission a souvent cité ses propres travaux antérieurs sur les principes de Nuremberg et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a noté en 1951 que le principe de la responsabilité individuelle pour crime de droit international établi dans l'article premier figurait dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, en référence à la formulation des principes de Nuremberg aux termes de

²²⁹ Par. 24 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 32.

²³⁰ Voir les articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), par. 6 du commentaire de l'article 4, p. 34 et 35, renvoyant aux Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, 11 février 1998, [E/CN.4/1998/53/Add.2](#), annexe, et aux Critères de Mohonk applicables à l'assistance humanitaire en situation d'urgence complexe (Groupe d'étude sur les questions morales et juridiques de l'aide humanitaire) ; la note 59 du par. 2 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, p. 35, citant la référence suivante : Comité permanent interorganisations, *Directives opérationnelles de l'IASC sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles*, Washington, Projet Brookings-LSE sur le déplacement interne, 2011 ; le par. 7 du commentaire de l'article 6, p. 37, se référant aux Lignes directrices de la FICR [Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge] ; et le par. 3 du commentaire de l'article 15, p. 57, qui renvoie à la loi type de 2013 relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe.

²³¹ Principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 6 du commentaire du principe 10, p. 135 ; par. 8 du commentaire du principe 10, *ibid.*, p. 136 ; par. 10 du commentaire du principe 10, *ibid.*, p. 137 et 138, renvoyant aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies ([A/HRC/17/31](#), annexe), et à l'ouvrage de l'OCDE intitulé « L'environnement et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Instruments et méthodes pour les entreprises », disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/fr/env/34992981.pdf>.

²³² Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 39, par. 163 et 164.

²³³ Étude du Secrétariat, [A/CN.4/759](#), observation 40, par. 165 à 171.

laquelle « [t]out auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et est passible de châtement »²³⁴

141. En 1996, la Commission a de nouveau fait référence au jugement du Tribunal et à ses propres travaux sur les Principes de Nuremberg, observant que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles »²³⁵ ou encore que « les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants »²³⁶.

142. Dans les articles sur les crimes contre l'humanité, la Commission a évoqué les principes de Nuremberg²³⁷ en lien avec les règles générales sur la responsabilité pénale des individus au regard du droit international. Elle a également fait référence au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, pour, entre autres, rappeler que le fait qu'une infraction criminelle avait été commise par une personne occupant une position officielle n'exonérait pas cette personne de sa responsabilité pénale²³⁸.

143. On peut trouver d'autres exemples de références faites par la Commission à ses propres travaux dans l'étude qu'elle présente sur le recours aux accords et à la pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités²³⁹ et dans ses articles sur l'expulsion des étrangers, où elle renvoie à ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁴⁰.

144. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission s'est appuyée sur certains résultats issus de ses travaux antérieurs. Ainsi, dans le projet de conclusion 17, qui traite de la relation entre ces normes impératives et les obligations *erga omnes*, la Commission a indiqué que la « formulation se fond[ait] sur les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission, dans lesquels les obligations *erga omnes* [étaient] décrites comme incluant les obligations qui “découlent de normes impératives du droit international général” »²⁴¹.

²³⁴ Commentaire de l'article premier du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire...1951*, vol. II (2^e partie), p. 135, renvoyant au principe premier des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, *Annuaire... 1950*, vol. II, par. 97.

²³⁵ Voir par. 3 du commentaire de l'article 1 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17.

²³⁶ Voir par. 11 du commentaire de l'article 1 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 18.

²³⁷ Voir par. 2 du commentaire de l'article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 70.

²³⁸ Voir les par. 28 et 29 du commentaire de l'article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *ibid.* p. 79 et 80.

²³⁹ Par. 23 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 87 (en anglais). Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 121.

²⁴⁰ Voir par. 2 du commentaire de l'article 30 des articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 59. On y relève que « [l]e principe fondamental de la réparation intégrale par l'État du préjudice causé par un fait internationalement illicite est posé à l'article 31 sur la responsabilité de l'État, tandis que l'article 34 énonce les différentes formes de réparation, à savoir la restitution (art. 35), l'indemnisation (art. 36) et la satisfaction (art. 37). »

²⁴¹ Par. 4 du commentaire de la conclusion 17 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10*

145. En outre, dans le même projet de conclusions sur les normes impératives, la Commission a décidé d'ajouter une annexe comprenant « une liste non exhaustive de normes précédemment désignées par la Commission comme ayant un caractère impératif », soulignant que la liste « visait à illustrer, en renvoyant à des travaux antérieurs de la Commission, les normes qui [avaient] par le passé été régulièrement identifiées comme ayant un caractère impératif sans pour autant, à ce stade, en proposer une appréciation²⁴² ». Ce faisant, elle a renvoyé à ses travaux précédents dans le cadre des articles sur le droit des traités, des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et du rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international²⁴³.

146. Enfin, en ce qui concerne l'utilisation par la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine, le Secrétariat observe brièvement que la Commission s'est référée à certains types de travaux doctrinaux émanant des publicistes les plus qualifiés, indiquant que ceux-ci étaient représentatifs de la pratique des États²⁴⁴. Elle a ainsi indiqué que des travaux d'organes privés de codification et d'autres organes d'experts étaient représentatifs de la pratique des États, par exemple s'agissant de documents établis par des dépositaires de traités portant sur la ratification des traités en question et sur les déclarations, réserves, etc. faites par les États²⁴⁵. Parmi les autres travaux considérés par la Commission comme représentatifs de la pratique des États, on peut citer les publications spécialisées comprenant des recueils de décisions rendues par des juridictions internes. Par exemple, dans les articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a cité des recueils de décisions de juridictions nationales et fait observer que la pratique des États n'était pas uniforme sur la question du traitement des éléments constitutifs et des subdivisions politiques des États fédéraux²⁴⁶.

(A/77/10), p. 70, citant le par. 7 du commentaire général du chapitre III de la deuxième partie des articles, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 119 et 120. On trouve un exemple similaire dans le commentaire (par. 2) du projet de conclusion 19, dans lequel la Commission note que « [le] paragraphe 1 de ce projet de conclusion, qui est fondé sur le paragraphe 1 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dispose que les États doivent coopérer pour mettre fin aux violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », *ibid.*, p. 74 et 75, renvoyant au par. 3 du commentaire de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 122.

²⁴² Par. 3 du commentaire de la conclusion 23 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 89.

²⁴³ Voir *ibid.*, par. 7 à 14, p. 90 à 92.

²⁴⁴ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 41, par. 172 à 174.

²⁴⁵ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 172. Voir, par exemple, la note 270 du par. 3 du commentaire de la directive 1.5.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 72, citant le document du CICR intitulé « Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de guerre – Réserves, déclarations et communications faites au moment de la ratification, de l'adhésion ou de la succession » (DDM/JUR/91/1719-CRV/1).

²⁴⁶ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 16, note 34, certaines des décisions renvoyant à la pratique de la France, par exemple, *État de Ceará c. Dorr et autres* (1932), Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1933, Paris, 1^{re} partie, p. 196 et suiv. Voir aussi *Dame Dumont c. État de l'Amazonie* (1948), Recueil Dalloz, 1949, Paris, 2^e partie, p. 428. Pour l'Italie, voir *Somigli c. État de São Paulo du Brésil* (1910), Darras, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, Paris, vol. VI, 1910, p. 527. Pour la Belgique, voir *Feldman c. État de Bahia* (1907), Pasicrisie belge, 1908, Bruxelles, 2^e partie, p. 55 (voir aussi Supplément de l'*American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 26, n° 3, juillet 1932, p. 484). Pour les États-Unis d'Amérique, voir *Molina c. Comisión Reguladora del Mercado de Henequén* (1918), Hackworth, *op. cit.*, vol. II, p. 402 et 403), et, pour l'Australie, *Commonwealth of Australia c. New South Wales* (1923), *Annual Digest...*, 1923-1924, Londres, 1933, vol. 2, affaire n° 67, p. 161.

147. Dans le commentaire des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission a fait référence à la pratique des États ainsi qu'à une étude publiée par le CICR et noté que « [d]ans une publication de 2005 sur le droit international humanitaire coutumier, le CICR [s'était] appuyé sur une analyse détaillée de la pratique des États et des jurisprudences nationales et internationales pour formuler une règle générale applicable en cas de crimes de guerre [...] »²⁴⁷ et qu'« [u]n libellé comparable [avait] été employé au paragraphe 3 du projet d'article 6 pour énoncer une règle générale concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le contexte des crimes contre l'humanité »²⁴⁸.

F. Observations du Rapporteur spécial sur le recours de la Commission aux moyens subsidiaires

148. Pour conclure sur ce chapitre, au regard de l'examen qui précède, au moins quatre réflexions préliminaires peuvent être proposées sur la pratique de la Commission s'agissant de l'emploi des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international.

149. *Premièrement*, les moyens auxiliaires, qui semblent généralement considérés comme constitués des deux catégories principales que sont les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, sont prépondérants dans les travaux de la Commission. Mais la nature et l'étendue de leur utilisation, ainsi que celle d'autres éléments, varient largement en fonction des besoins du sujet considéré. Ils représentent en grande majorité des aspects de fond mais aussi de méthode, la Commission s'inspirant largement des décisions judiciaires et de la doctrine pour s'acquitter de son mandat en aidant les États à codifier et développer progressivement le droit international.

150. *Deuxièmement*, en ce qui concerne les moyens auxiliaires que représentent les décisions judiciaires, les travaux de la Commission indiquent que celles-ci jouent un rôle très important dans l'aide qu'elle apporte aux États dans le cadre de la codification et du développement progressif du droit international. On ne s'appuie pas seulement sur les décisions judiciaires pour déterminer ou confirmer l'existence et le contenu des règles de droit international, mais également pour formuler, dans certains cas, des règles et des principes de droit international et définir des sources de droits ou d'obligations. Cela tend à montrer que, bien qu'en principe, les décisions judiciaires soient qualifiées d'« auxiliaires », la pratique de la Commission illustrerait plutôt qu'en réalité, elles seraient assimilables aux sources primaires du droit international. Si cette affirmation est correcte, la question qui s'ensuit est de savoir si le décalage apparent entre la théorie et la réalité se vérifie également dans la pratique des juridictions internationales, en particulier la Cour internationale de Justice. Il serait logique que ce soit le cas. La question la plus difficile pourrait alors être d'évaluer les conséquences d'un tel état de fait.

151. Un point connexe est à souligner concernant l'utilisation que fait la Commission des décisions judiciaires : il semblerait, au vu des nombreux exemples fournis dans l'étude du Secrétariat, qu'elle s'appuie davantage sur les affaires de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice que sur d'autres décisions judiciaires, ce dont on peut déduire que ces juridictions jouissent d'une plus grande autorité. D'un certain point de vue, cela va de soi. Comme la

²⁴⁷ Par. 21 du commentaire de l'article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 77.

²⁴⁸ Par. 22 du commentaire de l'article 6, *ibid.*

Commission l'a souligné dans ses propres travaux, un poids très important est accordé aux décisions de la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Cette situation peut également procéder de la complémentarité entre les travaux de la Commission, principal organe de codification de l'ONU, et ceux de la Cour, principal organe judiciaire chargé du règlement des différends à caractère général entre États dans le cadre du droit international contemporain.

152. Cela dit, le choix qu'est amenée à faire la Commission de l'organe judiciaire à saisir serait, en temps normal, largement dicté par le sujet considéré et la disponibilité de la jurisprudence pertinente. Par exemple, il y a plusieurs autres sujets pour lesquels les décisions d'autres juridictions internationales, telles que les tribunaux pénaux internationaux, importent particulièrement et, dans certains cas, servent au premier chef dans ses travaux. C'est le cas, pour ne prendre que quelques exemples, dans le domaine du droit pénal international, comme en témoignent la formulation des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En effet, qu'il s'agisse de formuler des principes à partir du jugement d'un tribunal et de son acte constitutif, comme ce fut le cas pour les Principes de Nuremberg, ou de codifier le jugement d'une juridiction internationale ou de s'en inspirer pour présenter des articles, la plupart des sujets mentionnés se réfèrent amplement, naturellement, aux décisions judiciaires du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et de la Cour pénale internationale. Il en va de même, en matière de droit de la mer, des décisions du Tribunal international du droit de la mer. Il convient également de noter que les décisions des juridictions nationales et régionales et d'autres organes juridictionnels sont également utilisées pour élucider le droit applicable et les commentaires.

153. La *troisième* observation provisoire du Rapporteur spécial, qui peut être extrapolée à partir de la grande variété d'observations faites dans l'étude du Secrétariat sur l'utilisation par la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine, respectivement, est que la Commission utilise davantage les premières que la seconde. Ce constat n'est ni une surprise ni une indication que les décisions judiciaires sont plus importantes ou plus pertinentes que la doctrine. C'est la conséquence, de l'avis du Rapporteur spécial, des différents rôles joués par chacune. Cette situation peut également découler du fait que, par nature, même en mettant de côté les questions de légitimité, ce sont normalement les décisions judiciaires qui tendent à être plus spécifiques dans l'élucidation d'une éventuelle règle de droit international, que ce soit dans le cadre de l'interprétation d'un traité ou de la détermination de l'existence ou non d'un droit international coutumier ou d'un principe général de droit. Certaines de ces questions sont examinées ultérieurement dans le présent rapport.

154. La *quatrième et dernière* observation provisoire, en ce qui concerne la doctrine des publicistes, est que les travaux de la Commission semblent dans certains cas s'appuyer sur ces derniers pour relever la pratique des États. La Commission accorde également un poids différent aux travaux des spécialistes de la doctrine et à ceux des organes d'experts. Bien qu'une analyse systématique des organes d'experts n'ait pas été faite dans le présent rapport, puisqu'elle fera l'objet d'un rapport ultérieur, il semblerait que la concordance des points de vue dans les travaux universitaires ait plus de poids qu'une seule ou quelques autorités. Les organes d'experts bénéficieraient, par nature, d'une plus grande faveur, probablement en raison, non

seulement, de la qualité supérieure de leurs travaux, mais aussi, dans certains cas, de leurs relations et interactions avec les États. Ce type de recours aux travaux d'experts, également manifeste dans les travaux des juridictions internationales, est conforme à l'historique de l'élaboration de ces dispositions. Le Rapporteur spécial reviendra sur cette question dans les chapitres concernés du présent rapport.

VI

La nature et la fonction des sources dans le système juridique international

A. Bref aperçu de la place des sources dans le droit international

155. La question de la nature et de la fonction des sources est un point central de toute discussion de droit international. Par conséquent, avant d'aborder les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, qui, de par leur nature, doivent être envisagés en relation avec les sources du droit international, il semble utile de commencer par quelques observations générales sur la question plus large de la nature du système juridique international par rapport aux ordres juridiques internes. Le propos ici n'est pas d'être exhaustif mais de passer en revue une série de questions théoriques qui reviennent fréquemment dans les débats doctrinaux sur les sources du droit international et qui nous paraissent présenter un intérêt particulier. Ni le présent rapport ni l'examen du présent sujet n'ont pour but de trancher le débat théorique – parfois vif – sur les sources du droit international. L'enjeu est ici d'appréhender certaines des questions clés concernant les sources du droit international dans la mesure où celles-ci pourront vraisemblablement présenter un intérêt pour les travaux pratiques de la Commission sur le présent sujet.

156. À titre préliminaire, c'est un axiome que le droit international, comme ensemble des règles juridiques régissant principalement les rapports entre États souverains, ne dispose pas d'organes centralisés tels qu'un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif ou un pouvoir judiciaire, comme c'est la norme dans les ordres juridiques internes. Dans les ordres juridiques nationaux, qui sont hiérarchisés par nature, le pouvoir législatif peut adopter une constitution ou une loi qui peut ensuite être exécutée par le pouvoir exécutif. Le pouvoir législatif peut être considéré comme la source formelle du droit parce qu'il est généralement investi du pouvoir de faire la loi dans l'État. En cas de différend sur l'interprétation et l'application de la loi entre les sujets de droit – qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales ou des deux –, les tribunaux, qui ont une compétence obligatoire, sont appelés à jouer un rôle d'arbitre.

157. Contrairement aux systèmes juridiques nationaux, où il existe des méthodes précises pour déterminer les sources du droit, le droit international a un caractère décentralisé. Il n'existe pas de législateur ou d'autorité mondiale capable d'adopter des lois universelles qui s'imposent automatiquement à tous les sujets de droit, en premier lieu les États mais également les organisations internationales et d'autres acteurs. L'absence, dans le domaine international, d'un pouvoir législatif emporte diverses conséquences²⁴⁹.

158. Il n'y a pas non plus, en droit international, l'équivalent d'un pouvoir exécutif chargé de faire appliquer le droit. De même, il n'existe pas de tribunaux internationaux dotés d'une compétence obligatoire automatique pour régler les litiges entre les parties par l'interprétation et l'application du droit. Le système de règlement des différends au niveau international est fondé sur le consentement, qui découle de la nature de la souveraineté, tout comme les autres moyens de règlement des différends énumérés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, à savoir la négociation, la conciliation, l'arbitrage et le règlement judiciaire. Dans un tel système juridique horizontal et non vertical, le mode de détermination du droit est « beaucoup

²⁴⁹ Gerald Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », in Jill Barrett et Jean-Pierre Gauci (dir.), *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3^e éd., Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021, p. 476 à 496, à la page 479.

plus compliqué²⁵⁰ ». En effet, comme Malcolm Shaw l'a expliqué avec justesse, en droit international, « on se heurte au problème de savoir où trouver le droit et comment déterminer si telle ou telle proposition constitue une règle de droit²⁵¹ ».

159. Les choses se compliquent encore si l'on considère que, dans un système non hiérarchisé comme celui du droit international, « les sujets de droit international qui sont liés par les règles et principes internationaux sont ceux-là même qui les ont créés²⁵² ». En effet, comme l'a affirmé Robert Y. Jennings en 1981, « il n'y a jamais eu autant de confusion et de doute sur les tests de validité – ou les sources – du droit international qu'aujourd'hui²⁵³ ». En outre, comme l'a rappelé à juste titre Hugh Thirlway, les spécialistes du droit international doivent tenir compte du « caractère anarchique des relations internationales » ainsi que du choc régulier des « souverainetés²⁵⁴ ». En bref, l'ordre juridique international est par nature distinct des systèmes juridiques internes et la détermination des sources du droit qui lie les sujets de ce droit présente des difficultés.

160. Aujourd'hui, malgré ce qui précède et les doutes du contraire qui subsiste, il est établi que « le droit international existe et peut être déterminé²⁵⁵ ». Il a donc des « sources » d'où peuvent être tirées les règles applicables à une situation donnée pour régir les relations entre les sujets de ce droit, en premier lieu les États (mais également les organisations internationales). Comme l'expliquait Oscar Schacter en 1991, la théorie des « sources » est devenue à cet égard « le principal outil intellectuel utilisé au siècle dernier pour définir des normes objectives de validation juridique » et « pose aujourd'hui des conditions vérifiables de détermination et de validation des prescriptions juridiques »²⁵⁶. Dans ce contexte, ces conditions sont, bien entendu, les manifestations observables de la volonté des États telles qu'on peut les rencontrer dans les sources, en particulier les règles énoncées dans les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Ces derniers peuvent également se retrouver dans les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, par exemple lorsqu'une décision judiciaire exprime une règle de droit international.

B. La définition des « sources » en droit international

161. La détermination et la clarification des sources sont primordiales pour tout système juridique, qu'il soit interne ou international, car l'élaboration du droit n'est pas tant une activité statique qu'un processus dynamique continu. Selon la *Max Planck Encyclopedia of International Law*, « parler de “sources du droit international” présuppose qu'il existe des règles juridiques, c'est-à-dire contraignantes, en droit international²⁵⁷ ».

²⁵⁰ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9^e éd., New York, Routledge, 2022, p. 35.

²⁵¹ Malcom N. Shaw, *International Law*, 9^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 59.

²⁵² A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35.

²⁵³ Robert Y. Jennings, « What is International Law and how do we tell when we see it? », in Basil S. Markesinis et J. H. M. Willems (dir.), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980*, New York, Kluwer, 1983, p. 3 à 32, à la page 5.

²⁵⁴ H. Thirlway, « The sources of international law », in Malcolm Evans, *International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 95 à 109, à la page 97.

²⁵⁵ M. Shaw, *International Law*, p. 59.

²⁵⁶ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1^{re} éd., Springer, 1991, p. 35 à 37.

²⁵⁷ R. Wolfrum, « Sources of International Law », *Max Planck Encyclopedia of International Law*, disponible à l'adresse : <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1471?rskey=2OJLVE&result=1&prd=MPIL>.

162. Mais, contrairement à ce que l'on pourrait attendre d'un concept aussi fondamental pour l'ordre juridique international que celui des sources du droit international, le terme même de « sources » pose un certain nombre de difficultés. Il n'en existe en effet aucune définition unique et universellement acceptée²⁵⁸. Le mot, qui vient du latin *fons juris* et a pour dérivés « source du droit » en français et « *source of law* » en anglais, donne lieu à une multitude d'interprétations²⁵⁹. Pour les besoins de la présente étude, il semble suffisant d'adopter la définition proposée par Malcolm Shaw, pour qui les « sources » désignent les « dispositions opérant au sein du système juridique à un niveau technique²⁶⁰ ». Ou, comme l'a formulé Ian Sinclair en termes plus pratiques encore, « ce qui confère au contenu des règles de droit international leur caractère de droit²⁶¹ ». En d'autres termes, lorsque les spécialistes du droit international parlent de sources, ils entendent généralement ce mot au sens technique de là où le droit puise sa force.

C. La distinction entre sources « formelles » et sources « matérielles »

163. La définition précédemment donnée du terme « sources » comme désignant les normes de droit international qui ont un effet juridique contraignant pour les États semble assez simple. Pour sa part, Ian Brownlie, comme beaucoup d'autres, entend les sources au sens défini dans le paragraphe précédent mais va plus loin en opérant une distinction entre deux usages du terme « sources » : les sources dites « matérielles » et les sources dites « formelles ». Selon cet auteur, ces dernières « peuvent renvoyer à la *source du caractère contraignant du droit international en tant que tel* ainsi qu'aux *sources textuelles du droit comme sources d'information* (non souligné dans l'original). Dans *Oppenheim's International Law*, les auteurs établissent une distinction entre les sources formelles, qui constituent la source d'où la règle juridique tire sa validité juridique, et les sources matérielles, qui fournissent le contenu substantiel de cette règle²⁶².

164. Selon une formulation légèrement différente que l'on doit à Alain Pellet, les sources formelles du droit international désignent « les processus par lesquels les règles de droit international acquièrent une valeur juridique », tandis que les sources matérielles peuvent se définir comme « les origines politiques, sociologiques, économiques, morales ou religieuses des règles de droit »²⁶³. Dans les deux définitions qui précèdent, « les sources ultimes telles que la raison ou la morale sont exclues, tout comme les sources plus fonctionnelles telles que les bibliothèques et les

²⁵⁸ En 1925 déjà, Percy E. Corbett affirmait qu'il fallait se débarrasser du mot « sources » en raison de l'extrême diversité de ses significations. Voir, à cet égard, P. Corbett, « The consent of States and the sources of the law of nations », *British Yearbook of International Law*, vol. 6, 1925, p. 20 à 30, à la page 30.

²⁵⁹ Pour un examen plus approfondi des sources du droit international et en particulier des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, voir Mathias Forteau, Alina Miron et Alain Pellet, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 2022, p. 492 à 511.

²⁶⁰ M. Shaw, *International Law*, p. 66.

²⁶¹ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester University Press, 1984, p. 2.

²⁶² Sir Robert Jennings et Sir Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 23. Cité dans Shaguftha Omar, « Sources of international law in the light of the Article 38 of the International Court of Justice », *International Islamic University*, 2011, disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1877123>.

²⁶³ A. Pellet, « Article 38 of the Statute of the International Court of Justice », in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm et Christian Tomuschat (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 677 à 792, à la page 774, par. 111.

revues²⁶⁴ ». Fondamentalement, lorsque les internationalistes évoquent les sources, c'est au « processus par lequel émergent les règles de droit international²⁶⁵ » qu'ils pensent. De son côté, Herbert Briggs, conscient des difficultés posées par le terme « sources », l'a défini comme désignant les « méthodes ou procédés de création du droit international²⁶⁶ ».

165. On rencontre souvent l'opposition entre le sens « matériel » ou « historique » et le sens « formel » ou « juridique » du mot « sources ». Comme l'a expliqué James Crawford, alors que les sources matérielles « apportent la preuve de l'existence de règles qui, une fois établies, sont contraignantes et d'application générale », les sources *formelles* « sont les méthodes de création de règles d'application générale qui sont juridiquement contraignantes pour leurs destinataires »²⁶⁷. À cet égard, au sens *matériel* et non juridique, le terme « sources » renvoient à « une influence causale ou historique expliquant l'existence factuelle d'une règle de droit donnée à un endroit et à un moment donnés », tandis qu'au sens juridique, il désigne « les critères de validité d'une règle de droit dans le système juridique en question »²⁶⁸.

166. En résumé, les sources formelles sont celles qui confèrent aux règles leur caractère obligatoire, tandis que les sources matérielles reflètent le contenu réel des règles. La différence essentielle se situe « entre ce qui inspire le contenu de la règle de droit et ce qui donne à ce contenu le caractère de droit obligatoire »²⁶⁹. Cette distinction n'est pas seulement théorique mais présente aussi un intérêt pratique. Elle sert essentiellement de base à la différenciation entre le droit contraignant et les normes juridiquement non contraignantes, le droit *de lege lata* (le droit tel qu'il est) et le droit *de lege ferenda* (le droit tel qu'il devrait être).

167. Toutefois, dans le contexte du droit international, à la différence de la situation en droit interne, la notion de « source formelle » peut être et a été critiquée comme étant à la fois « maladroite et trompeuse²⁷⁰ ». En effet, l'idée de source formelle est censée évoquer chez le lecteur le « mécanisme constitutionnel d'élaboration des lois qui existe au sein des États ». Or, il n'y a pas de tel mécanisme pour « la création de règles de droit international »²⁷¹. Ainsi, du point de vue du droit international, la distinction entre sources *formelles* et sources *matérielles* semble plutôt difficile à soutenir, car elle peut détourner l'attention de certains des problèmes les plus importants en tentant d'établir une séparation claire entre éléments de fond et éléments de procédure²⁷². Quoi qu'il en soit, en dernière analyse, ce qui devrait compter davantage, ce sont les sources qui attestent de l'existence d'un consensus entre les États quant à l'existence de règles et de pratiques particulières²⁷³. Cela pose nettement la question de savoir où l'on peut trouver les règles qui lient les États et nous renvoie au problème central de savoir à quoi les internationalistes peuvent s'en remettre pour déterminer les sources des obligations de droit international.

²⁶⁴ M. Shaw, *International Law*, p. 66.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Herbert Briggs, *The Law of Nations: Cases, Documents, and Notes*, 2^e éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 44.

²⁶⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 20 à 23.

²⁶⁸ A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35.

²⁶⁹ G. Fitzmaurice, *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, p. 479.

²⁷⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 3.

²⁷¹ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 3.

²⁷² M. Shaw, *International Law*, p. 60.

²⁷³ R. Goodman, « Human rights treaties, invalid reservations and State consent », *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 531, à la page 531.

D. Le rôle du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'opposition entre sources du droit international et sources des obligations

168. Dans ce contexte de système juridique international décentralisé, il n'est peut-être pas étonnant que ce soit dans le cadre de l'Article 38 du Statut de la CIJ que nous trouvions ce qui est communément considéré comme « l'exposé le plus autorisé et le plus complet²⁷⁴ » des sources du droit international. Le paragraphe 1 de l'Article 38, qualifié de « disposition (tristement) célèbre », pose comme règle que la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, doit appliquer : les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; 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 droit²⁷⁵. Les décisions judiciaires sont soumises aux dispositions de l'Article 59, aux termes duquel : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. »

169. S'il représente fondamentalement la mise par écrit d'une pratique ancienne des tribunaux d'arbitrage, apparus comme des moyens ad hoc de régler les différends entre États jusqu'à la création de la Cour permanente de Justice internationale en 1921, l'Article 38 ne fait pas expressément mention du terme « sources ». Il ne s'articule pas non plus autour de la distinction confuse et sans doute peu utile entre sources formelles et sources matérielles, même si l'on a pu affirmer que les traités et la coutume étaient des sources formelles et que les principes généraux du droit, les décisions judiciaires et la doctrine étaient des sources matérielles ou quasi-formelles²⁷⁶. L'Article 38 « traite strictement du “droit judiciaire”²⁷⁷ ». En effet, d'un point de vue purement technique, cette disposition n'est qu'une instruction spécifique indiquant à la Cour où trouver les sources de droit sur lesquelles se fonder pour régler les différends entre États.

170. Cependant, l'Article 38 ne tient pas seulement son importance de son statut de disposition de droit applicable du Statut de la CIJ. Il la tire également de son acceptation large et générale comme étant le reflet du droit international coutumier. Cette large acceptation, à l'égard de l'institution elle-même, est à la fois explicite et implicite. Explicitement, l'Article 92 de la Charte des Nations Unies fait de la Cour internationale de Justice l'organe judiciaire principal de la communauté des nations et ancre ainsi le règlement judiciaire des différends dans l'écosystème de sécurité collective des Nations Unies. Ainsi, tout État qui devient membre accepte automatiquement la juridiction de la Cour. Comme l'affirme Ademola Abass, « le rôle de la Cour étant de régler les différends entre les membres de l'ONU (qui sont aussi ses propres membres), il importe que celle-ci applique les règles du droit international – telles qu'on les trouve énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 »²⁷⁸.

²⁷⁴ Voir également Antonio Cassese, *International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2003 (« C'est la définition la plus autorisée, même si un certain nombre d'auteurs l'ont remise en question. »)

²⁷⁵ A. Pellet, « Article 38 », p. 774, par. 111.

²⁷⁶ G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 493.

²⁷⁷ R. Y. Jennings, « General course on principles of international law », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 121, Leiden, Sijthoff, 1967, p. 121.

²⁷⁸ Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases and Material*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 28.

171. En outre, et ce point est également explicite, on trouve des renvois exprès à l'Article 38 dans d'autres instruments internationaux, notamment à l'article 28²⁷⁹ de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux et à l'article 33²⁸⁰ du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux États. D'autres instruments juridiques spécialisés s'inspirent de l'Article 38, comme par exemple l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et l'article 31 du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, qui portent sur le droit applicable devant ces deux juridictions²⁸¹.

172. On trouve un exemple similaire dans l'article 42 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, lequel dispose : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière²⁸². » Abstraction faite des questions relatives à la qualification de la question déterminant le choix de règles de droit interne ou de droit international, et du fait que le Tribunal ne peut pas refuser de juger et a la faculté de statuer *ex aequo et bono*, il est incontestable que l'expression « droit international » dans le contexte de cette disposition « doit être comprise au sens que lui donne le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, compte tenu du fait que l'Article 38 a été conçu pour s'appliquer aux différends entre États²⁸³ ».

173. S'il est vrai que le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ est doté d'une certaine généralité d'application, ce n'est pas la seule disposition relative à l'utilité

²⁷⁹ Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) (Genève, 26 septembre 1928), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 93, p. 343, art. 28.

²⁸⁰ « Permanent Court of Arbitration: Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States », *International Legal Materials*, Cambridge University Press, 1993, vol. 32, p. 572, art. 33, disponible à l'adresse : <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/permanent-court-of-arbitration-optional-rules-for-arbitrating-disputes-between-two-states/84C1DC6592E5EC2657D0A38EEC22B891>.

²⁸¹ Aux termes de l'article 31 du Protocole de Malabo : « 1. Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour applique : a) L'Acte constitutif ; b) Les traités internationaux, généraux ou spéciaux, auxquels sont parties les États en litige ; c) La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; d) Les principes généraux de droit reconnus universellement ou par les États africains ; e) Sous réserve des dispositions du paragraphe 1 de l'article 46 du présent Statut, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ainsi que les règlements, directives et décisions de l'Union comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ; f) Toute autre loi pertinente à la détermination de l'affaire. – 2. Le présent article ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*. » Union africaine, *Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme* (1^{er} juillet 2008), disponible à l'adresse : https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-treaty-0035_-_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_f.pdf. Pour un commentaire complet du Protocole de Malabo, voir Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke et Vincent O. Nmeihelle (dir.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

²⁸² Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États » (14 octobre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, n° 8359, art. 45, disponible à l'adresse : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20575/volume-575-I-8359-French.pdf>.

²⁸³ CIRDI, « Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States », 1993, vol. 1, *Rapports du CIRDI*, p. 23 à 34, à la page 31. Voir également CIRDI, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, affaire n° ARB/00/1, sentence, 24 janvier 2003, par. 300.

des décisions judiciaires pour les juges. Trois exemples méritent d'être mentionnés ici. Le premier, et le plus lointain, concerne la Cour de justice des Caraïbes qui, lorsqu'elle statue en « premier ressort », est strictement liée par la règle du *stare decisis*. Ainsi, aux termes de l'article 221 du Traité révisé de Chaguaramas instituant la Communauté des Caraïbes, y compris le marché et l'économie uniques de la CARICOM : « Les décisions rendues par la Cour constitueront des précédents qui lieront les parties à la procédure devant la Cour à moins que les décisions ne soient révisées conformément à l'article 219²⁸⁴. »

174. Une approche similaire se retrouve également dans le contexte de l'Accord sur l'Espace économique européen, dont l'article 6 prévoit que les dispositions de l'accord qui sont en substance identiques à des dispositions du droit européen « doivent être interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord²⁸⁵ ». Cette disposition comprend également une clause conditionnelle (« sans préjudice de l'évolution future de la jurisprudence »), qui prévoit effectivement une échéance.

175. Le second modèle, intermédiaire, est constitué par l'article 21 du Statut de Rome, mentionné plus haut, qui énonce le droit devant être appliqué par la Cour pénale internationale. À cet égard, le paragraphe 2 de l'article 21 traite plus spécialement de la question de l'application des décisions judiciaires de la Cour. Ces décisions ne sont pas considérées comme des moyens auxiliaires comme dans l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38. La disposition diffère de l'Article 38 à trois égards : premièrement, elle ne fait référence qu'aux décisions de la Cour pénale internationale, sans établir de hiérarchie entre elles ; deuxièmement, elle prévoit que la Cour *peut*, et non *doit*, appliquer ces décisions ; troisièmement, elle précise que ce qui est appliqué, ce sont les « principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures », plutôt que les décisions elles-mêmes.

176. D'autres exemples existent. Ainsi, les accords commerciaux comportent généralement des dispositions selon lesquelles le texte de l'accord de libre-échange doit être interprété conformément à la jurisprudence existante. Par exemple, l'article 516 de l'Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni dispose que « [l]'interprétation et l'application des dispositions de la présente partie tiennent compte des interprétations pertinentes figurant dans les rapports des groupes spéciaux de l'OMC et de l'organe d'appel adoptées par l'organe de règlement des différends de l'OMC, ainsi que dans les sentences arbitrales au titre du mémorandum d'accord sur le règlement des différends »²⁸⁶. De telles dispositions sont courantes lorsqu'il ne s'agit pas seulement d'une question de similarité textuelle, mais plutôt d'une protection équivalente en vertu des règles de plusieurs accords (ou ensembles d'accords) auxquels les deux États sont parties.

177. Comme l'ont montré les sections précédentes, le paragraphe 1 de l'Article 38 – et, partant, son traitement du rôle des décisions judiciaires – est, en principe, une disposition d'application limitée, qui peut être supplantée par les autres dispositions du Statut ayant le caractère de *lex specialis*. Néanmoins, l'Article 38 du Statut de la CIJ est considéré comme une disposition d'application plus générale pour deux raisons intimement liées. La première, comme indiqué précédemment, est que cet

²⁸⁴ Voir Secrétariat de la Communauté des Caraïbes, Traité révisé de Chaguaramas établissant la Communauté des Caraïbes, y compris le marché et l'économie uniques de la CARICOM (Bahamas, 5 juillet 2001), disponible à l'adresse : https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf.

²⁸⁵ Accord sur l'Espace économique européen, Journal officiel n° L 1, 3 janvier 1994, p. 3 ; journaux officiels des États de l'AELE (efta.int).

²⁸⁶ Office des publications de l'Union européenne (europa.eu).

article est généralement regardé comme une énumération autorisée des sources du droit international ; la seconde est qu'il est, à ce titre, souvent repris par renvoi ou comme disposition de repli dans les instruments relatifs aux décisions non rendues par la Cour internationale de Justice.

178. Dans *Brierly's Law of Nations*, l'auteur va même plus loin en affirmant que cette disposition est « un texte de la plus haute autorité, et on peut légitimement supposer qu'il exprime le devoir de tout tribunal appelé à administrer le droit international²⁸⁷ ». Cette position affirmant la centralité de l'Article 38 semble confortée par les articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer²⁸⁸. Le caractère d'autorité de l'Article a donné lieu à un apparent consensus selon lequel celui-ci reflète en fait le droit international coutumier. Les travaux antérieurs et récents de la Commission, tout en tenant compte parfois d'un éventail plus large de sources, prennent comme point de départ l'Article 38 et reconnaissent son double caractère d'autorité et d'application générale²⁸⁹. On a pu tout particulièrement le constater lors de ses travaux relatifs à deux autres dispositions de l'Article 38, à savoir la détermination du droit international coutumier et les principes généraux du droit²⁹⁰.

179. Par ailleurs, tel qu'il est formulé (mais nous reviendrons plus en détail sur ce point ultérieurement), l'Article 38 a été critiqué pour de nombreux motifs différents. Comme le note à juste titre A. Pellet, « rares sont les dispositions du droit des traités à avoir suscité une telle profusion de commentaires, de débats, de critiques, d'éloges, de mises en gardes et de passions que l'Article 38 du Statut²⁹¹ ». Aux seules fins qui nous occupent, à ce stade, l'essentiel des critiques porte sur trois grands aspects.

180. Tout d'abord, la manière dont l'Article a été rédigé. Les détracteurs de la disposition ont affirmé qu'elle était « mal rédigée »²⁹², « peu claire », « défectueuse » voire « excessivement formaliste »²⁹³. Il est vrai que, comme l'écrit un auteur, il y a de nombreuses façons de considérer l'Article 38, y compris « comme une disposition superflue et inutile, au mieux une tentative maladroite et désuète de définir le droit international, au pire un corset paralysant la plus haute juridiction du monde²⁹⁴ ». D'autre part, comme l'a fait remarquer à juste titre le même auteur, la vérité sur l'Article 38 pourrait se situer quelque part entre ces points de vue. Ainsi, l'Article 38 « ne mérite ni louanges excessives ni critiques sévères », puisqu'il peut également être envisagé sous un jour plus positif « comme une description particulièrement

²⁸⁷ Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 56.

²⁸⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 397.

²⁸⁹ Voir article 12 du projet de convention sur la procédure arbitrale de 1953, *Annuaire ... 1953*, vol. II, p. 210, et article 10 du projet de convention sur la procédure arbitrale de 1958, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 84.

²⁹⁰ Voir rapport 2022 de la CDI (A/77/10), chap. VIII, par. 106., p. 310 (« Plusieurs membres ont réaffirmé que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice était largement considéré comme faisant autorité sur la question des sources du droit international et que les travaux de la Commission avaient pour point de départ les principes généraux du droit au sens de l'Article 38 comme source du droit international »). Le Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit international a estimé que « la thèse voulant que l'Article 38 fût limité au droit applicable de la Cour impliquait qu'il n'existait pas de sources de droit international ayant un caractère général » et que « cette thèse [...] était indéfendable, car elle entraînerait une fragmentation inadmissible du droit international et une incertitude juridique qui rendraient impossible le fonctionnement du système juridique international », rapport 2022 de la CDI (A/77/10), chap. VIII, par 132, p. 314.

²⁹¹ A. Pellet, « Article 38 », p. 679.

²⁹² *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, opinion dissidente du juge Basdevant (6 juillet 1957).

²⁹³ A. Pellet, « Article 38 », p. 677.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 680.

réussie et concise » du droit que la Cour internationale de Justice « doit appliquer, apportant des indications utiles pour éviter le *non liquet* ainsi que l'arbitraire et la fantaisie dans l'interprétation et la mise en œuvre des règles de droit international »²⁹⁵.

181. Deuxièmement, et plus substantiellement, l'Article 38 a été critiqué parce qu'il est considéré comme reflétant, selon les termes de R. Jennings, une « difficulté logique, quelle que soit la signification que l'on donne à la liste figurant à l'Article 38, à l'accepter comme une énumération des sources du droit international²⁹⁶ ». Cette difficulté résulterait du fait que le Statut de la Cour lui-même, étant un traité, appartiendrait au premier point de la liste tripartite figurant au paragraphe 1 de l'Article 38.

182. Une troisième question concernant l'Article 38, souvent soulevée dans la doctrine, est de savoir s'il est exhaustif et s'il contient une liste de toutes les sources du droit international. Il semble que deux interprétations au moins soient possibles. Selon la première, défendue notamment par Georg Schwarzenberger, la disposition énoncerait exhaustivement toutes les sources du droit international²⁹⁷. Selon la seconde, plus plausible, elle ne serait pas exhaustive. Elle n'aurait pas pour objet et n'aurait jamais eu pour vocation d'énumérer toutes les sources de droit international, mais serait destinée à indiquer aux juges où chercher en priorité pour déterminer les règles de droit international applicables – un point ardemment soutenu par G. Fitzmaurice²⁹⁸.

183. Cela dit, si l'argument du caractère non exhaustif était difficile à faire valoir au début des années 1920, à l'époque où la disposition a été rédigée, il ne serait pas difficile de le faire valoir aujourd'hui. John Dugard et Dire Tladi affirment que, si la liste figurant à l'Article 38 était complète au moment de sa rédaction à la fin des années 1920, « elle ne rend plus exactement compte de tous les documents et toutes les formes de pratique des États qui constituent les sources actuelles du droit international²⁹⁹ ». Le passage du temps depuis l'adoption du Statut de la Cour et le dynamisme des relations internationales ayant conduit à des adaptations dans la pratique des États, l'apparente lacune de la disposition est devenue plus facilement perceptible. Les deux auteurs vont plus loin en considérant que les efforts « visant à faire entrer les évolutions en matière de sources du droit dans les catégories de sources figurant à l'Article 38 » conduiront inévitablement « à l'élargissement de ces sources au-delà de celles envisagées à l'origine en 1920³⁰⁰ ». Par ailleurs, A. Ross et d'autres auteurs ont fait valoir que l'Article 38 ne pouvait pas constituer formellement le fondement de la théorie des sources du droit international³⁰¹. Au mieux, l'Article 38 serait la source formelle de ce que la Cour doit appliquer et, de ce point de vue,

²⁹⁵ Ibid., p 679.

²⁹⁶ R. Y. Jennings, « General course on principles of international law », p. 121 (« En outre, il est logiquement difficile, quelle que soit la signification de la liste de l'Article 38, de l'accepter comme un énoncé des sources du droit international. En effet, le Statut de la Cour internationale de Justice, étant un traité, appartient lui-même à la première catégorie de la liste. »).

²⁹⁷ G. Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals », in Jill Barrett et Jean-Pierre Gauci (dir.), *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3^e éd., Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021), p. 96 à 106, à la page 96.

²⁹⁸ G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

²⁹⁹ J. Dugard et D. Tladi, « Sources of international law », in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa et Dire Tladi (dir.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5^e éd., Afrique du Sud, Juta & Company Ltd., 2019, p. 28 à 48, à la page 28.

³⁰⁰ J. Dugard *et al.*, « Sources of international law », p. 28.

³⁰¹ Cité dans G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

« reflète[rait] clairement une vision abstraite de ce que sont les sources du droit international en général³⁰² ».

184. L'argument du caractère problématique de l'Article 38 va cependant plus loin. En effet, parmi les sources que cette disposition englobe effectivement dans son champ d'application, on considère que certaines n'en sont pas de « véritables »³⁰³. De même, s'il ne nous appartient naturellement pas, dans le cadre du présent rapport, de trancher le vieux débat doctrinal sur la disposition, comme l'a souligné à juste titre un autre auteur, nonobstant toutes les critiques de la clause de droit applicable tant citée, il n'en demeure pas moins qu'aucune des autres formulations proposées pour la remplacer jusqu'à ce jour n'est parvenue à s'imposer³⁰⁴. Les propositions faites pour la modifier se sont révélées infructueuses. Ainsi, à l'heure où nous écrivons ces lignes, au vu de son existence séculaire, l'Article 38 semble occuper une place tout à fait assurée dans le Statut de la Cour internationale de Justice.

185. Cette situation s'explique en partie par le fait que non seulement l'Article 38 est désormais fermement ancré dans le droit international coutumier mais qu'en outre, et c'est probablement là le point le plus important, il a globalement bien fonctionné dans la pratique. Telle est, à bien des égards, la considération essentielle. En effet, comme l'ont conclu les juristes qui ont eu l'occasion de se pencher sur la question à la faveur de la création de la Cour internationale de Justice en 1945, le fait est que cette disposition « a suscité plus de controverses en doctrine que de difficultés dans la pratique »³⁰⁵. Cette observation garde toute son actualité aujourd'hui, un siècle après la rédaction originale. Ainsi, malgré les apparentes lacunes de l'Article 38, y compris en ce qui concerne les aspects qui pourraient aujourd'hui être considérés comme plus acceptables si on le modifiait pour supprimer la distinction civilisé/non civilisé³⁰⁶, désormais embarrassante, le fait est que les problèmes perçus n'ont pas « empêché » la Cour internationale de Justice – ni d'autres juridictions internationales, du reste – « de régler les différends internationaux qui lui ont été soumis ou de rendre des avis consultatifs et d'adopter, le cas échéant, des solutions novatrices ou créatives »³⁰⁷.

186. Un dernier point théorique dans la discussion sur les sources nous paraît présenter un intérêt pour le présent chapitre et pour les travaux futurs sur le sujet. Il s'agit de la distinction parfois opérée en doctrine entre sources de droit international et sources d'obligations internationales. Le principal argument repose sur les écrits de G. Fitzmaurice qui, dans un article célèbre, a soutenu que l'Article 38 *ne* pouvait *pas* être une référence aux *sources* du droit international³⁰⁸. Il a fait valoir que les sources formelles d'obligations devaient être distinguées des sources formelles de droit, et que, si les deux pouvaient coïncider, elles n'étaient pas nécessairement identiques. Pour cet auteur, les sources formelles tirent leur validité inhérente du droit naturel. Ainsi, selon ce point de vue, les traités, bien compris, sont des *sources*

³⁰² G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ A. Pellet, « Article 38 », p. 681.

³⁰⁵ Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 (18 juillet 2006) ; Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale (Selected Documents version, US Government Printing Office, 1946), 843/868.

³⁰⁶ Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, par. 1, al. c) (1945) (« principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ») ; et S. Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, n° 2, 2016, p. 472.

³⁰⁷ A. Pellet, « Article 38 », p. 680.

³⁰⁸ G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

d'obligations mais non des sources de droit et, par conséquent, même les traités dits « normatifs » ne créent pas vraiment du droit mais établissent des obligations³⁰⁹.

187. Cette distinction, qui paraît également traduire une différence d'approche du droit international entre les juristes de tradition civiliste et les juristes de *common law* (les premiers privilégiant les traités, les seconds le droit coutumier), semble reposer sur le fait que, pour pouvoir être qualifiée de source, il faudrait que la disposition traite de règles de validité et d'application générales pour les sujets du système juridique et non d'obligations ou d'engagements particuliers de leur part. Parmi les auteurs qui ont contesté la distinction entre sources de droit et sources d'obligations, certains semblent avoir rejeté l'idée que le droit serait nécessairement limité à des règles de validité générale, dans la mesure où les droits et les obligations des États peuvent découler non seulement de traités généraux et particuliers mais également du droit coutumier³¹⁰.

188. En tout état de cause, pour ce qui concerne les moyens auxiliaires, le propos de la présente étude n'est pas de tenter – à supposer qu'une telle chose soit possible – de trancher ces débats théoriques qui, au fond, consistent à définir la place du positivisme et celle du droit naturel dans le droit international, mais simplement d'en faire prendre note par la Commission. Après quoi, il s'agira d'en examiner les implications possibles pour les aspects pratiques des travaux sur le sujet. Telle est la seule raison pour laquelle nous abordons ici ce qui pourrait autrement être un débat abstrait sur la différence entre sources de droit et sources d'obligation.

189. Sans entrer plus avant dans le débat doctrinal, le Rapporteur spécial considère que la distinction entre sources de droit et sources d'obligation présente un intérêt pour le sujet en raison de ses conséquences pratiques. Il ne s'agit pas seulement d'un outil utile pour réfléchir aux sources et aux moyens auxiliaires qui leur sont associés. En effet, les règles contenues dans les traités, le droit coutumier et les principes généraux du droit sont certes importantes, mais elles ne constituent pas en elles-mêmes la seule base possible pour que les États assument des obligations juridiques en droit international. À l'appui de cette thèse, on peut par exemple mentionner la pratique relative aux déclarations unilatérales qui, dans certaines circonstances, sont susceptibles de créer des obligations juridiques. Il en va de même des résolutions des organisations internationales. Abstraction faite de la question de savoir si ces actes ou résolutions peuvent être considérés comme des sources formelles d'obligations, à l'instar de celles qui découlent de la liste des sources formelles figurant à l'Article 38 du Statut de la CIJ, la distinction permet au moins de veiller à mettre l'accent non pas tant sur la source formelle – traité, coutume internationale ou principes généraux de droit – que sur les effets juridiques en rapport avec l'obligation des États. Nous reviendrons sur cette question au chapitre IX du présent rapport, où – rappelons-le – nous examinons s'il existe d'autres moyens auxiliaires.

E. L'absence de hiérarchie formelle entre les sources

190. Comme nous l'avons déjà indiqué dans la section précédente du présent chapitre, les juristes ont posé un certain nombre de questions concernant l'Article 38.

³⁰⁹ Ibid. Un point de vue similaire a été exprimé par d'autres auteurs en ce qui concerne les actes unilatéraux.

³¹⁰ Pour des exemples d'autres auteurs ayant exprimé des doutes (sérieux) sur la distinction opérée par G. Fitzmaurice, voir Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Sijthoff, 1971, p. 25 à 27 ; George Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours*, vol. 207, 1987, p. 194 et 195 ; M. H. Mendelson, « Are treaties merely a source of obligation? », in William E. Butler (dir.), *Perestroika and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 81 à 88, à la page 87.

Nous allons maintenant porter notre attention sur deux points qui semblent particulièrement intéressants pour le sujet qui nous occupe. Le premier est celui de savoir si le paragraphe 1, qui énumère dans un ordre particulier les traités (alinéa *a*), la coutume internationale (alinéa *b*) et les principes généraux du droit (alinéa *c*), établit une hiérarchie entre les sources du droit international. Le second est celui de savoir quels sont le rôle et le statut des « moyens auxiliaires » dans le contexte de ce paragraphe, autrement dit de saisir la distinction entre sources principales et sources secondaires ou entre processus de « formation du droit » et organes de « détermination du droit ». Ou, pour formuler la question autrement : la Cour peut-elle, par le jeu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1, développer voire créer du droit ?

191. Commençons par la première question, celle de la hiérarchie. Lors de la rédaction de l'Article 38, il avait été proposé que les sources énumérées soient consultées dans un « ordre successif³¹¹ ». En fin de compte, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, qui retrace la genèse de cette disposition, les rédacteurs du Statut ont envisagé une séquence. Ils se sont également penchés sur la question de la hiérarchie. Mais, après quelques débats, ils ont décidé de ne pas établir une hiérarchie formelle entre les sources. L'opinion générale était que les sources pouvaient toutes être prises en considération, parfois même simultanément. C'est ainsi que les traités, la coutume et les principes généraux du droit ont été placés sur un pied d'égalité dans le Statut³¹². Et ce, même si, dans la pratique, certaines de ces sources peuvent s'avérer plus utiles et présenter un plus grand intérêt pratique.

192. Il n'existe pas non plus en droit international une règle générale particulière prévoyant une hiérarchie entre les sources³¹³. Toutefois, « l'absence de hiérarchies rigides et formelles dans la théorie des sources ne doit pas servir à masquer le fait que les États, les juges et les auteurs ont toujours exprimé des préférences nettes pour telle ou telle source et ainsi établi des hiérarchies informelles, en termes sinon de validité du moins d'importance ou de précellence dans les processus de formation du droit³¹⁴ ». Ce sentiment trouve un écho chez certains auteurs, pour qui « on s'appuie davantage dans la pratique sur les traités et le droit international coutumier ». La supériorité empirique de ces deux sources, toutes deux fondées sur le consentement des États, souligne le caractère consensualiste du droit international. Dans le droit international moderne, la hiérarchie des normes a connu d'importantes évolutions. Alors que, dans le droit international classique, toutes les normes et règles étaient placées sur un pied d'égalité, à l'heure actuelle, certaines règles – les « normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » – occupent un rang plus élevé dans la hiérarchie normative des sources. Les obligations résultant de la Charte des Nations Unies jouissent également d'une supériorité normative sur les autres règles du droit international³¹⁵. Pour sa part, David Kennedy considère qu'« une certaine hiérarchie semble devoir être établie afin de développer un système d'autorité cohérent et suffisamment indépendant. Faute de quoi, le système pourrait produire des normes faisant également autorité, parmi lesquelles il faudrait alors choisir sur le fondement de leur contenu³¹⁶ ».

³¹¹ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2022, p. 56.

³¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, annexe, « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », par. 9.

³¹³ J. Dugard *et al.*, « Sources of international law », p. 28 et 29.

³¹⁴ M. Prost, *Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective*, disponible à l'adresse : <https://core.ac.uk/download/pdf/76978461.pdf> (consulté le 8 février 2023).

³¹⁵ J. Dugard *et al.*, « Sources of international law », p. 28 et 29.

³¹⁶ D. Kennedy, « The sources of international law », *American University International Law Review*, vol. 2, n° 1 (1987), p. 1 à 96, aux pages 19 et 20.

193. La doctrine semble partagée sur ce point, même si, comme l'affirmait G. Fitzmaurice en 1958, il est douteux que le débat sur la hiérarchie des sources soit même « une voie fructueuse³¹⁷ ». Cela dit, au moins formellement, la majorité des auteurs ne semblent pas considérer qu'il existe une hiérarchie formelle entre les sources énoncées à l'Article 38. Il importe de noter que tel est le point de vue adopté par la Commission dans ses travaux antérieurs. Il ne semble pas y avoir de raison impérieuse de reconsidérer cette position à ce stade.

194. Si l'on peut sans doute affirmer qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les traités (alinéa *a*), la coutume (alinéa *b*) et les principes généraux du droit (alinéa *c*), du moins formellement comme le veut la disposition, une lecture du paragraphe 1 de l'Article 38 dans son intégralité fait apparaître une ligne de partage entre, d'une part, les trois alinéas *a*) à *c*) de ce paragraphe, et, d'autre part, l'alinéa *d*) où sont énumérés les moyens auxiliaires. Ces moyens, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes, peuvent être regardés comme subordonnés aux autres sources mentionnées dans l'article mais ne sont pas censés l'être. Ils ont été considérés comme des sources matérielles ou documentaires³¹⁸. Ils s'apparentent à des sources formelles en ce sens que les juges peuvent y trouver les règles qu'ils doivent appliquer, tout comme ils peuvent le faire en vertu des trois autres alinéas, même si, techniquement, les décisions ne lient les parties au litige qu'à l'égard de l'affaire en question. Dans ce dernier cas, lorsqu'ils sont utilisés malgré l'absence de précédent formel, les moyens auxiliaires servent à vérifier l'existence d'une règle de droit ou d'une obligation contraignante pour les États en droit international³¹⁹.

195. Néanmoins, la doctrine semble partagée sur l'interprétation à donner à la liste figurant au paragraphe 1 de l'Article 38. D'un côté, on postule que cette disposition dresse une liste « globale » de sources de droit international, autrement dit que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés visées à l'alinéa *d*) peuvent constituer une source de droit au même titre que les sources énoncées aux alinéas *a*) à *c*)³²⁰. Tel est le point de vue soutenu par Robert Jennings, qui affirme : « Je considère le libellé de l'Article 38 comme essentiel en principe et ne vois pas de grande difficulté à considérer un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit comme une source de droit, non seulement par analogie mais même directement³²¹ ».

196. Si le paragraphe 1 de l'Article 38 ne comporte qu'une seule liste de sources, il n'en demeure pas moins que les sources énumérées aux alinéas *a*) à *c*) sont le plus souvent considérées comme des sources principales ou formelles, tandis que celles

³¹⁷ G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 495.

³¹⁸ G. Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », p. 490 (« Nul ne conteste le fait que les décisions arbitrales et judiciaires constituent des sources matérielles de droit [...]. Pour autant, une réflexion plus approfondie semble montrer que, si ces décisions ne peuvent être rangées dans la catégorie des sources formelles directes de droit, il n'est pas non plus satisfaisant de les considérer comme une simple source matérielle de droit parmi d'autres. »).

³¹⁹ Dans l'article cité dans la note précédente, G. Fitzmaurice illustre ce point en se référant à la pratique et en utilisant l'exemple de la CIJ dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*.

³²⁰ A. Z. Borda, « A formal approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the perspective of the international criminal courts and tribunals », *European Journal of International Law*, vol. 24, n° 2, p. 649 à 661, à la page 652.

³²¹ R. Y. Jennings, « The judiciary, international and national, and the development of international law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, 1996, p. 1 à 12, aux pages 3 et 4. Voir également M. Shahabuddeen, « Judicial creativity and joint criminal enterprise », in Shane Darcy et Joseph Powderly (dir.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 184 à 203, à la page 186.

figurant à l'alinéa d) sont souvent tenues pour des sources secondaires ou subsidiaires. Après tout, les adjectifs « auxiliaire » et « secondaire » ne sont-ils pas synonymes ?

197. D'un autre côté, on estime que l'insertion des mots « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » au paragraphe 1 de l'Article 38 indique que les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas du tout des sources de droit. Telle est la position défendue par James Crawford, selon lequel « les décisions judiciaires ne sont pas au sens strict une source formelle de droit mais sont considérées dans de nombreux cas comme une preuve du droit. Une jurisprudence cohérente aura des conséquences importantes dans une affaire donnée. Sa valeur, cependant, n'équivaut pas au précédent au sens où on l'entend dans la tradition de la *common law*.³²² » La même approche est soutenue par John Dugard *et al.*, qui considèrent que « les décisions judiciaires [...] ne constituent pas en elles-mêmes des règles de droit international et sont seulement un moyen de déterminer ces règles³²³ ». Il est vraisemblable que cet argument s'appliquerait également – et peut-être à plus forte raison encore – à l'autre moyen auxiliaire qu'est la « doctrine des publicistes les plus qualifiés ».

198. Selon ce courant de pensée, le paragraphe 1 de l'Article 38 établit deux listes distinctes : la première – alinéas a) à c) – énonce les sources formelles où l'on peut puiser les règles de droit international ; la seconde – alinéa d) – précise les procédés par lesquels on peut déterminer ces règles. Ce point de vue est défendu par G. Schwarzenberger, qui affirme que le paragraphe 1 de l'Article 38 « traite de deux questions différentes. Les alinéas a) à c) ont trait au pedigree des règles de droit international. L'alinéa d) énumère certains des moyens permettant de déterminer les règles de droit international³²⁴ ». Par ailleurs, ce même auteur a décelé un « défaut » dans l'Article 38 et lui reproche notamment de ne pas distinguer entre sources formelles et sources matérielles et, à une exception près, de n'établir aucun « système de priorité d'application »³²⁵. Selon lui, les traités et la coutume visés aux alinéas a) et b) devaient correspondre aux sources formelles, tandis que les principes généraux du droit et les décisions judiciaires mentionnés aux alinéas c) et d) devaient constituer les sources *matérielles*. Fait notable, ce même auteur ne considère pas les décisions judiciaires et la doctrine comme étant sur le même plan. À son sens, les premières sont en effet plus importantes car les décisions des juridictions internationales constituent au moins une source « quasi formelle » de droit³²⁶.

F. Les moyens auxiliaires comme « processus de formation du droit » et « organes de détermination du droit »

199. Il n'y a pas, en principe, de hiérarchie entre les différentes sources énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38. Les trois premières sont des sources formelles. Les dernières – les moyens auxiliaires – sont des sources dites matérielles. Quelle que soit la qualification retenue, la genèse de la rédaction du paragraphe 1 de l'Article 38³²⁷ ainsi que les décisions de certaines juridictions internationales confirment l'existence d'une différenciation pratique entre les sources énumérées. Ainsi, alors que le paragraphe 3 de l'article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dispose

³²² J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 35.

³²³ J. Dugard *et al.*, « Sources of international law », p. 45.

³²⁴ G. Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals », p. 96 à 98.

³²⁵ G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

³²⁶ *Ibid.*, p. 495.

³²⁷ Voir Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Pays-Bas, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986.

que « [I]es juges de la Chambre d'appel du Tribunal spécial se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », le Tribunal spécial a souligné que cette disposition ne devait en aucun cas être interprétée comme impliquant que les décisions judiciaires du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda pouvaient constituer des sources directes³²⁸. De même, dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que : « International par nature et appliquant le droit international principaliter, le Tribunal ne peut que se fonder sur les sources bien établies de droit international et, dans ce cadre, sur les décisions judiciaires. Quelle valeur doit-on accorder à ces décisions ? La Chambre de première instance est d'avis qu'elles ne devraient être utilisées que comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" [...]. [...] De toute évidence, le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal.³²⁹ »

200. Ces deux listes ou catégories ont été qualifiées de « processus de formation du droit » – les sources formelles du droit international contenues dans les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 – et d'« organes de détermination du droit » – les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international énoncés à l'alinéa d)³³⁰. G. Schwarzenberger explique que « [...] dans le cas des processus de formation du droit, l'accent est mis sur les formes par lesquelles une règle particulière de droit international est créée, tandis que, dans le cas des organes de détermination du droit, il porte sur les modalités selon lesquelles telle règle doit être vérifiée³³¹ ».

201. Cette position est étayée par la rédaction même de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir la « détermination des règles de droit », qui, selon l'ancien juge de la Cour internationale de Justice, Mohamed Shahabuddeen, « se limite sans doute à une détermination au sens de recherche du droit existant³³² ». Compte tenu de la genèse de la disposition, « [o]n peut fortement soutenir [...] que la référence à la "détermination des règles de droit" visait une décision qui ne ferait qu'élucider le droit existant et n'entraînerait pas la création d'un nouveau droit³³³ ».

202. La conséquence de cette approche, à savoir que les juges ne peuvent pas créer des règles de droit international mais simplement élucider les règles existantes, reviendrait en quelque sorte à minorer l'influence des décisions judiciaires sur le droit international³³⁴. G. Van Hoof a mis en garde contre le danger d'interpréter la qualification des décisions judiciaires d'« auxiliaires » comme signifiant que celles-ci sont moins importantes, car « l'autorité et le pouvoir persuasif des décisions judiciaires peuvent parfois leur donner plus d'importance qu'elles n'en ont

³²⁸ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, affaire n° SCSL-04-15-T, jugement, 2 mars 2009 (« jugement RUF »), p. 295. Pour un commentaire sur les contributions jurisprudentielles du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, voir Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

³²⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić et Vladimir Sentić, alias « Vlado »*, affaire n° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000 (« jugement Kupreškić »), p. 540.

³³⁰ G. Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals », p. 96 à 98.

³³¹ Ibid., p. 26 et 27.

³³² Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 76.

³³³ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

³³⁴ Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 21.

formellement³³⁵ ». Rudolf Bernhardt met également en garde contre le fait que la qualification des décisions judiciaires d'auxiliaires « sous-estime la part des décisions des juridictions internationales dans le processus de création de normes³³⁶ ».

203. Pour sa part, M. Shahabuddeen, dans l'ouvrage cité plus haut, a soutenu que les moyens auxiliaires, en particulier les décisions judiciaires, pouvaient opérer à un niveau plus élevé qu'il n'y paraît souvent. La première raison en est qu'elles peuvent servir de moyen pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit dans la mesure établie par les décisions de la Cour internationale de Justice et autres décisions judiciaires. La seconde, même si c'est là un point subtil, tient à ce que les décisions judiciaires (du moins celles de la Cour internationale de Justice elle-même) peuvent jouer un rôle plus important en déterminant une règle de droit à partir d'une décision antérieure : « La nouvelle décision par laquelle une règle de droit a été déterminée à partir d'une décision antérieure n'est pas un moyen auxiliaire ; elle est la source d'une nouvelle règle de droit international ; elle est créée par la Cour seule. Une fois que la détermination a été opérée dans une nouvelle décision, la Cour appliquera dans les affaires ultérieures la règle de droit telle que déterminée dans cette décision ; en dehors de cette décision, il peut ne pas être évident que la règle de droit existe³³⁷. » Antonio Cassese, le premier président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, a exprimé un sentiment similaire en accordant plus de poids aux juges et, par voie de conséquence, à leurs décisions en matière de droit international. En effet, selon lui, « les législateurs sont très souvent totalement impuissants. Ils sont souvent incapables de prendre des décisions et les juges interviennent et décident à leur place³³⁸. »

204. Si, dans son traité de droit international publié en 1905, avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et du Statut de la CIJ, Lassa Oppenheim ne reconnaissait que les traités et la coutume comme les deux sources « exclusives » du droit international, il considérait néanmoins que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes pouvaient « influencer le développement du droit international en créant des usages qui se transforment peu à peu en coutumes, ou en incitant les membres de la famille des nations à conclure des traités qui posent des règles juridiques pour la conduite internationale future³³⁹ ». L'auteur observe que, si les décisions judiciaires ne peuvent pas créer du droit international, elles jouent un rôle important dans son développement³⁴⁰. M. Shahabuddeen souligne à juste titre une faille dans cet argument : « si les décisions de la Cour ne peuvent pas créer le droit mais peuvent concourir à son développement, on peut supposer que ce développement aboutit à terme à la création d'un nouveau droit ; et, aussi infime que cela soit dans un cas donné, cette création acquiert progressivement de la masse. Il n'est pas conforme à la réalité d'affirmer que la Cour ne peut développer le droit que dans le sens limité d'élucider la véritable signification du droit existant par rapport à des faits particuliers [...] »³⁴¹.

³³⁵ G. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 170. Voir également G. Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals », p. 96 à 98, notant qu'« il faut se garder d'exagérer l'importance pratique de l'expression "moyens auxiliaires" figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ».

³³⁶ R. Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 205, 1887, p. 270.

³³⁷ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

³³⁸ Robert Badinter et Stephen Breyer, *Judges in Contemporary Democracy*, New York, New York University Press, 2004, p. 33.

³³⁹ Lassa F. L. Oppenheim, *International Law*, Londres, Longmans, Green and Co., 1905, p. 24.

³⁴⁰ Lassa F. L. Oppenheim, *International Law*, 9^e éd., Londres, Longman, Green and Co., 1992, chap. I, p. 41.

³⁴¹ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

205. La deuxième question, qui a été largement débattue en doctrine, est de savoir si les moyens auxiliaires, et en particulier les décisions judiciaires, peuvent développer ou modeler le droit international. Ce point soulève des questions intéressantes et parfois délicates concernant le rôle du juge, et de la décision judiciaire, dans le règlement des litiges. On peut distinguer au moins trois types de points de vue. Tout d'abord, il y a les auteurs selon lesquels les décisions judiciaires peuvent créer du droit, tandis que G. Fitzmaurice lie la question de savoir si une décision de la Cour est une source formelle ou quasi-formelle de droit à la question de savoir si elle « fait autorité et si elle est contraignante³⁴² ». Les décisions judiciaires, y compris celles des juridictions internes, ont eu du poids dans un certain nombre d'affaires portées devant la Cour internationale de Justice. Dans ce contexte, on peut citer les affaires suivantes : *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*³⁴³, *Congo c. France*³⁴⁴, arrêt de la Cour de cassation française dans l'*affaire Kadhafi et Allemagne c. Italie*³⁴⁵. De même, les décisions judiciaires et notamment celles de diverses juridictions internationales contiennent en fait de nombreuses références aux décisions des juridictions nationales ainsi qu'à la jurisprudence des autres juridictions et sont souvent considérées comme proposant des interprétations du droit qui influent fortement sur la formation des aspects essentiels de certains ensembles de règles juridiques³⁴⁶.

206. Pour illustrer l'importance des décisions judiciaires dans la détermination de l'existence ou de la non-existence de règles de droit international, on peut renvoyer aux travaux de la Commission. Comme indiqué au chapitre V du présent rapport sur la détermination du droit international coutumier, on peut notamment citer ceux sur les principes généraux du droit et sur la détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Dans le commentaire de la conclusion 13 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, par exemple, la Commission a noté que : « L'emploi de l'expression "moyens auxiliaires" vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source du droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). L'emploi de cette expression n'indique pas [...] que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier³⁴⁷. » Les discussions ci-dessus peuvent être rappelées dans la mesure où elles confirment, comme l'indique l'étude du Secrétariat, que la Commission s'est même appuyée sur les arrêts de la Cour pour formuler des règles de droit international sur des sujets de fond, y compris les articles relatifs à la responsabilité de l'État.

207. Hersch Lauterpacht a noté que « de nombreux actes de légifération judiciaire pouvaient en fait être accomplis sous couvert de détermination du droit international coutumier »³⁴⁸. Néanmoins, même si cela est probablement vrai, l'autorité judiciaire non contrôlée peut également susciter des inquiétudes. Dans le contexte du droit pénal international, pour prendre un exemple concret, Ilias Bantekas s'est montré très

³⁴² G. Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 493.

³⁴³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3.

³⁴⁴ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, ordonnance du 16 novembre 2010, CIJ Recueil 2010, p. 635.

³⁴⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 99.

³⁴⁶ S. Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, p. 28.

³⁴⁷ Conclusions sur la détermination du droit international coutumier, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2018, vol. II (2^e partie), p. 149.

³⁴⁸ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1958, p. 368.

critique à l'égard du recours aux décisions judiciaires et à la doctrine comme source de droit international, notant que « au cours des dix dernières années, la sélectivité et la furtivité des juridictions pénales internationales ont, en substance, élevé les décisions des juridictions internationales et internes, ainsi que les opinions des juristes, au rang de sources principales du droit international³⁴⁹ ». Il critique l'« exaltation des décisions judiciaires et des opinions des juristes » et, soulignant l'absence de méthode cohérente dans la jurisprudence de certains tribunaux ad hoc, ajoute que « la sélectivité et l'utilisation de sources supplémentaires et leur lente élévation au rang de sources principales est inquiétante voire effrayante³⁵⁰ ».

208. En résumé, la discussion ci-dessus, où l'on replace les moyens auxiliaires dans le contexte plus large de toute la pratique et de toute la doctrine sur les sources visait à montrer que certains aspects des moyens auxiliaires, de leur interaction et de leur relation avec les sources pouvaient sembler incertains et instables. La confusion commence avec la notion de source du droit international. Elle marque ensuite les débats découlant des tentatives doctrinales faites pour distinguer entre sources formelles et sources matérielles, entre sources principales et secondaires ou entre sources de droit et sources d'obligations. Elle se retrouve enfin dans les questions sur la hiérarchie, ou l'absence de hiérarchie, des sources. La question de savoir si, dans la sous-catégorie des moyens auxiliaires, il existe une différence entre le poids à accorder aux décisions judiciaires et à la doctrine semble liée au souci de différenciation qui pourrait permettre de s'appuyer sur les sources les plus autorisées. Compte tenu de ce qui précède, le statut et le rôle des moyens auxiliaires dans le cadre du paragraphe 1 de l'Article 38, ainsi que l'interaction et la relation entre les moyens auxiliaires et les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit devront être examinés plus en détail dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Il serait utile, dans ce contexte, de réfléchir aux observations regroupées dans l'étude du Secrétariat sur la manière dont la Commission elle-même a utilisé les moyens auxiliaires dans les travaux réalisés pour aider les États à codifier et à développer progressivement le droit international. Ce n'est qu'à ce stade qu'il conviendra de tirer des conclusions définitives. Néanmoins, il devrait être évident qu'au minimum, le statut formel « auxiliaire » des décisions judiciaires contraste en pratique avec leur rôle fondamental et leur importance dans le développement et la consolidation du droit international.

³⁴⁹ I. Bantekas, « Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law », *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, p. 121 à 136, à la page 129.

³⁵⁰ I. Bantekas, « Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law », p. 132.

VII

Genèse de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

209. Il convient de reproduire ci-après dans son intégralité l'Article 38 du Statut de la CIJ, dont il est largement admis qu'il fait autorité en ce qui concerne les sources du droit international et qu'il constitue le fondement des travaux de la Commission sur le sujet actuel³⁵¹. L'article est libellé ainsi :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, 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. (Non souligné dans l'original)

2. Le présent article ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex-aequo et bono*.

210. Outre l'Article 38, l'Article 59 se révèle pertinent, en ce qu'il correspond à la réserve formulée à l'alinéa d) du paragraphe 1 :

La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

211. Avant d'entrer dans une analyse détaillée des dispositions susmentionnées, qui visera à dégager le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, il semble utile de s'intéresser de près aux travaux préparatoires ayant présidé à leur rédaction. Conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation³⁵², et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu³⁵³. Les interprétations qui peuvent

³⁵¹ En effet, comme le dit Jennings, « L'Article 38 peut s'analyser de deux façons. Il doit être appliqué par la Cour internationale car il fait partie du Statut qui la régit ; cela étant, il peut également être invoqué par d'autres juridictions et de manière générale, car il fait désormais autorité en ce qui concerne les sources de droit étant donné qu'il a été accepté comme tel dans la pratique générale. Il régit la Cour internationale parce qu'il figure dans son statut : il sert de guide général parce qu'il est considéré comme un énoncé commode de la pratique acceptée ». R. Y. Jennings, « General course on principles of international law », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 121 (Leyde : Sijthoff, 1967), p. 331.

³⁵² L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose ce qui suit : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles l'acte a été formulé, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. » ; Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

³⁵³ Ibid.

être déduites des travaux préparatoires peuvent servir à confirmer le sens à donner aux dispositions.

212. Deux remarques préliminaires s'imposent. Tout d'abord, même si nul ne l'ignore, il peut être utile de rappeler que les dispositions susmentionnées sont tirées en particulier de deux instruments étroitement liés, à savoir le Statut de la Cour permanente de Justice internationale et le Statut de la CIJ, ce dernier étant indéniablement fondé sur le premier. Le lien qui unit les deux textes tient donc non seulement au régime réglementaire qu'ils ont en commun mais aussi au fait que le Statut de la CIJ s'inscrit dans le droit fil de celui de la Cour permanente, y compris sur le plan de la jurisprudence.

213. Deuxièmement, il faut rappeler que, historiquement, la Cour permanente avait été créée conformément à l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations³⁵⁴. Se trouvant ainsi liée à la Société des Nations mais conservant son indépendance, la Cour fut pensée comme un organe chargé de régler judiciairement les différends d'un caractère international que les parties lui soumettraient. Elle existerait aux côtés de la Cour d'arbitrage organisée par les conventions de 1899³⁵⁵ et 1907³⁵⁶. Une fois adopté, le Statut de la Cour définissait notamment, en son Article 38, le droit à appliquer par la Cour. Ainsi, il convient de prendre en considération dans l'analyse des travaux préparatoires ayant présidé à la création de la Cour permanente les diverses instances en ayant examiné le statut. On dénombre essentiellement trois organes principaux : le Conseil, d'abord, puis l'Assemblée de la Société des Nations, deux organes bénéficiant de l'appui d'un secrétariat permanent, et enfin, un Comité consultatif de juristes établi conformément au mandat énoncé à l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations³⁵⁷.

A. Rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes (1920)

214. Contrairement aux traités, au droit coutumier et aux principes généraux du droit, il ne semble pas que les moyens auxiliaires furent envisagés comme sources de droit par les États avant le début des travaux du Comité consultatif de juristes. À cet égard, il apparaît que même les juristes, dans le projet initial, ne se soient pas penchés sur le rôle des décisions judiciaires et de la doctrine³⁵⁸. Semblant les juger secondaires au regard de la tâche principale qui leur incombait, ils ne s'en préoccupèrent guère. Le

³⁵⁴ L'Article 14 dispose que « [l]e Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée. » ; Société des Nations, *Pacte de la Société des Nations* (Paris, 28 juin 1919).

³⁵⁵ Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 29 juillet 1899).

³⁵⁶ Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907).

³⁵⁷ Lors de sa deuxième réunion, à Londres, en février 1920, le Conseil décida de constituer un Comité chargé de préparer un projet pour l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale, visé à l'Article 14 du Pacte : « Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée. » Les spécialistes juridiques suivants furent nommés : Mineichiro Adatchi (Japon) ; Rafael Altamira (Espagne) ; Clovis Bevilacqua (Brésil), remplacé ultérieurement par Raoul Fernandes ; Baron Descamps (Belgique) ; Francis Hagerup (Norvège) ; Albert de Lapradelle (France) ; B.C. J. Loder (Pays-Bas) ; Lord Phillimore (Royaume-Uni) ; Arturo Ricci-Busatti (Italie) et Elihu Root (États-Unis).

³⁵⁸ Voir aussi Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 21.

Comité consultatif de juristes consacra la première partie des débats sur le projet de statut à l'organisation et à la structure de la Cour. À la treizième séance, le 1^{er} juillet 1920, alors que la future juridiction avait été définie dans les grandes lignes, le Comité se pencha sur le droit qu'elle pourrait appliquer.

215. Le baron Descamps, président du Comité consultatif de juristes, proposa la disposition suivante :

Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen :

1. le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme manifestation de règles expressément adoptées par les États ;
2. la coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi ;
3. les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés ;
4. la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit³⁵⁹.

216. La proposition déposée par le Président Descamps ne sembla guère susciter de controverse majeure pour ce qui était de la référence au « droit international conventionnel » (c'est-à-dire aux traités) et à la « coutume internationale » (c'est-à-dire au droit international coutumier)³⁶⁰. M. Elihu Root, membre américain du Comité consultatif de juristes, ouvrit le débat en se déclarant favorable à ce que la Cour puisse appliquer des règles tirées des conventions et du droit international positif. Par contre, il émit des doutes sur d'autres points. M. Loder, le membre néerlandais, ne se rallia pas à son opinion, estimant que la Cour avait justement le devoir de développer le droit, de faire « mûrir » les coutumes et les principes universellement reconnus, et de les cristalliser sous la forme de règles positives ; en un mot, de fixer la jurisprudence internationale³⁶¹. Le professeur de Lapradelle, membre français du Comité consultatif, jugea inutile la disposition telle que présentée par le Président et, si une clause fut nécessaire, il préférerait une formule brève, par exemple : « La Cour statue d'après le droit, la justice et l'équité »³⁶².

217. La question de savoir quel droit, s'il en était, les juges devaient appliquer dans les cas où ni le droit conventionnel ni le droit coutumier ne prévoyait de règle³⁶³ suscita manifestement davantage de controverse et fut jugée cruciale. Elle donna lieu à un long débat sur les principes généraux du droit et, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, sur leur lien avec la « jurisprudence internationale »³⁶⁴. À ce stade préliminaire, il ne fut nullement question du rôle de la doctrine et des œuvres des juristes, et moins encore de leur caractère auxiliaire. Ces points n'intervinrent qu'ultérieurement dans le débat, lorsque Descamps proposa d'inclure parmi les

³⁵⁹ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 293, à la p. 306.

³⁶⁰ Ibid., p. 295.

³⁶¹ Ibid., p. 294.

³⁶² Ibid., p. 295 et 96.

³⁶³ A. Pellet, « Article 38 of the Statute of the International Court of Justice » dans Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (dir. publ.) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3^e éd. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) p.677 à 792, à la p. 828, et aussi O. Spiermann, « The History of Article 38 », Samantha Besson et Jean d'Aspremont (dir. publ.) *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2017).

³⁶⁴ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 310 à 315.

sources de droit « la doctrine concordante des auteurs qui font l'autorité »³⁶⁵. Cherchant à dégager un équilibre, il admit d'une part que la Cour n'avait pas de rôle législatif et estima d'autre part qu'il ne lui était pas pour autant interdit de statuer selon la justice et l'équité. À la même séance, M. Hagerup, le membre norvégien, rappela des précédents utiles et fit observer qu'il fallait établir une règle pour éviter que la Cour se déclare incompétente (*non liquet*) faute de normes matérielles. Il se rallia à la solution retenue dans le projet scandinave, consistant pour la Cour à recourir à l'équité, mais uniquement si elle y était autorisée par les parties³⁶⁶.

218. À la 14^e séance³⁶⁷, le 2 juillet 1920, les rédacteurs revinrent sur la question. Dans son discours, le Président Descamps se pencha sur le droit que la Cour devrait appliquer, faisant observer que « [l]'importance des normes que d[evait] suivre le juge dans la solution des différends qui lui [étaient] soumis, [était] capitale »³⁶⁸. S'agissant de la jurisprudence internationale, il estima que « [c]e serait encore [...] priver le juge d'un de ses auxiliaires les plus précieux » que de « ne pas le convier à faire appel à la jurisprudence internationale existante, en tant qu'instrument de précision du droit des gens »³⁶⁹. Il souligna que la seule question qui lui paraissait devoir être élucidée était celle de savoir s'il y avait lieu « de signaler, à titre complémentaire, la norme de la justice objective dans des conditions qui soient précisément de nature à prévenir l'arbitraire »³⁷⁰. Après tout, la justice objective était, du moins à sons sens, « la norme naturelle dont l'application s'impos[ait] au juge »³⁷¹. Il souligna qu'il ne se ralliait pas à l'opinion de M. Root, en ce qu'il autorisait le juge à puiser « dans la doctrine concordante des auteurs qui f[aisaient] l'autorité »³⁷². Comme le Chancelier Kent, il jugea que « [q]uand la plupart des jurisconsultes [étaient] d'accord sur une règle, la présomption en faveur de cette règle pren[ait] une telle force qu'elle ne [pouvait] être contredite que par une nation qui se [ferait] un jeu de la justice »³⁷³.

219. Lors de la 15^e séance, le 3 juillet 1920, le débat sur la manière dont les juges internationaux devaient appliquer le droit se poursuivit. Il s'agissait désormais de trouver un compromis, compte tenu des positions divergentes exprimées par certains membres au cours des jours précédents. M. Raoul Fernandez, représentant brésilien (suppléant) au Comité consultatif de juristes, tenta de concilier les points de vue du Président et de M. Root. Il admit que la tâche des juges n'était pas de légiférer ; par contre, il estima qu'en se voyant confinés aux seules sources, les juges se verraient enlever la possibilité de rendre justice dans nombre de cas qui impliquaient des rapports de droit entre les États. Il considéra que, à l'instar des juges nationaux, les juges internationaux pouvaient mettre en lumière une règle latente en appliquant des principes non rejetés avant le différend par la tradition juridique de l'un des États en conflit³⁷⁴.

³⁶⁵ Ibid., p. 323. « [I]l est en vérité impossible, et il serait souverainement odieux, de dire au juge en face d'une solution manifestement conforme à la justice : "votre tâche consiste à commettre un véritable déni de justice", sous prétexte qu'on ne trouve pas de convention ou de coutume déterminées. »

³⁶⁶ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 296.

³⁶⁷ Lors de la 12^e séance, le 30 juin 1920, prenant la parole dans le cadre du débat sur la compétence de la Cour permanente, M. Ricci-Busatti souligna qu'il restait à examiner la question du droit matériel à appliquer. Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 270.

³⁶⁸ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 322.

³⁶⁹ Ibid., p. 322.

³⁷⁰ Ibid., p. 322 et 323.

³⁷¹ Ibid., p. 323.

³⁷² Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 323.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 331 et 346.

220. M. Root et Lord Phillimore, le représentant britannique au Comité consultatif de juristes, présentèrent un autre projet de texte mentionnant « les opinions des publicistes, comme organes d'application et de développement du droit »³⁷⁵. Il convient de noter que le texte se présentait selon une structure en quatre points, celle-là même qui constituerait le paragraphe 1 de l'Article 38. Descamps déclara qu'au numéro 3, il pourrait accepter la formule proposée par M. Root, et qu'au numéro 4, « l'autorité des décisions judiciaires et la doctrine concordante des juristes ne [devaient] être employées par le juge qu'à titre auxiliaire et supplétif »³⁷⁶. Point essentiel, les juges devaient appliquer en premier lieu les règles du droit international. Ils pouvaient ensuite recourir à des moyens auxiliaires comme organes d'interprétation uniquement qui, hiérarchiquement, viendraient après les sources.

221. M. Ricci-Busatti, de l'Italie, ne s'éleva pas contre le fond du texte. Il déclara pouvoir se rallier, « à plusieurs égards, au point de vue de M. Root ; notamment en ce qui concern[ait] l'impossibilité pour la Cour d'agir en législateur »³⁷⁷. Mais ce fut contre quelques unes des sources mentionnées et contre leur classification successive qu'il s'éleva. À son avis, le juge pouvait tenir compte simultanément des diverses sources du droit énumérées. S'agissant des sources proprement dites, il n'avait pas d'objection contre les traités et la coutume (mentionnés respectivement aux numéros 1 et 2) et, quant aux principes généraux du droit (numéro 3), il comprenait l'expression de la manière qu'il avait indiquée la veille³⁷⁸, à savoir qu'« il ne s'agi[ssai]t pas de créer des règles inexistantes, mais d'appliquer des règles générales qui permettent de résoudre toute question »³⁷⁹, et il regretta qu'on n'ait pas mentionné le principe de l'équité³⁸⁰. Quant au numéro 4, il ne « cro[yait] guère qu'il puisse y avoir des doctrines concordantes sur des points où il n'y [avait] pas de règles universellement reconnues »³⁸¹. En outre, il « [nia], de la manière la plus absolue, que les opinions des auteurs [pussent] être considérées comme une source de droit, à appliquer par la Cour »³⁸². Il s'étonna que M. Root se fut rallié à un tel texte et présenta un texte amendé pour examen³⁸³.

³⁷⁵ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, annexe I, p. 344. Texte amendé présenté par M. Root :

« Les règles à appliquer par la Cour, dans les limites de la compétence ci-dessus prévue, pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen :

1. le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme constituant des règles expressément adoptées par les États parties au litige ;
2. la coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi ;
3. les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés ;
4. l'autorité des décisions judiciaires et les opinions des publicistes, comme organes d'application et de développement du droit. »

³⁷⁶ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332.

³⁷⁷ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 314.

³⁷⁸ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332.

³⁷⁹ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 315.

³⁸⁰ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332.

³⁸¹ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332.

³⁸² Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332.

³⁸³ Dans sa proposition, il amenda le texte présenté par le Président et Lord Phillimore, qui était libellé comme suit :

« Les règles à appliquer par la Cour pour la solution de tout différend international dont elle sera saisie, découlent des sources suivantes :

1. les conventions internationales, soit générales soit spéciales, comme constituant des règles expressément adoptées par les États parties au litige ;
2. la coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des dits États, acceptée par eux comme loi ;
3. les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés.

222. Pour sa part, s'il souscrivit globalement au projet, le professeur de Lapradelle s'inquiéta de certains amendements proposés par M. Ricci-Busatti. Par exemple, s'agissant de la proposition tendant à ce que la Cour tiende compte « autant que possible » des décisions judiciaires³⁸⁴, il déclara ne pas trouver cette rédaction suffisamment précise. En ce qui concernait les auteurs, ils n'étaient presque jamais d'accord sur un point de droit. Il lui sembla dès lors qu'une disposition telle que celle contenue dans le numéro 4 du texte présenté par M. Root « ôterait toute importance à leurs ouvrages »³⁸⁵. En tout état de cause, selon lui, « la jurisprudence [était] plus importante que la doctrine, puisque les juges, rendant leur sentence, [auraient] en vue un but pratique »³⁸⁶. Pour lui, si l'on voulait indiquer la doctrine comme une source, il faudrait du moins « se borner à la doctrine concordante des auteurs qualifiés dans les pays en litige »³⁸⁷. En outre, « il serait certainement nécessaire de faire une classification graduée des diverses manifestations de la doctrine d'après leur importance »³⁸⁸. À cet égard, il faudrait tenir compte, dans une mesure assez large, « des résolutions de l'Institut de droit international ». Il proposa que tant les travaux des publicistes individuels que ceux des collectifs de spécialistes soient consultés, pressant néanmoins que ces derniers se verraient probablement accorder davantage de poids.

223. Le Président Descamps répondit qu'il convenait que, dans un cas donné, le juge pouvait appliquer les différentes sources cumulativement. Il précisa sa position concernant le lien unissant traités et coutume aux principes généraux du droit comme moyen de parer à l'éventualité d'un *non-liquet*, puis s'étonna de voir, concernant les décisions judiciaires et la doctrine, que M. Ricci-Busatti « n'accepte pas la doctrine comme élément d'interprétation »³⁸⁹. Descamps avait précédemment exprimé l'opinion que les éléments signalés au numéro 4 étaient des « éléments d'interprétation »³⁹⁰. En effet, selon lui, « [c]et élément ne [devait] avoir qu'un caractère subsidiaire ; le juge ne [devait] s'en servir qu'à titre supplétif en vue d'élucider les règles du droit international. La doctrine et la jurisprudence ne cré[ai]ent pas de règles, sans doute, mais elles concour[ai]ent à la détermination des règles [existantes]. Le juge devra[it] recourir au double trésor de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, mais ces trésors conserv[ai]ent un caractère *élucidateur* »³⁹¹.

224. En ce qui concerne l'importance de la doctrine, Lord Phillimore fit remarquer qu'elle était « universellement reconnue comme source de droit international »³⁹². En effet, à son point de vue, il n'était « pas besoin de dire qu'il s'agi[ssait] exclusivement des opinions des auteurs les plus autorisés »³⁹³. Mais Ricci-Busatti dit douter que les États « acceptent vraiment des règles qui seraient l'œuvre de la doctrine et non de leur propre volonté ou de leur coutume »³⁹⁴. Revenant sur ce point plus tard, il estima

La Cour tiendra compte des décisions judiciaires émises par elle dans des cas analogues et des opinions des publicistes les plus qualifiés des différents pays, comme organes d'application et de développement du droit. »

Voir annexe 4, Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 351.

³⁸⁴ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 334.

³⁸⁵ Ibid., 336.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid., p. 334.

³⁹¹ Ibid., p. 336.

³⁹² Ibid., p. 333.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid., p. 333 et 334.

qu'il était possible de « tenir compte de la jurisprudence et de la doctrine »³⁹⁵ mais qu'il serait « inadmissible de les mettre sur le même plan que les règles positives de droit »³⁹⁶.

225. Répondant à M. de Lapradelle sur les différentes questions qu'il avait soulevées, le Président Descamps déplora que l'intéressé ne voie pas la valeur qu'il y avait à accepter la doctrine comme élément d'interprétation. En effet, cet élément ne « d[evait] avoir qu'un caractère subsidiaire ; le juge ne d[evrait] s'en servir qu'à titre supplétif en vue d'élucider les règles du droit international »³⁹⁷. Selon lui, « [l]a doctrine et la jurisprudence ne cré[ai]ent pas de règles, sans doute ; mais elles concour[ai]ent à la détermination des règles [existantes] ». Il fit observer que « [l]e juge devra[it] recourir au double trésor de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, mais ces trésors conserve[ra]ient un caractère elucidateur »³⁹⁸. Il souligna que « [l]a faculté pour le juge de se servir des éléments mentionnés dans ce paragraphe n'[était] pas dangereuse, parce qu'on n'y [aurait] recours qu'à titre elucidateur et supplétif »³⁹⁹.

226. À la suite de débats et de négociations supplémentaires sur le texte, un amendement tendant à supprimer le terme « concordante » fut adopté pour donner satisfaction à M. de Lapradelle. Descamps et Ricci-Busatti ne parvinrent finalement pas à s'entendre. Après un nouvel échange de vues entre M. Descamps, M. de Lapradelle et Lord Phillimore, le paragraphe 4 fut reformulé comme suit :

« L'autorité des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations »⁴⁰⁰.

M. Ricci-Busatti estima néanmoins qu'il fallait encore retoucher le texte, disant préférer une formule plus brève. Il insista également pour que les mots « dans l'ordre successif », s'agissant du texte de l'article dans son ensemble, soient supprimés, estimant qu'ils étaient non seulement superflus, mais qu'ils pourraient aussi suggérer l'existence d'une hiérarchie. Selon lui, le libellé proposé méconnaissait « l'application simultanée » qui pouvait être faite des diverses sources et « le caractère différent des unes et des autres »⁴⁰¹. En tout état de cause, après avoir proposé d'apporter d'autres modifications au texte, il déclara que « la jurisprudence et la doctrine ne [pouvaient] être mises au même rang que les autres sources, et ne [devaient] pas être utilisées de la même façon, bien qu'elles [dussent] toujours être présentes à l'esprit du juge »⁴⁰².

227. À l'issue des discussions susmentionnées et compte tenu du débat, la proposition de M. Root telle qu'amendée fut adoptée provisoirement en première lecture. Elle était libellée ainsi :

Les règles à appliquer par la Cour, dans les limites de la compétence ci-dessus prévue, pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen :

1. le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme constituant des règles expressément adoptées par les États parties au litige ;

³⁹⁵ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 334.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., p. 336.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid., p. 337.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid., p. 338.

2. la coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi ;
3. les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés ;
4. l'autorité des décisions judiciaires et les opinions des publicistes, comme organes d'application et de développement du droit.

Le texte ci-dessus était accompagné d'une note de bas de page rendant compte des débats tenus et fournissant de plus amples explications. Elle était libellée ainsi :

Ce texte a été provisoirement adopté sauf rédaction finale en seconde lecture, et avec les modifications suivantes :

- a. Préambule ; lire : « Les règles *de droit* à appliquer » etc.
- b. N^o. 4 ; lire : « l'autorité des décisions judiciaires et *la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*, comme » etc.

228. De nouvelles modifications furent apportées au texte dans une nouvelle version présentée ultérieurement par le Président Descamps et Lord Phillimore, avec amendements de M. Ricci-Busatti. Elles concernaient le chapeau et trois paragraphes, sur les conventions internationales, la coutume internationale et les principes généraux de droit. Il fut proposé d'insérer un dernier paragraphe non numéroté, libellé comme suit :

La Cour tiendra compte des décisions judiciaires émises par elle dans des cas analogues et des opinions des publicistes les plus qualifiés des différents pays, comme organes d'application et de développement du droit⁴⁰³.

229. À la 27^e séance, le 19 juillet 1920, le Comité examina le texte de la proposition révisée ci-dessus. Le Président proposa d'insérer dans le texte du paragraphe 4 de ce qui était alors l'Article 31 le membre de phrase suivant : « Comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit »⁴⁰⁴. Cette proposition se heurta à des objections. Adoptant une position qui serait contestée bien plus tard⁴⁰⁵, Lord Phillimore « [fit] valoir que les décisions judiciaires constat[aient], mais ne cré[aient] pas le droit »⁴⁰⁶. Ricci-Busatti maintint les objections qu'il avait déjà formulées contre la rédaction originaire de l'article et mentionnées plus haut⁴⁰⁷. M. de Lapradelle déclara être opposé à toute modification des trois premières sources et désirer la suppression totale du numéro 4. Selon lui, il n'était « pas possible » d'appliquer les lois, la coutume et les principes généraux du droit « sans avoir recours à la jurisprudence et à la doctrine »⁴⁰⁸. Il plaida donc pour la suppression de ce passage, arguant qu'on ne pouvait pas « fixer la source de droit visée sous ce numéro, d'une manière distincte »⁴⁰⁹. Il vota contre le quatrième paragraphe.

⁴⁰³ Voir Annexe 4, Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 351 ; « Les règles à appliquer par la Cour pour la solution de tout différend international dont elle sera saisie, découlent des sources suivantes :

1. les conventions internationales, soit générales soit spéciales, comme constituant des règles expressément adoptées par les États parties au litige ;
2. la coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des dits États, acceptée par eux comme loi ;
3. les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés.

⁴⁰⁴ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 584.

⁴⁰⁵ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 587 à 602.

⁴⁰⁶ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 584.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid.

230. Ayant déjà remporté l'adhésion de la majorité du Comité, l'article fut adopté. Mais, comme le suggère un auteur, on peut penser que l'ambiguïté du texte définitif a été conversée à dessein du fait que les deux camps (Root et Phillimore ; Descamps et Ricci-Busatti) ne sont pas parvenus à surmonter leurs désaccords de fond⁴¹⁰. Toutefois, vu la teneur du texte qui serait finalement adopté, qui fait référence aux moyens auxiliaires, on peut imaginer que, en réalité, la position selon laquelle les moyens auxiliaires ne pouvaient être considérés comme des sources a finalement été insérée dans le libellé de l'Article 38⁴¹¹.

231. Lors de la 30^e séance, le 21 juillet 1920, Descamps proposa de substituer au mot « successivement » l'expression « en ordre successif »⁴¹². On se mit d'accord sur cette modification. Sur le fond du paragraphe 4, il proposa la rédaction suivante à titre de transaction :

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 droit⁴¹³.

232. Ricci-Busatti souhaita substituer à l'expression « de la détermination des règles de droit » l'expression « d'interprétation juridique »⁴¹⁴. Cette proposition fut rejetée. Ricci-Busatti vota contre l'article qui, à ce stade, se lisait comme suit :

Article 31 – Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'Article 29, la Cour applique successivement :

1. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
2. la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi ;
3. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
4. les règles de droit qui se dégagent 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.

233. Le 22 juillet 1920, tandis que le Comité achevait l'examen de cet article, ce dernier, renuméroté Article 35, fut adopté. M. de Lapradelle maintint ses préoccupations⁴¹⁵. Il fit valoir que, à son avis, le paragraphe 3 de l'article susmentionné devrait se lire comme suit : « Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées à la lumière des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différents pays »⁴¹⁶. Toutefois, sachant que cette rédaction, qui avait ses préférences, n'obtiendrait pas l'approbation de ses collègues, il s'abstint de voter, à l'instar d'Hagerup. Ricci-Busatti vota contre l'article. L'Article 35 fut adopté. Dans sa version définitive telle qu'adoptée par le Comité, le texte, devenu l'Article 38, disposait que :

⁴¹⁰ Michael Peil, « Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136.

⁴¹¹ Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Pays-Bas: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986), p. 169 et 170.

⁴¹² Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 620.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 620.

⁴¹⁵ Ibid., p. 645.

⁴¹⁶ Ibid.

Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'Article 34, la Cour applique en ordre successif :

...

4. les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes Nations, comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit.

234. Le 24 juillet 1920, le Comité consultatif de juristes adopta un rapport contenant un projet d'articles du statut de la Cour permanente de Justice internationale, qu'il soumit au Conseil de la Société des Nations. Plusieurs États proposèrent de modifier le statut de la Cour permanente de Justice internationale⁴¹⁷. Parmi eux figuraient l'Argentine. Celle-ci proposa une nouvelle rédaction pour l'Article 38.

235. Une Sous-Commission de la Troisième Commission de la première Assemblée de la Société des Nations, organe auquel le Conseil avait finalement renvoyé le projet d'articles, rejeta le nouveau texte proposé par l'Argentine. La proposition tendait entre autre à « restreindre la faculté pour la Cour d'attribuer aux décisions judiciaires le caractère de précédents »⁴¹⁸. La Sous-Commission estima au contraire que ce serait « une tâche importante pour la Cour que de contribuer par sa jurisprudence au développement du droit international »⁴¹⁹.

236. La Sous-Commission proposa toutefois d'apporter des modifications au texte. Au commencement de l'article, elle supprima comme inutiles les mots « dans les limites de sa compétence telle qu'elle est déterminée ci-dessus », ainsi que les mots « en ordre successif »⁴²⁰. Sur le fond, elle ajouta à l'article un nouvel alinéa pour donner à la Cour la faculté de rendre, avec l'agrément des parties, une décision *ex aequo et bono*⁴²¹. Ainsi naquit le paragraphe 2 de l'actuel Article 38 : « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

237. Outre ces amendements, les modifications apportées au projet d'Article 35, devenu Article 38 par la suite, étaient relativement mineures et furent recommandées à l'Assemblée générale de la Société, qui les adopta. Le Statut de la Cour permanente de Justice internationale fut ouvert à la signature le 16 décembre 1920 et, au moment où s'ouvrait la session suivante de l'Assemblée, en septembre 1921, il avait été ratifié par une majorité d'États membres et entra donc en vigueur.

B. Amendements du Comité de juristes (1929)

238. Le Statut de la Cour permanente de justice internationale fut modifié une fois, en 1929. En vue de la réélection des membres de la Cour prévue en 1930, le délégué français suggéra, lors de la session de 1928 de l'Assemblée, de réexaminer le Statut de la juridiction. Conformément à une résolution adoptée par l'Assemblée le 20 septembre 1928, le Conseil constitua, le 13 décembre de la même année, un Comité

⁴¹⁷ Pour une discussion, voir Malgosia M. Fitzmaurice, « History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice », dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), p. 179 à 202, à la p. 190.

⁴¹⁸ Société des Nations, *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente* (1921), p. 50.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 68.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 145.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 157.

de juristes chargé de « dire quels amendements lui paraiss[aient], le cas échéant, devoir subir les diverses dispositions du Statut de la Cour »⁴²².

239. Le Comité de juristes se réunit du 11 au 19 mars 1929. En ce qui concernait spécifiquement les moyens auxiliaires, Sir Cecil Hurst fit observer, lors des débats tenus le 15 mars 1929, « qu'il n'y [avait] pas dans le texte français [du paragraphe 1 de l'Article 35] d'expression équivalente aux mots : "of the various nations" dans le texte anglais »⁴²³. Dionisio Anzillott formula également des observations au sujet de cette incohérence. Il précisa que le texte italien contenait des termes qui correspondaient aux mots ajoutés dans le texte anglais. Pour régler le problème, « le Comité [décida] d'insérer dans le texte français les mots "des diverses nations" pour le mettre en accord littéral avec le[s] texte[s] anglais [et italien] »⁴²⁴. Il ne fut pas nécessaire de modifier le texte anglais.

240. Au cours du débat qui suivit sur la révision du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, tel que présentée dans les projets d'amendements au Statut de la Cour, on releva que seule une modification avait été proposée pour l'Article 38. Le Président du Comité des juristes expliqua qu'il ne proposait :

qu'une toute petite modification, de pure forme, au n° 4 de l'Article 38. Elle consistait à rétablir dans le texte français quelques mots figurant dans le texte anglais. Il y aurait lieu d'ajouter, dans ledit n° 4 de l'Article 38, après l'expression « la doctrine des publicistes les plus qualifiés », les mots « des différentes nations ». L'Article 38, n° 4, se lirait donc ainsi dans le texte français :

« 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 »⁴²⁵.

C. Les ajouts mineurs apportés à l'Article 38 lors de la Conférence des Nations Unies (1945)

241. L'Article 38 a encore évolué par la suite au cours des négociations tenues en vue de la création de l'Organisation des Nations Unies et de l'élaboration du Statut de la CIJ, qui reprenait dans une très large mesure le Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Lors des débats tenus au sein du Comité IV chargé de l'organisation judiciaire, l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'a pratiquement subi aucune modification. Au Comité 1, qui faisait partie du Comité IV chargé d'élaborer un projet de statut de la Cour internationale de Justice, le sentiment prédominant a été résumé par la France, qui est parvenue à imposer cette vue, à savoir que l'Article 38 n'était certes pas bien rédigé, mais qu'il serait difficile pour le Comité de l'améliorer compte tenu du temps dont il disposait⁴²⁶. Le Comité informel interallié a fait part de ce sentiment dans un communiqué : « [...]

⁴²² Société des Nations, Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, *Procès-verbal de la session tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929* (C.166.M.66. 1929), Annexe 9, p. 110, disponible à l'adresse https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_minutes_statut_PCIJ_11au19march_1929.pdf.

⁴²³ Ibid., p. 62.

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ Ibid., p. 116.

⁴²⁶ Pellet, « Article 38 », p. 689.

bien que la rédaction de cette disposition laisse à désirer, elle fonctionne en pratique et il est recommandé de la conserver »⁴²⁷ [traduction non officielle].

242. Deux exceptions mineures sont à signaler. Dans une proposition du 12 mai 1945, la délégation du Chili a estimé qu'il y avait lieu d'introduire une mention visant la mise en application du droit international, entre autres raisons parce que l'article « définirait ainsi plus exactement les fonctions de la Cour en tant qu'organe judiciaire international en conformité avec la jurisprudence constante de la Cour et l'histoire de sa formation »⁴²⁸. Le Chili a donc proposé d'insérer le texte ci-après en guise de chapeau :

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

243. Le Comité a adopté une version légèrement modifiée du texte proposé, en remplaçant, dans la version anglaise, le terme « mission » par le mot « fonction »⁴²⁹. Comme l'explique le Comité I dans son rapport, l'absence de cette précision dans l'ancien Statut n'avait pas empêché la Cour permanente de Justice internationale de se considérer comme un organe de droit international, mais cet ajout permettrait d'accentuer le caractère de la nouvelle Cour⁴³⁰. La modification proposée venait clarifier un point qui avait déjà été réglé par la pratique judiciaire. En effet, dans plusieurs affaires, par exemple l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), la Cour permanente de Justice internationale s'était référée à elle-même en ces termes : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe [...] »⁴³¹. Dans l'affaire relative aux *Emprunts brésiliens*, elle s'était qualifiée de « juridiction de droit international »⁴³². Cette position est maintenue par la Cour actuelle qui, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), a estimé qu'elle devait « assurer l'intégrité du droit international, dont elle est l'organe »⁴³³.

244. Un autre pays des Amériques a proposé d'apporter une modification à l'Article 38. Revenant sur un point auquel le Comité consultatif de juristes s'était expressément intéressé dans les années 1920, la Colombie a soulevé la question de l'ordre des sources énumérées à l'Article 38, proposant d'insérer le membre de phrase « dans l'ordre où elles sont présentées »⁴³⁴. Cette suggestion s'inspirait du désir d'affirmer à nouveau que la Cour rendrait ses décisions en tenant dûment compte des obligations contractuelles des parties. La Colombie a en effet relevé que, bien qu'une suggestion analogue avait été soumise en 1920, les représentants de la Cour de l'époque avaient déclaré qu'aucune difficulté n'avait été rencontrée relativement à l'Article 38. La proposition a finalement été abandonnée. Dans sa déclaration, la Colombie a admis que son amendement ne changerait rien au fond de l'interprétation de l'Article et s'est dite persuadée que la Cour accorderait une attention scrupuleuse aux obligations contractuelles des États, comme l'avait fait la Cour permanente de Justice internationale⁴³⁵.

⁴²⁷ Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, vol. XIV, p. 435. (1945).

⁴²⁸ Ibid., à la p. 493.

⁴²⁹ Ibid., à la p. 285.

⁴³⁰ Ibid., à la p. 392.

⁴³¹ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, C.P.J.I. série A 1926, n° 7, p. 19.

⁴³² *Paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France c. Brésil)*, fond, C.P.J.I. série A, n° 15, p. 124.

⁴³³ *Affaire du Détroit de Corfou*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 35.

⁴³⁴ Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, vol. XIII, p. 293 (1945)

⁴³⁵ Voir Pellet, « Article 38 », p. 690.

D. Observations du Rapporteur spécial sur la genèse de l'Article 38

245. Globalement, compte tenu des débats tenus au cours des travaux préparatoires fascinants ayant présidé à la rédaction de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (repris pour l'essentiel dans le Statut de la CIJ), quatre observations préliminaires peuvent être formulées à l'intention de la Commission.

246. Premièrement, les archives relatives à la rédaction de l'alinéa d) du paragraphe 1 nous éclairent quant à l'intention des auteurs. En effet, on constate bien qu'à l'époque de la rédaction de l'Article 38, l'opinion était divisée quant à savoir si les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés constituaient ou non un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international. Les membres du Comité consultatif de juristes ne s'entendaient pas sur la question de savoir si les juges devaient se borner à appliquer le droit ou si, en appliquant le droit positif, il leur était permis d'élucider la loi ou même de la développer ou d'en créer. Certains spécialistes considèrent que la fonction judiciaire a inévitablement pour rôle, dans une large mesure par nature, de développer le droit. La pratique de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice semble le confirmer. La pratique d'autres juridictions internationales aussi. En définitive, pour les spécialistes du domaine, le juge international ne saurait être désavantagé par rapport au juge national.

247. Au contraire, comme l'observent certains spécialistes, il est plus important encore pour le juge international que pour le juge national de pouvoir développer le droit, compte tenu des vides juridiques qui peuvent exister en droit international et de la lenteur du processus de formation du droit coutumier. Les membres du Comité consultatif de juristes s'étaient unanimement déclarés préoccupés par la possibilité que le juge d'une juridiction internationale déclare cette dernière incompétente à la légère dans le cas où il ne trouverait aucune règle de droit positif à appliquer. Les déclarations de *non-liquet* porteraient préjudice à l'existence de la Cour. Elles porteraient également atteinte au règlement pacifique des différends, raison pour laquelle, comme dans l'ordre interne, le juge devrait faire tout son possible pour éviter pareille situation et trancher les questions dont il serait saisi en puisant au besoin dans les moyens auxiliaires. Il semblerait ici que certains membres du Comité aient perçu des liens étroits entre les fonctions des principes généraux du droit et les moyens auxiliaires de détermination du droit international.

248. Deuxièmement, en ce qui concerne la doctrine, les membres du Comité consultatif de juristes pensaient apparemment que les opinions des publicistes permettraient avant tout de déterminer *de manière objective* si telle ou telle règle existait et si les États l'avaient acceptée comme telle par traité ou en droit international coutumier, ou si elle se manifestait dans les principes généraux du droit. En ce sens, les œuvres de doctrine devraient un caractère auxiliaire en ce qu'elles devaient potentiellement permettre de déterminer scientifiquement l'existence d'une règle juridique applicable à un cas concret. Dès lors, le fait qu'une position ou un principe soit défendu par l'un ou l'autre auteur ne suffisait pas nécessairement à en prouver l'existence. En revanche, si un certain nombre d'auteurs ou un groupe de spécialistes s'accordaient sur l'existence d'un principe ou d'une règle, on pouvait présumer de celle-ci dans la mesure où il était hautement probable que la règle soit correcte si l'analyse était objective et que les vues des auteurs concordaient. Dans ce contexte, les travaux des organes d'experts auraient globalement plus de poids. La notion de présomption suggère que les opinions des auteurs pourraient être réfutées si elles n'étaient pas bien étayées. Finalement, le Comité consultatif de juristes dans son ensemble, puis la Société des Nations, acceptèrent que les décisions judiciaires et la doctrine puissent servir de moyen auxiliaire pour déterminer l'existence et la teneur

d'une règle de droit international. La pratique en atteste aujourd'hui et ce point est difficilement contestable.

249. Troisièmement, en ce qui concerne la question fréquemment soulevée de savoir si la catégorie des décisions judiciaires pèse plus que celle de la doctrine, qui aujourd'hui encore suscite la passion de certains auteurs, on constate que, au sein du Comité consultatif de juristes, certains accordaient effectivement davantage d'importance aux décisions judiciaires, Il semble néanmoins s'agir d'une position minoritaire. La majorité des autres membres estimaient que, au moins au niveau du principe, les deux éléments s'avéraient utiles pour déterminer si une règle de droit international existait ou non. La pratique confirme abondamment que les juridictions internationales comme les juridictions nationales préfèrent s'appuyer sur les décisions judiciaires plutôt que sur la littérature doctrinale. Cela n'est guère surprenant, même s'il faut ici aussi nuancer le propos, dans la mesure où la situation peut varier selon la juridiction ou la matière concernées. Cela ne signifie pas pour autant que la doctrine est moins pertinente ou moins importante. À notre avis, comme cela sera exposé ultérieurement et précisé dans les prochains rapports, selon qu'il convient, la question n'est pas tant de savoir s'il y a lieu d'ordonner les décisions judiciaires et la doctrine selon une hiérarchie normative, mais plutôt d'apprécier si ces deux éléments, expressément reconnus comme moyens auxiliaires, remplissent bien des fonctions complémentaires comme prévu à l'Article 38, paragraphe 1, alinéa d). Elles ont pour objet commun d'aider les juridictions internationales à trouver un moyen fondé sur des principes de régler un problème juridique pratique.

250. Quatrièmement, en ce qui concerne plus généralement le paragraphe 1 de l'Article 38, le Comité consultatif de juristes a débattu de l'importance qu'il convenait d'accorder à l'établissement d'une classification successive des sources dans leur application. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement. Pour l'instant, on constate simplement que certains membres du Comité estimaient qu'il y avait lieu de préciser expressément que les sources devaient s'appliquer dans un ordre successif, pour ce qui était des traités, de la coutume et des principes généraux du droit, de sorte à guider, voire à encadrer ou contrôler, la tâche du juge, tandis que d'autres estimaient que la chose allait de soi, les sources étant énumérées dans une liste qu'il était possible de parcourir dans un ordre précis. Certains juristes du Comité ont défendu une position plus nuancée, arguant que chacune des trois sources pouvait être appliquées cumulativement et que, à cet égard, le juge devait pouvoir exercer une large discrétion. En effet, au moins un membre a estimé qu'il valait mieux que des questions telles que l'ordre dans lequel le droit applicable devait être examiné soient laissées à l'appréciation du juge. Un autre membre a considéré qu'il serait même mieux d'élargir davantage le cadre pour laisser au juge une marge de manœuvre plus grande encore. Cela dit, en ce qui concerne les sources primaires, même si les décisions judiciaires et la doctrine ont été jugées pertinentes, préciser qu'il s'agissait de « moyens auxiliaires » a permis de souligner, plus ou moins, que les sources visées par ce terme étaient supplétives, auxiliaires, et n'étaient en tout cas pas des sources primaires servant de moyen d'identification ou, pour reprendre le terme employé dans la disposition, de « détermination » des règles de droit applicables. Cette observation pourrait concorder avec les vues de ceux qui affirment que les moyens auxiliaires sont des sources matérielles. La question de savoir ce qui est précisément entendu par « sources matérielles » ici sera brièvement examinée au chapitre IX.

251. Après avoir examiné en détail la genèse de l'Article 38, et plus particulièrement de l'alinéa d) du paragraphe 1, il semble maintenant utile de se pencher, dans le prochain chapitre, sur le texte proprement dit de la disposition et sur la manière dont celle-ci a été appliquée dans la pratique de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice. L'analyse du texte aura pour but de dégager le sens ordinaire des termes qui y sont employés.

VIII

Analyse textuelle de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

A. Chapeau du paragraphe 1 (« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique »)

252. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, « [l]a Cour, dont la mission est de trancher conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique [...] ». Faisons deux observations préliminaires. Tout d'abord, cette disposition figure au chapitre II du Statut, lequel chapitre, composé de cinq articles, porte sur la « compétence de la Cour » et la tâche principale qui lui⁴³⁶ est confiée, à savoir donc « trancher »⁴³⁷ les différends qui lui sont soumis. Il s'agit là, à bien des égards, de sa mission première. Le paragraphe 1 souligne ainsi implicitement l'importance que revêt la compétence contentieuse de la Cour, compétence tributaire du consentement des États qui, pour que la Cour puisse se prononcer, doivent au préalable lui soumettre leurs différends. Le paragraphe précise ainsi que la Cour n'a pas de compétence générale pour ce qui est de régler les différends entre États, sa compétence étant restreinte aux seuls différends que les parties conviennent de lui soumettre à des fins de règlement judiciaire. Par ailleurs, la Cour peut recourir à d'autres sources que celles expressément visées au paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut (dont bien entendu les moyens auxiliaires) lorsqu'elle tranche un différend en toute raison et équité (*ex aequo et bono*). Cette faculté, visée au paragraphe 2 de l'Article 38, dont on peut dire qu'il est mal placé et aurait dû figurer dans la disposition relative à la compétence et non pas dans celle relative au droit applicable⁴³⁸, n'a jamais été invoquée par les États et pourrait même restée à jamais inutilisée⁴³⁹.

253. La deuxième observation préliminaire porte sur la façon dont doit procéder la Cour lorsqu'elle tranche un litige : d'après le chapeau, la Cour règle les différends « conformément au droit international ». Au premier abord, on pourrait soutenir que,

⁴³⁶ La disposition vise « la Cour » dans son ensemble, à savoir l'organe entier. Néanmoins, il va de soi que les juges agissant à titre individuel peuvent utiliser de façon très différente les décisions judiciaires et la doctrine.

⁴³⁷ Statut de la Cour internationale de Justice (www.ijc-cij.org/fr/statute), Art. 38.

⁴³⁸ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, vol. II, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 593, à la page 596 (l'auteur avance notamment que « la disposition porte davantage sur la compétence de la Cour que sur le droit qu'elle applique [...] » et que « le fait que le Statut prévoie expressément que la Cour puisse statuer *ex aequo et bono* pourrait porter atteinte, dans une certaine mesure, à la faculté générale qu'elle a de statuer sur les différends »).

⁴³⁹ La faculté de statuer *ex aequo et bono* n'a jamais été invoquée au sein de la Cour. Elle a été invoquée toutefois dans d'autres enceintes, par exemple à l'occasion de deux différends frontaliers en Amérique latine dont des tribunaux arbitraux avaient été saisis dans les années 1930. Voir A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9^e éd., New York, Routledge, 2022, p. 55. Notons que la Cour s'est intéressée à cette faculté de statuer *ex aequo et bono* et à l'articulation entre le paragraphe 2 et le paragraphe 1 de l'Article 38 dans plusieurs affaires, notamment dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) [1966] 6, 48 (par. 89 et 90), l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* [1969] 3, 48 (par. 88), l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Honduras)* [2007] 659, 741, 748 (par. 271 et 294) et l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* [1986] 554, 567 (par. 27 et 28).

suivant cette instruction expresse, la Cour ne peut invoquer le *droit interne*⁴⁴⁰ des États en litige pour trancher leur différend quant au fond. Elle ne peut le faire que conformément au *droit international*, à savoir le régime juridique qui régit les relations entre les États en question. Toutefois, la pratique fait apparaître clairement que la Cour peut s'appuyer sur des *décisions judiciaires de juridictions nationales* mettant en application le droit international et même le *droit interne* comme cela a été le cas par exemple dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴⁴¹. Le droit interne peut en effet s'avérer utile aux juridictions internationales, notamment lorsqu'il régit au premier chef certaines matières. Quoi qu'il en soit, le chapeau, comme nous l'avons indiqué plus haut, a été ajouté au Statut de la Cour en 1945 sur proposition de la délégation chilienne, qui souhaitait que l'article définisse « plus exactement les fonctions de la Cour en tant qu'organe de droit international en conformité avec la jurisprudence constante de la Cour et l'histoire de sa formation »⁴⁴².

254. Le Comité 1, tout en faisant observer que le silence de l'ancien statut sur ce point n'avait pas empêché la Cour permanente de Justice internationale de « se considérer comme un organe du droit international », a inséré l'amendement proposé parce qu'il estimait que cet ajout ne pourrait qu'« accentuer ce caractère dans le chef de la nouvelle Cour »⁴⁴³. Si l'insistance mise sur cet aspect se comprend aisément, étant donné la nécessité de faire du règlement judiciaire des différends un moyen de

⁴⁴⁰ On pourrait ici distinguer, d'une part, le droit interne et, d'autre part, les décisions de juridictions nationales mettant en application le droit international. Toutefois, cette distinction importe peu dans la mesure où les décisions de juridictions nationales peuvent également interpréter le droit interne. Ce qu'il faut retenir, c'est que les décisions de juridictions nationales, en particulier lorsqu'elles portent sur des questions de droit international, peuvent présenter un intérêt pour les juridictions internationales.

⁴⁴¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, par. 38 et 50. Dans le cadre du règlement d'un différend entre la Belgique et l'Espagne, pour déterminer la personnalité morale des sociétés concernées, la Cour a estimé que « le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles. C'est pourquoi, vu la pertinence en l'espèce des droits de la société anonyme et des droits des actionnaires dans l'ordre interne, la Cour doit examiner leur nature et leur interaction ». Plus loin, au par. 50 : « Pour aborder maintenant l'affaire sous l'angle du droit international, la Cour doit, comme elle l'a déjà indiqué, partir du fait que la présente espèce met essentiellement en jeu des facteurs tirés du droit interne – à savoir ce qu'il y a de distinct et ce qu'il y a de commun entre la société et l'actionnaire – que les Parties ont pris chacune pour prémisse de leur raisonnement tout en donnant des interprétations très divergentes. Si la Cour devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. C'est pourquoi, comme il est indiqué plus haut, non seulement la Cour doit prendre en considération le droit interne mais encore elle doit s'y référer. C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions, et non au droit interne d'un État donné, que le droit international se réfère. Quand elle fait appel à ces règles, la Cour ne saurait les modifier et encore moins les déformer. »

⁴⁴² Remarques de la Délégation chilienne sur l'Article 38 du projet de Statut d'une Cour internationale de Justice, Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, vol. 13, 1945, p. 493.

⁴⁴³ Voir Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, p. 1, à la page 35 (l'auteur fait observer qu'aucun « doute n'avait jamais été exprimé sur ce point ; en effet, la Cour permanente s'était souvent qualifiée d'« organe du droit international » ou prévalue d'avoir pour mission d'appliquer le droit international sans jamais se faire rebuter ». Il a défendu à peu près le même point de vue dans ses principaux traités : voir Manley O Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942 – A Treatise*, New York, The Macmillan Company, 1943, p. 605, par. 545).

résoudre les divergences de vues entre États, elle permet toutefois également de faire ressortir la place qu'occupe la Cour dans le règlement des litiges entre États.

255. Il peut être intéressant de montrer comment cette disposition a été invoquée dans la pratique. La Cour permanente de Justice internationale tout comme la Cour internationale de Justice ont cité l'Article 38 de leur statut dans plusieurs affaires. Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, il a été fait mention des « sources du droit international que l'article 38 du Statut prescrit à la Cour d'appliquer » et des « sources de droit mentionnées à l'article 38 du Statut »⁴⁴⁴. Les renvois à l'Article 38 s'articulent aux questions soulevées dans les cas d'espèce à l'examen. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, la Cour internationale de Justice a rappelé que « [p]our rechercher les principes et règles pertinents applicables à la délimitation, [elle était] tenue bien entendu de s'inspirer de toutes les sources de droit visées à l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, dont l'alinéa a) lui prescrit d'appliquer les dispositions du compromis⁴⁴⁵ »

256. De même, dans l'affaire du *Golfe du Maine*⁴⁴⁶, une Chambre de la Cour a estimé qu'« il va de soi que, pour une chambre de la Cour, le point de départ du raisonnement en la matière ne peut être que la référence à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de celle-ci. Aux fins que la Chambre envisage au stade actuel de son raisonnement, à savoir la détermination des principes et règles de droit international régissant en général la matière des délimitations maritimes, il sera fait référence aux conventions (lettre a) de l'article 38) et à la coutume internationale [lettre b)] à la définition de laquelle les décisions judiciaires [lettre d)] émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, ont jusqu'ici sensiblement contribué »⁴⁴⁷.

257. Enfin, comme exemple parmi maints autres, dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, la Cour a indiqué qu'elle « [devait] examiner, sur la base des sources qui sont énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour, le droit applicable à la zone de pêche »⁴⁴⁸.

258. Nonobstant ce qui précède, on a pu soutenir que le chapeau du paragraphe 1 de l'Article 38 laissait dans l'ombre deux autres fonctions de la Cour. Tout d'abord, il vient occulter cette tâche importante confiée à la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, à savoir rendre des avis consultatifs quand les organes ou les institutions spécialisées autorisés lui ont fait la demande. L'Article 38, qui, comme nous l'avons déjà dit, figure dans le chapitre du Statut consacré à la compétence de la Cour, est silencieux sur cette compétence consultative. Par ailleurs, il n'est fait nulle mention de l'Article 38 dans le chapitre du Statut consacré aux avis consultatifs.

259. Toutefois, même si le paragraphe 1 de l'Article 38 ne fait aucune mention de la fonction consultative de la Cour⁴⁴⁹, celle-ci n'en exerce pas moins aussi cette fonction

⁴⁴⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 38 et à la page 82.

⁴⁴⁵ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 37.

⁴⁴⁶ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil 1984, p. 246.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, aux pages 290 et 291.

⁴⁴⁸ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, à la page 61, par. 52.

⁴⁴⁹ Pour une analyse perspicace, voir M. Bennouna, « The Advisory Function of the International Court of Justice in the Light of Recent Developments », dans M. Cherif Bassiouni, Gomula Joanna, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas et

« conformément au droit international ». Il pourrait difficilement en être autrement, car on voit mal comment la Cour pourrait s'appuyer au premier chef sur un corps de droit autre que le droit international dans l'exercice de sa fonction judiciaire. En fait, la question de savoir si le chapeau inséré au paragraphe 1 de l'Article 38 s'applique également aux avis consultatifs a été soulevée au moment l'adoption de l'amendement proposé par la délégation chilienne. On avait attiré l'attention dans les débats sur un autre article du Statut qui, en principe, semble régler la question⁴⁵⁰. Confortant en effet la position juridique qui avait été retenue, l'Article 68 dispose expressément que « [d]ans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse, dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables » (non souligné dans l'original)⁴⁵¹.

260. Deuxièmement, encore qu'il s'agisse là d'une question sensible qui mérite donc d'être traitée avec prudence, certains auteurs estiment que le paragraphe 1 de l'Article 38 occulte également « certaines fonctions importantes de la Cour, implicites ou dérivées, comme sa contribution au développement du droit international par son activité d'élaboration ou, plus certainement, de détermination des règles de droit »⁴⁵². Cette question avait déjà été débattue au sein du Comité consultatif de juristes, comme nous l'avons indiqué au chapitre précédent. Sans avoir été « chargée expressément d'œuvrer au développement du droit international, la Cour a eu une influence considérable sur le développement de ce droit » et « de nombreuses règles que les juristes internationaux considèrent comme allant de soi procèdent ou dérivent de la jurisprudence de la Cour »⁴⁵³.

261. Quant au libellé énonçant que la Cour « applique » les décisions judiciaires et la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, on s'est demandé si le verbe « applique » visait uniquement les sources mentionnées aux alinéas a) à c) ou s'il portait également sur les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d). D'aucuns ont soutenu que le verbe s'appliquait uniquement aux sources visées aux alinéas a) à c). Écrivant en qualité de publiciste, le juge Shahabuddeen a ainsi fait observer que la Cour pouvait appliquer directement les traités, la coutume et les principes généraux de droit lorsqu'elle tranchait les différends qui lui étaient soumis – encore que sous certaines conditions s'agissant des principes généraux de droit⁴⁵⁴ –, mais qu'en revanche elle ne pouvait pas « appliquer » les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, qui étaient censées uniquement servir de moyen auxiliaire « de détermination des règles de droit »⁴⁵⁵. En

Anna Vigorito (dir. publ.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁴⁵⁰ Dix-neuvième séance de la Commission IV/1, 6 juin 1945, Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, vol. 13, 1945, p. 279, à la page 285. Voir Alain Pellet, « Article 38 », dans A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm et C. Tams (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 853 et 854 et p. 868 à 870.

⁴⁵¹ Statut de la Cour internationale de Justice (www.ijc-cij.org/fr/statute), Art. 46.

⁴⁵² Pellet et Müller, « Article 38 of the Statute of the International Court of Justice », dans Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm et Christian Tomuschat (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 677 à 792, à la page 837.

⁴⁵³ D. Tladi, « The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law », dans Carlos Espositoand et Kate Parlett (dir. publ.), *The Cambridge companion to the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 68 à 85, aux pages 68 et 84.

⁴⁵⁴ Moisés Montiel Mogollón, « The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine », *Michigan Journal of International Law*, 2022, p.301, à la page 339.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 339.

effet – et cette distinction est subtile –, c’est « par l’application des règles de droit, et non par celle des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, que le différend doit être tranché »⁴⁵⁶.

262. Selon une lecture textuelle conforme aux règles ordinaires d’interprétation des traités, on pourrait soutenir à l’inverse que le verbe « applique » vise également les éléments énoncés à l’alinéa d). Dans cette hypothèse, il resterait alors à savoir si le texte, qui qualifie expressément de « moyen auxiliaire » les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », fait obligation à la Cour de les consulter. On voit mal comment, selon une lecture textuelle, la Cour pourrait être tenue d’appliquer la doctrine. De fait, dans la pratique, la doctrine sert plutôt à confirmer, une fois qu’on a établi l’existence d’une règle tirée d’un traité, du droit international coutumier ou des principes généraux de droit, que la conclusion à laquelle on est parvenu est bien la bonne.

263. Cette question a donné lieu à des avis divergents. Aussi bien Jennings que Lauterpacht semblent penser que la Cour est tenue d’interroger les écrits des publicistes les plus éminents. Par ailleurs, comme l’ont fait observer Helmersen et d’autres auteurs, le fait que la Cour, dans sa pratique, ne cite pas systématiquement les travaux de doctrine ne signifie pas qu’elle ne les consulte pas, car elle peut les consulter sans les citer⁴⁵⁷. Toutefois, dès lors que l’on estime que la Cour est tenue de consulter la doctrine, le libellé de l’Article 38 peut sembler contradictoire. En effet, selon cette interprétation, le Statut fait obligation à la Cour, d’une part, d’*appliquer* les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes aux fins de la détermination de règles de droit international et, d’autre part, ce faisant, de ne les *utiliser* qu’à titre de *moyen auxiliaire de détermination* des règles de droit⁴⁵⁸.

264. En d’autres termes, la Cour n’applique pas, à proprement parler, les moyens auxiliaires. Elle s’en sert plutôt pour déterminer les sources visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l’Article 38⁴⁵⁹. C’est pour cette raison que certains auteurs considèrent les moyens auxiliaires comme des sources matérielles. D’autres auteurs ont toutefois proposé une lecture différente de l’alinéa d) à la lumière du chapeau. Selon eux, le chapeau fait obligation à la Cour, en toutes circonstances, de trancher les différends conformément au droit international, ce qui signifie qu’elle doit statuer conformément aux règles de droit qu’elle détermine en se fondant sur les décisions judiciaires qui sont un moyen auxiliaire de détermination desdites règles⁴⁶⁰.

265. En résumé, le paragraphe 1 fait obligation à la Cour, lorsqu’elle règle les différends conformément au droit international, d’appliquer les sources visées aux alinéas a) à c), tout en lui laissant la possibilité, ce faisant, de tenir compte de l’alinéa d), qui institue les décisions judiciaires et la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles.

⁴⁵⁶ Voir T. Treves, « Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals », dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (dir. publ.), *Legitimacy in international law*, Berlin, Springer, 2008, p. 169 à 188 ; M. Sourang, « Jurisprudence and Teachings », dans Mohammed Bedjaoui (dir. publ.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishing, 1991, p. 283 à 287, à la page 285.

⁴⁵⁷ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, op. cit., p. 45.

⁴⁵⁸ P. Allott, « Language, Method and the Nature of International Law », *The British Yearbook of International Law*, vol. 45, 1971, p. 79 à 135, à la page 118.

⁴⁵⁹ P. Tomka, « Article 38 du Statut de la CIJ : *incomplet* », dans *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 39 à 42, à la page 40.

⁴⁶⁰ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 80.

B. Qu'entend-on par « décisions judiciaires » ?

266. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour dispose que la Cour applique, « sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires [...] comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Ni la Charte des Nations Unies (chapitre XIV), ni le Statut, ni les autres textes régissant le fonctionnement de la Cour, comme le Règlement de la Cour ou les Instructions de procédure, ne définissent ce qu'on entend par « décisions judiciaires » (« *judicial decisions* » en anglais). Même si une telle définition peut paraître aller de soi, il ne nous en semble pas moins utile explorer le sens que peut revêtir ce terme qui, au-delà des évidences, soulève des questions connexes susceptibles de faire l'objet d'un examen plus approfondi de la part de la Commission.

267. Trois grandes questions vont se poser en effet. Premièrement, le terme englobe-t-il les décisions de la Cour ? Deuxièmement, le terme englobe-t-il les avis consultatifs, les sentences arbitrales et les décisions des tribunaux arbitraux ? Troisièmement, le terme englobe-t-il les décisions des tribunaux nationaux ? Avant de répondre à ces questions, examinons d'abord le sens ordinaire attaché aux deux mots composant le terme.

268. Dans le langage ordinaire, les mots « judiciaire » et « décision » ont chacun plusieurs sens. Intéressons-nous à ceux qui touchent tout particulièrement notre sujet. Selon le dictionnaire anglais Oxford, le mot « *judicial* » se définit comme suit : « qui se rapporte à une action en justice, aux fonctions du juge dans une action en justice ; qui est relatif à l'administration de la justice ; qui résulte d'une décision de justice, qui est arrêté par décision de justice ; qui est dit ou se fait en justice et qui est donc réputé valide ou admissible »⁴⁶¹.

269. Deuxième sens du mot « *judicial* » : « qui se rapporte, qui sied à un juge, à des juges ». Autres sens encore : « (en parlant d'une personne, d'un collègue de personnes ou d'une institution) : dont la fonction est de juger, qui est habilité à statuer sur des affaires » ; « jugement, décision, fait ou action de déterminer quelque chose » ; « jugement en droit, décision prise en droit, sentence prononcée en droit » ; « qui prononce un jugement ou prend une décision sur quelque chose ; qui constitue ou exprime un jugement ; qui est disposé à porter un jugement ; qui se rapporte à un jugement ; critique ».

270. Selon le dictionnaire Oxford, le mot anglais « *decision* » se définit comme suit : « action, fait de décider quelque chose, de mettre fin à une compétition, une controverse, etc. ; jugement sur une question faisant l'objet d'un différend ; règlement, résolution ». Autre sens du mot : « action, fait d'arriver à une conclusion concernant une question à l'examen ; action, fait de se faire une opinion, d'adopter une ligne de conduite, etc. »⁴⁶². Autre sens encore intéressant notre sujet : « résultat de cette action ; ce qui a été décidé ; conclusion, jugement, résolution ; choix »⁴⁶³.

271. Le mot anglais « *decision* » apparaît quatorze fois dans le statut de la Cour. Il semble être utilisé comme synonyme d'« arrêt rendu par la Cour »⁴⁶⁴. Tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies sont *ipso facto* parties à la Cour et chacun d'eux, en adhérant à la Charte des Nations Unies, s'engage à se conformer à la « décision » de la Cour dans tout litige auquel il est partie. C'est à peu près tout ce

⁴⁶¹ « *Judicial* » (« Définitions concernant l'administration de la justice ou l'exercice de la justice »), Oxford English Dictionary, 3^e éd, 2013 (www.oed.com).

⁴⁶² « *Decision* », Oxford English Dictionary, 3^e éd., 2013 (www.oed.com).

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ Statut de la Cour internationale de justice (www.ijc-cij.org/en/statute) : comparaison avec le mot « *judicial* ». Oxford English Dictionary, 3^e éd, 2013 (www.oed.com).

que l'on trouve dans le Statut sur le sens à donner au mot « *decision* ». Toutefois, cette interprétation est conforme au sens ordinaire du mot tel qu'il est défini dans le dictionnaire (voir plus haut).

272. Le mot anglais « *judgement* » apparaît dix-neuf fois dans le Statut, en relation notamment avec les différentes étapes de la procédure suivie devant la Cour. Ainsi, il est prévu qu'à l'issue des débats, la Cour se retire « pour délibérer » (« *consider the judgement* »)⁴⁶⁵ (Art. 54, par. 2), l'arrêt devant être prononcé dans l'une des deux langues officielles de la Cour, à savoir l'anglais ou le français (Art. 39), et « être motivé » (Art. 56), ledit arrêt étant « définitif et sans recours »⁴⁶⁶, les parties ayant toutefois la faculté, en cas de contestation sur son sens ou sa portée, de demander à la Cour de l'« interpréter »⁴⁶⁷ (Art. 60) ou de procéder à sa révision (Art. 61)⁴⁶⁸.

273. Même si cela paraît aller de soi, on définira comme suit les deux mots accolés ensemble : « décision judiciaire » s'entend d'un jugement ou d'une décision d'un tribunal, d'un collège de personnes ou d'une institution chargé notamment de trancher une controverse ou d'y mettre fin ou de régler une affaire. Si en principe ce sont les tribunaux qui rendent des décisions, notamment des décisions judiciaires, on peut envisager toutefois qu'elles émanent d'autres organes. Ainsi, de l'avis du Rapporteur spécial, le terme « décision » entendu au sens large pourrait inclure les décisions rendues par les collèges arbitraux, qu'ils soient ad hoc ou permanents, ainsi que par des organes comme l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce⁴⁶⁹. À tout le moins, le terme pourrait également viser les décisions quasi-judiciaires et englober les décisions prises à l'issue des procédures d'examen de plaintes émanant de particuliers instituées au sein d'organes conventionnels comme le Comité des droits de l'homme. Une telle interprétation irait dans le sens de la position adoptée par la Commission sur ces questions à l'occasion de l'examen de sujets connexes.

274. Deux autres questions méritent d'être examinées. Tout d'abord, le terme « décisions judiciaires » englobe-t-il les décisions de la Cour ? La réserve figurant au début de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 (« Sous réserve de la disposition de l'Article 59 »)⁴⁷⁰ semble indiquer qu'il faut entendre uniquement ici les décisions antérieures de la Cour, lesquelles englobent également, selon l'interprétation convenue, les décisions de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. Il s'agit de rappeler expressément que les décisions de la Cour internationale de Justice ne sont obligatoires que pour les parties en litige et, de surcroît, que dans les cas qui sont décidés. Le terme « décision » s'entend ici dans un sens technique étroit et ne se confond pas nécessairement avec les motifs étayant la décision. Seul ce terme est visé par la restriction apportée par l'Article 59.

⁴⁶⁵ Statut de la Cour internationale de Justice (www.ijc-cij.org/fr/statute), Art. 54, par. 2.

⁴⁶⁶ Ibid., Art. 39, 56 et 60.

⁴⁶⁷ Ibid., Art. 60.

⁴⁶⁸ Ibid., Art. 61.

⁴⁶⁹ Pour l'une des premières analyses du sens à donner au mot « décisions » en droit économique international, en particulier en ce qui concerne le dispositif de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce sous le régime du GATT de 1994 et la comparaison faite par l'Organe d'appel avec l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir David Palmeter et Petros C. Mavroidis, « The WTO Legal System: Sources of Law », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 398. On trouvera une analyse récente de la question du précédent à l'OMC dans Niccolo Ridi, « Rule of Precedent and Rules on Precedent », dans Eric De Brabandere (dir. publ.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 354 à 400.

⁴⁷⁰ Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, par. 1 d).

275. La question de l'articulation entre l'Article 59 et l'Article 38 sera examinée plus avant dans les prochains rapports. Au stade actuel, étant donné que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne vient pas restreindre expressément le sens à donner au terme « décisions judiciaires », on donnera à ce terme une interprétation large qui englobe également les décisions de la Cour. Cette interprétation a la faveur de Dire Tladi (« [i] va sans dire que le terme “décisions judiciaires” inclut les décisions de la Cour internationale de Justice »⁴⁷¹). De même, selon certains auteurs, le renvoi à l'Article 59 invite clairement la Cour à tenir compte de sa propre jurisprudence et à s'en servir en priorité pour déterminer les règles de droit à appliquer dans tel ou tel cas⁴⁷². Indépendamment de ce que prévoit le Statut, la logique, la cohérence, la prévisibilité et la stabilité juridique voudraient que la Cour, en tant que tribunal, suive ses décisions antérieures. Il en va probablement de même pour les autres organes judiciaires internationaux, ce que confirme d'ailleurs, dans de nombreux domaines du droit international, la pratique. A contrario toutefois, l'attachement au précédent semble avoir créé une situation paradoxale dans laquelle certains arbitres, se reposant excessivement sur les décisions antérieures, ne parviennent même plus parfois à interpréter correctement les dispositions particulières d'un traité⁴⁷³.

276. Deuxième point, les publicistes ont très tôt cherché à savoir si le terme « décisions judiciaires » englobait ou non les avis consultatifs. Au sens ordinaire, on entend par « avis consultatif » un avis judiciaire portant sur une question juridique⁴⁷⁴. Plusieurs juridictions internationales, dont des juridictions régionales, sont habilitées à rendre des avis consultatifs⁴⁷⁵. Parmi elles figure notamment la Cour, qui s'est trouvée investie de cette compétence par l'Article 96 de la Charte des Nations Unies, qui prévoit que « [l]'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique »⁴⁷⁶. Cette faculté ne leur est pas exclusive, l'Assemblée générale pouvant également autoriser d'autres organes et institutions spécialisées des Nations Unies à demander à la Cour des avis consultatifs « sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leurs activités »⁴⁷⁷. Or, en principe, un avis consultatif n'entre pas dans le champ des « décisions » de la Cour visées au paragraphe 1 de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies⁴⁷⁸.

277. Lauterpacht a fait observer que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, en faisant mention des « décisions », semblait exclure incidemment les avis

⁴⁷¹ Tladi, « The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law », op. cit., p. 70.

⁴⁷² Pellet, « Article 38 », op. cit., p. 855.

⁴⁷³ Voir, à cet égard, Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes*, Oxford, Oxford University Press, 2022 (l'auteur « examine comment les précédents fondent l'interprétation des nouveaux traités sur l'ancienne jurisprudence, ce qui a pour effet de faire reculer l'innovation dans les traités nouvellement adoptés » ; il explique « que la préférence des tribunaux pour la chose jugée, les incitations institutionnelles qui favorisent l'invocation des sentences antérieures, l'inefficacité des contrôles et l'auto-renforcement de la jurisprudence font que le précédent est partout dans le règlement des différends entre investisseurs et États »).

⁴⁷⁴ « *Advisory opinion* », Oxford English Dictionary, 3^e éd., 2011 (www.oed.com). « Mots composés : *avis consultatif*, n. *DROIT (des États-Unis à l'origine)*. Déclaration non contraignante sur un point de droit faite par une juridiction avant le jugement de l'affaire ou au regard d'une question ou d'une situation hypothétique. »

⁴⁷⁵ « L'avis consultatif, comme l'arrêt, énonce le droit à partir des faits portés à la connaissance de la Cour au moment où elle se prononce. » Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1965, p. 310.

⁴⁷⁶ Charte des Nations Unies (www.un.org/fr/about-us/un-charter/chapter-14), Art. 96 a).

⁴⁷⁷ Ibid., Art. 96 b).

⁴⁷⁸ Ibid., Art. 94, par. 1.

consultatifs⁴⁷⁹. Cette observation est confortée par l'historique de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, laquelle s'était vu refuser toute compétence consultative dans le cadre de la Société des Nations, alors même que, dans le projet initialement proposé par le Comité consultatif de juristes, cette compétence était envisagée. C'est au moment de l'adoption de son règlement que la compétence consultative a en fin de compte été attribuée à la Cour permanente, avant de figurer expressément dans le Statut de la Cour internationale de Justice. On peut faire valoir à cet égard que la réserve qui sera finalement insérée au paragraphe 1 de l'Article 38 (« Sous réserve de la disposition de l'Article 59 ») a été adoptée à un moment où la Cour permanente n'était dotée que d'une compétence contentieuse. En revanche, lors de la rédaction du paragraphe 4 de l'Article 38, il a été tenu compte, au niveau des experts, des avis consultatifs. Quoi qu'il en soit – et c'est peut-être là le point le plus important –, bien qu'en principe les avis consultatifs n'aient qu'un caractère consultatif et n'emportent aucun effet contraignant pour l'organe qui en fait la demande, la Cour, dans sa pratique, ne leur a pas réservé un sort différent. Ils constituent un « énoncé du droit revêtu de la même autorité qu'un arrêt rendu dans le cadre d'une procédure contentieuse »⁴⁸⁰.

278. La place qu'occupent les avis consultatifs de la Cour mérite une attention particulière. Il existe un débat de longue date sur l'« effet » de ces avis, auquel l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour confère peut-être un caractère particulier⁴⁸¹. Par définition, comme nous l'avons déjà indiqué, les avis consultatifs de la Cour, comme les avis consultatifs des autres juridictions internationales, ne sont pas contraignants. Cela veut dire que ni l'organe des Nations Unies qui a demandé l'avis, ni les États concernés par les conclusions de l'avis ne sont tenus de se conformer à l'avis. Selon les mots de Robert Jennings, « [l']avis est un simple avis et ne constitue pas une décision contraignante de la Cour »⁴⁸². Néanmoins, on admet que les avis consultatifs rendus à l'issue d'une procédure d'examen complète sont élaborés avec la même rigueur que les décisions rendues par la Cour dans des affaires contentieuses. La Cour étant l'organe judiciaire principal des Nations Unies, on s'est demandé si les avis consultatifs qu'elle rendait et qui pouvaient influencer sur les affaires juridiques des États, en dépit de leur caractère non contraignant, avaient ou non la valeur d'un « précédent ».

279. Dans la décision qu'elle a rendue récemment dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien*⁴⁸³, la Chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer a estimé que l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Chagos* avait un « effet juridique »⁴⁸⁴. L'argument était que, bien que les avis consultatifs n'obligent pas juridiquement les États comme le ferait le dispositif d'un arrêt rendu dans une affaire contentieuse, ils sont rédigés selon une procédure

⁴⁷⁹ H. Lauterpacht, « Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law », *The British Yearbook of International Law*, vol. 10, 1929, p. 65, à la page 65.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 185.

⁴⁸¹ Voir par exemple Pierre d'Argent, « Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch. IV Advisory Opinions, Article 65 », dans Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm et Christian Tomuschat (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, par. 48 à 51.

⁴⁸² R.Y. Jennings, « Advisory Opinions of the International Court of Justice », dans *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, 1998, p. 531, à la page 532.

⁴⁸³ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, exceptions préliminaires, Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 28, arrêt du 28 janvier 2021.

⁴⁸⁴ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, avis consultatif, Cour internationale de Justice, C.I.J. Recueil 2019, p. 95.

minutieuse et avec la même rigueur que tous les arrêts de la Cour⁴⁸⁵. La force particulière conférée aux avis consultatifs de la Cour est largement acceptée par la doctrine⁴⁸⁶. Ainsi, « les questions de droit élucidées par la Cour constituent, dans une perspective positiviste, “le droit” et font pleinement partie de la jurisprudence de la Cour »⁴⁸⁷. De ce fait, la Chambre spéciale a estimé que certaines parties de l’avis consultatif rendu par la Cour dans l’affaire des *Chagos* constituaient un précédent *de facto* dans l’affaire *Maurice/Maldives*⁴⁸⁸. Cette position est en contradiction avec le caractère théoriquement non contraignant de l’avis consultatif, le caractère auxiliaire des moyens visés à l’alinéa d) du paragraphe 1 de l’Article 38 du Statut de la Cour et le fait que le droit international ne connaît pas la règle du précédent.

280. Il ressort de l’analyse précédente du terme « décisions judiciaires », entendu au sens ordinaire, et de la pratique de la Cour que les arrêts et les décisions de la Cour sont généralement revêtus d’un même caractère juridique et ont donc un poids considérable⁴⁸⁹. Il s’ensuit que, par « décisions judiciaires », il faut non seulement entendre les arrêts définitifs rendus par la Cour, mais également les avis consultatifs ainsi que les ordonnances rendues en début d’instance à l’occasion de procédures incidentes ou interlocutoires, y compris, au moins depuis l’affaire *LaGrand*, les mesures conservatoires ordonnées par la Cour. Cette interprétation va dans le sens de la position adoptée par la Commission dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, laquelle a fait observer dans son commentaire de la conclusion 13 à propos des moyens auxiliaires que « le terme “décisions” s’entend[ait] des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires »⁴⁹⁰. Ce point et d’autres questions connexes sont développés plus en détail dans l’étude du Secrétariat (voir chapitre V du présent rapport).

281. Les observations ci-dessus valent pour les décisions de la Cour ou d’une chambre agissant comme organe collégial⁴⁹¹ mais ne s’appliquent pas aux opinions individuelles⁴⁹², à savoir aux opinions émises par les juges à titre individuel. Ces

⁴⁸⁵ Karin Oellers-Frahm, « Lawmaking Through Advisory Opinions? », *German Law Journal*, vol. 12 (5), 2011, p. 1033, à la page 1046.

⁴⁸⁶ D’Argent, « Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch. IV Advisory Opinions, Article 65 », *op. cit.*, p. 1808.

⁴⁸⁷ Oellers-Frahm estime que l’avis consultatif est une « déclaration judiciaire *erga omnes* de ce qu’est en principe le droit selon la Cour », voir Oellers-Frahm, « Lawmaking Through Advisory Opinions? », *op. cit.*, p. 1053.

⁴⁸⁸ Pour un examen approfondi, voir Fabian Simon Eichberger, « The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case – Judgment on Preliminary Objections », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 22 (2), 2021, p. 383, aux pages 396 à 400.

⁴⁸⁹ Manley O. Hudson, « Advisory Opinions of National and International Courts », *Harvard Law Review*, vol. 37 (8), 1924, p. 970 à 1001 (« Il est vrai que ces avis ne demandent pas une action comme le fait un arrêt de la Cour. Ils n’en constituent pas moins un énoncé du droit et une opinion revêtue d’une grande autorité morale et, sous cet aspect, semblent posséder une certaine force contraignante » ; plus loin : « dans ces conditions, on voit mal ce qui manque aux avis consultatifs de la Cour permanent de Justice internationale pour pouvoir être qualifiés de “judiciaires” au sens plein du terme »).

⁴⁹⁰ *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 4 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159.

⁴⁹¹ Art. 95 du Règlement de la Cour (« L’arrêt, dont le texte indique s’il est rendu par la Cour ou par une chambre, comprend : [...] les noms des juges qui y ont pris part ; [...] l’indication du nombre et des noms des juges ayant constitué la majorité »). Il convient de noter que certains des éléments requis, par exemple l’indication du nombre et des noms des juges ayant constitué la majorité, résultent des modifications apportées au Règlement de la Cour en 1978.

⁴⁹² Art. 57 du Statut de la Cour : « [s]i l’arrêt n’exprime pas en tout ou en partie l’opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d’y joindre l’exposé de son opinion individuelle ».

opinions sont tantôt concordantes, tantôt dissidentes, tantôt parfois partiellement concordantes et partiellement dissidentes, et revêtent parfois la forme de déclarations⁴⁹³. Ces opinions « ne relèvent pas de la décision de la Cour ; quels que soient leurs mérites intrinsèques, seule la décision de la Cour a un effet juridique »⁴⁹⁴. Toutefois, il convient de souligner que les opinions individuelles ou dissidentes, tout comme les déclarations ou les opinions jointes aux ordonnances de la Cour, jouent un rôle utile en ce qu'elles peuvent venir éclaircir les motifs de la décision, faire état d'autres éléments à l'appui de la décision ou même aborder des points soulevés par les parties ou par la Cour elle-même dans sa décision. Comme la Cour l'a expliqué dans un document non officiel :

Il existe un lien indissoluble entre les décisions de la Cour et les opinions individuelles, concordantes ou dissidentes, qui y sont jointes par les juges à titre individuel. Le Statut, en instituant l'opinion individuelle, [...] donne aux juges la possibilité d'expliquer leurs votes. Dans des affaires aussi complexes que celles dont la Cour est généralement saisie, le dispositif de ses arrêts étant parfois divisé en plusieurs questions interdépendantes faisant chacune l'objet d'un vote, le seul vote d'un juge, pour ou contre telle ou telle décision, peut donner lieu à des conjectures erronées que son droit statutaire de joindre une opinion peut lui permettre de prévenir ou de dissiper. [...] Non seulement les opinions jointes étoffent ou contestent la décision, mais le raisonnement de la décision elle-même, examiné comme il l'est finalement à la lumière des opinions, ne peut être pleinement apprécié indépendamment de celles-ci⁴⁹⁵.

282. Exprimant la pensée de tel ou tel juge, les opinions individuelles ne peuvent toutefois être attribuées qu'aux juges dont elles émanent et non pas à la Cour dans son ensemble. Une certaine prudence est donc de mise, dans la mesure où elles ne présentent que des points de vue particuliers et, dans certains cas, abordent même des questions qui n'ont pas été examinées ou débattues par la Cour. Elles sont néanmoins souvent utiles lorsque elles viennent expliquer des éléments sur lesquels l'arrêt est silencieux. En ce sens, elles peuvent être assimilées à la doctrine.

283. La troisième question posée plus haut (les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 englobent-ils également les décisions des juridictions nationales ?) n'est en rien nouvelle. Par souci de clarté, on entendra ici par « juridictions nationales » (par opposition aux juridictions internationales) tout tribunal ou toute cour fonctionnant au sein d'un système juridique national sous le régime du droit interne, y compris toute juridiction dite « mixte », à savoir dont la compétence matérielle et la composition sont mixtes⁴⁹⁶. Les avis sur cette question, que l'on aurait pu croire réglée à ce jour, opposent trois camps. Il y a d'abord ceux qui pensent que le terme « décisions judiciaires » englobent les décisions des juridictions nationales⁴⁹⁷. Il y a ceux qui ne pensent pas que les décisions des juridictions nationales soient visées par l'alinéa d) du

⁴⁹³ Art. 95, par. 2, du Règlement de la Cour : « [t]out juge peut, s'il le désire, joindre à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente ; un juge qui désire faire constater son accord ou son dissentiment sans en donner les motifs peut le faire sous la forme d'une déclaration. La même règle s'applique aux ordonnances de la Cour ».

⁴⁹⁴ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, op. cit., p. 192.

⁴⁹⁵ Voir Assemblée générale, quarante et unième session, points 110 (Budget-programme pour l'exercice biennal 1986-1987) et 114 (Corps commun d'inspection) de l'ordre du jour, publications de la Cour internationale de Justice, note du Secrétaire général, additif, observations de la Cour internationale de Justice, 5 décembre 1986, A/41/591/Add.1 [en anglais seulement].

⁴⁹⁶ Dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a proposé des définitions opératoires des termes « juridictions internationales » et « juridictions mixtes », qui offrent un point de départ utile pour notre étude.

⁴⁹⁷ H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 124.

paragraphe 1 de l'Article 38⁴⁹⁸. Il y a ceux enfin qui estiment que les décisions des juridictions nationales relèvent plutôt de la pratique des États, voire se situent à la frontière entre la preuve d'une pratique étatique et l'*opinio juris*⁴⁹⁹. Ce dernier point de vue semble trop étroit.

284. S'agissant du rôle à réserver aux décisions judiciaires des juridictions nationales, il nous semble inutile d'alourdir le débat sur cette question pour trois bonnes raisons. Tout d'abord, d'un point de vue textuel, rien dans l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne permet d'affirmer que le terme « décisions judiciaires » s'entend uniquement des décisions des juridictions internationales. La question ne fait d'ailleurs aucun doute si l'on examine la pratique des juridictions internationales, dont celle de la Cour internationale de Justice.

285. Deuxièmement, même si le terme « jurisprudence internationale » peut sembler évocateur, rien dans l'historique de la rédaction de la disposition ne vient indiquer qu'on ait eu l'intention d'entendre le terme « décisions judiciaires » de façon à exclure les décisions des juridictions nationales. En effet, comme le faisait déjà observer Lauterpacht il y a près d'un siècle, en 1929, « il n'y a guère de branche du droit international qui n'ait pas fait l'objet d'un traitement judiciaire de la part des tribunaux nationaux »⁵⁰⁰. Dans ces conditions, se refuser à examiner les décisions des juridictions nationales pourrait constituer un problème, une « attitude néfaste »⁵⁰¹ qui viendrait « limiter les occasions de mettre à profit les leçons tirées des pratiques judiciaires du droit international dans un monde où ces occasions se présentent rarement »⁵⁰².

286. Troisièmement, en dépit des doutes parfois exprimés à cet égard dans la littérature, il ressort de la pratique que les juridictions internationales et les divers acteurs invoquent fréquemment les décisions des juridictions nationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, par exemple, lorsqu'il s'agit d'établir le contenu ou l'existence de règles du droit international coutumier. On peut noter que les décisions des juridictions nationales remplissent une double fonction et que, outre leur rôle de moyen auxiliaire, elles sont également des indices de pratiques étatiques et peuvent servir à cerner l'*opinio juris*. Dans ses projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a indiqué que « [l]a pratique de l'État consist[ait] dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre »⁵⁰³. On a estimé que les décisions des juridictions nationales pouvaient servir de preuve de la pratique judiciaire des États. Elles pouvaient constituer aussi des moyens auxiliaires.

287. La pratique peut revêtir une large variété de formes, entre lesquelles il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée, et comprend les « décisions des juridictions internes »⁵⁰⁴. C'est ce qui ressort de l'abondante pratique de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale. Ainsi, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour a statué sur la question de l'immunité des ministres de pays

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Pellet, « Article 38 », op. cit., p. 854.

⁵⁰⁰ H. Lauterpacht, « Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law », *The British Yearbook of International Law*, vol. 10, 1929, p. 65, à la page 67.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Ibid.

⁵⁰³ Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, conclusion 5, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 2 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 126.

⁵⁰⁴ *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 120 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 126.

étrangers après avoir examiné notamment, à titre de pratique étatique aux fins de la détermination du droit international coutumier, les décisions rendues par des juridictions nationales, comme celles rendues par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet* et par la Cour de cassation française dans l'affaire *Kadhafi*. Elle écrit ainsi⁵⁰⁵ :

La Cour a examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.⁵⁰⁶

288. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, la Cour, pour déterminer qu'un État pouvait prétendre à l'immunité pour les actes *jure imperii* commis par ses forces armées sur le territoire d'un autre État, a examiné *in extenso* les décisions rendues par des juridictions égyptiennes, italiennes, britanniques et allemandes, notamment, avant de prendre sa décision⁵⁰⁷. La même approche a été suivie dans d'autres affaires.

289. Une même place a été accordée aux décisions des juridictions nationale dans l'affaire du *Lotus*⁵⁰⁸. Dans cette affaire emblématique, la Cour permanente de Justice internationale a examiné comment les décisions des juridictions nationales contribuaient à l'élaboration du droit international sur les questions de compétence⁵⁰⁹. Elle a estimé toutefois que les principes directeurs énoncés à l'aliéna d) du

⁵⁰⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 24, par. 58.

⁵⁰⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, au par. 72 : « La Cour en vient à présent à la pratique des États, telle que reflétée par les décisions des juridictions nationales, relativement à l'immunité de l'État en ce qui concerne les actes de forces armées. La question de savoir si un État peut prétendre à l'immunité dans des procédures ayant trait à des actes dommageables que ses forces armées auraient commis alors qu'elles étaient stationnées, ou se déplaçaient, sur le territoire d'un autre État avec le consentement de celui-ci a été maintes fois examinée par des juridictions nationales. Les décisions rendues par certaines juridictions égyptienne (*Bassioni Amrane c. John, Gazette des Tribunaux mixtes d'Égypte*, janvier 1934, p. 108), belge (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications c. Office d'aide mutuelle*, Cour d'appel de Bruxelles, *Pasicrisie belge*, 1957, vol. 144, 2^e partie, p. 88) et allemande (*Immunité du Royaume-Uni*, Cour d'appel du Schleswig, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, vol. 7, p. 400) témoignaient de ce que les tribunaux nationaux accordaient l'immunité lorsque les actes des forces armées étrangères avaient le caractère d'actes *jure imperii*. Depuis lors, plusieurs juridictions nationales ont jugé qu'un État jouissait de l'immunité en ce qui concerne des dommages causés par des navires de guerre (*États-Unis d'Amérique c. Autorités portuaires d'Eemshaven*, Cour suprême des Pays-Bas, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, n^o 567 ; *Allianz Via Insurance c. États-Unis d'Amérique*, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, deuxième chambre, arrêt du 3 septembre 1999, *ILR*, vol. 127, p. 148) ou dans le cadre d'exercices militaires (*FILT-CGIL Trento c. États-Unis d'Amérique*, Cour de cassation italienne, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, 2000, p. 1155). Au Royaume-Uni, les juridictions nationales ont estimé que le droit international coutumier leur faisait obligation d'accorder l'immunité dans le cadre d'instances se rapportant à des actes dommageables commis par des forces armées étrangères sur le territoire du Royaume-Uni si les actes incriminés étaient des actes *jure imperii* (*Littrell c. États-Unis d'Amérique (n^o 2)*, Cour d'appel, [1995] 1 *Weekly Law Reports* (WLR) 82 ; *ILR*, vol. 100, p. 438 ; *Holland c. Lampen-Wolfe*, Chambre des lords, [2000] 1 WLR 1573 ; *ILR*, vol. 119, p. 367) ».

⁵⁰⁸ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, arrêt, 1827, Cour permanent de Justice internationale, série A, n^o 10, p. 23, 26, 28 et 29.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

paragraphe 1 de l'Article 38 ne faisaient « qu'exprimer la règle bien établie que les tribunaux internationaux, qu'ils soient permanents ou temporaires, lorsqu'ils statuent entre deux États indépendants, ne doivent pas considérer les jugements des tribunaux d'un État quelconque portant sur des questions de droit international comme faisant loi pour d'autres États, mais, tout en reconnaissant auxdits jugements la valeur due à l'opinion d'un certain pays judiciairement exprimée, les tribunaux internationaux ne doivent les appliquer à titre de précédent que dans la mesure où ils se trouveraient être en harmonie avec le droit international comme étant le droit commun à tous les pays »⁵¹⁰.

290. Dans certains domaines du droit international, comme le droit pénal international, ce sont les décisions des juridictions nationales qui permettent d'appliquer le droit ou qui l'enrichissent. La raison en est que le droit pénal international, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, n'en est encore qu'aux premiers stades de son développement. En particulier, il est « difficile pour le législateur international de concilier des traditions nationales disparates et souvent contradictoires en matière de droit pénal et de procédure pénale, en adoptant des règles générales susceptibles de tenir dûment compte de ces traditions »⁵¹¹, alors même qu'« une jurisprudence abondante est apparue dans ce domaine, notamment après la Deuxième Guerre mondiale »⁵¹². Cette jurisprudence a été d'une « aide précieuse pour déterminer le droit en vigueur »⁵¹³ et a servi d'ossature pour l'application concrète du droit pénal international et ce, dès les premiers jours de son émergence au sortir de la Deuxième Guerre mondiale.

291. Ainsi, dans son jugement, le Tribunal militaire international de Nuremberg a déclaré, à propos des sources du droit, qu'« [i]ndépendamment des traités, les lois de la guerre se dégagent d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires »⁵¹⁴. Plusieurs décennies plus tard, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a adopté une approche similaire. Dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance a considéré qu'étant « [i]nternational par nature et appliquant le droit international *principaliter*, le Tribunal ne pouvait que se fonder sur des sources bien établies de droit international et, dans ce cadre, sur des décisions judiciaires »⁵¹⁵.

292. En l'occurrence, citant l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qu'elle a jugé « déclaratoire du droit international coutumier »⁵¹⁶, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que les décisions judiciaires « ne devaient être utilisées que comme “moyen auxiliaire de détermination des règles de droit” »⁵¹⁷. S'intéressant ensuite à l'importance et au poids à accorder aux décisions des juridictions nationales par rapport aux décisions des juridictions internationales, elle a considéré qu'il convenait « d'attacher une grande importance aux décisions de juridictions pénales internationales »⁵¹⁸ et que, dans de nombreux cas, on pouvait « accorder une valeur égale aux décisions relatives à des crimes internationaux rendues par des juridictions

⁵¹⁰ Ibid., opinion dissidente de M. Moore, p. 74.

⁵¹¹ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, jugement, Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-95-16-T, 14 January 2000, par. 537 (disponible à l'adresse <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>).

⁵¹² Ibid., par. 537.

⁵¹³ Ibid., par. 541.

⁵¹⁴ Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, octobre 1946, disponible à l'adresse <https://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>, p. 124.

⁵¹⁵ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, op. cit., par. 540.

⁵¹⁶ Ibid., p. 223, par. 540.

⁵¹⁷ Ibid.

⁵¹⁸ Ibid., par. 541.

nationales » dans certaines circonstances⁵¹⁹. De fait, les procès pour crimes de guerre tenus par les puissances alliées dans leurs zones d'occupation en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont permis de constituer une abondante jurisprudence, qui s'est avérée d'un grand intérêt pour les juridictions pénales internationales contemporaines, non seulement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, mais également le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et la Cour pénale internationale.

293. En outre, les juridictions nationales, qui ont bien davantage d'expérience s'agissant d'appliquer le droit pénal et la procédure pénale, servent non seulement de source aux fins de la détermination des principes généraux de droit, lesquels, comme source du droit, peuvent être appliqués concrètement dans telle ou telle affaire, mais permettent également de combler des lacunes juridiques lorsque le droit international est muet ou fragmentaire sur un point. Autrement dit, l'examen de la pratique judiciaire des États, telle qu'elle ressort des décisions de leurs juridictions internes, permet de dégager des règles de droit coutumier ainsi que des principes généraux de droit. S'il est vrai que les aspects pénaux du droit international dérivent des sources visées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, comme l'a soutenu Bassiouni, il n'en demeure pas moins que d'autres sources ont également été sollicitées et que les droits pénaux internes ont été à l'origine d'un vaste processus de « fécondation croisée »⁵²⁰, qui a permis d'harmoniser, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, la justice pénale internationale et les justices pénales nationales.

294. L'abondante pratique des juridictions pénales internationales vient étayer nos observations. Il nous suffira de donner quelques exemples. Ainsi, dans l'affaire *Pavle Strugar*⁵²¹, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a confirmé l'approche retenue par la Chambre de première instance pour déterminer si l'accusé était apte à être jugé. La question n'a pas été envisagée sous le régime du Statut du Tribunal ; en revanche, les juges ont analysé la jurisprudence de plusieurs juridictions de *common law* et de tradition civiliste avant de décider que la règle retenue par ces juridictions devait nécessairement faire partie du droit international.

295. De même, dans l'affaire *Erdemović*⁵²², la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a cherché à savoir s'il existait une règle du droit international coutumier permettant d'invoquer la contrainte comme argument de défense. Après avoir interrogé la place de la contrainte comme moyen d'exonération partielle ou totale dans les systèmes de *common law* et de tradition civiliste, la Chambre d'appel a examiné certaines décisions de juridictions nationales eu égard à cette question, le but étant de déterminer si ce moyen de défense pouvait être invoqué par l'accusé et, le cas échéant, comment il devrait être appliqué dans l'enceinte d'une juridiction internationale.

⁵¹⁹ Ibid.

⁵²⁰ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 11 (l'auteur présente les caractéristiques du droit pénal international et les difficultés propre à une discipline qui, d'une part, consacre un système westphalien centré sur la souveraineté de l'État et, d'autre part, vise à la mise en œuvre de la responsabilité individuelle).

⁵²¹ *Le Procureur c. Pavle Strugar*, arrêt, Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-01-42-A, 17 juillet 2008 (disponible à l'adresse <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/fr/080717f.pdf>).

⁵²² *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, arrêt, Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-96-22-A, 7 octobre 1997 (disponible à l'adresse <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-aj971007f.pdf>).

296. Dans l'affaire *Furundžija*⁵²³, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a examiné non seulement divers droits internes mais également les décisions rendues par des juridictions de pays de *common law*, dont le Royaume-Uni, l'Australie, l'Afrique du Sud, le Canada et les États-Unis, et de tradition civiliste, dont l'Allemagne et la Suède, afin de déterminer comment les systèmes juridiques nationaux entendaient l'obligation d'impartialité des juges, comparant notamment la façon dont le critère d'apparence de partialité était appliqué. Elle a finalement conclu à l'existence d'une règle générale voulant que, d'un point de vue subjectif, le juge devait être dépourvu de tout préjugé mais que, de plus, d'un point de vue objectif, rien dans les circonstances ne devaient créer une apparence de partialité⁵²⁴.

297. Dans le droit fil de ce qui précède, la Commission, dans ses travaux sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier⁵²⁵ et, plus récemment, dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier⁵²⁶, a estimé que les décisions des juridictions nationales pouvaient être utiles aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international, quand bien même uniquement à titre auxiliaire⁵²⁷. Autrement dit, comme le fait observer l'étude du Secrétariat examinée au chapitre V du présent rapport, les décisions des juridictions nationales ont une « double fonction », étant « à la fois une forme de pratique des États et un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international »⁵²⁸. Le Rapporteur spécial n'a aucune raison de recommander à la Commission de s'écarter de cette position mûrement réfléchie, à laquelle souscrivent également les États.

298. Toutefois, même si l'importance que revêtent les décisions des juridictions nationales ne saurait désormais être contestée, il convient de préciser trois points, qui peuvent venir restreindre l'usage qu'on en fait. Tout d'abord, l'intérêt éventuel de ces décisions peut varier, plusieurs facteurs entrant en ligne de compte. Parmi ces facteurs, citons notamment la nature de la question de droit visée dans la décision, la qualité du raisonnement qui y est tenu et la nature de la juridiction ou de l'organe dont elle émane (toutes choses égales par ailleurs, plus la juridiction est élevée, plus on reconnaîtra de poids aux décisions qu'elle rend). Ces facteurs concernent, dans une certaine mesure, la cohérence interne de la décision, dont on attend également qu'elle se conforme aux critères requis lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une règle de droit international. Ainsi, une décision disant appliquer une règle du droit international coutumier pour résoudre une question particulière sera probablement mieux accueillie dès lors qu'on aura au préalable recherché minutieusement s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit. Pour la même raison, une décision mal motivée n'ayant pas procédé à une telle investigation aura peu de chances d'être retenue.

⁵²³ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, arrêt, Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000 (disponible à l'adresse <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/fr/fur-aj000721f.pdf>).

⁵²⁴ Ibid., par. 189.

⁵²⁵ Commission du droit international, Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (voir le guide analytique des travaux sur le sujet sur le site de la Commission : https://legal.un.org/ilc/guide/1_4.shtml).

⁵²⁶ Commission du droit international, Détermination du droit international coutumier (voir le guide analytique des travaux sur le sujet sur le site de la Commission : https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml).

⁵²⁷ Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 2, par. 2, conclusion 3, commentaire par. 3), conclusion 6, par. 2 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*.

⁵²⁸ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, par. 15.

299. Autre facteur, externe cette fois-ci mais tout aussi indicatif de la qualité de la décision, on cherchera à savoir si la décision rendue a été suivie par d'autres juridictions au sein ou, ce qui est plus significatif, en dehors de l'État concerné, ainsi que par des États. Comme le fait observer par ailleurs la Commission dans son commentaire de la conclusion 13 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, élargissant encore davantage la perspective, « [s]elon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction »⁵²⁹.

300. Deuxièmement, malgré tout l'intérêt que présentent les décisions de juridictions nationales comme moyen auxiliaire, dès lors qu'elles viennent énoncer des règles de droit international, il faut les examiner avec prudence, sachant qu'elles peuvent traduire des points de vue strictement nationaux ou se fonder sur des particularités du système juridique du pays considéré⁵³⁰. Ce point a été souligné par la Commission dans ses travaux sur les deux sujets concernant les sources⁵³¹. Dans l'affaire *Kupreškić* citée ci-dessus, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également rappelé à cet égard que les juridictions pénales internationales devaient « toujours évaluer avec précaution les décisions d'autres juridictions avant de conclure que leur interprétation du droit en vigueur fait autorité »⁵³². Elle a ajouté que, « [d]e plus, les décisions internes devraient être soumises à un examen plus strict que les jugements internationaux, puisque ces derniers se fondent au moins sur le même *corpus* de droit que celui des juridictions internationales alors que les premières ont tendance à appliquer ou à privilégier le droit interne ou encore à interpréter les règles internationales à travers le prisme de la législation nationale »⁵³³.

301. Enfin, il ressort de la pratique plus récente des États que, au moins dans certains domaines, il peut être difficile d'établir si telle ou telle décision émane d'une juridiction nationale ou d'une juridiction internationale, la raison en étant que, dans certaines branches du droit en particulier, comme le droit pénal international, les États ont de plus en plus tendance à créer des tribunaux « hybrides » ou « mixtes ».

302. S'il peut être utile, du point de vue de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, de distinguer deux catégories de décisions judiciaires (celles émanant des juridictions nationales et celles émanant des juridictions internationales), voire trois (en prenant en compte les décisions des juridictions mixtes), on peut se demander s'il ne serait pas plus judicieux, à bien des égards, de distinguer les décisions judiciaires émanant de juridictions appliquant au premier chef le droit national (« décisions judiciaires nationales ») et les décisions judiciaires émanant de juridictions⁵³⁴ appliquant au premier chef le droit international

⁵²⁹ Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie) [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159.

⁵³⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 41.

⁵³¹ Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2^e partie), p. 2 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 160.

⁵³² *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, op. cit., par. 542.

⁵³³ Ibid.

⁵³⁴ Entreraient probablement dans cette catégorie les décisions des organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

(« décisions judiciaires internationales »)⁵³⁵. Dans cette perspective, au lieu de s'attacher inutilement à établir des catégories et à cerner la *nature* ou le *type* de telle ou telle juridiction, on s'intéresserait davantage à la *nature* ou au *type* de droit appliqué par la juridiction en question. Cette approche semble conforme à l'interprétation retenue par la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Kupreškić*⁵³⁶.

C. Qu'entend-on par « doctrine » ?

303. Conformément à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, la Cour internationale de Justice est tenue d'appliquer « [...] la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Comme pour les « décisions judiciaires », autre catégorie citée dans la première partie de l'alinéa, ni la Charte des Nations Unies (Chapitre XIV), ni le Statut de la Cour, ni ses textes connexes, tels que son Règlement ou ses Instructions de procédures, ne donnent de définition du terme « doctrine ». Descamps, qui, comme nous l'avons vu plus haut, avait soumis le texte originaire de ce qui deviendrait cet article, fut le seul membre du Comité consultatif à employer l'expression « doctrine [...] des jurisconsultes qui font autorité »⁵³⁷. La Cour, et la juridiction qui l'a précédée, n'avaient pas de raison, dans leur pratique, de définir la doctrine en tant que catégorie. Ce terme n'a pas non plus été défini par les juges qui, dans leurs opinions individuelles, y recourent plus fréquemment. Il paraît donc utile de dégager le sens naturel de ce terme en vue de clarifier cette partie de l'instruction donnée à la Cour.

304. Le texte du chapeau du paragraphe 1 dispose que la Cour « applique » la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Avant de passer à l'analyse du texte proprement dit, il convient d'abord de se demander si le verbe employé dans le texte de l'Article 38 a une valeur *injonctive* ou *permissive* : la Cour *doit-elle* ou *peut-elle* examiner la doctrine ? Comme pour d'autres aspects de ce qui constitue probablement la disposition du Statut de la CIJ la plus étudiée, les opinions sur la question sont divisées. À première vue, il semble que le juge soit tenu d'examiner la doctrine. Par exemple, Lauterpacht soutient que l'article impose à la Cour de puiser dans la doctrine des publicistes comme source de droit auxiliaire⁵³⁸. Citant Sorensen, il estime que rien dans les travaux préparatoires à la rédaction de l'article ne laissait penser « que l'autorité ainsi conférée à la Cour *doive* rester *nominale* » (non souligné dans l'original)⁵³⁹ [traduction non officielle]. En d'autres termes, si l'on observe dans la pratique que « les parties invoquent systématiquement des auteurs dans leurs conclusions écrites et orales », on ne peut pas pour autant « toujours régler le problème en se contentant d'ignorer purement et simplement les opinions doctrinales »⁵⁴⁰. Il semble entendre par là que le fait que les ouvrages doctrinaux soient abondamment cités au cours des procédures écrite et orale semble ne pas aider et peut même se révéler problématique. Un autre auteur, Jennings, semble

⁵³⁵ 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 », *European Journal of International Law*, vol 24, n° 2, 2013, p. 649, à la page 658.

⁵³⁶ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, op. cit.

⁵³⁷ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 324.

⁵³⁸ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p. 24.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁴⁰ Lauterpacht, *Le développement du droit international*, p.25.

se rallier à l'idée que l'examen de la doctrine soit obligatoire. Il avance que la Cour est tenue de consulter les travaux des publicistes les plus éminents⁵⁴¹.

305. Toutefois, comme l'observe un autre auteur, le fait pour un juge de consulter des travaux doctrinaux ne veut pas dire pour autant qu'il les admet ou qu'il s'y référera⁵⁴². Les preuves anecdotiques qu'il a trouvées, notamment dans des entretiens de juges, semblent confirmer le contraire : en réalité, les productions doctrinales ne sont pas formellement citées autant qu'elles sont consultées, du moins pour ce qui est de la majorité des opinions rendues à la Cour⁵⁴³. Nous reviendrons plus avant sur le recours à la doctrine dans la pratique. À ce stade, il semble d'abord utile de préciser ce que l'on entend par « doctrine ».

306. Le terme anglais « teaching » (« enseignement » en français), qui n'est pas défini à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 car sans doute tenu pour évident, est défini dans le dictionnaire comme désignant « les travaux d'un enseignant » ; dans sa forme plurielle (« teachings », rendu par « doctrine » en français), il s'entend « des idées d'une personne ou d'un groupe, en particulier en ce qui concerne la politique, la religion ou la société, qui sont enseignées à d'autres »⁵⁴⁴. Aux fins qui nous occupent, donc, la doctrine s'entendrait des travaux d'une personne ou d'un groupe de personnes sur des questions juridiques internationales qui sont enseignés à d'autres. Dans le cadre de son étude approfondie sur la doctrine, Helmersen considère que le terme est clair en soi : il s'agit des ouvrages académiques et des articles publiés dans des revues qui ne sont pas produits par les États, les organisations intergouvernementales ou les juridictions, et qui peuvent servir à répondre à des questions juridiques »⁵⁴⁵.

307. Si le sens à donner au terme doctrine allait de soi, ce qui ne semble pas être le cas, il faudrait s'interroger sur sa portée. C'est là la question la plus difficile. Comme en témoignent le sens naturel qui lui est attribué et ses nombreux synonymes, le terme « doctrine » est assez vaste. Il englobe aussi bien des travaux écrits que des conférences. S'il s'agit là des aspects qui viennent immédiatement à l'esprit lorsqu'on évoque la doctrine, il ne faut pas s'arrêter à leur sens le plus strict. En effet, compte tenu des possibilités que laissent entrevoir les progrès technologiques, il vaut sans doute mieux les envisager sous un angle assez large. La Commission a d'ailleurs conclu dans ses travaux antérieurs que le mot « doctrine » devait « s'entendre au sens large »⁵⁴⁶ et qu'il englobait « la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels »⁵⁴⁷. Nous souscrivons à cette observation. On peut donc en conclure que la doctrine se compose des écrits des publicistes et de conférences enregistrées, de documents audiovisuels ainsi que de tout autre format de diffusion qui pourrait voir le jour à l'avenir.

308. Quelle que soit la forme que prennent les travaux des juristes, les raisons de s'y référer sont nombreuses. Dans le cas qui nous occupe, nous en distinguons

⁵⁴¹ Robert Y. Jennings, « The Progressive Development of International Law and its Codification », *The British Yearbook of International Law*, vol. 24 (1947), p. 301 à p. 308.

⁵⁴² Sondre Torp Helmersen, « Scholarly-Judicial Dialogue in International Law », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), p. 464 aux pp. 472 et 473.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 474.

⁵⁴⁴ Voir Oxford Advanced Learner's Dictionary à l'adresse OxfordLearnersDictionaries.com.

⁵⁴⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

⁵⁴⁶ Commission du droit international, (A/CN.4/710/Rev.1) Conclusion 14, par. 1, [conclusions relatives à la détermination du droit international coutumier] [2018].

⁵⁴⁷ Commission du droit international, (A/CN.4/710/Rev.1), Conclusion 14, par. 1. Voir également Michael Wood, « Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier présenté par le Rapporteur spécial » (A/CN.4/682), p. 121, et Charles C. Jalloh, « Statement on the Identification of Customary International Law, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee », p. 15.

particulièrement trois. Premièrement, la doctrine peut servir d'élément clé dans l'interprétation des règles de droit international. Par commodité, nous dirons qu'il s'agit là de la fonction d'interprétation de la doctrine. Les écrits des auteurs ont été envisagés comme des éléments auxiliaires d'interprétation ; ils ne peuvent constituer une source. C'est ce qui ressort du processus de rédaction de la disposition où, comme pour les principes généraux du droit, les auteurs de la disposition considéraient la doctrine comme un moyen d'aider les juges à identifier, interpréter, déterminer ou préciser l'existence de règles ou de principes qui pourraient alors leur permettre d'éviter un *non-liquet*. En ce sens, comme l'expliqua le Président Descamps, les juges pourraient recourir aux traités pour déterminer la meilleure façon d'appliquer les traités, la coutume et les principes généraux du droit et, ce faisant, ils pourraient puiser dans les ouvrages doctrinaux pour prouver l'existence de règles positives de droit international⁵⁴⁸. Pour le dire simplement, ces écrits revêtent un caractère supplétif mais se révèlent une ressource utile pour déterminer les règles de droit international applicables..

309. Deuxièmement, selon la renommée et la capacité de persuasion de leur auteur, les écrits doctrinaux peuvent exposer des vues susceptibles d'influencer la conduite des États et, indirectement, au fil du temps, concourir à faire évoluer le droit⁵⁴⁹. C'est ce que nous pourrions appeler ici la fonction persuasive de la doctrine. Sur le plan historique, cette fonction implique que l'analyse systématique des arguments juridiques peut se révéler utile et donner une idée de l'influence de certains auteurs, même si celle-ci dépend du degré d'autorité qu'on leur reconnaît.

310. Troisièmement, les productions doctrinales, en particulier celles d'organes collectifs, peuvent ouvrir la voie à la codification ou au développement progressif du droit ou favoriser la réforme du droit avant même que les États et les autres sujets du droit international y soient enclins⁵⁵⁰. C'est ce que l'on pourrait appeler ici la fonction de codification ou de développement progressif. À titre d'exemples, on peut avancer que personne, en droit international, ne peut nier l'influence fondatrice d'auteurs tels que Grotius ou, pour prendre un exemple relativement plus récent, de Gidel, considéré comme le premier à avoir proposé la théorie de la zone contiguë comme moyen d'harmoniser systématiquement la pratique des États dans le domaine du droit de la mer, ou encore de Cherif-Bassiouni dans le domaine du droit pénal international⁵⁵¹. De même, il serait difficile de nier l'influence des travaux produits par l'Association de droit international, par le Harvard Research in International Law, le CICR ou les spécialistes des organes conventionnels des Nations Unies mandatés par les États dans certains domaines du droit international. Il se peut même que les travaux de juristes individuels se recoupent avec ceux de groupes d'auteurs et exercent avec eux une influence colossale sur les règles fondamentales du droit international et sur leur formation, comme l'a avancé Bonaya Godana, par exemple, en droit des cours d'eaux internationaux⁵⁵². Godana a observé que les opinions d'auteurs tels que H.A. Smith⁵⁵³

⁵⁴⁸ Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 318 et 319.

⁵⁴⁹ James L. Brierley, *The Law of Nations* (Oxford University Press, 1955), 5^e édition, p. 66.

⁵⁵⁰ Voir, à cet égard, Sandesh Sivakumaraan, « Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law », *Colombia J. of Trans'l L.*, vol. 55 (2017), p. 343.

⁵⁵¹ Voir F. Woolridge, *Contiguous Zone*, EPIL I (1993), p. 779 à 783.

⁵⁵² Bonaya Godana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems* (Boulder: Lynne Rienner, 1985), p. 24.

⁵⁵³ Voir Herbert Arthur Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, (Londres: P.S. King, 1931) (ouvrage considéré comme un jalon dans le développement de la doctrine de la répartition équitable), C.B. Bourne, « The Right to Utilize the Waters of International Rivers », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1965), p. 187 à 264. Il existe d'autres exemples dans d'autres matières du droit international, par exemple le droit des conflits armés, au sujet duquel l'Institute of International Law a adopté un manuel à Oxford le 9 septembre 1880. L'Institut, qui

et celles de l'Institut de droit international, lors de l'adoption de la résolution de Madrid de 1911 et des règles d'Helsinki de 1966, ont particulièrement pesé dans le développement du droit⁵⁵⁴. Il ne s'agit bien sûr que d'un exemple parmi d'autres. Il en existe dans diverses sous-branches du droit international qui font intervenir d'autres types d'entités partageant des liens étroits avec les États. En droit des conflits armés, nul ne peut nier le rôle important du CICR qui, parmi ses nombreuses contributions, a produit, après une dizaine d'années de travaux dirigés par des experts, une reformulation monumentale du droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux⁵⁵⁵. Dans le domaine du droit de la mer, tout en soulignant la relation dialectique entre doctrine, pratique et décisions judiciaires et en donnant des exemples précis, Penelope Ridings a avancé que les travaux de doctrine pouvaient influencer de manière directe ou indirecte la formation du droit de la mer et concourir à son développement dans les tribunaux internationaux⁵⁵⁶.

311. Il convient de noter que dans leur pratique, au niveau national, y compris la pratique judiciaire, les États envisageaient la doctrine sous le même angle. Dans son opinion en l'affaire *Paquete Habana*, qui a précédé de vingt ans la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, le juge Gray, de la Cour suprême des États-Unis, fit observer, dans un passage cité très fréquemment, que la doctrine remplissait également un rôle auxiliaire pour les juridictions internationales.

Le droit international fait partie du droit et doit être apprécié et administré par les juridictions compétentes dès lors que celles-ci sont dûment saisies de questions qui en ressortissent. À cette fin, en l'absence de traité et d'acte exécutif ou législatif ou de décision judiciaire applicables, il faut recourir aux coutumes et aux usages des peuples civilisés et, *comme attestation de ceux-ci*,

n'a pas proposé de traité, s'est efforcé d'énoncer clairement les idées acceptées de son époque qui, à son avis, pourraient servir de fondement à la législation interne. Ce document a eu une influence considérable. *The Laws of War on Land, Oxford, 9 septembre 1880*, (umn.edu). Le professeur Francis Liebert, spécialiste du droit international à la faculté de droit de Columbia, exerça lui aussi une grande influence sur le droit de la guerre grâce à ses travaux, dans lesquels il exposa les règles régissant la conduite des hostilités qui seraient proclamées par le Président Abraham Lincoln pendant la guerre de Sécession le 24 avril 1862 à l'intention de l'armée fédérale des États-Unis. La Règle générale 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, dite « *Instructions de Lieber* », eut ultérieurement une grande influence dans de nombreux autres pays, qui s'en inspirèrent pour codifier le droit de la guerre. Ce fut notamment le cas de la Prusse, des Pays-Bas (1871), de la France (1887), de la Suisse (1878), de la Serbie (1879), de l'Espagne (1889), du Portugal (1890), de l'Italie (1896) et du Royaume-Uni (1884). Ces instructions constitueraient le fondement de la Déclaration de Bruxelles de 1874 et des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 relatives à la guerre sur terre. Pour un commentaire, voir R. Baxter, « The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100 » IRRC, vol. 25 (1964), p. 25 et Theodor Meron, « Francis Lieber's Code and Principles of Humanity » Colum. J. of Transnat'l L. vol. 36 (1998), p. 269.

⁵⁵⁴ Voir Association de droit international, *Rapport de la cinquante-deuxième conférence*, Helsinki, 1966.

⁵⁵⁵ Voir, à cet égard, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I et II (Bruylant, 2006). Voir également Jean-Marie Henckaerts, « Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict », IRRC, vol. 87 (2005), p. 175. D'autre part, compte tenu des interactions dynamiques observées entre les travaux des organes spécialisés et les États, certains aspects de l'étude du CICR n'ont pas nécessairement remporté l'adhésion de l'ensemble des États. Voir, par exemple, John B. Bellinger III et William J. Haynes II, « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law », IRRC, vol. 89 (2007), p. 443 ; Jean-Marie Henckaerts, « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments », IRRC, vol. 89 (2007) 473.

⁵⁵⁶ Penelope J. Ridings, « The Influence of Scholarship on the Shaping and Making of the Law of the Sea », *Int'l J. of Marine and Coastal Law* 38 (2023), p. 11 à 38.

aux travaux des juristes et des commentateurs, 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 réellement⁵⁵⁷. (Non souligné dans l'original)

312. Par la suite, les juridictions américaines ont confirmé dans leurs décisions qu'elles adoptaient globalement la même position quant au rôle de la doctrine dans la détermination des règles applicables du droit international. Par exemple, dans l'affaire relativement récente *Flores v. Southern Peru Copper Corporation*, la Cour d'appel des États-Unis du deuxième circuit a invoqué la liste des sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la CIJ et souligné que celles visées à l'alinéa d) du paragraphe 1, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine, étaient secondaires ou auxiliaires par rapport aux trois premières⁵⁵⁸.

313. De même, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, la Cour suprême des États-Unis a statué que, pour déterminer l'état actuel du droit international, il fallait d'abord recourir aux traités, le cas échéant, puis rechercher s'il existait des actes législatifs ou des décisions judiciaires applicables et, dans la négative, s'en remettre aux travaux des juristes et des commentateurs⁵⁵⁹.

314. Enfin, dans l'affaire *United States v. Yousef*, la juridiction du deuxième circuit a déterminé que, s'ils n'étaient pas des sources, les écrits doctrinaux pouvaient néanmoins servir à expliquer ou élucider un principe juridique établi ou une branche du droit et, à cet égard, pouvaient concourir à éclairer une question particulière de droit international uniquement lorsque les opinions, les décisions et les actes de gouvernement ne suffisaient pas, auquel cas leur poids restait moins important que celui d'éléments faisant davantage autorité, tels que les déclarations de l'État, son droit interne ou les instructions données à ses agents⁵⁶⁰.

315. Une approche similaire se dégage de la pratique d'autres États. En Sierra Leone, la question se résume commodément comme suit : « dans leur examen des questions de droit international, les juridictions nationales de la Sierra Leone semblent souvent s'appuyer sur les décisions judiciaires d'autres juridictions nationales et internationales traitant des mêmes questions »⁵⁶¹ [traduction non officielle]. À l'appui de cette observation sont cités des arrêts rendus par la Cour suprême du pays, notamment en l'affaire S.C. No. 1/2003, *Issa Hassan Sesay et al vs. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Attorney-General and Minister of Justice*, dans lequel, au sujet d'une question relative à l'immunité des représentants de l'État, les juges ont invoqué la décision *Pinochet*⁵⁶² rendue par les juridictions britanniques et l'affaire du *Mandat d'arrêt* dont avait été saisie la Cour internationale de Justice⁵⁶³. On constate que, pour statuer, les juridictions de la Sierra Leone ont puisé dans les travaux de doctrine, ce qui a conduit à conclure concrètement

⁵⁵⁷ Cour suprême des États-Unis, *The Paquete Habana; The Lola*, 175 US 677, 8 janvier 1900, p. 720. Dans son opinion dissidente, le juge Fuller, président de la Cour, alerta les auteurs sur le fait que leurs travaux étaient peut-être convaincants, mais ne faisaient pas autorité pour autant.

⁵⁵⁸ États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, 406 F.3d 65, arrêt, 2003, p. 83.

⁵⁵⁹ États-Unis, Cour suprême des États-Unis, 542 U.S. 734, 2004, p. 730, 734. (citant l'affaire *The Paquete Habana*, 175 U.S. à la p. 700). Il convient de noter que dans cette affaire, la Cour n'a pas examiné le rôle des décisions judiciaires non contraignantes telles que celles visées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ.

⁵⁶⁰ 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

⁵⁶¹ Voir la communication de la Sierra Leone à la Commission du droit international, 18 janvier 2023, par. 8.

⁵⁶² Royaume-Uni, Chambre des lords, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte Pinochet Ugarte, Case no [2002] 1 AC 61, 25 novembre 1998 ; Ex parte Pinochet Ugarte (No 2), Case no. [2002] 1 AC 119, 17 décembre 1998 ; Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), Case no. [2000] 1 AC 147, 24 mars 1999.

⁵⁶³ Affaire du *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000.

qu'il « peut être recouru à la doctrine des publicistes pour élucider les questions pertinentes ou confirmer l'interprétation des juridictions » [traduction non officielle]⁵⁶⁴.

316. On ne saurait déduire des fonctions de la doctrine énumérées ci-dessus (fonctions d'interprétation, de persuasion et de codification) que les travaux des juristes revêtent ou puissent revêtir une quelconque autorité pour créer le droit. En tout cas, pas de manière directe. La pratique des États et des juridictions internationales montre que les opinions des juristes jouent un rôle indirect en matière de preuve et que, même à cet égard, elles restent subordonnées aux sources primaires⁵⁶⁵. Ce rôle d'interprète, d'analyste, de codificateur et même de réformateur du droit n'est pas unique. Il est universellement reconnu et s'inscrit dans le droit fil de la fonction que les œuvres de doctrine remplissent plus généralement dans tout autre système juridique national, régional ou international.

317. S'agissant de la pratique des juridictions internationales, on observe différentes approches en ce qui concerne le recours aux productions doctrinales au sens entendu à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Dans le cas de la Cour, on constate que la doctrine occupe une place assez rare dans ses arrêts et dans ses opinions majoritaires, comme c'était le cas d'ailleurs dans les décisions des juridictions qui l'ont précédée. Il ressort d'une étude empirique que, sur les plus de 155 affaires dénombrées au moment de l'étude, la Cour n'avait cité la doctrine qu'à sept occasions⁵⁶⁶. Sachant que la Cour existe depuis plus de soixante-dix ans, on peut dire qu'il s'agit là d'un nombre d'occurrences assez faible ; si faible, d'ailleurs, que l'on peut se permettre de les énumérer : les conclusions rendues dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*⁵⁶⁷, l'avis consultatif rendu en l'affaire concernant la Namibie⁵⁶⁸, l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu⁵⁶⁹, l'arrêt rendu dans l'affaire concernant le Nicaragua⁵⁷⁰, l'affaire du génocide en Bosnie⁵⁷¹, l'affaire Nottebohm (deuxième phase)⁵⁷² et l'avis consultatif rendu en l'affaire des Armes nucléaires⁵⁷³. D'une certaine façon, c'est la juridiction qui l'a précédée qui a favorisé cette pratique⁵⁷⁴, comme semblent le montrer les quelques références à la doctrine faites dans l'affaire du Lotus⁵⁷⁵, dans l'affaire relative à Certains intérêts

⁵⁶⁴ Voir la communication de la Sierra Leone à la Commission du droit international, 18 janvier 2023, par. 8.

⁵⁶⁵ Voir, à cet égard, la communication des États-Unis, qui se réfèrent à leur tour aux décisions rendues par les juridictions américaines en l'affaire *The Paquete Habana* (« les travaux des juristes et des commentateurs ne peuvent être considérés comme preuve fiable de l'état véritable du droit qu'en l'absence de traité ou de loi interne applicables ») et en l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain* (« la Cour a évalué l'état actuel du droit international tel qu'il ressort avant tout des traités et des « actes législatifs ou décisions judiciaires applicables » et, quand il n'y en avait pas, « des travaux des juristes et des commentateurs » »).

⁵⁶⁶ Sondre Torp Herlmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

⁵⁶⁷ *Différend relatif aux frontières terrestres, insulaires et maritimes (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt C.I.J. Recueil 1990, p. 92

⁵⁶⁸ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16.*

⁵⁶⁹ *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1999, p. 1045

⁵⁷⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

⁵⁷¹ *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.

⁵⁷² *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

⁵⁷³ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 66.*

⁵⁷⁴ A/CN.4/691, p. 9 à 11, par. 18.

⁵⁷⁵ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*.

allemands en Haute-Silésie polonaise⁵⁷⁶, dans l'affaire Jaworzina⁵⁷⁷, dans l'affaire Wimbledon⁵⁷⁸ et dans l'avis consultatif rendu sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche⁵⁷⁹.

318. Le fait que la Cour internationale de Justice semble avoir pour tradition de ne pas citer abondamment la doctrine dans ses arrêts pourrait nous laisser croire que les travaux de doctrine ne sont pas consultés par les juges ou ne leur sont pas utiles, mais une telle conclusion serait fautive. Il semble au contraire que les écrits doctrinaux soient largement utilisés, pas uniquement dans les conclusions des conseils des États⁵⁸⁰ et des juristes à la Cour internationale de Justice et dans les autres juridictions internationales, mais aussi pour éclaircir telle ou telle règle de droit. En effet, on sait bien que, si la doctrine n'occupe qu'une place marginale dans les arrêts de la Cour, elle est en revanche fréquemment citée dans les opinions individuelles des juges. Cette tendance, qui nous vient de la pratique que suivait en son temps la Cour permanente de Justice internationale, laisse également penser que les travaux de doctrine sont peut-être évoqués au cours des délibérations mais ne sont pas retenus dans les opinions de la majorité. Il semble donc que, compte tenu du fait que la doctrine est bien utilisée à titre de référence, elle ait un poids plus important que ce que le nombre de références qui y sont faites dans les décisions peut laisser penser. Il ressort même de certaines preuves anecdotiques que des citations de la doctrine figurent parfois dans les versions préliminaires des décisions judiciaires, avant d'être supprimées pour diverses raisons complexes. D'ailleurs, on constate à l'inverse que dans certaines juridictions internationales, il est souvent fait abondamment référence à la doctrine pour étayer les propositions juridiques aussi bien que pour les confirmer.

319. Étant donné que la doctrine n'est généralement pas citée dans les affaires de la Cour internationale de Justice et que cette dernière, en tant que principal organe judiciaire de l'ONU, peut être considérée comme juridiction de référence, on pourrait croire que les autres cours internationales se montreraient tout aussi réticentes à puiser ouvertement dans les travaux des juristes. Pourtant, rien ne serait moins vrai. En effet, on constate que certaines juridictions internationales, par exemple les tribunaux pénaux internationaux ou les commissions et les cours régionales des droits de l'homme sont plus enclines à recourir aux travaux des autorités académiques dans leurs décisions et arrêts et à les invoquer⁵⁸¹. Par exemple, dans l'affaire du *Revolutionary United Front*, la Chambre de première instance du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a cité divers travaux de doctrine dans ses conclusions juridiques. En interprétant l'article 6, paragraphe 3, du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, sur la responsabilité du supérieur hiérarchique, la Chambre, citant un ouvrage de droit pénal international de référence, a déclaré « souscrire au principe selon lequel la responsabilité du supérieur hiérarchique est aujourd'hui fermement ancrée dans le droit international coutumier »⁵⁸², sans elle-même rechercher de manière

⁵⁷⁶ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*.

⁵⁷⁷ *Affaire de Jaworzina, avis consultatif, C.P.J.I. série B 1923, n° 8* (6 décembre).

⁵⁷⁸ *Affaire du vapeur « Wimbledon » (Royaume-Uni c. Japon), avis consultatif, C.P.J.I. série A 1923, n° 1* (17 août).

⁵⁷⁹ *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, C.P.J.I. série A/B 1923, n° 41* (5 septembre).

⁵⁸⁰ Par exemple, dans leur communication sur le sujet examinée au chapitre II du présent rapport, les États-Unis confirment qu'ils invoquent souvent les travaux de doctrine dans les conclusions qu'ils présentent dans les affaires internationales.

⁵⁸¹ Pour une analyse approfondie, voir Nora Stappert, « A New Influence of Legal Scholars? The Use of Academic Writings at International Criminal Courts and Tribunals », *LJIL*, vol. 31 (2018), p. 963.

⁵⁸² Voir SCSL, *The Prosecutor v. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)*, SCSL-04-15 par. 282, note de bas de page 507, citant Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haye: T.M.C. Asser Press, 2005), p. 372. Dans la phrase suivante, la Chambre a

indépendante l'existence d'une pratique et d'une *opinio juris* à cet égard. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a lui aussi recouru de cette même manière aux écrits de doctrine, notamment dans les affaires *Tadić*, *Kunarac* et *Krnojelac*⁵⁸³, et le Tribunal pénal international pour le Rwanda a fait de même dans les affaires *Akayesu*⁵⁸⁴, *Musema*⁵⁸⁵, *Bagilishema*⁵⁸⁶, *Nahimana et al.*⁵⁸⁷, *Gacumbitsi*⁵⁸⁸, *Bagosora et al.*⁵⁸⁹, *Seromba*⁵⁹⁰, *Bikindi*⁵⁹¹ et *Nsabonimana*⁵⁹².

320. À la Cour pénale internationale, on trouve dans le jugement rendu à l'issue du procès *Lubanga* d'abondantes références à des revues et des monographies académiques⁵⁹³. C'est également le cas dans bien d'autres décisions de la Cour, trop nombreuses pour être énumérées ici. En outre, il semble que la Cour, s'appuyant sur la pratique des tribunaux spéciaux l'ayant précédée, à savoir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, accorde dans sa pratique une plus grande importance aux travaux de doctrine dans le cadre de la procédure d'*amicus curiae* (ou « ami de la Cour »).

321. Trois aspects se dégagent de cette procédure. Tout d'abord, agissant en vertu de la règle 103, la Cour pénale internationale, y compris ses Chambres d'appel, invite des universitaires à demander à pouvoir officiellement se présenter en qualité d'ami de la Cour pour formuler des observations sur des questions juridiques de fond telles que la réparation ou l'immunité. Il faut noter que, bien que ce soit généralement les

invoqué l'arrêt rendu par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Celibici* (au paragraphe 195 : « le principe selon lequel les supérieurs militaires et autres peuvent être tenus pénalement responsables des actes de leurs subordonnés est bien établi en droit conventionnel et en droit coutumier » [traduction non officielle]).

- ⁵⁸³ A/CN.4/691, par. 45 et 46. Voir Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, opinion et jugement, 7 mai 1997, par. 638 à 643, 650 à 655, 657 à 658, 669, 678 à 687, 694 à 696 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, par. 519 à 537. Voir aussi Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, Jugement, 15 mars 2002, par. 58, note 197.
- ⁵⁸⁴ Voir Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998.
- ⁵⁸⁵ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Procureur c. Musema*, affaire n° ICTR-96-13-A, Jugement, 27 janvier 2000.
- ⁵⁸⁶ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Procureur c. Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-T, Jugement, 7 juin 2001 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, Arrêt, 3 juillet 2002.
- ⁵⁸⁷ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Procureur c. Nahimana et al.*, affaire n° ICTR-99-52-T, Jugement et sentence, 3 décembre 2003 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Nahimana et al.*, affaire n° ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007.
- ⁵⁸⁸ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Gacumbitsi*, affaire n° ICTR-2001-64-A, Arrêt, 7 juillet 2006.
- ⁵⁸⁹ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Bagosora et Nsengiyumva*, affaire n° ICTR-98-41-A, Arrêt, 14 décembre 2011.
- ⁵⁹⁰ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Seromba*, affaire n° ICTR-2001-66-A, Arrêt, 12 mars 2008.
- ⁵⁹¹ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance III, *Procureur c. Bikindi*, affaire n° ICTR-01-72-T, Jugement, 2 décembre 2008.
- ⁵⁹² Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Procureur c. Nsabonimana*, affaire n° ICTR-98-44D-A, Arrêt, 29 septembre 2014.
- ⁵⁹³ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement de première instance, affaire n° ICC-00//04/01/06, Jugement, 14 mars 2012.

personnes elles-mêmes qui demandent à pouvoir venir exposer leur avis, dans certains cas, il arrive que ce soit la Cour qui décide de les inviter à venir s'exprimer devant elle. La procédure prévue à la règle 103 est analogue à celle que les États parties au Statut de Rome et les organisations internationales (ainsi que les organisations non gouvernementales), notamment, utilisent (et sont invités à utiliser) pour formuler des observations devant la Cour pénale internationale.

322. Deuxièmement, selon une pratique naissante louée par certains et dénoncée par d'autres, la Cour pénale internationale prévoit au cours de la procédure que les juristes puissent exposer leurs arguments et leurs opinions, en leur adressant des questions précises et en leur accordant du temps pour qu'ils puissent examiner des points juridiques devant les chambres au cours de la procédure orale⁵⁹⁴. On peut dire que cela confère une influence considérable à certains spécialistes qui prennent part à la procédure en qualité d'intervenants.

323. Enfin, bien qu'il soit difficile de tirer des conclusions claires quant à la mesure dans laquelle la Cour pénale internationale s'appuie, pour statuer définitivement, sur les travaux des personnes qu'elle a invitées, il est évident que les opinions des jurisconsultes invités sont utilisées au moins pour confirmer le bien-fondé de certaines interprétations juridiques. C'est ce qui ressort, par exemple, du débat sur l'interprétation par la Cour pénale internationale des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité⁵⁹⁵.

D. Qu'entend-on par le membre de phrase « publicistes les plus qualifiés » ?

324. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'Article 38, paragraphe 1, alinéa d), dispose que la Cour applique la doctrine des publicistes les plus qualifiés. L'objet de son appréciation, qui est nécessairement lié à la détermination des règles de droit, concerne donc ici les « publicistes ». Ceux-ci doivent être parmi les plus qualifiés. Se pose donc la question préalable de savoir exactement ce qu'on entend par « publiciste » ou « juriste ». Le dictionnaire nous apprend que le terme « publiciste » désigne un spécialiste du droit des gens ou du droit international ou un auteur d'ouvrages sur ces matières⁵⁹⁶. Dans l'un de ses projets connexes, la Commission emploie le terme dans le même sens⁵⁹⁷. Dans le commentaire relatif à la conclusion 14 du projet de conclusions relatif à la détermination du droit international coutumier, elle précise que le terme « vise toutes les personnes dont les travaux peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international »⁵⁹⁸. Il n'y a aucune raison valable de s'écarter de cette interprétation.

325. Toutefois, il est clair, aux termes du Statut de la CIJ, que le fait d'être un spécialiste du droit international est une condition nécessaire mais pas suffisante. En effet, il est dit qu'il faut s'appuyer sur les *publicistes les plus qualifiés*, précision qui,

⁵⁹⁴ Voir Sarah Williams, Hannah Woolaver et Emma Palmer, *The Amicus Curiae in International Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021), un ouvrage consacré aux questions d'impartialité, de représentativité et de légitimité liées à cette pratique.

⁵⁹⁵ Voir, par exemple, *Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, DeGuzman, Jalloh and Cryer, Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02-/11-01/11, 9 octobre 2013 (soulevant des préoccupations quant aux approches interprétatives inutilement restrictives concernant les crimes contre l'humanité et proposant des interprétations plus larges).

⁵⁹⁶ « Publicist » Oxford English Dictionary (OED, 3^e éd., 2013), consultable à l'adresse suivante : www.oed.com.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Commission du droit international, *Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier*, A/CN.4/710/Rev.1, conclusion 14, par 4.

selon la Commission, sans exclure d'autres auteurs ni placer la qualité des travaux en tant que tels au second plan, vise à souligner qu'une « attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné »⁵⁹⁹. La Commission a toutefois précisé que c'était la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importait en dernière analyse. Comptent parmi les facteurs à prendre en compte à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle.

326. Le sens attribué ci-dessus au terme « publiciste » est confirmée par l'étymologie française du mot. En effet, au milieu du XVIII^e siècle, ce terme était employé en France pour désigner un spécialiste du droit public. Si le terme désigne un « écrivain » et est synonyme du mot « auteur », il semble que son emploi au pluriel (« publicistes », donc) laisse entendre que c'est sur les opinions collectives de plusieurs auteurs qu'il y a lieu de s'appuyer et non uniquement sur celle d'un auteur en particulier⁶⁰⁰. Le sens naturel attribué ci-dessus au terme concorde avec celui envisagé lors de la rédaction du paragraphe, sur laquelle on est revenu précédemment, l'accent ayant été placé, dans les premiers projets et les discussions tenues ultérieurement au sein du Comité consultatif des juristes, sur la « la doctrine concordante des auteurs qui f[aisaient] l'autorité »⁶⁰¹. On relève ainsi plusieurs références à la « doctrine concordante »⁶⁰². Un auteur estime que les membres du Comité consultatif de juristes avaient probablement à l'esprit les écrits d'une poignée d'auteurs renommés, et peut-être les principaux traités. Il précise que la prolifération exponentielle de productions doctrinales n'interviendrait que plus tard⁶⁰³.

327. En principe, les organes collectifs devraient avoir plus de poids. À cet égard, il y a lieu de distinguer les organes d'experts « privés » et « publics ». Autrement dit, comme l'avance Sandesh Sivakumaran, il faut déterminer si l'organe est mandaté ou non par l'État⁶⁰⁴. Figurent notamment parmi les organes d'experts privés l'Institut de droit international, l'Académie de droit international de La Haye, l'Association de droit international et le Harvard Law Research Institute. S'agissant des organes mandatés par l'État, on peut probablement citer parmi les plus éminents d'entre eux les organes d'experts indépendants qui dialoguent ou interagissent avec les États⁶⁰⁵. C'est par exemple le cas du CICR, qui œuvre au développement du droit international humanitaire moderne⁶⁰⁶.

⁵⁹⁹ Commission du droit international, Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, A/CN.4/710/Rev.1, conclusion 14, par 4.

⁶⁰⁰ Voir Omri Sender, « The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law » Case W. Res. *J. Int'l L.*, vol. 53 (2022), p.54, à la p. 58.

⁶⁰¹ *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920, p. 323.

⁶⁰² *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920, p. 332 et 336.

⁶⁰³ Sender, « The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law », p. 57.

⁶⁰⁴ Voir Sandesh Sivakumaraan, « Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law », *Columbia J. of Trans'l L.*, vol. 55 (2017), p. 351 (« Concrètement, une entité mandatée par l'État est une entité à laquelle des États ont confié des fonctions particulières »).

⁶⁰⁵ A. Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 414 (2021), p. 182 ; voir aussi M. Sourang, « Jurisprudence and Teachings » dans M. Bedjaoui (dir. publ.), *International Law: Achievements and Prospects* (Paris, UNESCO et Dordrecht, Nijhoff, 1991), p. 283 à 288, aux p. 283 à 285 ; T. Treves, « The Expansion of International Law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398 (2020), p. 9 à 398, à la p. 190.

⁶⁰⁶ Le CICR s'est vu accorder un degré d'autorité élevé, notamment par la Chambre d'appel du TPIY qui, au paragraphe 109 de l'arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence qu'elle a rendu en l'affaire Tadić le 2 octobre 1995, s'est exprimée comme suit à son sujet : « On le sait, le CICR a été extrêmement actif en encourageant l'élaboration, l'application et la diffusion du droit international humanitaire. Sous l'angle qui nous

328. Cela étant, les deux catégories proposées ici n'ont pas vocation d'exhaustivité et souffrent peut-être même certaines exceptions. D'une part, il est possible que certains organes puissent revêtir un caractère public et privé. D'autre part, certains organes, tels que la Commission du droit international ou la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, entretiennent avec les États une relation particulière du fait qu'ils ont expressément pour mission de les aider à codifier et développer le droit international. Compte tenu de leur mandat officiel, on pourrait ranger ces institutions, ainsi que d'autres organes créés par les États, dans une catégorie à part et non les considérer comme des groupes de juristes produisant des écrits. Comme il ressort de l'étude du Secrétariat, la Commission elle-même, dans ses travaux, attribue davantage de poids aux productions des organes d'experts qu'aux ouvrages de doctrine, semble-t-il à raison.

E. Qu'entend-on par « des différentes nations » ?

329. Les publicistes doivent être issus « des différentes nations ». Une recherche des synonymes du terme « différent » donne notamment⁶⁰⁷ les mots « divers, plusieurs, [pluralité, diversité des] », tandis que le terme « nations » fait clairement référence à un groupe de personnes formant État. La Commission, qui a interprété l'expression telle que l'utilise la Cour dans son statut, souligne à cet égard qu'« il importe de tenir compte [...] de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues de travail »⁶⁰⁸.

330. L'effort de représentativité procède du caractère universaliste du droit international, ou du moins de son aspiration à l'universalité, en tant que corpus de droit régissant principalement les relations entre divers États souverains. Alors que, à l'époque de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, le nombre des États n'atteignait pas un tiers de ceux qui existent aujourd'hui, et que la diversité, moindre encore, au sein du « collège invisible du droit international »⁶⁰⁹ rendait peu plausible l'idée que l'on puisse y puiser les publicistes les plus qualifiés, il est logique, aujourd'hui, que, dans la mesure où ils se réfèrent ou s'abreuvent aux travaux des chercheurs, les juges consultent les écrits d'auteurs issus des différentes nations du monde⁶¹⁰. Ce critère, que l'on n'interprète pas, à raison, comme signifiant

intéresse, à savoir l'apparition de règles coutumières concernant les conflits armés internes, le CICR a apporté une contribution remarquable en demandant à toutes les parties aux conflits armés de respecter le droit international humanitaire. [...] Cela montre que le CICR a encouragé et facilité l'application des principes généraux du droit humanitaire aux conflits armés internes. Les résultats pratiques ainsi obtenus par le CICR en incitant au respect du droit international humanitaire doivent, par conséquent, être considérés comme un élément de la pratique internationale effective ; c'est un élément qui a nettement contribué à l'apparition ou à la cristallisation de règles coutumières. »).

⁶⁰⁷ « Différent », Larousse en ligne, 2023 (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>) et Petit Robert numérique, 2023.

⁶⁰⁸ A/CN.4/710/Rev.1, conclusion 14, par. 4.

⁶⁰⁹ Oscar Schachter, « The Invisible College of International Lawyers », *Northwestern University Law Review*, vol. 72 (1977), p. 217. Voir cependant A. Peters, « International Legal Scholarship under Challenge », in J. d'Aspremont, T. Gazzini, A. Nollkaemper et W. Werner (dir.), *International Law as a Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 119 (où les auteurs argumentent que le *collège invisible* est assimilable à un collège d'élite composé de chercheurs du monde développé, dans lequel les chercheurs de ce qu'il est convenu d'appeler « monde du Sud » sont relégués au rôle d'éternels étudiants).

⁶¹⁰ À sa fondation, la Société des Nations comptait 41 membres. Au moment de sa disparition, le nombre de ceux-ci avait atteint 63. Bien que, pour qu'il en fût ainsi, la plupart des pays du monde dussent en faire effectivement partie, et quelque universalistes que fussent ses aspirations, elle y a échoué, un grand nombre de pays étant des pays colonisés. La C.P.J.I. avait compétence pour connaître des différends concernant 45 États.

que la Cour doit examiner la moindre des œuvres de centaines d'auteurs pour déterminer chacune des règles de droit à appliquer, implique en revanche que l'on s'efforce autant que faire se peut - et davantage qu'à l'heure actuelle - d'être au moins vaguement représentatif des différentes nations et régions du monde.

331. Les arguments qui précèdent sont conformes aux règles destinées à faire en sorte que la Cour mondiale soit dûment représentative dans sa composition, ainsi qu'aux autres dispositions de l'Article 38, qui lient la formation du droit international à la notion d'assentiment général⁶¹¹. C'est ainsi que l'on a pu dire qu'il était « particulièrement nécessaire, lorsque l'on examine la doctrine des publicistes, de tenir compte des opinions qui sont nées ou ont cours dans l'ensemble des différentes régions du monde ; et c'est aussi pour cette raison qu'hormis les travaux individuels, les travaux des sociétés savantes à composition internationale, tel l'Institut de droit international, ont une autorité particulière »⁶¹² [traduction non officielle].

332. En revanche, si le statut des juridictions internationales telles que la Cour internationale de Justice annoncent une chose, les pratiques réelles de citation des juridictions internationales tendent à en montrer une autre, à savoir que l'on rencontre plus souvent dans ces dernières certains points de vue et les œuvres de certains auteurs. Cela n'est pas sans engendrer, parfois, quelque embarras. Mais le Rapporteur spécial estime que ce problème mérite d'être abordé de front au lieu d'être balayé sous le tapis. À cet égard, pour ne prendre qu'un exemple, la Cour, dans les rares cas où elle fait référence à des jurisconsultes, tend à citer essentiellement le même groupe d'auteurs. Les 10 auteurs les plus cités sont tous originaires d'États occidentaux et tous sont des hommes⁶¹³.

333. Des auteurs de travaux critiques tels que James Thuo Gathii⁶¹⁴ et Anthea Roberts⁶¹⁵, entre autres, ont pointé un problème assurément plus fondamental en se demandant dans quelle mesure on peut considérer le droit international comme véritablement international, étant donné la façon dont il s'est développé à travers l'histoire et la façon dont la connaissance, en matière de droit international, est produite. Les praticiens qui présentent les arguments devant la Cour tendent en effet à être originaires de certaines régions. Dans une étude empirique portant sur les 50 premières années d'existence⁶¹⁶ de la Cour internationale de Justice (1948-1998),

⁶¹¹ M. Virally, « The sources of international law », in M. Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p. 153.

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ Dans une étude systématique de la doctrine et de l'utilisation qu'en a fait la Cour, Helmersen démontre que les dix auteurs les plus cités sont Shabtai Rosenne, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice, Manley O. Hudson, Lassa Oppenheim, Robert Jennings, Charles de Visscher, Ian Brownlie, Arthur Watts et Julius Stone. La plupart sont des auteurs britanniques ou américains. Cette proportion ne s'améliore que légèrement, sur le plan de la diversité, lorsque l'auteur de l'étude en élargit le champ aux 40 personnes les plus citées. Sur ce nombre, une seule (Eduardo Jiménez de Arechaga) est originaire d'un pays du Sud, l'Uruguay. Toutes les autres sont ressortissantes des États d'Europe occidentale et autres États. Voir *The Application of Teachings by the International Court of Justice*.

⁶¹⁴ James Thuo Gathii, « The Promise of International Law: A Third World View » [La promesse du droit international : un point de vue du tiers-monde], conférence de la série des conférences Grotius, présentée à la réunion annuelle virtuelle de 2020 de l'American Society of International Law (29 août 2020).

⁶¹⁵ Pour un bilan éclairant, remettant en cause l'opinion dominante sur l'universalité du droit international, voir l'ouvrage d'Anthea Roberts, *Is International Law International?* [Le droit international est-il international ?] Oxford University Press, 2017.

⁶¹⁶ Voir, par exemple, Kurt Taylor Gaubatz et Matthew MacArthur, « How International is International Law? » [Qu'est-ce que le droit international a d'international ?], *Michigan Journal of International Law*, vol. 22 (2001), p. 239 (où les auteurs expliquent que « l'étendue du monopole occidental de la pratique juridique internationale à la CIJ » tend à montrer que « le droit "international" n'est pas aussi international que son nom l'indique ») ; et que « la domination, par

des chercheurs ont montré il y a de nombreuses années que les conseils issus de pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques prédominaient dans les affaires portées devant la Cour. Bien des années plus tard, sous la présidence de la juge américaine Joan Donoghue⁶¹⁷, la question de la représentativité des conseils de la Cour internationale de Justice semble avoir pris de l'importance et faire désormais partie des sujets de discussion des hauts fonctionnaires de la Cour pour ce qui est de la représentation. Paradoxalement, cela faisait des décennies que des juges⁶¹⁸ et des chercheurs⁶¹⁹ originaires principalement d'Afrique, d'Asie, du Moyen-Orient et d'Amérique latine contestaient le fait que les arguments des universalistes

le monde occidental, de la pratique juridique internationale ne saurait être surprenante pour quiconque a étudié les travaux de la CIJ ». L'assertion de Gaubatz et MacArthur selon laquelle la surreprésentation des juristes occidentaux dans les affaires portées devant la CIJ peut en partie s'expliquer par le manque d'avocats de pays en développement dotés des compétences idoines pour plaider devant la CIJ a été contestée. Voir James Thuo Gathii, « Decolonizing the ICJ Mafia » [Décoloniser la mafia de la CIJ] (manuscrit non publié, dans le dossier de l'auteur, à paraître en 2023). Parmi les études empiriques plus récentes, citons Shashank P. Kumar et Cecily Rose, « A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999-2012 » [Étude sur les conseils près la Cour internationale de Justice (1999-2022)], *European Journal of International Law*, vol. 25 (2014), p. 893.

⁶¹⁷ Joan E. Donoghue, Présidente de la Cour internationale de Justice, *Quelques réflexions à l'occasion du soixante-quinzième anniversaire de la Cour internationale de Justice*, *Chronique de l'ONU* (16 avril 2021), à l'adresse : <https://www.un.org/fr/chronique-onu/quelques-r%C3%A9flexions-%C3%A0-l'occasion-du-soixante-quinzi%C3%A8me-anniversaire-de-la-cour> (dernière visite le 11 février 2023) (« Chaque fois que j'observe les délégations représentant les parties, je suis néanmoins frappée de voir que leur composition est un peu trop semblable à celle du groupe qui s'est réuni, en 1945, pour rédiger la Charte des Nations Unies et le Statut de la Cour. Très peu de conseils viennent de pays en développement et, quelle que soit leur nationalité, presque tous sont des hommes. »)

⁶¹⁸ Voir, pour une première voix critique sur ce point, Christopher Weeramantry, « A Response to Berman: In the Wake of Empire » [Réponse à Berman. – Dans le sillage de l'empire] in Weeramantry et Nathaniel Berman, *The Grotius Lecture Series*, vol. 14, *American University International Law Review* (1999), p. 1555, à l'adresse suivante : <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=auilr> (dernière visite le 11 février 2023).

⁶¹⁹ Voir Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty And International Law* [Impérialisme, souveraineté et droit international], 2005 ; Alejandro Alvarez, *American Problems In International Law* [Problèmes américains en droit international], Michigan, Gale Publishing, 1909 ; R. P. Anand, « New States and International Law » [Les nouveaux États et le droit international], *JILL*, vol. 15(3) (1972), p. 522 à 524 ; Wang Tieya, « The Third World and International Law » [Le tiers-monde et le droit international], in R. St. J. Macdonald et D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law* [Structure et processus d'élaboration du droit international], La Haye, Martinus Nijhoff, 1983 ; Onuma Yusaki, *International Law In A Transcivilizational World* [Le droit international dans un monde transcivilisationnel], Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; Georges Abi-Saab, « The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline » [Les nouveaux États indépendants et les règles du droit international : esquisse], *Howard Law Journal*, vol. 8 (1962), p. 95 ; Mohammed Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order* [Vers un nouvel ordre international], New York, Holmes & Meier Publishers Inc, 1976 ; Taslim O. Elias, *Africa and the Development of International Law* [L'Afrique et le développement du droit international], Pays-Bas, Nijhoff, 1974 ; B.S Chimni, *International Law And World Order: A Critique Of Contemporary Approaches* [Droit international et ordre mondial : critique des approches contemporaines], 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; Upendra Baxi, *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays* [Les droits humains dans un monde posthumain : Essais critiques], Oxford, Oxford University Press, 2009 ; Christopher G. Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage Under International Trusteeship* [Nauru : Atteintes à l'environnement sous tutelle internationale], Oxford, Oxford University Press, 1992 ; Cynthia Farid, « Legal Scholactivists in the Third World: Between Ambition, Altruism and Access » [Commentaires...ctivistes juridiques du tiers monde : entre ambition, altruisme et accès], *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33 (2016), p. 57.

en matière de droit international puissent continuer d'être défendus en l'absence d'une prise en compte véritable des points de vue des pays du Sud⁶²⁰.

F. Qu'entend-on par « moyens auxiliaires » ?

334. En ce qui concerne la formule « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » utilisée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, en particulier les mots « moyen auxiliaire », il est utile de faire trois brèves observations. Tout d'abord, le terme anglais « subsidiary » correspondant au français « auxiliaire » - emprunt au latin « subsidiaries » - désigne ce qui assiste, ce qui est « subordonné », ce qui « supplée » ou « seconde », ce qui vient en soutien ou en renfort, en supplément, une chose auxiliaire, une aide⁶²¹ », tandis que le second terme, « moyen », renvoie à un « agent ou instrument intermédiaire », « interposé ou intervenant »⁶²². Ce que l'on peut retenir de ces termes, c'est qu'ils supposent l'existence d'autre chose, par contraste avec ce qui est subsidiaire, par exemple, les mots « primaire » ou « principal » (comme dans « moyens primaires ou principaux »). Or, aucune de ces alternatives ne figure dans le Statut. Pour les besoins de notre démonstration, nous pourrions, à l'instar de certains auteurs, utiliser les mots « primaire » ou « principal ». Schwarzenberger a relevé ce point, en arguant que l'existence d'une catégorie auxiliaire (subsidiaire) suppose l'existence de moyens principaux de détermination des règles de droit⁶²³.

335. Deuxièmement, et davantage sur le fond, la version française, « moyen auxiliaire », met l'accent sur le caractère complémentaire de ces moyens. C'est une indication, sinon une confirmation, de ce que le statut des décisions judiciaires et de la doctrine est subordonné aux moyens primaires énumérés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir les conventions, la coutume ou les principes généraux de droit. Autrement dit, ces moyens ont un caractère auxiliaire parce qu'ils ne constituent pas des sources en soi. En tout état de cause, aucune distinction formelle ne semble être opérée entre les décisions judiciaires et la doctrine, les deux « moyens auxiliaires » énoncés dans cette catégorie. Les points de vue des auteurs divergent sur cette question. Les uns considèrent que les deux sont d'égale importance et ne présentent pas de différence normative significative, tandis que pour d'autres, les décisions judiciaires priment, la doctrine venant en second. Ce débat a des conséquences pratiques.

336. Fitzmaurice et Schwarzenberger, par exemple, ont tous deux exprimé des doutes sur la doctrine au bénéfice des décisions judiciaires. Le premier est l'auteur de l'argument fameux selon lequel « une décision est un fait ; une opinion, aussi convaincante soit-elle, reste une opinion »⁶²⁴. Selon lui, en effet, ce n'est pas tant que les décisions judiciaires ont intrinsèquement plus de poids que les travaux doctrinaux, mais qu'elles sont suivies d'effets « plus directs et plus immédiats pour la réalité de

⁶²⁰ Pour une explication éclairante sur les origines du mouvement TWAIL (*third world approach to international law*) - une perspective tiers-mondiste sur le droit international -, avec un début de bibliographie utile, voir l'article de James T. Gathii, « TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography » [TWAIL : Brève rétrospective : origines, décentralisation. - Essai de bibliographie], *Trade, Law and Development*, vol. 3 (2011), p. 26.

⁶²¹ Entrée « subsidiary », Oxford English Dictionary (OED, 3^e éd., 2013), consultable à l'adresse suivante : www.oed.com.

⁶²² Entrée « means » en anglais (« moyen »), Oxford English Dictionary (OED, 3^e éd., 2013), consultable à l'adresse suivante : www.oed.com.

⁶²³ G. Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals », p. 122.

⁶²⁴ Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », in Jill Barrett et Jean-Pierre Gaudi (dir.), *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3^e éd. (Leyde/Boston, Brill Nijhoff, 2021, p. 494 ;

la vie internationale »⁶²⁵. En conclusion, c'est, pour lui, une erreur que de mettre les décisions judiciaires « sur le même pied que la doctrine des publicistes les plus qualifiés, et à plus forte raison de les qualifier conjointement de “moyens auxiliaires de détermination des règles de droit” »⁶²⁶. À son sens, la formulation adoptée pour la doctrine ne convient pas du tout aux décisions judiciaires, qui, selon lui, ne sauraient être un moyen auxiliaire de détermination de ces règles⁶²⁷. Schwarzenberger, pour sa part, estime qu'il faut aborder avec prudence la référence faite à la doctrine des publicistes au paragraphe 1 de l'Article 38, les jurisconsultes s'étant vu accorder une « position exagérée »⁶²⁸.

337. Troisièmement, même s'il est possible que cette question soit abordée dans un rapport ultérieur du Rapporteur spécial, un certain nombre d'auteurs ont émis l'idée que le qualificatif « auxiliaire », à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, servait à qualifier le moyen du point de vue de la cour ou du tribunal qui s'attelle à déterminer les règles en question⁶²⁹. En effet, lorsque la juridiction concernée entreprend de déterminer des règles de droit par des moyens directs, tels que l'interprétation judiciaire, ces moyens peuvent être qualifiés de « principaux »⁶³⁰. En revanche, si la juridiction s'appuie sur des moyens indirects pour vérifier l'existence ou l'absence d'une règle, ces moyens peuvent être considérés comme « auxiliaires »⁶³¹. En d'autres termes, les décisions judiciaires et la doctrine ne servent en l'occurrence qu'à interpréter une convention, ainsi qu'à déterminer le contenu du droit international coutumier ou d'un principe général de droit⁶³². Cette opération peut également s'appliquer à l'intérieur même de la catégorie des moyens auxiliaires, de sorte que la doctrine peut également servir à déterminer le contenu d'autres moyens auxiliaires, qui peuvent à leur tour servir à interpréter une convention ou à déterminer le contenu du droit international coutumier ou d'un principe général de droit⁶³³.

338. Enfin, comme l'explique l'étude du Secrétariat, la Commission a précisé le sens du terme « moyens auxiliaires » tant dans le texte et le commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier que dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁶³⁴.

G. Qu'entend-on par « détermination des règles de droit » ?

339. L'expression « détermination des règles de droit », lue conjointement avec le chapeau du paragraphe 1 de l'Article 38, signifiant à la Cour qu'elle doit appliquer les conventions, le droit coutumier et les principes généraux de droit, constitue essentiellement l'objectif final de la disposition. Les termes qui précèdent renvoient aux premières étapes du processus. À cet égard, comme nous l'avons vu plus haut, le texte accorde aux deux catégories (les décisions judiciaires et la doctrine) le statut de « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » (souligné par l'auteur). Si

⁶²⁵ Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 494.

⁶²⁶ Ibid., p. 495.

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ Georg Schwarzenberger « The Inductive Approach to International Law », *Harvard Law Review*, vol. 60 (1947), p. 560.

⁶²⁹ 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 », *European Journal of International Law*, vol. 24 (2), p. 650.

⁶³⁰ Ibid., p. 656.

⁶³¹ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 27.

⁶³² Ibid.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ Étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 2, par. 17 à 20.

l'on s'en tient au sens ordinaire de la disposition, la tâche du juge est claire : il s'agit de déterminer la règle de droit à appliquer. Le terme « détermination » a une double signification, selon qu'il est considéré sous sa forme nominale, « détermination » ou verbale, « déterminer ». En tant que substantif, il peut avoir le sens d'« établissement » (moyen d'établir la règle, élément de décision).

340. En ce sens, Shahabuddeen affirme que la « détermination » se limite au fait de déterminer – au sens de rechercher – le droit existant. S'appuyant sur les travaux préparatoires du Comité consultatif de juristes, il note que la balance penche donc fortement en faveur de l'argument selon lequel, en évoquant la « détermination des règles de droit », on envisageait une décision qui se bornerait à élucider le droit existant, sans créer d'élément de droit nouveau⁶³⁵.

341. Mais le verbe « déterminer » peut signifier « décider » (définir le droit)⁶³⁶. « Déterminer, c'est s'assurer de manière certaine par l'observation, l'examen, la supputation, etc., mais c'est aussi “énoncer de manière décisive ou faisant autorité, établir, déclarer, affirmer” ou “trancher ou définir a priori ; ordonner, décréter” » [traduction non officielle]⁶³⁷. Shahabuddeen considère, sans nécessairement l'accepter, que le sens du terme « déterminer » énoncé ci-dessus peut s'appliquer ici, et note que « [d]ans un contexte juridique, le sens ne se limite pas au fait de constater ou découvrir ce qui existe déjà ; mais peut correspondre au fait de faire naître un nouveau phénomène juridique. C'est ainsi que le terme est souvent utilisé dans les documents juridiques ; sans cette « détermination », la question déterminée pourrait ne pas exister en droit »⁶³⁸. La différence de sens peut simplement tenir à la nuance ténue qui existe entre élaboration et détermination du droit, différence qui, selon Jennings, est une question de degré plutôt que de nature⁶³⁹. Compte tenu de ce qui précède, Shahabuddeen conclut que l'on peut soutenir que la formule « détermination des règles de droit » utilisée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour peut s'entendre notamment comme la détermination de nouvelles règles de droit par décision de la Cour, à partir de décisions judiciaires antérieures ou d'ouvrages des publicistes⁶⁴⁰.

342. Aux termes de l'Article 38 de son statut, la Cour doit « appliquer » les décisions judiciaires et la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Il existe un conflit manifeste dans la rédaction de l'Article 38 à cet égard, le Statut prévoyant que la Cour doit *appliquer* les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes et également les *utiliser* comme *moyen* de détermination des règles de droit⁶⁴¹. La catégorie n'est pas, à proprement parler, constituée d'éléments que la Cour applique : elle sert plutôt à aider celle-ci à recenser les sources énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38⁶⁴².

⁶³⁵ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

⁶³⁶ M. Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (1998), p. 202, note 95, ainsi que Emmanuel Roucouas, « Rapport entre 'moyens auxiliaires' de détermination du droit international », *Thesaurus Acroasium*, vol. 19 (1992), p. 263.

⁶³⁷ Entrée « determine », *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., 1989, IV, p. 550.

⁶³⁸ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

⁶³⁹ R. Y. Jennings, « General course on principles of international law », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 121, Leyde, Sijthoff, 1967, p. 341.

⁶⁴⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 78.

⁶⁴¹ P. Allott, « Language, Method and the Nature of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 45 (1971), p. 118.

⁶⁴² P. Tomka, « Article 38 du Statut de la CIJ : *incomplet* », *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 40.

343. Il semble que, par rapport aux trois alinéas précédents, à savoir a) à c), l'alinéa d) marque un changement de registre⁶⁴³. Les sources formelles de droit énoncées dans les trois premiers alinéas sont des sources, tandis que le dernier alinéa traite des « moyen[s] de détermination des règles de droit », c'est-à-dire de la preuve de leur existence et de leur contenu. Les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas à l'origine de règles de droit : on peut dire qu'elles n'ont un rôle à jouer qu'en aval, en vue d'aider à déterminer l'existence et l'interprétation des règles de droit⁶⁴⁴. En d'autres termes, toutes deux sont appliquées, mais uniquement pour établir l'existence d'une règle conventionnelle, d'une règle de droit coutumier, d'un principe général de droit ou d'une autre source d'obligation qui constitue le droit positif⁶⁴⁵.

H. Observations du Rapporteur spécial sur les éléments des moyens auxiliaires

344. Bien que le Rapporteur spécial ait l'intention, le cas échéant, de revenir dans des rapports ultérieurs sur certaines des questions susmentionnées, il souhaite pour l'instant formuler quelques observations provisoires fondées sur le texte et la pratique liés aux moyens auxiliaires.

345. Premièrement, comme le confirme le texte de l'Article 38, les moyens auxiliaires ne sont pas des sources, du moins pas formellement, au sens des trois premières sources énumérées dans l'Article. Comme l'a indiqué Rosenne, les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 sont le réservoir d'où peuvent être extraites les règles des alinéas a), b) et c)⁶⁴⁶. En ce sens, les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas des sources de droit en tant que telles. Il s'agit plutôt de « sources documentaires » qui indiquent où la Cour peut trouver des preuves de l'existence des règles qu'elle est tenue d'appliquer en vertu des trois autres alinéas⁶⁴⁷.

346. Cela dit, dans la pratique, comme nous l'avons montré plus haut, les juridictions, notamment la Cour internationale de Justice, s'appuient davantage sur leurs propres décisions judiciaires antérieures que sur la doctrine. Cela est naturel. En effet, point n'est besoin de réinventer la roue pour régler un nouveau différend. De fait, la jurisprudence antérieure est « fréquemment utilisée pour déterminer ou élucider une règle de droit, et non pour la créer de toutes pièces, c'est-à-dire non pas tant en qualité de précédent contraignant que comme influence persuasive » [traduction non officielle]⁶⁴⁸. Comme Lauterpacht l'a fait observer, « de nombreux actes de légifération judiciaire peuvent en fait être accomplis sous couvert de détermination du droit international coutumier »⁶⁴⁹. Et ce, malgré l'apparente limitation formelle

⁶⁴³ Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 414, Leyde, Sijthoff, 1967, p. 181.

⁶⁴⁴ Ibid.

⁶⁴⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 29.

⁶⁴⁶ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920-2005*, vol. III, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 1553. De plus en plus d'études empiriques clarifient la pratique de la CIJ et d'autres juridictions internationales. Voir, par exemple, Ridi, « The Shape and Structure of the 'Usable Past': An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication » [Forme et structure des usages du passé convocables : analyse empirique de l'utilisation du précédent dans les instances juridictionnelles internationales], *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, 2019, p. 200 ; et Alschner et Charlotin, « The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network » [Complexité croissante du réseau d'autocitation de la Cour internationale de Justice], *European Journal of International Law*, vol. 29, 2018, p. 83.

⁶⁴⁷ Pellet et Müller, « Article 38 », p. 854.

⁶⁴⁸ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1609.

⁶⁴⁹ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1958, p. 368.

découlant de l'Article 59, aux termes duquel les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il existe une certaine « ambiguïté quant au rôle de la Cour dans le développement du droit international : d'une part, le Statut exclut le fait de *stare decisis*, et de l'autre, il est admis que la Cour joue un rôle central dans le développement du droit international » [traduction non officielle]⁶⁵⁰. En effet, dans le cadre de la pratique, l'accumulation constante de précédents judiciaires crée ce qui constitue à présent un corpus substantiel de jurisprudence⁶⁵¹. Mais de surcroît, il en est résulté une modification judiciaire à la rigidité manifeste de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38⁶⁵². Cette conséquence s'est étendue à d'autres juridictions internationales.

347. Par leur recours à des décisions judiciaires antérieures, la Cour et d'autres juridictions ont influé sur l'élaboration de normes en leur sein et même en ce qui concerne les États⁶⁵³, ainsi que pour d'autres organes jouant un rôle dans la codification et le développement progressif du droit international comme l'Assemblée générale (laquelle a, par exemple, adopté les principes de Nuremberg sur la base des travaux de la Commission, reposant essentiellement sur le statut et le jugement d'un seul tribunal), la Commission elle-même (qui s'inspire largement des décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et les juridictions nationales⁶⁵⁴. Inversement, il y a « une exception à l'apparent mépris avec lequel la Cour traite la doctrine juridique, à savoir : ses arrêts et avis consultatifs, dans lesquels elle recourt de plus en plus aux travaux de la Commission du droit international pour interpréter les conventions de codification que celle-ci a élaborées, ou pour attester, en citant les projets d'article, l'existence de règles coutumières » [traduction non officielle]⁶⁵⁵.

348. La deuxième observation provisoire, liée au point précédent, fait apparaître que, sur le plan doctrinal, les deux sources auxiliaires que sont les décisions judiciaires et la doctrine sont mises sur un pied d'égalité à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Aucune distinction n'a été opérée entre les deux, puisque, au stade de la rédaction en 1920, on a estimé – à tout le moins certains membres du Comité consultatif de juristes – qu'elles pouvaient toutes deux servir de sources de preuve en vue d'élucider l'existence ou l'absence de règles de droit positif. Toutefois, puisqu'on ne cite guère la doctrine dans les décisions majoritaires, par rapport aux avis individuels, la pratique semble montrer que la doctrine a relativement moins d'importance que les décisions judiciaires. De fait, d'aucuns se sont demandé s'il convenait de mettre les deux sur le même plan⁶⁵⁶. Toutefois, bien que l'on puisse arguer de manière convaincante qu'il ne faudrait pas mettre sur le même pied les décisions judiciaires et la doctrine, Pellet observe à juste titre que, sur le plan intellectuel, cette critique se défend difficilement puisque, dans l'abstrait, les deux remplissent la même fonction en permettant d'établir le caractère juridique d'une règle donnée par le fait qu'elle relève de la source formelle du droit. En revanche, ces catégories ne sont certainement pas assimilables concrètement car, si la doctrine tient un rôle discret (mais probablement efficace) à cet égard, l'utilisation de la

⁶⁵⁰ Tladi, « The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law » [Rôle de la Cour internationale de Justice dans le développement du droit international], p. 70.

⁶⁵¹ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ Voir l'étude du Secrétariat, A/CN.4/759, observation 32, par. 137 et 138.

⁶⁵⁴ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1617.

⁶⁵⁵ Pellet et Müller, « Article 38 », in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, p. 792.

⁶⁵⁶ Voir Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », p. 496.

jurisprudence par la Cour dépasse largement, quant à elle, ce qu'implique l'expression « moyen auxiliaire »⁶⁵⁷.

349. Malgré les critiques formulées à l'encontre de l'Article 38, celui-ci a eu une influence incontestable sur le développement du droit international et du droit jurisprudentiel international⁶⁵⁸. Comme l'a expliqué Sørensen à propos de la concordance prétendue entre l'Article 38 et le droit international, il existe une convergence de vues de plus en plus importante à cet égard en vertu de l'existence même de l'Article 38 et de son autorité intrinsèque⁶⁵⁹.

350. Concernant cette question, enfin, le Rapporteur spécial souhaiterait connaître l'avis des membres de la Commission sur les incidences de ces observations provisoires et, en particulier, sur la relation entre les moyens auxiliaires et les sources principales de droit.

⁶⁵⁷ Pellet, « Article 38 », p. 784.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 69. Voir aussi Charles Rousseau, *Droit international public*, t. 1, Paris, Sirey, 1970, p. 59 ; Max Sørensen, *Les sources du droit international : étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 40.

⁶⁵⁹ Sørensen, *Les sources du droit international*, p. 40 : « la concordance prétendue entre cet article et le droit international commun s'est consolidée en vertu de l'existence même de l'Article 38 et de son autorité inhérente ».

IX

Autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

A. Le caractère non exhaustif de l'Article 38 conduit à s'interroger sur l'existence d'autres moyens auxiliaires

351. Comme il doit maintenant être bien établi, compte tenu des chapitres précédents, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ prévoit essentiellement que les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » doivent être appliquées « comme moyen[s] auxiliaire[s] de détermination des règles de droit ». Toutefois, ces moyens auxiliaires de détermination ne sont pas expressément limités aux décisions judiciaires et à la doctrine. De fait, comme on l'a vu à propos des travaux préparatoires, le paragraphe 1 de l'Article 38 est une instruction donnée à la Cour et non pas nécessairement une énumération exhaustive des sources du droit international.

352. L'Article 38 n'étant pas exhaustif, et n'ayant jamais visé à l'être, il convient dès lors de se demander quelles autres sources de droit pourraient être prises en compte. Une fois ces sources de droit recensées, il resterait à déterminer lesquelles s'apparentent aux sources formelles visées aux alinéas 1 a) à c) et lesquelles relèveraient des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1. Si certaines peuvent entrer dans cette dernière catégorie (celle des moyens auxiliaires), il convient de se demander ensuite si l'on peut considérer qu'elles entrent également dans le cadre du présent sujet.

353. Au moins deux points de vue sont possibles. On peut estimer d'une part que, pour que les travaux de la Commission sur la place des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit apportent davantage au droit international, il convient de se pencher de plus près sur les moyens auxiliaires qui ne sont pas expressément mentionnés dans le Statut de la CIJ. Ces moyens ne viennent pas de nulle part. Il s'agit de sources de droit concrètes qui se dégagent de la pratique des juridictions internationales, en particulier la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. On peut estimer d'autre part, même après avoir déterminé quels autres moyens auxiliaires sont invoqués par les États, que ceux qui ne sont pas expressément mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 pourraient être considérés comme n'entrant pas dans le champ du présent sujet.

354. D'une manière générale, compte tenu de l'analyse faite au chapitre III concernant la vision, étroite ou large, du champ du présent sujet, le Rapporteur spécial va maintenant, en toute transparence, exposer brièvement (par souci de concision) les raisons pour lesquelles d'autres moyens auxiliaires pourraient être utilisés aux fins de la détermination des règles de droit international. Dans le seul but de susciter des retours de la part des membres de la Commission, il va donc donner ci-après des données de base utiles qui devraient les aider à décider de la voie à suivre en ce qui concerne cette question importante. En attendant l'issue du débat sur cette question, et préférant donner d'abord l'occasion aux membres et aux États de la Sixième Commission de faire part de leurs réflexions, il n'a pas jugé opportun de formuler de projets de conclusion.

B. Le champ des autres moyens auxiliaires relevant des catégories établies

355. Différents types de sources mentionnées dans les œuvres de doctrine pourraient être considérées comme des sources supplémentaires de droit international. Cela ne devrait pas être surprenant étant donné le caractère du paragraphe 1 de l'Article 38. Les principaux exemples que l'on trouve dans ces ouvrages sont les actes unilatéraux, les résolutions ou décisions des organisations internationales, les accords entre les États et les entreprises internationales, le droit religieux (dont la charia et le droit islamique), l'equity et le droit « souple » (« soft law »)⁶⁶⁰. La question qui se pose est de savoir lesquels relèveraient de la catégorie des sources et, sur ce nombre, lesquels rempliraient suffisamment de critères pour entrer dans le champ du présent sujet. On peut y répondre en deux temps. On peut estimer dans un premier temps que la décision quant à ce qui fait qu'un moyen auxiliaire entre ou non dans le champ du paragraphe 1 de l'Article 38 dépend de l'interprétation plus ou moins large que l'on fait des termes « décisions judiciaires » et « doctrine ». Dans un second temps, tout dépendra de la mesure dans laquelle on souscrita à l'argument de Fitzmaurice, exposé au chapitre VI du présent rapport, selon lequel la piste des sources d'obligations est potentiellement plus prometteuse que celle des sources de droit pour ce qui est de déterminer les règles susceptibles d'être contraignantes pour les États en tant que sujets primaires du droit international.

356. Dans la première partie du présent rapport, les décisions judiciaires ont été définies comme étant les jugements et arrêts des juridictions internationales ainsi que les avis consultatifs et les ordonnances incidentes rendus dans le cadre des procédures. Elles comprennent également les décisions de juridictions nationales ou régionales portant sur des questions de droit international. « Doctrine » s'entend généralement des travaux de juristes, qu'ils soient publiés par ceux-ci à titre individuel ou, collectivement, en tant que groupes d'auteurs formant des groupes d'experts. Cela étant dit, il est généralement reconnu que les décisions judiciaires rendues par les juridictions nationales relèvent de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38⁶⁶¹. On a même parfois pu dire que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes d'une part, et les opinions individuelles ou dissidentes exprimées par les juges d'autre part, « converg[e]aient ou coïncid[aient] pratiquement »⁶⁶².

357. Les textes émanant d'organes habilités par les États ou, mieux encore, créés par les États, comme la Commission, devraient être considérés comme distincts de la « doctrine des publicistes ». Ces textes sont produits sous les auspices d'institutions officielles et peuvent résulter de la participation d'États ou de leurs représentants aux travaux en question, en quoi ils diffèrent de la « doctrine des publicistes »⁶⁶³. Bien entendu, malgré la qualité officielle dans laquelle leurs auteurs peuvent les publier, les écrits de spécialistes du droit ne sont pas des « décisions judiciaires ». Ils n'entrent donc pas dans ce volet du paragraphe 1 de l'Article 38. Puisqu'ils ne créent généralement pas de règles réputées contraignantes pour les États mais permettent parfois d'éclairer ou de déduire de telles règles et qu'ils ne sont pas publiés à l'occasion du jugement d'une affaire, ils pourraient être considérés comme des moyens auxiliaires de détermination de règles de droit international.

⁶⁶⁰ Thirlway, *The Sources of International Law* (2^e éd., Oxford University Press, 2019), p. 24 à 34.

⁶⁶¹ Voir, par exemple, Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 140, mais voir également Pellet et Müller, « Article 38 », in Andreas Zimmermann *et al.* (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3^e éd., 2019) p. 819 à la page 954.

⁶⁶² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 133.

⁶⁶³ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 38 et 39.

358. On lit dans le mémorandum de 1949 intitulé « Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international » que certains textes de la Commission du droit international « entreraient au moins dans la catégorie des écrits des publicistes les plus qualifiés, mentionnés par l'Article 38 », mais que « leur autorité serait beaucoup plus grande », en partie parce qu'ils bénéficieraient des « ressources des Nations Unies »⁶⁶⁴.

359. Dans son Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, le Rapporteur spécial mentionne les textes de la CDI dans le cadre de son analyse sur la « doctrine »⁶⁶⁵, ce qui n'est pas le cas dans le projet, ultérieur, de conclusions sur le droit international coutumier (adopté en première lecture)⁶⁶⁶. Il est bien dit dans les commentaires que les travaux de la Commission « méritent eux-mêmes une attention particulière » dans le contexte de la détermination du droit international coutumier⁶⁶⁷, mais il n'est pas question de ces travaux dans le projet de conclusion portant sur la doctrine des publicistes⁶⁶⁸. Certains auteurs soutiennent que les travaux de la CDI sont bel et bien des écrits doctrinaux⁶⁶⁹, d'autres sont d'avis contraire⁶⁷⁰. D'autres encore semblent incertains⁶⁷¹.

360. La Commission a son propre avis sur ses travaux. Compte tenu de son mandat, elle ne les considère pas comme des travaux de doctrine, et encore moins comme des décisions judiciaires. En revanche, elle leur attribue une certaine autorité. À cet égard, dans la cinquième partie des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, elle aborde la question dans le commentaire général⁶⁷². Elle y fait valoir son mandat (aider les États à développer progressivement et à codifier le droit international), sa qualité d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale, le caractère minutieux de ses méthodes de travail et la relation étroite qu'elle entretient avec l'Assemblée générale (même si, en définitive, le poids à accorder à ses travaux dépend de plusieurs autres facteurs).

⁶⁶⁴ Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international : Travail préparatoire conforme au paragraphe premier de l'article 18 du Statut de la Commission du droit international – Mémorandum du Secrétaire général, [A/CN.4/Rev.1](#), p. 17.

⁶⁶⁵ Michael Wood, Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, [A/CN.4/682](#), par. 55 à 67.

⁶⁶⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, chap. V, p. 111 et 112.

⁶⁶⁷ [A/73/10](#), p. 150.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 158.

⁶⁶⁹ Voir, par exemple, Michael Wood, « Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute) », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010). American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3^e éd. (Philadelphie: American Law Institute Publishers), p. 38 ; Fernando Lusa Bordin, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2004), p. 535, à la page 537.

⁶⁷⁰ G. Fitzmaurice, « The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law » in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973), p. 203, à la page 220.

⁶⁷¹ André Oraison, « L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la C.P.J.I. et de la C.I.J. », *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999) p. 205, à la page 208 ; J. Dugard et D. Tladi, « Sources of international law », in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa et Dire Tladi (dir.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5^e éd. (Afrique du Sud : Juta & Company Ltd., 2019), p. 28 à 48, aux pages 37 et 38 ; Borda, « A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals », p. 656 et 657.

⁶⁷² Conclusions sur la détermination du droit international coutumier, avec commentaires, [A/73/10](#), p. 150.

361. Il est indubitable que la Commission a un mandat particulier et produit divers types de documents, dont les rapports des rapporteurs spéciaux et des recommandations et conclusions. Le résultat final de ses délibérations, qu'on l'appelle « projets d'articles », « projets de principes » ou « projets de conclusions », se voit souvent attribuer une certaine autorité. Les rapports des rapporteurs spéciaux sont plus proches de la doctrine que les textes qu'elle adopte collectivement. Cependant, ces rapports sont produits sous les auspices d'une institution officielle, souvent sur le fondement d'un mandat au moins informel, ce qui peut, d'une certaine façon, les distinguer de la « doctrine des publicistes » à proprement parler⁶⁷³. Ils sont ensuite débattus par la Commission dans son ensemble et le résultat de ces discussions est communiqué aux États, qui peuvent à leur tour exprimer leur point de vue à son sujet.

362. Il existe de nombreux autres organes créés par les États, comme la CNUDCI et les organes créés en vertu de traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme (le Comité des droits de l'homme⁶⁷⁴, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels⁶⁷⁵, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁶⁷⁶, le Comité contre la torture⁶⁷⁷, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁶⁷⁸, le Comité des droits de l'enfant⁶⁷⁹, le Comité des travailleurs migrants⁶⁸⁰, le Comité des disparitions forcées⁶⁸¹ et le Comité des droits des personnes handicapées⁶⁸²). Ces organes d'experts remplissent toute une série de fonctions, notamment celle de donner des interprétations faisant autorité quant aux obligations imposées aux États par les instruments en question, par exemple dans des observations générales ou, dans certains cas, dans le cadre de l'examen des plaintes émanant de particuliers et déposées contre des États. Dans ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a estimé que les travaux de tels organes conventionnels « [pouvaient] donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32 » de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁸³.

363. Les titulaires de mandats au titre des procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme peuvent également être considérés comme des organes créés par les États, au nombre desquels s'ajoutent les organismes régionaux de codification du droit créés par les États ou des organisations internationales, comme le Comité juridique interaméricain, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et

⁶⁷³ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 39.

⁶⁷⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

⁶⁷⁵ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 171.

⁶⁷⁶ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 7 mars 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 1.

⁶⁷⁷ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85.

⁶⁷⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 1.

⁶⁷⁹ Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.

⁶⁸⁰ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (18 décembre 1990), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, p. 3.

⁶⁸¹ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, p. 3.

⁶⁸² Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.

⁶⁸³ A/73/10, p. 16.

d’Afrique, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public et la Commission de l’Union africaine sur le droit international.

364. Les textes produits par des organes privés, tels que l’Institut de droit international, doivent, eux, être considérés comme des textes de « doctrine »⁶⁸⁴.

365. Le CICR se présente comme une organisation « de nature hybride »⁶⁸⁵ : une « association privée » de droit suisse dont les « fonctions et... activités » sont néanmoins « prescrites par la communauté internationale des États »⁶⁸⁶. Les États ne jouent qu’un rôle limité, pour ne pas dire inexistant, dans l’élaboration de ses textes⁶⁸⁷. On pourrait, à titre de point de départ, estimer que les textes qu’il produit appartiennent à la catégorie de la « doctrine des publicistes »⁶⁸⁸. C’est le point de vue qu’a adopté la Cour d’appel anglaise dans l’affaire *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence*, où les juges ont conclu que « les opinions institutionnelles du CICR répondent également à la définition de la “doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations”, si bien qu’elles peuvent également être retenues comme une source auxiliaire [sur laquelle se fonder] pour la détermination des règles de droit international : Statut de la CIJ, article 38(1)(d)⁶⁸⁹ » [traduction non officielle].

366. Parmi les autres organes d’experts à caractère privé, on peut citer, outre l’Institut de droit international, l’Association de droit international, Harvard Research, l’American Law Institute et le TMC Asser Institute. Tous publient fréquemment différents types de textes, de même que, dans le cas de l’American Law Institute, d’anciennes reformulations du droit (« restatements ») faisant autorité sur divers sujets, y compris le droit international.

367. La Commission cite la plupart des organes susmentionnés dans ses travaux, comme indiqué de manière détaillée dans l’étude du secrétariat. Dans certains cas, elle s’est prévalu de leurs conclusions, dans d’autres, elle s’en est écartée. On trouve également des références aux écrits de ces organes dans les travaux des rapporteurs spéciaux. Ainsi, dans le Deuxième rapport sur les principes généraux du droit, on peut lire que « [d]’autres types de ressources, comme les textes issus d’initiatives de codification publiques et privées, ont également été utilisées pour déterminer l’existence et le contenu d’un principe commun aux systèmes juridiques nationaux⁶⁹⁰ ».

C. Autres moyens auxiliaires possibles

368. Comme on l’a dit plus haut, dans la pratique, différentes sources de droit peuvent être invoquées s’agissant de déterminer ce qui fait naître des obligations

⁶⁸⁴ Au paragraphe 5 du commentaire de la conclusion 14, les « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international » sont mentionnés dans l’analyse de ce qui constitue la « doctrine ».

⁶⁸⁵ Gabor Rona, « Le statut du CICR : dans une catégorie à part », CICR (17 février 2004) <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/5wwhdp.htm>.

⁶⁸⁶ Gabor Rona, « Le statut du CICR : dans une catégorie à part », CICR (17 février 2004) <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/5wwhdp.htm> ; Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 204 et 205.

⁶⁸⁷ Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 205.

⁶⁸⁸ Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar, 2012), p. 115.

⁶⁸⁹ *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, par. 171.

⁶⁹⁰ Commission du droit international, Deuxième rapport sur les principes généraux du droit, A/CN.4/741, p. 58, par. 180.

juridiques contraignantes pour les États en droit international. Pour ouvrir le débat sur cette question, deux des exemples les plus courants que l'on trouve dans les ouvrages doctrinaux sont brièvement examinés dans les paragraphes qui suivent, à savoir les actes unilatéraux des États, notamment les déclarations faites par les représentants de l'État qui sont susceptibles de créer des obligations juridiques, et les résolutions et décisions des organisations internationales. Ces actes et ces résolutions et décisions sont, les premiers comme les secondes, à l'origine d'obligations qui peuvent être reconnues comme telles, et le sont, dans les décisions judiciaires, lesquelles, comme indiqué précédemment dans le présent rapport, peuvent être vues comme des sources matérielles.

369. En ce qui concerne les actes unilatéraux, d'un point de vue théorique, ils peuvent être considérés soit comme une source primaire d'obligations pour les États, soit comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Ils peuvent, bien entendu, lier les États, comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires* en déclarant qu'« [i]l [était] reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques⁶⁹¹ ». Cet état de choses étant reconnu dans une décision de la Cour internationale de Justice, la question se pose de savoir si la décision elle-même peut être considérée comme le moyen auxiliaire de déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international.

370. Dans ses Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission le présuppose, le premier principe directeur partant du principe que « [d]es déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques⁶⁹² ». Ces déclarations étant juridiquement contraignantes, lorsque certaines conditions sont remplies, elles ne devraient pas être considérées comme un moyen auxiliaire. Le point de vue le plus admissible est probablement qu'elles ne relèvent tout simplement pas du champ d'application du paragraphe 1 de l'Article 38⁶⁹³. Le Rapporteur spécial estime de prime abord qu'elles n'ont peut-être pas leur place dans cette disposition du Statut de la CIJ. Elles pourraient même être considérées comme des « traités inchoatifs⁶⁹⁴ » ou, plus largement, comme des sources d'obligations juridiques dans certaines circonstances. Pourquoi, en tant que sources d'obligations juridiques contraignantes, devraient-elles être qualifiées de moyens auxiliaires plutôt que de sources primaires du droit international ? Il est difficile de le dire. Compte tenu des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, il n'est probablement pas nécessaire d'inclure ces possibles sources d'obligations de droit international pour les États dans la présente étude, qui porte sur un sujet différent.

371. Les dispositions des résolutions ou décisions adoptées par les organisations internationales ou les conférences intergouvernementales peuvent être contraignantes ou non contraignantes. Lorsque les dispositions des résolutions sont contraignantes, elles constituent des sources d'obligations contraignantes pour les États concernés. À cet égard, il est bien connu que certaines résolutions du Conseil de sécurité ont force obligatoire pour les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. Cela découle de l'application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et des Articles 24 et

⁶⁹¹ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêts, C. I. J. Recueil 1974, p. 253 et 457, par. 43 et 46. Voir également *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt, PCIJ, série A/B, n° 53, p. 22, 73.

⁶⁹² *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 169, par. 176.

⁶⁹³ Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 », in Andreas Zimmermann *et al.* (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3^e éd., 2019) p. 819, à la page 853.

⁶⁹⁴ Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 51.

25 de celle-ci, aux termes desquels les États Membres « conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité ». Il existe également des résolutions du Conseil de sécurité, comme celles prises sur le fondement du Chapitre VI de la Charte, qui, si elles ne sont pas contraignantes, peuvent produire d'autres effets juridiques. La qualification des résolutions comme contraignantes ou non contraignantes a des conséquences juridiques différentes pour les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et, en ce qui concerne les résolutions contraignantes, implique l'Article 103 de la Charte, qui dispose qu'en cas d'obligations contradictoires découlant de tout autre accord international, les obligations découlant de la Charte prévalent. Les résolutions du Conseil de sécurité ne sont pas des traitées, même si elles tirent leur pouvoir contraignant d'un traité⁶⁹⁵.

372. En tant qu'organe plénier de l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale peut adopter des résolutions sur diverses questions en vertu des Articles 10 à 14 de la Charte des Nations Unies. L'Article 10 l'habilite à « discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la présente Charte ou se rapportant aux pouvoirs et fonctions de l'un quelconque des organes prévus dans la présente Charte » et à « formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres de l'Organisation des Nations Unies, au Conseil de sécurité, ou aux Membres de l'Organisation et au Conseil de sécurité »⁶⁹⁶. L'Article 13 lui confère le pouvoir plus spécifique de « provoquer[r] des études et faire des recommandations en vue de », entre autres choses, « encourager le développement progressif du droit international et sa codification »⁶⁹⁷. À cette fin, par une résolution à laquelle était annexé le Statut, l'Assemblée générale a créé la Commission, mais l'Assemblée peut également mener ses propres travaux dans ce domaine, comme elle l'a fait dans le passé par l'intermédiaire de la Sixième Commission (Commission des questions juridiques).

373. Généralement, lorsque l'Assemblée générale a adopté des résolutions portant sur des questions générales de droit international, l'adhésion qu'elles ont rencontré dans cette instance universelle était le reflet des points de vue des États quant à la détermination de règles de droit international reconnues comme telles à la fois par la Cour internationale de Justice et par la Commission. Les principes de Nuremberg⁶⁹⁸, la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux⁶⁹⁹, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁷⁰⁰, la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique⁷⁰¹, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁷⁰² et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁷⁰³ sont ainsi autant de résolutions dites « normatives ».

374. Compte tenu de ce qui précède et de l'appréciation que la Commission a faite du rôle des résolutions dans le cadre d'autres sujets, la question se pose de savoir si l'on pourrait considérer (également) ces résolutions comme une sorte de moyen auxiliaire dès lors qu'on admet qu'une juridiction internationale puisse formuler une règle de droit international en reconnaissant dans un arrêt ou une décision la validité des opinions ou dispositions énoncées dans une résolution adoptée par un organe à

⁶⁹⁵ Pellet et Müller, « Article 38 », p. 857.

⁶⁹⁶ Nations Unies, *Charte des Nations Unies*, 1945, 1 UNTS XVI, Art. 10.

⁶⁹⁷ *Charte des Nations Unies*, Art. 13.

⁶⁹⁸ Résolution 95(I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946.

⁶⁹⁹ Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, 14 décembre 1960.

⁷⁰⁰ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, 24 octobre 1970.

⁷⁰¹ Résolution 1962 (XVIII) de l'Assemblée générale, 13 décembre 1963.

⁷⁰² Résolution 47/190 de l'Assemblée générale, 22 décembre 1992.

⁷⁰³ Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, 13 septembre 2007.

composition universelle. Si la résolution est considérée comme une source matérielle, à l'instar d'une décision judiciaire, on pourrait alors soutenir qu'il s'agit d'un moyen auxiliaire de détermination d'une règle de droit international. La Cour internationale de Justice s'est prononcée sur ces deux questions dans plusieurs affaires, et si la Commission décide de les analyser dans le cadre du présent sujet, ces décisions et avis, ainsi que les conclusions antérieures concernant d'autres sujets connexes, constitueront la base principale de notre examen.

D. Distinction entre les moyens auxiliaires et la preuve de l'existence de règles de droit international

375. S'il est décidé de traiter une des questions abordées ci-dessus, par exemple la place des résolutions des organisations internationales, ces moyens auxiliaires devront être distingués des sources qui servent de preuves de l'existence d'une règle ou des éléments d'une règle. Bien que cette question puisse être traitée dans un futur rapport, si nécessaire, il peut être utile de fixer un certain nombre de points à ce stade.

376. On peut recourir à une collection de traités pour démontrer l'existence d'un traité. Il serait erroné de qualifier une collection de traités de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. La collection de traités en tant que telle ne joue aucun rôle dans l'interprétation du traité. Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international sont utilisés pour le contenu, la qualité et la force des idées qu'ils expriment sur le droit. Ils peuvent, par exemple, aider à interpréter un traité.

377. Les résolutions non contraignantes et les documents similaires peuvent être utilisés comme preuve de l'existence d'une règle de droit coutumier ou d'un principe général du droit. Elle peuvent également être utilisées pour le contenu, la qualité et la force des idées qu'elles expriment quant à des principes généraux du droit. Dans le premier rapport sur ces principes, le Rapporteur spécial indiquait que, « pour déterminer l'existence d'un principe général de droit, il fa[llait] examiner attentivement les éléments susceptibles d'en attester la reconnaissance⁷⁰⁴ ». Dans le deuxième rapport, il constatait que « [d]'autres types de ressources » (que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes), « comme les textes issus d'initiatives de codification publiques et privées, [avaient] également été utilisées pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe commun aux systèmes juridiques nationaux »⁷⁰⁵.

378. On peut dire, pour conclure cette section, que la définition des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit dépend non seulement d'une typologie d'instruments mais aussi de l'application de ces instruments dans tel ou tel cas. Toute source ou tout instrument ou texte, contraignant ou non, susceptible d'inspirer des arguments juridiques peut être utilisé comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit dans un cas donné. En même temps, on peut choisir d'invoquer plutôt comme preuve de l'existence de règles de droit international un instrument qui pourrait être utilisé comme moyen auxiliaire.

⁷⁰⁴ Marcelo Vazquez-Bermudez, Premier rapport sur les principes généraux du droit (5 avril 2019), A/CN.4/732, p. 50, par. 165.

⁷⁰⁵ Marcelo Vazquez-Bermudez, Deuxième rapport sur les principes généraux du droit (9 avril 2022), A/CN.4/741, p. 58, par. 180.

E. Questions de poids

379. Les moyens auxiliaires ont des degrés divers de « poids » ou d'« autorité », notamment d'un système à un autre, un moyen auxiliaire pouvant avoir des poids différents en fonction des contextes. Ainsi, les décisions d'une juridiction internationale revêtent généralement une grande importance pour cette juridiction, mais sont moins importantes pour une autre, qui pourra donner la priorité à ses propres décisions. C'est également ce que l'on constate dans la pratique de la Commission.

380. Le poids des « autres » moyens auxiliaires peut dépendre du soin et de l'objectivité avec lesquels ces écrits sont rédigés. C'est ce qui ressort des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, notamment de l'examen de la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international », ainsi que de « la mesure dans laquelle le texte vise à établir le droit existant »⁷⁰⁶. La Commission a également avancé que les textes issus de ses propres travaux « mérit[ai]ent eux-mêmes une attention particulière », en partie en raison du « caractère minutieux de ses procédures »⁷⁰⁷, mais que le « poids » à leur accorder dépendait en partie des « sources sur lesquelles [elle] s'[était] fond[ée] »⁷⁰⁸. Ce « poids » dépend également de « l'état d'avancement [des] travaux »⁷⁰⁹, ce que l'on peut interpréter comme signifiant qu'aux derniers stades desdits travaux, la rédaction est plus minutieuse. Dans certains de ses avis, la Cour internationale de Justice semble considérer que la « qualité » intervient dans le poids de la doctrine⁷¹⁰. Il peut en aller de même pour d'autres moyens auxiliaires. La qualité semble être l'une des raisons pour lesquelles les travaux de la Commission sont jugés importants pour la Cour internationale de Justice, car ils sont le fruit d'un processus de rédaction rigoureux⁷¹¹. Pour Bordin, la rigueur du travail de rédaction peut « créer une présomption en faveur du point de vue adopté dans la codification du droit non législatif⁷¹² » [traduction non officielle].

381. Le degré de compétence des personnes qui participent à la rédaction d'un texte peut également entrer en ligne de compte dans le poids accordé à celui-ci⁷¹³. Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission le mentionne parmi les éléments qui influent sur la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international »⁷¹⁴, ce dont certains juges de la Cour internationale de Justice ont tenu compte dans l'application de la doctrine des publicistes⁷¹⁵. C'est là une autre raison pour laquelle les travaux de la Commission sont jugés importants, car ses membres doivent être des personnes « possédant une compétence reconnue en matière de droit international⁷¹⁶ ». Pour Bordin, l'identité des auteurs peut également « créer

⁷⁰⁶ Par. 5 du commentaire de la conclusion 14. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159 et 160.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 150.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 110 et 114.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 87 et 88.

⁷¹² Fernando Lusa Bordin, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), p. 535, à la page 560.

⁷¹³ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 129.

⁷¹⁴ Par. 5 du commentaire de la conclusion 14. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159 et 160.

⁷¹⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 107 à 110.

⁷¹⁶ CDI, Statut de la Commission du droit international, 1947, paragraphe 1 de l'article 2.

une présomption en faveur du point de vue adopté dans la codification du droit non législatif⁷¹⁷ ».

382. Un autre élément peut peut-être être pris en considération : le moyen auxiliaire s'inscrit-il bien dans le cadre du mandat de l'institution ? Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission mentionne le « mandat » parmi les éléments qui influent sur la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international »⁷¹⁸. Dans le même document, elle avance que les textes issus de ses travaux « méritent eux-mêmes une attention particulière », notamment en raison de son « mandat unique ». Les moyens auxiliaires sont souvent produits par des organisations mandatées par les États. Un moyen auxiliaire qui s'inscrit parfaitement dans le cadre d'un tel mandat peut avoir plus de poids qu'un moyen qui ne s'y inscrit pas. Certaines institutions ont un mandat général, comme la Commission, qui est habilitée à développer et à codifier « le droit international », qu'il s'agisse de droit international public ou de droit international privé⁷¹⁹. D'autres institutions peuvent avoir un mandat plus étroit et plus spécialisé. Le fait que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Diallo*, ait estimé « devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par » le Comité des droits de l'homme, qui s'inscrivait dans le cadre étroit du mandat du Comité⁷²⁰, va dans ce sens. Dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, en revanche, la Cour a « examiné attentivement la position du Comité de la CIEDR », mais ne l'a pas suivie⁷²¹.

383. L'adhésion qu'emporte ou non un moyen auxiliaire peut également compter. Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission mentionne le « soutien... au sein de l'organe » comme un élément influençant la « valeur » des « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international »⁷²². Les juges de la Cour internationale de Justice semblent considérer que cet élément entre en ligne de compte dans le poids à accorder à la doctrine des publicistes⁷²³. L'unanimité que suscite une décision judiciaire peut avoir une incidence sur le poids accordé à cette décision⁷²⁴. Pour ce qui est des autres moyens auxiliaires, les résolutions des organisations internationales sont généralement adoptées par les États moyennant une mise aux voix, lors de laquelle ceux-ci votent pour ou contre ou s'abstiennent. Une résolution ayant recueilli moins de votes contre ou d'abstentions devrait avoir relativement plus de poids. Une forte adhésion peut être particulièrement importante si les parties ayant des opinions concordantes représentent des régions géographiques ou des cultures différentes⁷²⁵. Pour Bordin, la « représentation » est également de

⁷¹⁷ Voir Bordin, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law ».

⁷¹⁸ Par. 5 du commentaire de la conclusion 14. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159 et 160.

⁷¹⁹ CDI, Statut de la Commission du droit international, 1947, paragraphe 1 de l'article premier.

⁷²⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, par. 66.

⁷²¹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 71, par. 101.

⁷²² Par. 5 du commentaire de la conclusion 14. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159 et 160.

⁷²³ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 120 à 123.

⁷²⁴ Voir, par exemple, Daniel Naurin et Øyvind Stiansen, « The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary », *Comparative Political Studies*, vol. 53 (2020), p. 959 à la page 960.

⁷²⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 122 et 123.

nature à « créer une présomption en faveur du point de vue adopté dans la codification du droit non législatif »⁷²⁶.

384. Un élément connexe qui est susceptible d'avoir une influence sur la « valeur » accordée aux « textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international » est également mentionné dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Il s'agit de « l'accueil qui [leur] a été réservé par les États et d'autres entités », c'est-à-dire l'adhésion qu'ils suscitent *en dehors* de l'organe concerné⁷²⁷. La Commission indique que les textes issus de ses travaux « méritent eux-mêmes une attention particulière », notamment en raison de « l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États », mais que leur valeur dépend « surtout, [de] la réaction des États » aux produits obtenus⁷²⁸.

385. Ce qui précède donne à penser que les éléments d'appréciation du poids à accorder aux moyens auxiliaires qui ne relèvent pas du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ peuvent être les mêmes que pour les moyens auxiliaires qui en relèvent. Le paragraphe 1 de l'Article 38 n'est pas exhaustif, mais il importe peu, en définitive, de savoir quels textes en relèvent et quels textes n'en relèvent pas. La même opération doit être effectuée dans les deux cas. Une des questions évoquées ci-dessus mériterait un examen plus approfondi, là encore s'il est décidé d'inclure dans les travaux les moyens auxiliaires qui ne sont pas expressément mentionnés dans le Statut de la CIJ. Il appartiendra à la Commission de prendre cette décision si ses membres sont favorables à leur examen dans le cadre du présent sujet. Le Rapporteur spécial estime qu'il semble y avoir d'indéniables raisons de traiter les résolutions et, à l'inverse, de nombreuses raisons de ne pas traiter les actes unilatéraux susceptibles de créer des obligations juridiques contraignantes, lesquels ont, après tout, déjà été traités par la Commission dans un autre sujet.

⁷²⁶ Bordin, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law », p. 560.

⁷²⁷ Par. 5 du commentaire de la conclusion 14. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 159 et 160.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 150.

X

Conclusion et suite des travaux

386. À l'issue de l'analyse approfondie menée dans les différents chapitres de ce premier rapport, fondée sur l'examen de la pratique et des textes les plus pertinents de la vaste littérature sur le sujet, le Rapporteur spécial est heureux de pouvoir présenter aujourd'hui à la Commission qui les examinera les projets de conclusion dont le texte suit :

Projet de conclusion 1

Objet

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

Projet de conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit

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

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

Projet de conclusion 3

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

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

Projet de conclusion 4

Décisions de juridictions

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

Projet de conclusion 5

Doctrines

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

387. Concernant la suite à donner à l'examen du sujet, qui dépendra également de l'avancement réel des travaux et de la décision qui aura été prise concernant le champ d'application du sujet comme indiqué dans les chapitres précédents (en particulier les chapitres III et IX), le Rapporteur spécial propose à la Commission d'adopter le programme de travail ci-après.

388. Dans le deuxième rapport, qui sera présenté en 2024, le Rapporteur spécial reviendra sur la question de la fonction des moyens auxiliaires en s'intéressant en particulier aux décisions judiciaires et aux relations qu'elles entretiennent avec les sources primaires du droit international, à savoir les traités, le droit international coutumier et les principes généraux de droit.

389. Dans le troisième rapport, qui sera présenté en 2025, le Rapporteur spécial s'intéressera à la doctrine et, le cas échéant, aux autres moyens auxiliaires, en analysant notamment le rôle que peut jouer, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, non seulement la production des publicistes, mais également les textes émanant des organes créés ou mandatés par les États, des organes d'experts à caractère privé, des organismes régionaux et des autres organismes de codification. On abordera également dans ce troisième rapport les diverses questions qui auront été soulevées lors des débats à la Commission ou dans les commentaires des États. Le rapport donnera enfin l'occasion de revenir sur les projets de conclusion déjà adoptés en vue d'en renforcer la cohérence d'ensemble.

390. Si le calendrier proposé ci-dessus est respecté, la première lecture de l'ensemble du projet de conclusions pourrait être achevée en 2025 et, compte tenu du délai d'un an habituellement donné aux États et aux autres parties pour présenter leurs observations écrites, la deuxième lecture pourrait l'être en 2027.

Annexe

Projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial

Projet de conclusion 1

Objet

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

Projet de conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit

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

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

Projet de conclusion 3

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

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

Projet de conclusion 4

Décisions de juridictions

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

Projet de conclusion 5

Doctrine

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