



Assemblée générale

Distr. générale
30 janvier 2024
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-quinzième session

Genève, 29 avril-31 mai et 1^{er} juillet-2 août 2024

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

Établi par Charles Chernor Jalloh, Rapporteur spécial**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
A. Ajout du sujet au programme de travail	3
B. Objet et structure du présent rapport	4
II. Point des travaux sur le sujet	5
A. Premier rapport du Rapporteur spécial et premier débat plénier de la Commission	5
B. Débat tenu à la Sixième Commission	9
C. Questions soulevées lors des débats et voie à suivre	18
III. Fonctions des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international	20
A. Discussions antérieures sur la question des fonctions	20
B. Vues de la Commission et de la Sixième Commission sur les fonctions des moyens auxiliaires	23
C. Nature subsidiaire et fonction des moyens auxiliaires	25
D. L'historique de rédaction confirme la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires	27

* Nouveau tirage pour raisons techniques (22 avril 2024).

** Le Rapporteur spécial tient à remercier ses assistants de recherche, Clea Strydom et Adam Weiss, pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans la compilation des documents, l'établissement des notes de bas de page ainsi que la correction et la vérification des citations. Il adresse ses remerciements à la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, en particulier à Huw Llewellyn et à Paola Patarroyo, pour le formidable travail qu'ils ont accompli et les sacrifices personnels qu'ils ont consentis dans l'élaboration de la volumineuse étude du Secrétariat sur le présent sujet pour la présente session de la Commission.



E.	La pratique de la Cour internationale de Justice et autres juridictions internationales confirme la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires.	29
F.	La pratique des juridictions nationales atteste de la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires	34
G.	La doctrine confirme la nature subsidiaire des moyens auxiliaires	39
H.	Observations du Rapporteur spécial sur la nature subsidiaire des moyens auxiliaires . . .	40
I.	Projet de conclusion proposé	41
IV.	Nature générale du précédent dans les décisions des juridictions nationales et internationales	42
A.	Définition du précédent et approche retenue dans les systèmes de <i>common law</i> et de droit romano-germanique	42
B.	L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et sa relation avec l'Article 59	46
C.	L'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, la notion de précédent et le lien avec les droits des États tiers.	48
D.	Les décisions de la Cour internationale de Justice ne sont obligatoires que pour les parties en litige	52
E.	Lien entre l'Article 59 et l'Article 61 du Statut de la Cour internationale de Justice concernant le caractère définitif des arrêts (autorité de la chose jugée)	59
F.	Observations relatives à la pratique suivie par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice en matière de précédent.	63
G.	L'approche du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent	64
H.	Observations relatives à la pratique du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent	71
I.	Projets de conclusion proposés.	72
V.	Programme de travail futur sur le sujet	72
Annexes		
I.	Projets de conclusion adoptés provisoirement par la Commission lors de sa soixante-quatorzième session	73
II.	Projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction lors de la soixante-quatorzième session de la Commission.	74
III.	Projets de conclusion proposés dans le présent rapport.	75

I. Introduction

A. Ajout du sujet au programme de travail

1. À sa soixante-douzième session en 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. Par sa résolution 76/111², 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 terme³.

2. À sa soixante-treizième session en 2022, compte tenu de l'intérêt du sujet, de la place libérée dans le programme de travail et de la réaction positive des États, la Commission a décidé⁴ d'inscrire le sujet à son programme de travail actuel et nommé M. Charles Chernor Jalloh Rapporteur spécial sur le sujet⁵.

3. À la même session, la Commission a également demandé aux États de communiquer des informations sur leurs pratiques⁶ et au Secrétariat d'établir deux études⁷. Dans la première étude, qui a été soumise à la soixante-quatorzième session de la Commission en 2023, le Secrétariat a recensé les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du présent sujet. Dans la seconde, qui doit être présentée en amont de la soixante-quinzième session de la Commission en 2024, le Secrétariat doit examiner la jurisprudence pertinente des juridictions internationales et autres organes et recenser les éléments de leurs pratiques susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du présent sujet.

4. Lors du débat tenu à la Sixième Commission à la soixante-dix-septième session de l'Assemblée générale en 2022, les États ont accueilli favorablement le projet de la Commission d'examiner les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Dans sa résolution 77/103 du 7 décembre 2022, l'Assemblée a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail actuel⁸. Elle a également invité les États à faire parvenir à la Commission leurs observations sur les divers aspects des sujets inscrits à son programme de travail et en particulier sur tous les points mentionnés au chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-treizième session en 2022, notamment en ce qui concerne les « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international »⁹.

5. À sa soixante-quatorzième session en 2023, la Commission a tenu un débat général sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial¹⁰. En sus du premier rapport établi par le Rapporteur spécial, la Commission a également examiné la première étude préparée par le Secrétariat, dans laquelle sont recensés les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui sont susceptibles d'être particulièrement utiles aux fins de l'étude du présent sujet¹¹.

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

² Résolution 76/111 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2021, par. 5.

³ Ibid.

⁴ A/CN.4/SR.3583, p. 8.

⁵ Ibid.

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 29.

⁷ Ibid., par. 245.

⁸ Résolution 77/103 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2022, par. 7.

⁹ Ibid., par. 5.

¹⁰ A/CN.4/760.

¹¹ A/CN.4/759.

6. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a annoncé que son deuxième rapport aurait pour objet la fonction des moyens auxiliaires. Il a expliqué que les propos porteraient sur les décisions judiciaires et notamment sur leurs relations avec les sources du droit international que sont les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit¹². Il a également évoqué la possibilité d'examiner également la question de l'unité et de la cohérence du droit international au regard des divergences de jurisprudence entre différentes juridictions. Ces propositions ont reçu l'appui général des membres de la Commission lors du premier débat plénier sur le sujet¹³. Ce soutien se reflète en définitive dans le calendrier provisoire des travaux de la Commission pour le reste du quinquennat, lequel figure dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-quatorzième session en 2023¹⁴.

B. Objet et structure du présent rapport

7. Le présent rapport, qui s'inscrit dans le prolongement du premier rapport et des travaux accomplis jusqu'à présent sur le sujet, est organisé comme suit. Après le présent chapitre, qui sert d'introduction, le Rapporteur spécial retrace au chapitre II les discussions menées jusqu'ici sur le sujet. Il commence par un bref résumé des conclusions issues du débat au sein de la Commission avant de donner un résumé détaillé du débat tenu à la Sixième Commission. Il aborde ensuite quatre questions soulevées lors des débats et propose une marche à suivre.

8. Au chapitre III, le Rapporteur spécial revient sur la nature et la fonction des moyens auxiliaires en se concentrant sur les décisions judiciaires comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Dans le droit fil des travaux antérieurs de la Commission sur les sujets passés et présents, on fait valoir que la fonction principale des moyens auxiliaires est de nature subsidiaire. L'analyse du texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, de l'historique de sa rédaction et de la pratique s'y rapportant vient confirmer que tant les juridictions internationales et nationales que la doctrine attribuent une fonction subsidiaire aux moyens auxiliaires. Il existe naturellement certaines fonctions plus spécifiques des décisions judiciaires, de la doctrine et autres moyens auxiliaires qui ont une incidence sur leur relation avec les sources du droit international, telles que l'interaction entre les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et les moyens complémentaires d'interprétation énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵, dont l'examen est réservé à un rapport ultérieur.

9. Dans le deuxième chapitre de fond, à savoir le chapitre IV, le Rapporteur spécial analyse le lien entre l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice dans la mesure où les moyens auxiliaires mentionnés dans la première disposition sont expressément soumis à la seconde, aux termes de laquelle la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Cette disposition a suscité beaucoup de débats et de confusion quant à l'existence ou non de précédents obligatoires en droit international. Le Rapporteur spécial présente d'abord une brève comparaison des conceptions civilistes et de *common law* de la notion de précédent dans les décisions judiciaires nationales. Il analyse ensuite la question des précédents en droit international dans le cadre de la Cour internationale de Justice, en mettant l'accent sur des éléments de la

¹² A/CN.4/760, par. 388.

¹³ Ibid., par. 50.

¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 261.

¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

pratique concernant l'Article 59, y compris en ce qui concerne ce que cette disposition vise à réaliser en protégeant ou en préservant les droits des tiers. Enfin, il examine brièvement plusieurs exemples de la manière dont le Tribunal international du droit de la mer, qui, à l'instar de la Cour, règle également des différends entre États et rend des avis consultatifs, aborde les précédents avant de tirer des conclusions.

10. Dans sa deuxième étude¹⁶, le Secrétariat passe en revue les décisions des juridictions internationales, y compris des tribunaux arbitraux, ainsi que les décisions d'autres organes. Il fournit de nombreuses informations sur la pratique réelle d'un large éventail d'organes en ce qui concerne a) les fonctions des moyens auxiliaires et b) l'utilisation des précédents pour trancher les questions de procédure et de fond. Cette étude comprend de nombreux exemples de la manière dont les tribunaux arbitraux, les juridictions pénales internationales (ad hoc et permanentes), ainsi que d'autres organes interprètent les moyens auxiliaires et abordent concrètement la question du précédent. S'il existe quelques nuances, par exemple l'application par les juridictions internationales d'un système de précédents obligatoires doté d'une hiérarchie interne, comme à la Cour pénale internationale, la conclusion générale est qu'il n'y a pas, en droit international, de système formel de précédents obligatoires dans le jugement des litiges entre États par des organes permanents ou ad hoc. Le Rapporteur spécial salue vivement la deuxième étude du Secrétariat, qui constitue un recueil précieux de la pratique des tribunaux en ce qui concerne les deux aspects fondamentaux du présent sujet abordés dans le présent rapport.

11. Dans la dernière partie du rapport, le chapitre V, le Rapporteur spécial aborde le programme de travail futur sur le sujet. Il rappelle sa position de l'année dernière, selon laquelle le programme « provisoire » proposé est susceptible d'évoluer en fonction de l'avancement réel des travaux sur le sujet¹⁷. Conformément à cette position souple, qui vise à répondre aux besoins scientifiques et autres du sujet, et en fonction de l'issue du débat et des progrès effectivement réalisés au cours de la soixante-quinzième session en 2024, il pourra être amené à proposer certains ajustements au programme de travail provisoire dans son prochain rapport.

12. Par commodité, les conclusions adoptées à titre provisoire par la Commission à sa soixante-quatorzième session en 2023, ainsi que les projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, sont annexés au présent rapport (annexes I et II). Elles sont suivies des trois nouveaux projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans le présent rapport (annexe III).

II. Point des travaux sur le sujet

A. Premier rapport du Rapporteur spécial et premier débat plénier de la Commission

13. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a recensé les principales questions soulevées par les travaux de la Commission sur le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international¹⁸. Il a également analysé l'accueil généralement positif réservé au sujet par les États, tel qu'exprimé au sein de la Sixième Commission au cours de deux sessions successives de l'Assemblée générale en 2021¹⁹ et 2022²⁰. Il a abordé les questions de méthodologie, fondées sur la pratique des États et des juridictions. Il a examiné les travaux antérieurs de la

¹⁶ [A/CN.4/765](#).

¹⁷ [A/CN.4/760](#), par. 387.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, chap. II, sect. A.

²⁰ *Ibid.*, sect. B.

Commission sur le sujet, les fondements théoriques et la nature des moyens auxiliaires ainsi que leur lien avec les sources du droit international, les caractérisant de sources matérielles du droit par distinction avec les sources formelles. En outre, il a procédé à une analyse détaillée du texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, de l'historique de sa rédaction et de la pratique s'y rapportant.

14. En ce qui concerne la substance des moyens auxiliaires, le Rapporteur spécial a analysé les principaux aspects du sujet, en prenant comme point de départ l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui qualifie expressément les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Toutefois, étant donné, d'une part, que rien dans le texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ou dans l'historique de sa rédaction n'indique que la disposition a un caractère exhaustif et, d'autre part, que la pratique contemporaine fait déjà largement appel à des moyens supplémentaires de détermination des règles du droit international, il a examiné plusieurs autres moyens auxiliaires potentiels susceptibles d'être étudiés plus avant dans le cadre du présent sujet. Il a notamment procédé à une évaluation préliminaire des actes et déclarations unilatérales des États, des résolutions et décisions des organisations internationales, des accords entre États et entreprises internationales, du droit religieux et des travaux d'organes d'experts à caractère public ou privé.

15. Le Rapporteur spécial a proposé que, dans le droit fil du plan d'étude approuvé et de l'approche suivie par la Commission lors de l'étude de précédents sujets liés aux sources, le résultat final des travaux prenne la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires. Il a également proposé de préciser la valeur normative du projet de conclusions comme résultat final des travaux sur le sujet. À cet égard, il a expliqué dans son premier rapport que, s'il n'existait pas encore de définition unique de « projet de conclusions » dans la pratique de la Commission, le résultat final des travaux étant nécessairement dicté par les besoins propres au sujet considéré, sa caractéristique essentielle était néanmoins claire : le but est de clarifier le droit au regard de la pratique actuelle. Ainsi, conformément au Statut et à la pratique générale de la Commission, la teneur des conclusions comme résultat final des travaux sur le sujet tiendrait principalement de la codification tout en comportant éventuellement quelques éléments de développement progressif du droit international.

16. En définitive, au vu de l'analyse détaillée présentée dans son premier rapport et compte tenu des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, le Rapporteur spécial a proposé cinq projets de conclusion. Le premier porte sur le champ du sujet, le deuxième sur les catégories de moyens auxiliaires, le troisième sur les critères d'appréciation des moyens auxiliaires, le quatrième sur les décisions de juridictions et le cinquième sur la doctrine.

17. Le Rapporteur spécial a en outre proposé un programme de travail provisoire pour le sujet. Ce programme prévoit l'établissement successif de trois rapports de fond, le deuxième portant sur les décisions judiciaires et le troisième ayant pour objet la doctrine et les autres moyens auxiliaires. L'objectif, à supposer que le calendrier proposé soit tenu, est de pouvoir procéder à la première lecture de l'ensemble des conclusions et des commentaires s'y rapportant en 2025, puis à la seconde lecture en 2027 après avoir reçu les observations des États. Néanmoins, le Rapporteur spécial a également souligné dans son premier rapport que le calendrier préliminaire n'était pas un carcan et pourrait évoluer en fonction de l'avancement réel des travaux et des besoins scientifiques ou autres du sujet.

18. Lors du premier débat en plénière sur le sujet, le premier rapport a été bien accueilli par la plupart des membres de la Commission, qui ont félicité le Rapporteur

spécial pour le caractère rigoureux, équilibré et exhaustif du rapport, même si certains ont regretté que le rapport ne soit pas plus court. En raison des limites imposées au présent rapport, il n'y a pas lieu de résumer ici le premier débat plénier. En tout état de cause, si le débat s'est focalisé sur les deux conclusions pour lesquelles les commentaires restaient à élaborer, les principales tendances du premier débat plénier sur le sujet des moyens auxiliaires semblent être bien retranscrites dans le rapport que la Commission a présenté à l'Assemblée générale en 2023²¹.

19. À la fin du premier débat en plénière, qui a suscité le vif intérêt de la quasi-totalité des membres de la Commission, le Rapporteur spécial a résumé le riche débat et relevé l'existence d'un fort consensus sur la portée et l'orientation générales du sujet²². Ses conclusions peuvent se résumer comme suit.

20. Premièrement, les membres de la Commission se sont accordés sur l'importance et l'intérêt pratique du sujet des moyens auxiliaires, certains soulignant que le texte de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et la pratique correspondante constituaient le point de départ des travaux actuels et que la présente étude offrait à la Commission l'occasion de mener à bien ses travaux sur la dernière partie de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, qui concerne les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

21. Deuxièmement, les membres de la Commission se sont accordés pour dire que, sans être des sources de droit international en soi, les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 jouent en pratique un rôle subsidiaire important dans la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

22. Troisièmement, s'agissant de la méthodologie des travaux sur le sujet, un consensus s'est dégagé pour que la Commission suive sa méthode habituelle en examinant la pratique des États, en particulier de leurs organes judiciaires, ainsi que celle des juridictions internationales et autres. Dans le même ordre d'idées, il a été convenu que, par souci de cohérence, la Commission devrait prendre appui sur ses travaux antérieurs relatifs aux moyens auxiliaires et éviter de rouvrir des questions déjà réglées. Naturellement, cette décision ne préjuge pas d'un examen complet des questions relatives au sujet précis des moyens auxiliaires. D'autant plus que, dans les travaux antérieurs, les moyens auxiliaires étaient traités comme des éléments secondaires et non comme l'objet principal de l'étude.

23. Quatrièmement, un large consensus s'est dégagé parmi les membres de la Commission pour que l'étude soit articulée autour de trois axes principaux. Le premier axe principal porterait sur l'origine, la nature et le champ d'application des moyens auxiliaires. À cet égard, les membres ont unanimement soutenu les deux catégories traditionnelles de moyens auxiliaires énoncées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. De même, les membres ont été généralement d'accord pour dire que la réflexion devait se poursuivre sur le poids des moyens auxiliaires.

24. Le deuxième axe principal porterait sur la fonction des moyens auxiliaires et sur le lien entre les moyens auxiliaires et les sources du droit international que sont les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. La fonction principale des moyens auxiliaires, conformément aux travaux antérieurs de la Commission, est subsidiaire ou secondaire par nature, comme le confirment les

²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*.

²² *Ibid.*, par. 84 à 98.

différentes versions linguistiques officielles du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. À cet égard, les membres ont largement convenu qu'il serait utile de clarifier davantage la fonction des moyens auxiliaires, laquelle, au regard de la formulation des « moyens auxiliaires » à l'alinéa du paragraphe 1 de l'Article 38 dans les autres langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, semble consister principalement à aider à déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international qui se trouvent dans les sources du droit international.

25. Le troisième axe principal porterait sur la troisième catégorie de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Dans la mesure où les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas, dans la pratique, les seuls moyens auxiliaires consultables, les membres ont largement convenu que la Commission devrait préciser les autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

26. Quant à savoir quels moyens auxiliaires spécifiques pourraient entrer dans la troisième catégorie convenue, les avis sont plus partagés. La plupart des membres ont soutenu l'analyse approfondie de certaines résolutions et décisions d'organisations internationales et des travaux d'organismes d'experts privés et publics. Certains de ces membres ont demandé instamment que ces catégories soient expressément reconnues, y compris dans des conclusions spécifiques. Un certain nombre d'autres membres ont exprimé des doutes quant à cette dernière approche, tandis que d'autres se sont déclarés ouverts sur ce point. Seule une poignée de membres s'est déclarée favorable à ce que l'on approfondisse l'analyse des actes unilatéraux susceptibles de créer des obligations juridiques, tandis que la plupart des autres membres s'y sont opposés avec le Rapporteur spécial, tous les membres sauf un étant en faveur de l'exclusion du droit religieux. Aucun membre ne s'est prononcé pour un examen plus approfondi des accords entre les États et les entreprises multinationales.

27. Cinquièmement, en ce qui concerne la question de l'unité et de la cohérence du droit international, ou, comme on l'appelle parfois, de la fragmentation du droit international, il a été largement admis que la Commission pourrait apporter une valeur ajoutée en examinant cette question dans le cadre des travaux sur le sujet. Un certain nombre de membres se sont exprimés en sens contraire. Si l'étude de cet aspect du sujet semble jouir d'un fort appui au sein de la Commission, qui a le dernier mot en la matière, le Rapporteur spécial a néanmoins proposé que les États à la Sixième Commission aient tout de même la possibilité de présenter des observations afin que leurs importants points de vue soient pris en compte.

28. Sixièmement, les membres de la Commission ont apporté un très large soutien à la forme finale des travaux sur le sujet. Il a été convenu que les travaux prendraient la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires, le but premier étant de clarifier le droit au regard de la pratique actuelle.

29. Septièmement, dans le cadre de la contribution de la Commission à l'étude des moyens auxiliaires, un consensus s'est dégagé parmi les membres en faveur de l'élaboration d'une bibliographie multilingue, qui serait aussi représentative que possible des différentes régions, systèmes juridiques et langues du monde. Pour assurer une plus grande représentativité, le Rapporteur spécial, dans son résumé, a invité les membres de la Commission et les États à présenter des contributions à la bibliographie multilingue devant être établie vers la fin de la première lecture des projets de conclusion.

30. À la suite du résumé du premier débat plénier présenté par le Rapporteur spécial, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les cinq projets de conclusion figurant dans le premier rapport, compte tenu des avis exprimés lors du

débat en plénière²³. Le Comité de rédaction a tenu un certain nombre de réunions sur le sujet et avait établi la version définitive des trois premiers projets de conclusion à la fin de la première moitié de la session. L'examen des deux autres projets de conclusion a été réservé à la seconde moitié de la session. À la reprise de la session, le Comité de rédaction a consacré un certain nombre de réunions supplémentaires à l'examen des deux derniers projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport.

31. Le 3 juillet 2023, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur le sujet²⁴. Elle a adopté à titre provisoire les projets de conclusion 1 à 3 et, vers la fin de la soixante-quatorzième session, les commentaires s'y rapportant²⁵.

32. Le 21 juillet 2023, la Commission a également examiné un rapport supplémentaire du Comité de rédaction contenant les projets de conclusion 4 et 5, tels qu'adoptés à titre provisoire par le Comité et révisés oralement, et en a pris note²⁶. Les commentaires se rapportant aux deux derniers projets de conclusion devraient être présentés pour adoption lors de la soixante-quinzième session de la Commission en 2024.

B. Débat tenu à la Sixième Commission

1. Soutien général quant au champ d'application, à l'orientation et au résultat des travaux sur le sujet

33. Lors du débat que la Sixième Commission a tenu en 2023 sur le rapport de la Commission sur les travaux de ses soixante-treizième et soixante-quatorzième sessions, un nombre relativement important de délégations ont participé. Quelque 51 États (dont les pays nordiques, représentés par le Danemark), ainsi que l'Union européenne et un observateur (le Saint-Siège), ont notamment abordé le chapitre VII du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-quatorzième session, qui portait sur les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international²⁷.

34. D'une manière générale, la plupart des délégations participantes ont fait part de leurs réactions positives sur le sujet. Nombre de délégations ont réaffirmé leur soutien à la décision de la Commission d'inscrire le sujet des moyens auxiliaires à son programme de travail, y voyant une suite logique²⁸ et un complément utile aux travaux antérieurs sur les sources du droit international²⁹. L'une des quelques

²³ Ibid., par. 63.

²⁴ Voir déclaration du Président du Comité de rédaction sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, 3 juillet 2023, consultable (en anglais) à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2023_dc_chair_statement_sm.pdf.

²⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 64.

²⁶ Ibid., par. 65.

²⁷ Outre l'Union européenne et le Saint-Siège, les délégations qui sont intervenues sur le sujet lors du débat tenu à la Sixième Commission sont les suivantes : Afrique du Sud, Allemagne, Arménie, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Chili, Chine, Colombie, Cuba, Danemark (au nom des pays nordiques), El Salvador, Équateur, Estonie, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Malaisie, Mexique, Ouganda, Pays-Bas (Royaume des), Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Thaïlande et Türkiye.

²⁸ Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.30), Arménie (A/C.6/78/SR.30), Bélarus (A/C.6/78/SR.31), Ouganda (A/C.6/78/SR.32) et Sierra Leone (ibid.).

²⁹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Cameroun (A/C.6/78/SR.33), Chili (A/C.6/78/SR.31), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Estonie (ibid.), Kenya (ibid.), République tchèque (ibid.) et Singapour (A/C.6/78/SR.31).

délégations initialement hésitantes a indiqué qu'après avoir dans un premier temps exprimé des doutes quant à l'opportunité d'inscrire le sujet au programme de travail actuel, elle était désormais convaincue de son intérêt potentiel après la première année de travail³⁰. Le Rapporteur spécial se félicite de cette évolution, d'autant plus que de nombreux autres États soutiennent fermement le sujet.

35. Dans leurs observations sur le fond, la plupart des délégations ont également accueilli favorablement le premier rapport complet du Rapporteur spécial. Un certain nombre de délégations ont salué les progrès réalisés jusqu'à présent par la Commission dans l'examen du sujet, notamment l'adoption de trois projets de conclusion et des commentaires s'y rapportant, ainsi que l'adoption à titre provisoire de deux projets de conclusion par le Comité de rédaction³¹. La plupart des délégations ont commenté les trois projets de conclusion adoptés à titre provisoire et les commentaires s'y rapportant. Environ la moitié des délégations ayant participé au débat tenu à la Sixième Commission en 2023 ont également présenté des vues préliminaires sur les deux derniers projets de conclusion³².

36. Sur le fond, d'une manière générale, nombre des délégations participantes se sont félicitées de la façon dont le champ du sujet avait été délimité. La majorité des délégations a soutenu l'examen des décisions judiciaires et de la doctrine pour déterminer les règles de droit international, tout en partageant l'avis de la Commission selon lequel les moyens auxiliaires présentent un caractère subsidiaire et ne constituent pas des sources de droit international. Si certaines délégations se sont expressément déclarées favorables à l'inclusion de divers autres moyens³³, un certain nombre d'autres délégations ont dit avoir des doutes quant à la troisième catégorie ou invité à une certaine prudence pour éviter une extension injustifiée des moyens auxiliaires³⁴.

37. L'approche méthodologique de la Commission, fondée sur la pratique des États et des juridictions internationales, a également rencontré une approbation générale. Un large soutien a également été exprimé en faveur du programme provisoire pour la suite des travaux sur le sujet. S'agissant du programme de travail, les progrès déjà accomplis au cours de la première année ont été salués par la quasi-totalité des délégations, tandis que trois délégations ont estimé qu'il faudrait peut-être plus de temps pour saisir pleinement toutes les questions³⁵.

³⁰ Voir la déclaration du Royaume des Pays-Bas (A/C.6/78/SR.31, par. 68).

³¹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Estonie (A/C.6/78/SR.33), Japon (A/C.6/78/SR.32), Ouganda (ibid.), Sierra Leone (ibid.), Slovaquie (A/C.6/78/SR.31) et Union européenne (A/C.6/78/SR.30).

³² Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.31), Autriche (ibid.), Brésil (ibid.), Chili (ibid.), Chine (A/C.6/78/SR.29), Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30), États-Unis (A/C.6/78/SR.31), France (ibid.), Hongrie (ibid.), Iran (République islamique d') (ibid.), Israël (ibid.), Italie (ibid.), Malaisie (A/C.6/78/SR.32), Pays-Bas (Royaume des) (A/C.6/78/SR.31), Pologne (ibid.), République de Corée (ibid.), République tchèque (ibid.), Roumanie (ibid.), Royaume-Uni (ibid.), Singapour (ibid.), Slovaquie (ibid.), Thaïlande (ibid.), Türkiye (A/C.6/78/SR.33), Union européenne (A/C.6/78/SR.30) et Saint-Siège (A/C.6/78/SR.33).

³³ Voir les déclarations des délégations suivantes : Chili (A/C.6/78/SR.31), Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30), Estonie (A/C.6/78/SR.33), Grèce (A/C.6/78/SR.32), Mexique (ibid.), Ouganda (ibid.), Pérou (ibid.), Roumanie (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leone (A/C.6/78/SR.32) et Singapour (A/C.6/78/SR.31).

³⁴ Voir les déclarations des délégations suivantes : Autriche (A/C.6/78/SR.31), Brésil (ibid.), Colombie (A/C.6/78/SR.33), Cuba (A/C.6/78/SR.32), États-Unis (A/C.6/78/SR.31), Israël (ibid.), Japon (A/C.6/78/SR.32), Malaisie (ibid.), République de Corée (A/C.6/78/SR.31), Royaume-Uni (ibid.), Singapour (ibid.) et Thaïlande (ibid.).

³⁵ Voir les déclarations des délégations suivantes : Arménie (A/C.6/78/SR.30, par. 80), Fédération de Russie (A/C.6/78/SR.32, par. 63) et Royaume-Uni (A/C.6/78/SR.31, par. 38).

38. En ce qui concerne la forme finale à donner aux travaux sur le sujet, la quasi-totalité³⁶ des délégations participantes ont soutenu le choix de la Commission d'élaborer des conclusions. Dans l'ensemble, elles ont estimé que la formule des conclusions accompagnées de commentaires et d'une bibliographie multilingue était appropriée. Plusieurs ont souligné que ce choix s'inscrivait dans la lignée des travaux antérieurs de la Commission sur les sujets connexes.

2. Observations sur les projets de conclusion adoptés à titre provisoire par la Commission

39. Les délégations ont également présenté des observations particulières sur le texte de chacun des projets de conclusion adoptés à titre provisoire. Un certain nombre d'entre elles ont également formulé des suggestions utiles pour les commentaires. En particulier, de nombreuses délégations³⁷ ont accueilli favorablement le texte de la conclusion 1³⁸, estimant que sa formulation rendait bien compte de l'objet du sujet, à savoir élucider les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international³⁹. Un certain nombre de délégations ont accueilli favorablement l'analyse faite des différentes versions linguistiques de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et approuvé l'affirmation expresse selon laquelle les moyens auxiliaires jouaient un rôle subsidiaire ou accessoire par rapport aux sources du droit international⁴⁰.

40. Toutefois, comme il est d'usage pour les sujets examinés par la Commission, une poignée d'autres délégations sont intervenues dans le débat sur la formulation textuelle du projet de conclusion 1⁴¹. Ainsi, le Chili et les Philippines se sont déclarés favorables à la formulation de la Commission « le recours aux » moyens auxiliaires au lieu de l'expression « sont utilisés », au motif que la première rendait mieux compte du caractère facultatif du libellé utilisé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁴². De même, la Slovaquie s'est félicitée que la formulation de l'objet dans la conclusion 1 soit plus neutre et moins impérative. Cette même délégation a par ailleurs proposé de revoir la formulation « le recours aux », cette dernière ne permettant pas à son avis de saisir le sujet dans tous ses aspects étant donné l'objectif déclaré du Rapporteur spécial de préciser l'origine ou la fonction des moyens auxiliaires⁴³.

41. La Malaisie a proposé que, dans le souci d'une plus grande clarté, la Commission définisse l'expression « moyens auxiliaires » et en reflète le sens et

³⁶ Seule une délégation sur 51, le Royaume-Uni, a proposé que la Commission garde un esprit ouvert quant à la forme finale à donner aux travaux (A/C.6/77/SR.31, par. 35).

³⁷ Voir les déclarations des délégations suivantes : Afrique du Sud (A/C.6/78/SR.31), Chili (ibid.), Chine (A/C.6/78/SR.29), Estonie (A/C.6/78/SR.33), France (A/C.6/78/SR.31), Irlande (ibid.), Mexique (A/C.6/78/SR.32), Ouganda (ibid.), Philippines (ibid.), Roumanie (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leone (A/C.6/78/SR.32) et Union européenne (A/C.6/78/SR.31).

³⁸ Le projet de conclusion 1, tel qu'adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, est ainsi conçu :

Conclusion 1

Objet

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

³⁹ Voir les déclarations du Mexique (A/C.6/78/SR.32), de l'Ouganda (ibid.) et de la Sierra Leone (ibid.).

⁴⁰ Voir les déclarations du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30), de la France (A/C.6/78/SR.31) et du Mexique (A/C.6/78/SR.32).

⁴¹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Chine (A/C.6/78/SR.29), Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30), Estonie (A/C.6/78/SR.33), France (A/C.6/78/SR.31) et Union européenne (A/C.6/78/SR.30).

⁴² Voir les déclarations du Chili (A/C.6/78/SR.31) et des Philippines (A/C.6/78/SR.32).

⁴³ Voir la déclaration de la Slovaquie (A/C.6/78/SR.31, par. 127).

l'effet dans la conclusion 1⁴⁴. Dans le même ordre d'idées, tout en approuvant l'analyse selon laquelle les moyens auxiliaires ont un caractère subsidiaire, l'Union européenne a proposé que la Commission envisage de développer plus avant ses arguments concernant le caractère subsidiaire des moyens auxiliaires par rapport aux sources du droit international en soulignant les éléments de volonté ou de consentement des sujets de droit international dans les projets de conclusion ou dans les commentaires s'y rapportant⁴⁵. La Pologne a proposé de préciser la définition de la notion de « détermination des règles », suggérant que le sens pourrait se situer quelque part entre interprétation et détermination⁴⁶. La Fédération de Russie a fait valoir que le terme « détermination » tel qu'utilisé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice était employé au sens d'« identification » et non d'« établissement » des règles de droit international et que cette précision devrait apparaître plus clairement dans le commentaire ou même directement dans le texte du projet de conclusions⁴⁷.

42. Dans l'ensemble, les délégations ont également accueilli favorablement le projet de conclusion 2⁴⁸, qui définit trois catégories de moyens auxiliaires aux alinéas a), b) et c). Certaines délégations se sont exprimées sur la formulation textuelle, d'autres sur la portée des catégories et d'autres encore sur les deux à la fois. De nombreuses délégations ont soutenu la formulation de la Commission relative aux deux premières catégories de moyens auxiliaires, à savoir les décisions des juridictions et la doctrine, lesquelles catégories découlent principalement de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Chine, la Hongrie, le Mexique, l'Ouganda, les Philippines, la République tchèque, la Sierra Leone et Singapour se sont déclarés favorables à l'adoption par la Commission des termes plus larges « décisions des juridictions » et « doctrine » aux alinéas a) et b) pour englober les termes « décisions judiciaires » et « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » figurant dans le Statut de la Cour internationale de Justice⁴⁹. Certaines de ces mêmes délégations se sont réjouies que la formulation utilisée dans le cadre du sujet soit également cohérente avec les termes employés par la Commission dans les projets de conclusions sur la détermination du droit international coutumier et sur les principes généraux du droit⁵⁰.

43. Plusieurs autres délégations, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, le Brésil et la Grèce, ont exprimé des hésitations et demandé que certains aspects du texte des alinéas a) et b) du projet de conclusion 2 soient davantage clarifiés⁵¹. Ainsi, en ce qui concerne la première catégorie de moyens auxiliaires, l'Allemagne a exprimé son incertitude quant à la différence de sens entre la formule « décisions judiciaires »

⁴⁴ Voir la déclaration de la Malaisie (A/C.6/78/SR.32, par. 49).

⁴⁵ Voir la déclaration de l'Union européenne (A/C.6/78/SR.30, par. 106).

⁴⁶ Voir la déclaration de la Pologne (A/C.6/78/SR.31, par. 43).

⁴⁷ Voir la déclaration de la Fédération de Russie (A/C.6/78/SR.32, par. 59).

⁴⁸ Le projet de conclusion 2, tel qu'adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, est ainsi conçu :

Conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

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

a) Les décisions des juridictions ;

b) La doctrine ;

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

⁴⁹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Chine (A/C.6/78/SR.29), Hongrie (A/C.6/78/SR.31), Mexique (A/C.6/78/SR.32), Ouganda (ibid.), Philippines (ibid.), République tchèque (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leone (A/C.6/78/SR.32) et Singapour (A/C.6/78/SR.31).

⁵⁰ Voir les déclarations de l'Ouganda (A/C.6/78/SR.32, par. 22) et de la Sierra Leone (ibid., par. 44).

⁵¹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.31), Autriche (ibid., par. 20 à 22), Brésil (ibid.) et Grèce (A/C.6/78/SR.32).

utilisée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et celle de « décisions des juridictions » figurant dans le projet de conclusion 2, et a préconisé de conserver le libellé exact du Statut de la Cour internationale de Justice chaque fois que possible afin d'éviter les malentendus sur ce que le droit applicable pourrait être et exiger⁵². De la même manière, l'Autriche a estimé que l'expression « décisions de juridictions » n'était peut-être pas satisfaisante et s'est demandée si la formulation « jurisprudence de juridictions et d'autres organes » ne serait pas plus utile pour englober toutes les institutions tierces de règlement des différends qui sont compétentes pour trancher les litiges⁵³. Là encore, comme pour le projet de conclusion 1, un certain nombre de clarifications ont été demandées pour les futures révisions du commentaire, notamment par l'Union européenne qui a préconisé que les critères permettant de distinguer entre les « juridictions » et les autres organes soient davantage précisés⁵⁴.

44. En ce qui concerne la « doctrine », la deuxième catégorie de moyens auxiliaires visés à l'alinéa b) du projet de conclusion 2, la plupart des délégations, dont la Grèce, le Mexique, l'Ouganda, la République tchèque et la Sierra Leone⁵⁵, se sont déclarées favorables à la formulation succincte retenue par la Commission, tandis qu'un certain nombre d'autres se sont montrées plus prudentes. La Malaisie, par exemple, a fait valoir que le fait de renvoyer à la doctrine en général pourrait entraîner une incertitude quant au critère permettant de savoir si un élément de doctrine peut être considéré comme l'une des catégories de moyens auxiliaires⁵⁶. Le Brésil a indiqué que, pour diverses raisons, la prudence était de mise dans le cas des publicistes individuels, et, en tout état de cause, a exprimé sa préférence pour une interprétation très restrictive du terme « doctrine » limitée aux contributions d'« organes collectifs »⁵⁷. L'Irlande a fait valoir que, dans la mesure où la Commission a proposé d'abandonner les termes « publicistes les plus qualifiés » en raison de leur connotation historique et géographique, le moment était venu pour la Commission de réfléchir à l'expression « des différentes nations » et peut-être de remplacer le mot « nation » par celui d'« État », qui serait plus approprié dans le contexte moderne, ou par une formulation plus inclusive telle que « communauté internationale des États »⁵⁸.

45. Un certain nombre de délégations ont fait porter leurs observations sur les implications du projet de conclusion 2 pour la technologie moderne. La Grèce a trouvé particulièrement intéressant que de nouveaux supports, notamment ceux qui pourraient être mis au point à l'avenir sous l'effet des progrès technologiques, puissent être considérés comme de la doctrine⁵⁹. Le Portugal a exprimé un avis similaire⁶⁰. La Jamaïque a demandé plus de précisions sur l'inclusion de formes non écrites de doctrine, dans la mesure notamment où, contrairement aux ouvrages écrits, les utilisateurs n'ont pas immédiatement accès aux sources et autres informations sur la base desquelles l'auteur a formé ses conclusions⁶¹.

⁵² Voir la déclaration de l'Allemagne (A/C.6/78/SR.31, par. 40).

⁵³ Voir la déclaration de l'Autriche (ibid., par. 22).

⁵⁴ Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.31), Brésil (ibid.), Grèce (A/C.6/78/SR.32), Iran (République islamique d') (A/C.6/78/SR.31), Jamaïque (A/C.6/78/SR.33), Malaisie (A/C.6/78/SR.32), Pologne (A/C.6/78/SR.31), République de Corée (ibid.) et République tchèque (ibid.).

⁵⁵ Voir les déclarations des délégations suivantes : Grèce (A/C.6/78/SR.33), Mexique (A/C.6/78/SR.32), Ouganda (ibid.), République tchèque (ibid.) et Sierra Leone (ibid.).

⁵⁶ Voir la déclaration de la Malaisie (A/C.6/78/SR.32, par. 50).

⁵⁷ Voir la déclaration du Brésil (A/C.6/78/SR.31, par. 14).

⁵⁸ Voir la déclaration de l'Irlande (ibid., par. 146).

⁵⁹ Voir la déclaration de la Grèce (A/C.6/78/SR.32, par. 68).

⁶⁰ Voir la déclaration du Portugal (A/C.6/78/SR.31, par. 89).

⁶¹ Voir la déclaration de la Jamaïque (A/C.6/78/SR.33, par. 19).

46. Comme le Rapporteur spécial s'y attendait, c'est l'alinéa c) du projet de conclusion 2 englobant « tout autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international » qui a suscité le plus de commentaires. D'une manière générale, un nombre notable de délégations se sont déclarées totalement favorables à cette catégorie (Chili, Danemark (au nom des pays nordiques), Estonie, Grèce, Mexique, Ouganda, Pays-Bas (Royaume des), Pérou, Roumanie, Sierra Leone⁶²) ou bien se sont montrées ouvertes sur ce point (Italie, Singapour⁶³). À l'inverse, un certain nombre d'autres délégations ont exprimé leur réserve (Brésil, Chili, États-Unis, Israël, Japon, Portugal⁶⁴) ou marqué leur opposition (Colombie, Japon, Malaisie, Royaume-Uni)⁶⁵. Parmi les délégations favorables, les pays nordiques ont souligné la nature « très large » et « inclusive » de la catégorie, tout en insistant sur l'importance du qualificatif supplémentaire de « généralement fait recours », en particulier au regard de l'explication selon laquelle la fonction des moyens auxiliaires est secondaire⁶⁶.

47. L'Autriche, Cuba, la République de Corée et la Thaïlande ne sont pas encore convaincus par cette catégorie⁶⁷. La République de Corée s'est demandée si la troisième catégorie pouvait étendre le champ d'application du sujet au-delà de ce qui est prévu à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁶⁸. L'Autriche s'est déclarée sceptique quant à l'existence de types supplémentaires de moyens auxiliaires et a dit partager l'avis exprimé dans le commentaire selon lequel les catégories existantes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 étaient suffisamment larges pour englober les évolutions⁶⁹. Le Royaume-Uni a appelé à la prudence et proposé d'éviter de multiplier les catégories de moyens auxiliaires et d'assurer la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission sur les moyens auxiliaires, tandis que l'Italie a pris note du débat au sein de la Commission sans prendre position dans un sens ou dans l'autre⁷⁰. Certaines délégations hésitantes ont demandé des explications supplémentaires sur la troisième catégorie.

48. Enfin, en ce qui concerne le projet de conclusion 3, les six critères généraux permettant d'apprécier les moyens auxiliaires ont reçu un très large soutien⁷¹. Toutefois, comme à l'accoutumée, des voix se sont également élevées pour demander des éclaircissements sur certaines questions, notamment en ce qui concerne la signification, le poids et l'ordre d'importance des critères⁷². Quelques modifications

⁶² Voir les déclarations des délégations suivantes : Chili (A/C.6/78/SR.31), Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30), Estonie (A/C.6/78/SR.33), Grèce (A/C.6/78/SR.32), Mexique (ibid.), Pays-Bas (Royaume des) (A/C.6/78/SR.31) et Pérou (A/C.6/78/SR.32).

⁶³ Voir les déclarations de l'Italie (A/C.6/78/SR.31) et de Singapour (ibid.).

⁶⁴ Voir les déclarations des délégations suivantes : Brésil (ibid.), Chili (ibid.), États-Unis (ibid.), Israël (ibid.), Japon (A/C.6/78/SR.32) et Portugal (A/C.6/78/SR.31).

⁶⁵ Voir les déclarations des délégations suivantes : Colombie (A/C.6/78/SR.33), Japon (A/C.6/78/SR.32), Malaisie (ibid.), République de Corée (A/C.6/78/SR.31) et Royaume-Uni (ibid.).

⁶⁶ Voir la déclaration du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30, par. 116).

⁶⁷ Voir les déclarations des délégations suivantes : Autriche (A/C.6/78/SR.31), Cuba (A/C.6/78/SR.32), République de Corée (A/C.6/78/SR.31) et Thaïlande (ibid.).

⁶⁸ Voir la déclaration de la République de Corée (A/C.6/78/SR.31, par. 8).

⁶⁹ Voir la déclaration de l'Autriche (ibid., par. 20).

⁷⁰ Voir les déclarations de l'Italie (ibid., par. 26) et du Royaume-Uni (ibid., par. 37).

⁷¹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Afrique du Sud (ibid.), Allemagne (ibid.), Autriche (ibid.), Brésil (ibid.), Chili (ibid.), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Grèce (A/C.6/78/SR.32), Guatemala (ibid.), Iran (République islamique d') (A/C.6/78/SR.31), Israël (ibid.), Italie (ibid.), Mexique (A/C.6/78/SR.32), Ouganda (ibid.), Pays-Bas (Royaume des) (A/C.6/78/SR.31), Philippines (A/C.6/78/SR.32), Roumanie (A/C.6/78/SR.31), Sierra Leone (A/C.6/78/SR.32), Thaïlande (A/C.6/78/SR.31) et Saint-Siège (A/C.6/78/SR.33).

⁷² Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.31), Autriche (ibid.),

textuelles ont été proposées au texte du projet de conclusion. Ainsi, alors que de nombreuses délégations se sont félicitées de l'utilisation du terme « devrait » pour marquer la souplesse, Singapour a proposé de le remplacer par le mot « peut », ce qui rendrait plus clair à son avis le fait que les facteurs à prendre en considération dépendront en fin de compte des circonstances de chaque espèce⁷³.

49. Un certain nombre de délégations se sont réjouies que l'objectivité de certains critères offre aux utilisateurs de moyens auxiliaires un point de référence commun pour apprécier les moyens auxiliaires et le développement de considérations supplémentaires. Ainsi, la Jamaïque a proposé d'ajouter un nouveau critère relatif à la pertinence par rapport aux questions et aux faits examinés par la juridiction, au motif qu'un tel critère pourrait s'avérer important lorsqu'une décision aborde de la même manière la question examinée, ce qui permettrait à la juridiction de lui accorder un plus grand poids⁷⁴. De même, la Thaïlande a indiqué que la cohérence des décisions antérieures sur une question juridique déterminée pourrait également être prise en compte dans les critères généraux, car cet aspect pourrait constituer une preuve de l'existence du droit international⁷⁵. D'autres délégations, comme la France, ont mis en garde contre le caractère subjectif de certains critères qui pourraient selon elle donner lieu à des interprétations divergentes des moyens auxiliaires⁷⁶.

50. Des observations particulières ont été formulées sur chacun des six critères indicatifs. L'inclusion du critère du degré de représentativité, en particulier en termes de variété des régions et systèmes juridiques du monde, a été largement saluée⁷⁷. De même, un certain nombre d'États ont souligné que la qualité du raisonnement, en particulier en ce qui concerne les décisions judiciaires et la doctrine, était la considération la plus importante⁷⁸. Ils ont estimé qu'il fallait accorder un poids particulier à cette dimension⁷⁹. Plusieurs autres délégations ont souligné l'importance de la compétence des acteurs concernés et du degré d'accord entre ces acteurs dans l'appréciation des moyens auxiliaires⁸⁰. S'agissant du poids à accorder à l'accueil de la part des États et autres entités, un certain nombre de délégations ont déclaré avoir une préférence pour que ce critère soit mentionné en premier⁸¹, tandis que d'autres délégations moins sûres de sa pertinence ont demandé à le nuancer⁸². En ce qui concerne le mandat de l'organe concerné, une délégation a souligné qu'une telle appréciation devrait se fonder sur les instruments constitutifs de l'organe et non sur l'interprétation que celui-ci fait de ce mandat⁸³. Enfin, au-delà des critères généraux d'appréciation des moyens auxiliaires, certaines délégations ont demandé instamment à la Commission de préciser les critères actuels en donnant des exemples supplémentaires dans le commentaire ou, en écho à des points similaires soulevés par

Chili (ibid.), Colombie (A/C.6/78/SR.33), Cuba (A/C.6/78/SR.32), Grèce (ibid.), Israël (A/C.6/78/SR.31), Malaisie (A/C.6/78/SR.32), Pays-Bas (Royaume des) (A/C.6/78/SR.31), Pologne (ibid.), Slovaquie (ibid.), Thaïlande (ibid.) et Türkiye (A/C.6/78/SR.33).

⁷³ Voir la déclaration de Singapour (A/C.6/78/SR.31, par. 5).

⁷⁴ Voir la déclaration de la Jamaïque (A/C.6/78/SR.33, par. 20).

⁷⁵ Voir la déclaration de la Thaïlande (A/C.6/78/SR.31, par. 118).

⁷⁶ Voir les déclarations de la France (ibid.), de la Malaisie (A/C.6/78/SR.32) et de la Türkiye (A/C.6/78/SR.33).

⁷⁷ Voir les déclarations des délégations suivantes : Autriche (A/C.6/78/SR.31), Brésil (ibid.), El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Italie (A/C.6/78/SR.31), Ouganda (A/C.6/78/SR.32) et Sierra Leone (ibid.).

⁷⁸ Voir les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/78/SR.31), l'Autriche (ibid.) et des États-Unis (ibid.).

⁷⁹ Voir les déclarations de l'Allemagne (ibid.) et des États-Unis (ibid.).

⁸⁰ Voir la déclaration du Saint-Siège (A/C.6/78/SR.33).

⁸¹ Voir les déclarations de Cuba (A/C.6/78/SR.32, par. 3) et de la Pologne (A/C.6/78/SR.31, par. 45).

⁸² Voir les déclarations de l'Autriche (ibid., par. 23) et des Pays-Bas (Royaume des) (ibid., par. 73).

⁸³ Voir la déclaration de la Türkiye (A/C.6/78/SR.33, par. 25).

certaines membres de la Commission, ont proposé que celle-ci élabore des critères plus spécifiques en rapport avec les différents types de moyens auxiliaires⁸⁴.

3. Observations sur les projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction

51. Si la Commission doit encore adopter les projets de conclusion 4 et 5 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, ainsi que les commentaires s'y rapportant, les délégations ont formulé un certain nombre d'observations utiles à leur sujet. Il convient de rappeler que ces projets de conclusion visaient à préciser, de manière préliminaire, les deux premières catégories de moyens visées dans le projet de conclusion 2, à savoir les « décisions de juridictions » et la « doctrine ». Le Rapporteur spécial rappelle que le Comité de rédaction avait convenu, dans la continuité des travaux antérieurs de la Commission et du premier rapport du Rapporteur spécial, de l'utilité de clarifier et de prolonger les conclusions sur la détermination du droit international coutumier et les projets de conclusion sur les principes généraux du droit, en vue d'examiner les aspects régissant la relation entre les moyens auxiliaires et les règles énoncées dans les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit.

52. À cet égard, plusieurs délégations ont exprimé un avis favorable sur le projet de conclusion 4, qui concerne les décisions de juridictions et dispose que ces décisions, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, sont un moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international⁸⁵. Au deuxième paragraphe, l'intérêt des décisions des juridictions nationales est souligné, mais leur utilisation est nuancée par l'expression « dans certaines circonstances ».

53. En ce qui concerne le premier paragraphe du projet de conclusion 4, plusieurs délégations se sont déclarées favorables à l'approche de la Commission. Nombre de ces délégations ont souligné l'importance des décisions des juridictions internationales comme moyens auxiliaires – en particulier celles de la Cour internationale de Justice – sur les questions de droit international général⁸⁶. Elles ont considéré que ces décisions jouaient un rôle clé en limitant la fragmentation et en garantissant l'intégration systémique⁸⁷. À l'inverse, un certain nombre d'autres délégations, tout en acceptant d'accorder un plus grand poids aux décisions des juridictions internationales, en particulier celles du principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, ont exprimé des doutes quant au fait que les décisions de la Cour internationale de Justice puissent être considérées comme faisant le plus autorité sur toutes les questions de droit international⁸⁸. Plusieurs délégations ont souligné, à l'instar de certains membres de la Commission, que, dans certains domaines spécialisés du droit international, les décisions de juridictions spécialisées

⁸⁴ Voir les déclarations des délégations suivantes : Allemagne (A/C.6/78/SR.31), Chili (ibid.), Colombie (A/C.6/78/SR.33) et Iran (A/C.6/78/SR.31).

⁸⁵ Le projet de conclusion 4, tel qu'adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, est ainsi conçu :

Projet de conclusion 4

Décisions de juridictions

1. Les décisions des juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.
2. Les décisions des juridictions nationales peuvent être utilisées, dans certaines circonstances, comme un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

⁸⁶ Voir les déclarations du Brésil (A/C.6/78/SR.31), du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30) et du Mexique (A/C.6/78/SR.32).

⁸⁷ Voir la déclaration du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/78/SR.30, par. 112).

⁸⁸ Voir les déclarations du Bélarus (A/C.6/78/SR.31, par. 50) et de la Slovaquie (ibid., par. 130).

ou d'instances arbitrales disposant d'une expertise spéciale pourraient avoir plus de poids⁸⁹. Quelques délégations ont appelé à la prudence pour ne pas laisser entendre qu'il existerait une hiérarchie entre les décisions judiciaires des juridictions internationales⁹⁰.

54. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, qui concerne les décisions des juridictions nationales comme moyens auxiliaires, a suscité le plus grand nombre de commentaires. Toutes les délégations qui se sont exprimées sur cet aspect ont convenu que les décisions des juridictions nationales devaient être utilisées avec prudence pour déterminer les règles de droit international, certaines relevant la double fonction des décisions des juridictions nationales comme preuves de la pratique des États et comme moyens auxiliaires⁹¹. Plusieurs motifs de prudence ont été avancés, notamment la possibilité que le raisonnement en ce qui concerne les questions de droit international soit de moindre qualité, le souci d'éviter de favoriser la jurisprudence des juridictions de certains États par rapport à celle de juridictions d'autres États ou encore la spécificité éventuelle de certains principes⁹². Une clarification a été demandée sur la relation entre ce projet de conclusion et l'alinéa b) du projet de conclusion 2⁹³, tandis qu'un certain nombre de délégations ont appelé à développer certaines expressions clés telles que « dans certaines circonstances » et à définir d'autres critères pour guider le recours aux décisions des juridictions nationales, par exemple en le restreignant aux décisions des juridictions nationales qui appliquent le droit international⁹⁴. Une délégation a fait une proposition intéressante tendant à mentionner la représentativité dans le projet de conclusion 4 pour assurer la cohérence avec le projet de conclusion 5, ce qui permettrait de veiller à ce que les différentes régions et les différents systèmes juridiques du monde soient représentés lors de l'appréciation des décisions judiciaires⁹⁵.

55. Le projet de conclusion 5 dispose que la doctrine, en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes du droit international issues des différents systèmes juridiques et régions du monde, constitue un moyen auxiliaire de déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international⁹⁶. La deuxième phrase indique que, dans le cadre de l'appréciation de la représentativité, il convient également de tenir compte, entre autres, du genre et de la diversité linguistique.

56. Plusieurs délégations ont accueilli favorablement le projet de conclusion 5. Un certain nombre ont marqué leur accord avec la première phrase, en particulier la

⁸⁹ Voir les déclarations du Bélarus (ibid., par. 50) et de la Slovaquie (ibid., par. 130).

⁹⁰ Voir la déclaration de la Slovaquie (ibid., par. 130).

⁹¹ Voir les déclarations des délégations suivantes : Portugal (ibid.), République tchèque (ibid.), Thaïlande (ibid.) et Saint-Siège (A/C.6/78/SR.33).

⁹² Voir les déclarations de la Slovaquie (A/C.6/78/SR.31), de la République tchèque (ibid.) et du Saint-Siège (A/C.6/78/SR.33).

⁹³ Voir les déclarations de la Hongrie (A/C.6/78/SR.31, par. 67) et de la Malaisie (A/C.6/78/SR.32, par. 53).

⁹⁴ Voir les déclarations des délégations suivantes : Afrique du Sud (A/C.6/78/SR.31), Estonie (A/C.6/78/SR.33), Iran (République islamique d') (A/C.6/78/SR.31), Philippines (A/C.6/78/SR.32), Portugal (A/C.6/78/SR.31) et Slovaquie (ibid.).

⁹⁵ Voir la déclaration de l'Italie (ibid., par. 27).

⁹⁶ Le projet de conclusion 5, tel qu'adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, est ainsi conçu :

Projet de conclusion 5

Doctrine

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

nécessité d'une plus grande inclusion des différents systèmes juridiques et régions du monde⁹⁷, tandis que d'autres se sont déclarées favorables à la deuxième phrase et, en particulier, à la nécessité de tenir dûment compte de la diversité de genre et de la diversité des langues⁹⁸. Deux délégations⁹⁹ ont expressément demandé à la Commission de mentionner la diversité raciale parmi les critères devant être pris en considération, tandis que d'autres ont souligné que l'inclusion de critères de représentativité, en particulier l'élément du genre et de la diversité linguistique, était inutile ou nécessiterait un examen plus approfondi dans la mesure où ces considérations devraient être secondaires¹⁰⁰. De façon générale, les délégations ont souligné que la qualité du raisonnement devrait être le critère principal¹⁰¹. Par ailleurs, certaines délégations ont demandé à la Commission de mettre en évidence la fonction subsidiaire de la doctrine en précisant que celle-ci aide simplement à déterminer l'existence des règles de droit international¹⁰². D'autres délégations, en écho au débat tenu au sein de la Commission, se sont demandées si le critère des « opinions concordantes » ne risquait pas d'avoir pour effet involontaire de restreindre le champ de la doctrine à prendre en considération¹⁰³.

C. Questions soulevées lors des débats et voie à suivre

57. À la lumière des commentaires généralement positifs formulés par les membres de la Commission et par les États lors du débat tenu au sein de la Sixième Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial estime qu'il est utile de partager quatre observations générales mais importantes avant de passer aux questions de fond concernant les fonctions des moyens auxiliaires et la question des précédents abordées dans le deuxième rapport.

58. Premièrement, comme déjà indiqué, le Rapporteur spécial se félicite de l'intérêt notable porté au sujet tant par les membres de la Commission que par les délégations à la Sixième Commission. Il est clair que les travaux menés jusqu'à présent sur le sujet au sein de la Commission et de la Sixième Commission bénéficient d'un fort soutien. Les trois projets de conclusion adoptés par la Commission et les deux projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction ont été généralement bien accueillis. Si certaines délégations ont également formulé des critiques constructives et que, par la force des choses, le Rapporteur spécial n'est pas nécessairement d'accord avec toutes, il voit dans ces critiques un élément précieux du dialogue inestimable entre la Commission et la Sixième Commission. Les observations formulées par les États participants constitueront à n'en pas douter une source d'inspiration précieuse pour les travaux futurs du Rapporteur spécial et de la Commission sur le sujet.

59. Deuxièmement, comme indiqué dans les sections précédentes, un certain nombre de délégations ont présenté, au cours de la soixante-dix-huitième session de l'Assemblée générale en 2023, des propositions tendant à modifier le texte de certains projets de conclusion et à développer certaines parties du commentaire correspondant. Le Rapporteur spécial accueille avec intérêt toutes ces propositions. Il compte les

⁹⁷ Voir la déclaration de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/78/SR.31, par. 106).

⁹⁸ Voir les déclarations des délégations suivantes : El Salvador (A/C.6/78/SR.33), Ouganda (A/C.6/78/SR.32), Portugal (A/C.6/78/SR.31) et Slovaquie (ibid.).

⁹⁹ Voir les déclarations de l'Ouganda (A/C.6/78/SR.32, par. 26) et de la Sierra Leone (ibid., par. 46).

¹⁰⁰ Voir les déclarations de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/78/SR.31, par. 106) et des Philippines (A/C.6/78/SR.32, par. 19).

¹⁰¹ Voir les déclarations de l'Autriche (A/C.6/78/SR.31, par. 23) et des Philippines (A/C.6/78/SR.32, par. 15).

¹⁰² Voir la déclaration du Bélarus (A/C.6/78/SR.31, par. 52).

¹⁰³ Voir la déclaration des Philippines (A/C.6/78/SR.32, par. 19).

examiner attentivement et invite les autres membres de la Commission à faire de même.

60. Il pourrait être utile de préciser ici que, dans le présent rapport, le Rapporteur spécial n'a pas répondu sur le fond aux critiques et aux propositions formulées. En effet, les méthodes de travail de la Commission ne permettent généralement pas de réexaminer le texte et les commentaires l'année suivant leur adoption à titre provisoire. Aussi propose-t-il de traiter toutes les critiques quant au fond, ainsi que les propositions tendant à revenir sur le texte des conclusions adoptées à titre provisoire et des commentaires s'y rapportant, au moment de la première lecture. À ce stade-là, et cette approche est largement conforme à la pratique de la Commission, les questions de fond soulevées par le sujet des moyens auxiliaires devraient également apparaître plus clairement. Compte tenu du caractère interdépendant des différents aspects du sujet, la présentation d'un ensemble complet de projets de conclusion organisés en parties cohérentes, accompagnés de commentaires correspondants, permettra aux États de faire part de leurs réflexions avisées en prévision de la seconde et dernière lecture de la Commission sur le sujet.

61. Troisièmement, en ce qui concerne le champ du sujet, comme indiqué à la fin des débats au sein de la Commission et de la Sixième Commission, la portée et l'orientation générales des travaux sur le sujet sont désormais clairement délimitées. Par conséquent, au vu des commentaires reçus jusqu'à présent, le Rapporteur spécial estime que la Commission n'a aucune raison de s'écarter du champ défini dans le rapport sur les travaux de sa soixante-quatorzième session qu'elle a présenté à l'Assemblée générale, lequel a maintenant été généralement approuvé par les États.

62. Le quatrième et dernier point de fond concerne la question de la cohérence et de l'unité ou de la fragmentation du droit international. Dans le premier rapport, sachant que les décisions judiciaires constituent un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit énoncé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le Rapporteur spécial a fait part de son avis préliminaire selon lequel la pratique montrait qu'il pouvait arriver que différentes juridictions internationales soient simultanément saisies d'un même différend et dégagent, ce faisant, des conclusions contradictoires au sujet d'une question juridique essentiellement identique. Tout en indiquant qu'une telle question découlait naturellement d'une étude des décisions judiciaires, il a néanmoins estimé que ce point pourrait avoir une incidence sur le champ du sujet ainsi que sur son intérêt et sa complexité. C'est pourquoi, dans son rapport comme dans la présentation qu'il en a faite à la Commission, il a invité la Commission à lui donner son avis sur l'opportunité d'aborder cette question. Lors de la synthèse du premier débat en plénière, tout en faisant part de son avis selon lequel la question méritait d'être examinée plus avant, il a recommandé de réserver la décision sur la question en attendant de recevoir les observations des États sur le sujet. Après avoir pris connaissance des observations des membres de la Commission et des États, il est fermement convaincu que la question devrait être dûment examinée dans le cadre du sujet.

63. À l'origine, le Rapporteur spécial avait envisagé d'aborder la question dans le présent rapport. Toutefois, pour diverses raisons, tenant notamment à la longueur et à la simplicité du rapport, il estime qu'il serait plus fructueux d'examiner la question de savoir comment les moyens auxiliaires, en particulier les décisions judiciaires et leur interaction avec les sources de droit international, contribuent à promouvoir l'intégration systémique dans le droit international. Il propose d'aborder ces sujets, qui sont liés à la question de l'unité et de la cohérence du droit international, dans un prochain rapport. C'est à ce stade-là qu'il sera également opportun selon lui de répondre à la proposition faite par certains membres et délégations de la Sixième Commission tendant à ce que les travaux sur le sujet permettent en outre de clarifier le lien entre les « moyens auxiliaires » qui sont mentionnés à l'alinéa d) du

paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et les « moyens complémentaires d'interprétation » qui sont visés à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

III. Fonctions des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

A. Discussions antérieures sur la question des fonctions

64. Comme le confirme son premier rapport ainsi que les débats tenus au sein de la Commission et de la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a en partie pour mandat de clarifier les fonctions des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international et les rapports entre ces moyens et les sources du droit international. Par conséquent, dans la présente partie, on abordera brièvement ces questions en examinant la fonction ou le rôle principal des moyens auxiliaires. L'étude des fonctions particulières propres aux différents moyens auxiliaires devra être réservée aux prochains rapports.

65. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial n'a appréhendé qu'implicitement les fonctions des décisions judiciaires. Il a constaté que ces dernières jouaient un rôle subsidiaire ou d'assistance vis-à-vis des sources et qu'elles servaient à la fois à l'identification et à la détermination des règles de droit international. S'agissant de la doctrine, deuxième catégorie de moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le Rapporteur spécial a dégagé, dans son premier rapport, trois fonctions particulières (à savoir les fonctions d'interprétation, de persuasion et de codification/développement progressif). Ces fonctions sont de nature similaire à celles des décisions judiciaires en ce sens qu'elles aident toutes à identifier et à déterminer les règles de droit international.

66. Il convient, avant d'aborder plus directement les fonctions des moyens auxiliaires, de rappeler un certain nombre de points. Après avoir procédé à un examen préliminaire de la question, le Rapporteur spécial a observé dans son premier rapport que la question de la nature et de la fonction des sources était un point central de toute discussion de droit international. Par conséquent, il lui avait paru utile, avant de traiter des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, qui, de par leur nature même, doivent être envisagés en rapport avec les sources du droit international, de formuler d'abord quelques observations générales sur la distinction entre le système juridique international et les ordres juridiques internes. Après avoir évoqué les principales caractéristiques du système juridique international, notamment sa nature décentralisée et horizontale, le Rapporteur spécial a mis en évidence le caractère central du paragraphe 1 de l'Article 38 pour en souligner l'importance comme disposition relative au droit applicable du Statut de la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, disposition regardée comme reflétant le droit international coutumier¹⁰⁴.

67. Deux questions centrales ont ensuite été examinées. La première question était celle de savoir si le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice – qui énumère, dans un ordre particulier, les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige [alinéa a)], la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi [alinéa b)], et les principes généraux de droit [alinéa c)] – pose une hiérarchie formelle entre les sources du droit international. Or, s'ils avaient envisagé, lors de la rédaction de l'Article 38, d'établir une certaine forme

¹⁰⁴ Voir A/CN.4/760, par. 170.

de hiérarchie entre les sources, les rédacteurs ont finalement décidé de ne pas le faire. L'opinion générale qui avait prévalu parmi les membres du Comité consultatif de juristes était que les trois sources pouvaient toutes être prises en compte par la Cour permanente de Justice internationale, parfois même simultanément. Ainsi, par principe, les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit ont été placés sur un pied d'égalité dans la disposition du Statut de la Cour internationale de Justice sur le droit applicable¹⁰⁵.

68. Cela étant, dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a montré que, nonobstant la position formelle selon laquelle les sources énumérées à l'Article 38 ne seraient pas hiérarchisées entre elles, une telle hiérarchie existait bel et bien dans la pratique. La raison tient au fait que tant les États et les praticiens que la Cour internationale de Justice ont eu tendance à se référer davantage aux traités et au droit international coutumier pour trancher des questions liées à des différends entre États¹⁰⁶. Le recours aux principes généraux du droit est plus limité, du moins dans la pratique de la Cour internationale de Justice. En effet, comme le confirme la pratique, quoique techniquement égaux et nullement subordonnés aux deux autres sources, les principes généraux du droit exercent davantage une fonction de comblement des lacunes parmi les sources du droit international. Telle est du reste la conclusion à laquelle la Commission est elle-même parvenue dans le cadre de ses travaux sur ce sujet distinct¹⁰⁷.

69. La seconde question était celle de savoir s'il existait une distinction entre les trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38, qui contiennent ce que l'on appelle souvent les sources ou les sources formelles, et le quatrième alinéa, qui mentionne les moyens auxiliaires ou, comme on les désigne parfois, les sources matérielles ou documentaires, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine. On a expliqué que, sur la question des sources du droit international, la doctrine était divisée entre, d'une part, ceux qui soutiennent l'existence d'une ligne de démarcation claire entre sources et moyens auxiliaires et, de l'autre, ceux qui la nient¹⁰⁸.

70. En somme, un courant de pensée considère que le paragraphe 1 de l'Article 38 établit deux listes distinctes : la première [alinéas a) à c)] énonce les sources formelles dans lesquelles on peut puiser les règles de droit international ; la seconde [alinéa d)] indique les procédés par lesquels on peut identifier et déterminer ces règles¹⁰⁹. En d'autres termes, ces deux listes reflètent, en premier lieu, les processus dits de création des règles de droit [alinéas a) à c)], et, en second lieu, les agents dits de détermination des règles de droit [alinéa d)]¹¹⁰. Tandis que la première a pour objet la manière dont les États élaborent telle ou telle règle de droit international, la seconde porte sur la manière dont les juges doivent vérifier telle ou telle règle en ayant recours aux décisions judiciaires antérieures ou en consultant les travaux de doctrine. Cette conception, qui correspond pour ainsi dire à l'opinion majoritaire en doctrine, est

¹⁰⁵ Ibid., par. 191.

¹⁰⁶ Ibid., par. 192.

¹⁰⁷ Conclusions 10 et 11 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit (adopté par la Commission en première lecture), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 40, aux pages 12 et 13.

¹⁰⁸ Voir A/CN.4/760, par. 194 à 198.

¹⁰⁹ Ibid., par. 198.

¹¹⁰ Georg Schwarzenberger, « International law as applied by international courts and tribunals, 1957 », in Jill Barrett et Jean-Pierre Gauci (dir.), *British Contributions to International Law, 1915-2015 : An Anthology Set*, vol. 1, Leiden et Boston, Brill Nijhoff, 2021, p. 96 à 98. Voir également Martin C. Ortega Carcelén, « Analisis del valor creador de la jurisprudencia en el derecho internacional », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, n° 2 (juillet-décembre 1988), p. 55 à 88.

étayée par une pratique de longue date et par l'historique de la rédaction de l'Article 38¹¹¹.

71. Suivant le second courant de pensée, moins plausible car étayé ni par le texte de l'Article 38 ni par l'historique de sa rédaction, il n'existe pas de distinction entre les sources du droit international et les moyens auxiliaires¹¹². Autrement dit, les moyens auxiliaires et les sources ont essentiellement le même statut. Il y a toutefois des nuances entre les tenants de cette conception, certains auteurs considérant les principes généraux du droit et les décisions judiciaires comme des sources quasi formelles du droit international et soutenant que la doctrine est en définitive moins pertinente¹¹³.

72. Après avoir analysé ces conceptions divergentes, le Rapporteur spécial a conclu qu'il existait une différence entre les sources de droit et les moyens auxiliaires¹¹⁴, à savoir que les premières énoncent le droit, tandis que les seconds peuvent servir à déterminer le droit à appliquer. Tout en admettant qu'une autre position ait été avancée par certains auteurs, il a fait valoir que tant les décisions judiciaires que la doctrine étaient subordonnées aux sources énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38¹¹⁵.

73. Quant aux moyens auxiliaires eux-mêmes, à savoir les décisions judiciaires et la doctrine mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, le Rapporteur spécial a noté qu'en principe, il n'y avait ni distinction ni hiérarchie entre ces deux catégories de moyens auxiliaires¹¹⁶. Il est certes vrai que les décisions judiciaires sont dans la pratique plus importantes que la doctrine, dont l'influence a reculé au fil du temps sous l'effet de la judiciarisation croissante du droit international. Mais, compte tenu de leur nature, la question la plus pertinente n'est pas tant celle de savoir si les décisions judiciaires sont plus importantes que la doctrine que celle de savoir si les deux remplissent des fonctions distinctes mais au final complémentaires, en offrant aux juges un moyen de trouver des solutions à des problèmes juridiques pratiques¹¹⁷. En fin de compte, après avoir montré leur complexité, le Rapporteur spécial a conclu que le statut et la fonction des moyens auxiliaires ainsi que les interactions et les rapports entre les moyens auxiliaires, mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, et les traités, le droit coutumier international et les principes généraux du droit, visés aux alinéas a) à c), devraient être examinés plus en détail dans le présent rapport¹¹⁸.

¹¹¹ Voir A/CN.4/760, par. 248.

¹¹² Les deux courants de pensée sont examinés en détail dans le premier rapport du Rapporteur spécial (ibid., par. 199 à 208). Voir également Robert Yewdall Jennings, « The judiciary, international and national, and the development of international law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, 1996, p. 3 et 4 (« Je considère le texte de l'Article 38 comme essentiel en principe et ne trouve guère difficile de voir un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit comme une source de droit, non seulement par analogie mais également directement. ») ; Mohamed 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.

¹¹³ Gerald Fitzmaurice, « Some problems regarding the formal sources of international law », in Barrett et Gauci, *British Contributions to International Law*, p. 493.

¹¹⁴ Voir A/CN.4/760, par. 345.

¹¹⁵ Ibid., par. 335.

¹¹⁶ Ibid., par. 348.

¹¹⁷ Ibid., par. 259.

¹¹⁸ Ibid., par. 208.

B. Vues de la Commission et de la Sixième Commission sur les fonctions des moyens auxiliaires

74. Lors des premiers débats sur le sujet, plusieurs membres de la Commission¹¹⁹ et certaines délégations de la Sixième Commission¹²⁰ ont exposé leurs vues préliminaires sur les fonctions des moyens auxiliaires en général et, parfois, sur celles des décisions judiciaires, de la doctrine et des autres moyens en particulier. Les participants aux débats ont généralement estimé que les moyens auxiliaires avaient un caractère subsidiaire et servaient à interpréter les sources ou à identifier ou déterminer les effets et les conséquences juridiques des règles de droit international. Ils ont également considéré que les moyens auxiliaires, quoique décrits comme remplissant une fonction subsidiaire, restaient importants et jouaient un rôle complémentaire dans le processus de détermination des règles de droit international

¹¹⁹ Voir les déclarations faites en plénière en 2023 par les intervenants suivants : M. Dapo Akande (3632^e séance, 25 mai 2023) ; M. Mathias Forteau (A/CN.4/SR.3626) ; M. Rolf Einar Fife (A/CN.4/SR.3628) ; M^{me} Vilawan Mangklatanakul (A/CN.4/SR.3630) ; M. Ivon Mingashang (A/CN.4/SR.3627) ; M. August Reinisch (3631^e séance, 25 mai 2023) ; M. Giuseppe Nesi (ibid.) ; M^{me} Nilüfer Oral (ibid.) ; M^{me} Penelope Ridings (A/CN.4/SR.3629).

¹²⁰ Voir les déclarations faites par les délégations suivantes : Chine (« L'objet des projets de conclusion sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international adoptés à titre provisoire par la Commission, tels qu'énoncé dans le projet de conclusion 1, est généralement conforme à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dans lequel les moyens auxiliaires sont considérés comme une source supplémentaire de droit international et non comme la source principale. ») (A/C.6/78/SR.29, par. 91) ; Colombie (« Cette éventuelle confusion pourrait être dissipée si la [Commission] pouvait définir plus clairement le terme "détermination" dans le titre du projet de conclusion 3 et préciser ainsi la fonction exercée par les moyens auxiliaires et la manière dont ils doivent être utilisés. ») (A/C.6/78/SR.33, par. 46) ; République tchèque (« La Commission avait déjà convenu que les moyens auxiliaires n'étaient pas des sources formelles de droit international et que leur fonction était d'aider à identifier et à déterminer les règles de droit international. ») (A/C.6/78/SR.31, par. 59) ; Estonie (« [L'Estonie] soutient les projets de travaux futurs sur le sujet, y compris l'intention du Rapporteur spécial d'aborder les origines, la nature et le champ d'application des moyens auxiliaires ainsi que les décisions judiciaires et leur relation avec les sources primaires du droit international. ») (A/C.6/78/SR.33, par. 33) ; Grèce (« En ce qui concerne la fonction des moyens auxiliaires, il serait utile que la [Commission] approfondisse son analyse de la distinction entre ces moyens et les preuves de l'existence de règles de droit international. ») (A/C.6/78/SR.32, par. 66) ; Irlande (« [L'Irlande] a souscrit à la formulation de la Commission relative à la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires [...]. L'Irlande a convenu que les moyens auxiliaires ne constituaient pas une source séparée ou distincte du droit international mais étaient plutôt un moyen d'élucider le droit. ») (A/C.6/78/SR.31, par. 144) ; Malaisie (« À cet égard, comme indiqué dans le rapport de la Commission (A/78/10), des membres de celle-ci ont dit convenir avec le Rapporteur spécial que les moyens auxiliaires n'étaient pas des sources de droit international, et ont souligné que la fonction des moyens auxiliaires était d'aider à déterminer les règles de droit international. ») (A/C.6/78/SR.32, par. 49) ; Philippines (« [Les Philippines] pourrai[en]t soutenir une proposition tendant à l'ajout, dans le texte, d'un projet de conclusion concernant les fonctions des moyens auxiliaires, qui pourrait aussi viser le recours à ces moyens pour interpréter d'autres sources ou déterminer les effets et les conséquences juridiques de certaines règles. ») (ibid., par. 18) ; Slovaquie (« Toutefois, il conviendrait d'examiner si l'expression "le recours aux" envisage tous les aspects que le Rapporteur spécial avait l'intention d'aborder dans son travail, tels que l'origine et la fonction des moyens auxiliaires. ») (A/C.6/78/SR.31, par. 127) ; Royaume-Uni (« [Le Royaume-Uni] a convenu avec la Commission qu'il était important de préciser les fonctions des moyens auxiliaires et de définir ce que l'on entendait par "détermination des règles". ») (ibid., par. 37) ; États-Unis (« Il serait important d'évaluer la fonction des moyens auxiliaires au début de l'étude de la Commission. ») (ibid., par. 17) ; Saint-Siège (« Comme il ressort clairement des versions française et espagnole du Statut de la Cour internationale de Justice, les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ont une fonction [subsidiaire] et ne sont donc pas des sources de droit en soi. ») (A/C.6/78/SR.33, par. 57).

en ce qu'ils constituaient des éléments utiles servant à identifier, à interpréter et à appliquer les règles de droit international.

75. Dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-quatorzième session, la Commission, tenant soigneusement compte de l'ambiguïté de l'expression « subsidiary means » en anglais et de ses équivalents dans les différentes versions linguistiques officielles du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, a expliqué, dans le commentaire sur le projet de conclusion 1, que les moyens auxiliaires étaient subsidiaires aux sources¹²¹. Au paragraphe c) du projet de conclusion 2, il est fait référence au rôle d'assistance des moyens auxiliaires¹²². Il est ensuite précisé dans le commentaire sur le projet de conclusion 1 que les moyens auxiliaires « diffèrent par leur nature même des sources du droit, expressément énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut »¹²³. Il s'ensuit que la fonction principale des moyens auxiliaires, dont le caractère subsidiaire est confirmé et qui « ne sont pas des sources de droit susceptibles d'être appliquées en elles-mêmes », est « d'aider à déterminer si des règles de droit international existent ou non et, dans l'affirmative, à en déterminer le contenu »¹²⁴. Ce même point de vue, selon lequel une fonction essentielle des moyens auxiliaires est d'aider à déterminer les règles de droit international, a été exprimé à l'alinéa c) du projet de conclusion 2.

76. Les travaux antérieurs de la Commission sur les sujets de la détermination du droit international coutumier, des principes généraux du droit et de la détermination et des conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) confirment également la nature subsidiaire des moyens auxiliaires. En témoignent les conclusions 13 et 14 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, qui traitent du rôle et du poids des décisions judiciaires et de la doctrine dans la détermination des règles de droit international coutumier, ainsi que les conclusions 8 et 9 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit, qui portent sur leurs rôles respectifs comme aide à la détermination des principes généraux du droit. Dans le paragraphe 2) du commentaire sur la conclusion 13 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a notamment expliqué que l'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » vis[ait] à « indiquer que les décisions de justice jou[ai]ent un rôle secondaire dans la détermination du droit et [n'étaient] pas elles-mêmes une source du droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit) »¹²⁵. Selon un commentaire similaire formulé dans le cadre des deux sujets et également ancré dans le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la doctrine, sans constituer en tant que telle

¹²¹ Voir paragraphe 6 du commentaire sur le projet de conclusion 1, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 127, à la page 77.

¹²² Lu conjointement avec le chapeau, l'alinéa c) du projet de conclusion 2 dispose que les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international comprennent « [t]out autre moyen auquel il est généralement fait recours pour aider à la détermination des règles de droit international ». Voir paragraphe 19 du commentaire sur le projet de conclusion 2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 127, à la page 84.

¹²³ Voir paragraphe 6 du commentaire sur le projet de conclusion 1, *ibid.*, à la page 77.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Annuaire de la Commission du droit international, 2018*, vol. II (2^e partie), par. 65, à la page 91 ; *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 40, à la page 12 ; *Annuaire... 2018*, vol. II (2^e partie), par. 66, à la page 109, par. 2). Voir également paragraphe 1) du commentaire sur le projet de conclusion 8 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 41, p. 25) et le paragraphe 2) du commentaire sur la conclusion 9 (*ibid.*, p. 28) du projet de conclusions sur les principes généraux du droit.

une source du droit international, « peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu » des règles du droit international coutumier et des principes généraux du droit¹²⁶. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la conclusion 9 dispose que les décisions judiciaires peuvent être utilisées comme des moyens auxiliaires d'identification et de détermination des normes de *jus cogens*, sans pour autant être elles-mêmes des preuves d'acceptation et de reconnaissance, tandis que, dans certains cas, les travaux des organes d'experts créés par les États ou les organisations internationales et la doctrine peuvent également constituer de tels moyens¹²⁷.

77. Compte tenu de ce qui précède, et dans le prolongement des travaux antérieurs de la Commission, il semble qu'il existe un consensus sur la fonction d'aide ou d'assistance des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Dès lors, le rôle clé des décisions judiciaires et de la doctrine – voire d'autres moyens auxiliaires dont l'existence pourrait être précisée dans le cadre des travaux futurs de la Commission sur ce sujet – est d'apporter une aide ou un soutien ou de suppléer les sources. Il apparaît en conséquence opportun de partir de ce postulat. Ce faisant, et dans le cadre de l'analyse qui suit, on montrera que les moyens auxiliaires sont en pratique utilisés pour aider à déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international. L'accent mis sur la fonction d'aide ou d'assistance semble bien justifié, tant il semble que ce soit là leur fonction principale ou leur caractéristique essentielle. Il semble toutefois que les moyens auxiliaires remplissent des fonctions particulières qui, pour des raisons de place mais aussi de méthodologie, devront être abordées dans un rapport ultérieur. Ces fonctions peuvent se chevaucher ou être distinctes. Dans bien des cas, les moyens auxiliaires se complètent.

C. Nature subsidiaire et fonction des moyens auxiliaires

78. La Commission a déjà conclu, et certains États semblent avoir déjà accepté, que les moyens auxiliaires jouaient un rôle subsidiaire par rapport aux sources. Cette conclusion peut se justifier par plusieurs raisons. Tout d'abord, en partant d'une interprétation textuelle de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice conforme au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, nous pouvons apprécier le sens ordinaire à attribuer aux termes de la disposition lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition¹²⁸. En outre, lorsque le sens demeure obscur, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation. Ces moyens comprennent les travaux préparatoires du paragraphe 1 de l'Article 38 et les circonstances de leur conclusion, qui peuvent servir de base soit pour confirmer le sens soit pour lever les ambiguïtés, les obscurités ou les interprétations manifestement absurdes ou déraisonnables.

79. Le texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, comme indiqué précédemment et noté dans le premier rapport du Rapporteur spécial, comporte quelques ambiguïtés qui ont suscité de nombreux débats en doctrine. Dans le cadre limité de l'examen des fonctions des moyens auxiliaires, et au seul regard du texte, il

¹²⁶ *Annuaire... 2018*, vol. II (2^e partie), par. 66, à la page 110.

¹²⁷ Conclusion 9 et commentaire correspondant 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)*, par. 44, aux pages 43 à 47.

¹²⁸ Aux termes du paragraphe 1 de l'article 31 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

n'est pas nécessaire de reproduire tous ces arguments ou l'analyse précédente, étape par étape, de la signification des termes « moyens auxiliaires »¹²⁹ ou du sens des mots « de la détermination des règles de droit »¹³⁰. Il suffit de constater que, sur la base de cette analyse et de la doctrine comme au vu du texte seul, la notion de « moyens auxiliaires » suppose l'existence de moyens ayant un caractère principal. Ces principaux moyens sont les sources. À cet égard, il existe au moins deux niveaux de détermination juridique des règles auxquels les juges doivent être attentifs lorsqu'ils font application du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

80. Le premier niveau de détermination exige que la Cour, dans l'exercice de ses fonctions, « [règle] conformément au droit international les différends que les États lui soumettent » et « applique » les sources, à savoir les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Il s'agit là d'une tâche et d'un niveau de détermination primordiaux pour les juges : dégager et appliquer les règles pertinentes qui se trouvent dans les sources du droit telles que convenues par les États et, dans l'état actuel du droit international, par les États et les organisations internationales et entre les organisations internationales. Les sources sont justifiées comme points de référence ayant leur origine dans le consentement des États souverains. De l'avis du Rapporteur spécial, cette partie de l'application du paragraphe 1 de l'Article 38 impliquerait nécessairement que la Cour applique une règle figurant dans l'une des sources énumérées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 aux faits de l'affaire dont elle est saisie et qu'elle tranche ensuite le litige, ou qu'elle le fasse lorsqu'elle est appelée à rendre un avis consultatif. Telle est la tâche principale de la Cour, à savoir : en ayant recours aux sources du droit, interpréter et appliquer les règles juridiques applicables.

81. L'argument selon lequel la référence aux sources est le principal niveau de détermination juridique est étayé par la doctrine¹³¹ et correspond également à la pratique abondante de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Ainsi, par exemple, dans le cadre du règlement d'une affaire qui lui est soumise, la Cour internationale de Justice, face à une interprétation divergente d'une règle conventionnelle par les parties, aurait à préciser l'interprétation correcte de cette règle avant de l'appliquer ensuite. Dans le cas du droit international coutumier ou des principes généraux du droit, la tâche de la Cour serait relativement plus ardue. La raison en est qu'il lui incomberait, dans le premier cas, d'apprécier si la condition des deux éléments est remplie (c'est-à-dire l'existence d'une pratique étatique assortie de l'*opinio juris*) et, dans le second cas, de rechercher s'il existe un principe général de droit commun aux différents systèmes juridiques et, le cas échéant, de déterminer si ledit principe est transposable dans l'ordre juridique international. La fonction de la Cour est de régler les différends conformément au droit international et, ce faisant, dans telle ou telle espèce donnée, les juges doivent toujours déterminer les règles de droit international applicables en procédant à un examen des sources et, au-delà, des moyens auxiliaires. Pour autant, il ne s'agit pas de dire que le processus est mécanique ou qu'il n'y a pas d'interactions entre les sources et les moyens auxiliaires.

82. Le second niveau de détermination juridique, plus « auxiliaire », découle de la détermination des règles de droit international par des moyens auxiliaires, à savoir les décisions judiciaires ou la doctrine, qui doivent être utilisés comme un moyen de

¹²⁹ Voir A/CN.4/760, par. 334.

¹³⁰ Ibid., par. 339.

¹³¹ Voir Aldo Zammit 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 ; Mads Andenas et Johann Ruben Leiss, « The systemic relevance of “judicial decisions” in Article 38 of the ICJ Statute », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 77, p. 907 à 972, à la page 927.

déterminer d'abord s'il existe une règle de droit international sur tel ou tel point donné, puis, le cas échéant, d'appliquer la règle en question. Contrairement aux sources, auxquelles les juges peuvent recourir directement pour trouver la règle à appliquer, les moyens auxiliaires sont utilisés de manière indirecte. En effet, à l'instar du Rapporteur spécial, certains auteurs ont fait valoir que : « L'expression "moyens auxiliaires" indique que les décisions judiciaires sont appliquées postérieurement à une détermination principale antérieure des règles de droit et en sont tributaires »¹³². Ce qui, en substance, revient à dire que les moyens auxiliaires « ne peuvent pas être autonomes et doivent renvoyer à d'autres sources de droit »¹³³.

83. Autrement dit, au lieu de puiser directement dans les sources de droit elles-mêmes, la Cour est appelée à recourir aux moyens auxiliaires dans le cadre du travail d'identification et de détermination qui doit lui permettre d'établir le fondement et la portée de telle ou telle règle. À cette fin, elle peut se référer à ses propres décisions, à celles d'autres juridictions, telles que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹³⁴, ou à celles d'autres organes, tels que le Comité des droits de l'homme¹³⁵, voire, plus rarement, aux travaux de la doctrine¹³⁶, quand ces moyens lui paraissent convaincants pour vérifier si une règle de droit donnée doit être appliquée et, le cas échéant, déterminer la portée et le contenu de la règle avant de l'appliquer à l'espèce concrète dont elle est saisie. Les moyens auxiliaires sont de cette manière subsidiaires aux sources.

D. L'historique de rédaction confirme la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires

84. L'interprétation textuelle qui précède peut être confirmée par l'historique de la rédaction. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a examiné de manière exhaustive l'historique de la rédaction de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme il l'a expliqué, contrairement aux sources que sont les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit, la proposition d'inclure des moyens auxiliaires est partie de l'idée que la Cour devrait être autorisée à examiner « la jurisprudence internationale comme organe d'application et de développement du droit »¹³⁷. Une proposition similaire fera mention des « opinions des publicistes, comme organes d'application et de

¹³² Andenas et Leiss, « The systemic relevance of "judicial decisions" », p. 927.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, à la page 61, par. 129 (« Il appartient à la Cour, lorsqu'elle applique la Convention, de décider si des actes de génocide ont été commis, mais il ne lui revient pas de statuer sur la responsabilité pénale individuelle pour de tels actes. [...] Cela étant, la Cour prendra en considération, le cas échéant, les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du TPIY, comme elle l'a fait en 2007, lorsqu'elle examinera en l'espèce les éléments constitutifs du génocide. »).

¹³⁵ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, à la page 664, par. 66 (« Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles. ») [non souligné dans l'original].

¹³⁶ Voir *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenants)]*, arrêt, 11 septembre 1992, par. 394 (citant « les directeurs de publication successifs de l'*International Law* d'Oppenheim »).

¹³⁷ Voir A/CN.4/760, par. 215.

développement du droit »¹³⁸. En ce sens, il semble y avoir une similitude dans le rôle que les rédacteurs ont envisagé pour la jurisprudence internationale (terme remplacé ensuite par l'expression plus large de « décisions judiciaires ») et la doctrine, à savoir la possibilité de les appliquer et, ce qui prête davantage à controverse, de les utiliser pour développer le droit¹³⁹.

85. Les premières discussions entre les rédacteurs, semble-t-il assez animées, ont porté sur le droit que les juges devraient appliquer en cas de silence du droit conventionnel et du droit international coutumier. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, ce point a donné lieu à un long débat sur les principes généraux du droit et le rapport entre ces principes et la « jurisprudence internationale »¹⁴⁰. Un aspect essentiel de ce débat a été le malaise ressenti par certains membres du Comité consultatif de juristes, qui craignaient que les juges, si les formulations initiales étaient adoptées, se retrouvent chargés de créer des règles de droit qui, à leur sens, ne seraient pas jugées acceptables par les États. En tout état de cause, on a finalement conclu que, sans être formellement subordonnés aux sources, les principes généraux du droit pouvaient jouer un rôle clé, en particulier dans les situations de *non liquet*. On a également estimé qu'il en allait de même pour les décisions judiciaires et la doctrine.

86. Bien entendu, au milieu des années 1920, à une époque où il n'existait pas encore de juridiction internationale permanente, le droit international était à un stade précoce de développement et les experts craignaient que la Cour permanente de Justice internationale se retrouve en position de déclarer un *non liquet*¹⁴¹. Au fil de la discussion, une convergence essentielle s'est opérée entre les rédacteurs sur le fait que la jurisprudence et la doctrine ne créaient pas de règles mais « concouraient à la détermination des règles existantes »¹⁴². Par conséquent, selon un membre, un juge peut utiliser aussi bien la doctrine que la jurisprudence mais seulement aux fins d'élucidation, tandis que, pour un autre membre, le juge doit s'en servir à titre supplétif en vue d'élucider les règles du droit international¹⁴³. La notion d'élucidation renvoie à l'action d'expliquer quelque chose pour le rendre clair ou plus clair.

87. Un compromis devait être trouvé. Comme de nombreux auteurs l'ont affirmé depuis, la vision étroite de certains rédacteurs, selon laquelle les futurs juges de la cour internationale ne pourraient rien faire d'autre que de choisir et d'appliquer objectivement les règles de droit qui leur seraient données, sans plus, n'était pas acceptable. L'idée que la jurisprudence pourrait, avec le temps, modeler, façonner ou même développer le droit international a été mentionnée expressément par le représentant du Royaume-Uni à l'Assemblée de la Société des Nations (ce qui a conduit à l'insertion de la précision liminaire à l'Article 38)¹⁴⁴. Néanmoins, la

¹³⁸ Ibid., par. 227.

¹³⁹ Ibid., par. 215 et 227.

¹⁴⁰ Ibid., par. 217 (citant *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, La Haye, Van Langenhuisen Brothers, 1920, p. 310 à 315).

¹⁴¹ Voir A/CN.4/760, par. 217 (citant *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 296).

¹⁴² Ibid., par. 223 (citant *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 336).

¹⁴³ Ibid. (citant *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 336).

¹⁴⁴ Voir Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Royaume-Uni, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 56 à 64. En outre, en 1926, le futur président de la Cour permanente de Justice internationale, Sir Cecil Hurst, a également écrit sur la question, affirmant : « La portée de la règle énoncée dans cette décision de la Cour est une question à laquelle il est impossible de répondre à l'heure actuelle. [...] La Cour construira progressivement une règle de droit sur ce point à partir des décisions qu'elle rendra, car il ne fait aucun doute que ces décisions successives constitueront des précédents de la même manière que les décisions successives des tribunaux anglais dans les temps anciens ont construit la *Common Law* de l'Angleterre. » Ibid., p. 13.

possibilité de confier aux juges un large rôle qui leur permette d'agir en législateurs pour combler les lacunes du droit, notamment en raison de l'immaturation du droit international à l'époque et en vue d'éviter le *non liquet*, n'a pas non plus fait l'objet d'un consensus. C'est ce que reflète la formulation de compromis proposée par le baron Descamps, Président du Comité consultatif de juristes, dans laquelle les décisions judiciaires et la doctrine sont en définitive qualifiées de « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit »¹⁴⁵.

88. Nonobstant les fonctions subsidiaires ou de comblement des lacunes et d'assistance des moyens auxiliaires, comme l'a affirmé Shabtai Rosenne, « les décisions judiciaires, et en particulier celles de la Cour internationale, ne peuvent être reléguées à une position auxiliaire »¹⁴⁶. Selon ce point de vue pratique, qui se concentre sur ce que la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont réellement fait plutôt que sur ce que le Statut leur prescrit de faire, « [l']expansion d'un corps de jurisprudence internationale qui peut être examiné avec tous les actes de procédure pertinents conduit à une codification judiciaire ou au moins à une reformulation du droit par une application à des circonstances concrètes »¹⁴⁷. Cette conclusion témoigne de la prescience du représentant du Royaume-Uni à l'Assemblée de la Société des Nations qui avait signalé, sans être contredit, l'influence et l'incidence d'une jurisprudence constante dans la formation du droit international¹⁴⁸. Il semble logique que, lorsqu'il explique quelque chose pour le rendre plus clair, le juge ou le tribunal chargé de cette tâche puisse contribuer à dessiner les contours d'une règle comme partie inhérente de l'accomplissement de cette tâche. Néanmoins, comme la Cour internationale de Justice elle-même a pris soin de l'expliquer, même si cette déclaration peut être considérée comme un simple démenti visant à rassurer les États dans le cadre d'une question controversée, son propre rôle est de dire le droit. « Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution¹⁴⁹. »

E. La pratique de la Cour internationale de Justice et autres juridictions internationales confirme la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires

89. Si la Cour internationale de Justice se réfère fréquemment à ses propres décisions, à celles de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, et à celles d'autres juridictions internationales, elle le fait machinalement – comme le

¹⁴⁵ Voir A/CN.4/760, par. 231 (citant *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 620). Voir également Amos O. Enabulele, « The avoidance of *non liquet* by the International Court of Justice, the completeness of the sources of international law in Article 38(1) of the Statute of the Court and the role of judicial decisions in Article 38(1)(d) », *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 38, n° 4, 2012, p. 617 à 652.

¹⁴⁶ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920–2005*, vol. III, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2006, p. 1554.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Voir Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 56 à 64.

¹⁴⁹ Voir, à cet égard, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 237, par. 18 (« L'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le *corpus juris* existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument ; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution. »). Dans l'affaire des *Pêcheries*, la Cour a jugé qu'« en tant que tribunal, [elle] ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté ». Voir *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, aux pages 23 et 24, par. 53.

confirme le Secrétariat dans sa deuxième étude sur le présent sujet. D'un point de vue méthodologique, toutefois, la Cour internationale de Justice ne s'explique pas systématiquement et ne justifie pas toujours le fondement de ses actions, surtout lorsque ces dernières peuvent être qualifiées de machinales. Ainsi, s'il n'est pas fait référence à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans les décisions et les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale, on rencontre quelques – rares – mentions explicites du paragraphe 4 de l'Article 38 dans les décisions de la Cour internationale de Justice. La mention de la doctrine sur un point de droit est également assez exceptionnelle dans les opinions majoritaires de la Cour internationale de Justice (mais fréquente dans les opinions individuelles) et les auteurs n'ont été cités qu'en quelques occasions, et encore, souvent pour illustrer ou confirmer une position déjà prise¹⁵⁰. Cette pratique confirme la fonction d'assistance de la doctrine, qui est fréquemment invoquée par les parties mais n'est que rarement citée par la Cour dans ses décisions majoritaires.

90. À cet égard, compte tenu du contexte de leur utilisation, il est clair que la Cour internationale de Justice ne confère qu'un rôle subsidiaire aux décisions judiciaires et à la doctrine et accorde plus de poids aux premières. Si, dans sa pratique antérieure, la Cour ne se référait pas aux travaux d'autres juridictions, préférant naturellement les siens, la situation a depuis évolué, et ce, pour diverses raisons, notamment la multiplication des juridictions internationales spécialisées qui traitent de questions plus précises de droit international d'une manière qui est souvent utile à la Cour elle-même. Lorsque la Cour se réfère à d'autres travaux, c'est par utilité et non par obligation (voir *infra*, chapitre IV).

91. Le Rapporteur spécial souhaite désormais présenter un certain nombre d'exemples pratiques. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, une chambre de la Cour internationale de Justice s'est référée au statut juridique d'un arrêt rendu en 1917 par la Cour centraméricaine de justice. La Cour a indiqué que la question de « savoir s'il exist[ait] ou non une *res judicata* découlant d'une affaire entre deux parties n'[était] de guère d'utilité dans une affaire où se pose une question de souveraineté commune de trois États riverains »¹⁵¹. Avant d'ajouter : « C'est d'ailleurs ce que confirme le fait que le Nicaragua a demandé et s'est vu accorder le droit d'intervenir précisément sur cette question de la situation juridique des eaux du golfe »¹⁵². Dans son arrêt, la Cour a ensuite relevé : « [L]a Chambre doit prendre l'arrêt de 1917 en considération comme décision antérieure pertinente d'une juridiction compétente et, pour reprendre les termes de l'[A]rticle 38 du Statut de la Cour, "comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". En résumé, la Chambre doit prendre elle-même une décision quant au statut des eaux du golfe de Fonseca en accordant à la décision de 1917 la considération que celle-ci lui paraît mériter »¹⁵³. Ce faisant, elle a noté : « Les motifs de cette conclusion, indépendamment des motifs de l'arrêt rendu en 1917 par la Cour de justice centraméricaine et de l'effet dudit arrêt, sont les suivants [...] »¹⁵⁴. En l'espèce, la

¹⁵⁰ Voir Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2021, p. 45 (montrant que, sur 155 affaires jugées entre 1945 et 2016, la Cour internationale de Justice ne s'est référée que dans 5 affaires aux travaux de doctrine sur un point de droit). Voir également Tamara G. Quiroga et Leopoldo L.M. Godio, « La doctrina como fuente auxiliar y su utilización en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar », in Claudia G. Gasol Varela *et al.* (dir.), *Aspectos Actuales de las Fuentes del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2022, p. 123 à 153.

¹⁵¹ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenants)]* (voir *supra*, note 136), par. 403.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 405.

décision d'une autre juridiction a servi à confirmer une interprétation : la Chambre l'a pris en compte dans ses conclusions et son raisonnement pour formuler sa propre position sur la question.

92. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, en tranchant la question du droit applicable à l'affaire, la Cour a expliqué qu'elle devait appliquer les différentes « sources de droit mentionnées à l'Article 38 du Statut »¹⁵⁵, à savoir à la fois les traités multilatéraux et le droit international coutumier. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, la Cour internationale de Justice a rappelé : « Pour rechercher les principes et règles pertinents applicables à la délimitation, la Cour est tenue bien entendu de s'inspirer de toutes les sources de droit visées à l'Article 38, paragraphe 1, de son Statut, dont l'alinéa a) lui prescrit d'appliquer les dispositions du compromis »¹⁵⁶. Dans de tels cas, la priorité consiste d'abord à appliquer les sources conventionnelles et coutumières avant de recourir aux décisions judiciaires.

93. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*¹⁵⁷, une chambre de la Cour internationale de Justice a jugé :

[P]our [...] 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 contribué¹⁵⁸.

Dans cet exemple, la Cour internationale de Justice a souligné les sources du droit avant de reconnaître par la suite la possibilité de recourir à ses propres décisions judiciaires et aux sentences arbitrales applicables en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut. La nature supplétive de ces décisions ressort clairement du reste de cet arrêt.

94. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, 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 »¹⁵⁹. Il convient de noter ici que la référence était faite aux sources et non aux moyens auxiliaires, ce qui ne revient pas à dire que la Cour n'a pas consulté ultérieurement ces moyens, en particulier ses propres décisions antérieures en matière de délimitation maritime.

95. Enfin, autre exemple, tiré cette fois de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, la Cour a interprété le paragraphe 1 de l'Article 38 dans le contexte de l'objet d'un compromis entre les parties et constaté que cette disposition « indiqu[ait]

¹⁵⁵ *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 92, par. 172. Voir, en général, Carlos Iván Fuentes, « The imperfect paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice », in Carlos Iván Fuentes, *Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules* (1^{re} éd.), Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 57, Springer, 2016.

¹⁵⁶ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 37, par. 23.

¹⁵⁷ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246.

¹⁵⁸ Ibid., par. 83 (non souligné dans l'original).

¹⁵⁹ *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.

clairement que les règles et principes mentionnés dans cette disposition du Statut [devaient] être appliqués à toute question qu'il serait nécessaire pour la Cour de trancher afin de se prononcer sur le différend »¹⁶⁰.

96. Les exemples précédemment cités, qui s'ajoutent à de nombreux autres dans lesquels la Cour commence systématiquement par se référer aux sources du droit international avant de s'intéresser à ses propres décisions, indiquent que celle-ci prête un caractère subsidiaire aux moyens auxiliaires. En effet, dans plusieurs des affaires citées ci-dessus, la Cour s'est référée à toutes les sources mentionnées au paragraphe 1 de l'Article 38, ce qui pourrait évidemment inclure les moyens auxiliaires après les sources elles-mêmes, mais la priorité a clairement été donnée aux traités conclus par les parties et au droit international coutumier.

97. D'autres juridictions internationales tiennent également les moyens auxiliaires pour subsidiaires par rapport aux sources du droit international. Ainsi, dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé :

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 des 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*¹⁶¹.

98. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déclaré : « [D]iverses sources du droit international seront utilisées, comme celles énumérées à l'[A]rticle 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir les conventions internationales, la coutume internationale et les principes généraux de droit, *de même que d'autres sources auxiliaires comme les décisions judiciaires et la doctrine des juristes*. À l'inverse, il est clair que le Tribunal n'est pas mandaté pour appliquer les dispositions du droit interne d'un système juridique particulier »¹⁶².

99. La pratique de la Cour pénale internationale, qui considère également les moyens auxiliaires comme des moyens subsidiaires appelés à combler des lacunes, est conforme à la méthode suivie par les tribunaux pénaux internationaux ad hoc et par la Cour internationale de Justice. Dans le cadre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la disposition relative au droit applicable, qui figure à l'article 21, n'est pas sans rappeler le débat – évoqué plus haut – qui a agité le Comité consultatif de juristes au début du XX^e siècle, lors duquel il a été posé expressément que les principes généraux du droit et les décisions judiciaires devaient être principalement utilisés pour combler les lacunes des sources principales¹⁶³ :

¹⁶⁰ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 44, à la page 73, par. 62.

¹⁶¹ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, Chambre de première instance, par. 540 (non souligné dans l'original).

¹⁶² *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, Chambre de première instance, par. 414 (non souligné dans l'original). Voir également *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, Chambre de première instance, par. 196. La Chambre a déclaré que, comme il était fait application du droit interne, les décisions des « juridictions militaires britanniques » saisies des procès des criminels de guerre étaient « moins pertinentes pour établir des règles de droit international ».

¹⁶³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n°38544. p. 3.

1. La Cour applique :

a) *En premier lieu*, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;

b) *En second lieu*, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;

c) *À défaut*, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

2. *La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.*

3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité.

100. De la disposition qui précède et de la jurisprudence de la Cour pénale internationale qui l'interprète, il résulte clairement que, comme dans le cas du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'article 21 du Statut de Rome établit une hiérarchie dans le droit applicable. Cet article prescrit expressément une séquence : en premier lieu, la Cour doit appliquer le Statut de Rome et ses documents secondaires, tels que les Éléments des crimes ; en deuxième lieu, elle doit appliquer les traités applicables et les principes et règles du droit international ; en troisième lieu et à défaut, elle doit appliquer les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime ; en quatrième et dernier lieu, elle « peut » appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures. Ce dernier point, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, est conforme à la pratique de la Cour internationale de Justice, qui n'applique pas ses décisions comme des précédents mais fait fréquemment application des principes et des règles de droit international qui s'en dégagent.

101. L'interprétation ci-dessus a été confirmée judiciairement par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, qui a estimé que la référence aux moyens auxiliaires était préférable lorsqu'il existe une lacune ou une insuffisance dans les autres sources. Dans le cadre de la situation en République du Kenya, par exemple, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a expliqué que l'article 21 du Statut servait à régler les sources du droit applicable par la Cour et établissait une hiérarchie entre lesdites sources¹⁶⁴. Ainsi, si le Statut de Rome est la « première » source de droit, « [u]ne Chambre ne peut avoir recours aux sources secondaires visées

¹⁶⁴ Situation en République du Kenya, affaire n°ICC-01/09-159, Decision on the « Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation » (non traduite en français), 5 novembre 2015, par. 17.

aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 que lorsque la Chambre d'appel constate quelque lacune dans le texte du Statut ou du Règlement »¹⁶⁵.

102. On trouve plusieurs autres exemples de ce type dans la deuxième étude du Secrétariat¹⁶⁶. Dans une autre affaire, notamment dans l'affaire *Katanga*, la Cour pénale internationale a reconnu l'interaction existant entre les moyens auxiliaires et les sources en déclarant : « Il conviendra, pour la Chambre, lorsque les textes fondateurs ne résolvent pas précisément telle ou telle question, de se référer, notamment, au droit conventionnel et coutumier humanitaire ainsi qu'aux principes généraux du droit. À cette fin, elle pourra, par exemple, être conduite à faire référence à la jurisprudence élaborée en ce domaine par les tribunaux ad hoc comme par d'autres cours »¹⁶⁷.

103. Ici, la référence à la jurisprudence d'autres juridictions indique clairement qu'une autre fonction des décisions judiciaires est subsidiaire en ce sens que celles-ci pourraient être utilisées ultérieurement par d'autres juridictions dans la mesure où elles énoncent une règle de droit international (ancrée dans un traité, dans le droit international coutumier ou dans un principe général de droit) que la Cour pénale internationale juge persuasive aux fins de l'affaire dont elle est saisie. En définitive, dans le système du Statut de Rome, les traités applicables et les principes et règles du droit international (y compris le droit coutumier) sont les principales sources de droit, suivies ensuite par les principes généraux du droit et enfin par les moyens auxiliaires et les principes et règles qui y sont énoncés. Dans le passage cité au paragraphe précédent, il est clair que la Chambre considère que la référence à la jurisprudence des tribunaux ad hoc et d'autres cours est secondaire par rapport à la référence aux traités ou au droit humanitaire coutumier et aux principes généraux du droit. La première conclusion qui se dégage de ce qui précède est que ce n'est pas seulement la Cour internationale de Justice (qui s'occupe de droit international général) mais également la Cour pénale internationale (qui traite de droit pénal international et de droit des conflits armés) qui regarde les moyens auxiliaires, notamment leurs propres décisions judiciaires et celles d'autres juridictions, comme subsidiaires par rapport aux sources.

F. La pratique des juridictions nationales atteste de la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires

104. À côté des exemples susmentionnés, qui sont puisés dans la sphère internationale, il en est de nombreux autres qui montrent que les moyens auxiliaires sont également tenus pour subsidiaires par les juridictions nationales. Quelques exemples tirés de l'Allemagne, de l'Afrique du Sud, de la Sierra Leone et des États-Unis devraient suffire à illustrer notre propos. Le premier exemple est tiré d'une affaire portée devant la Cour fédérale de justice d'Allemagne. Dans cette affaire, le requérant (un ancien officier de l'Armée nationale afghane), reconnu coupable de torture par le tribunal régional de Munich, a fait appel en invoquant le bénéfice de l'immunité fonctionnelle¹⁶⁸. Examinant le recours, la Cour fédérale de justice s'est référée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice pour déterminer si le droit international coutumier faisait obstacle à la poursuite de fonctionnaires subalternes d'États étrangers. Tout en relevant que la Cour constitutionnelle fédérale avait estimé que les décisions judiciaires et la doctrine du

¹⁶⁵ Ibid. (note non reproduite et non souligné dans l'original).

¹⁶⁶ Voir [A/CN.4/765](#), par. 415 à 480.

¹⁶⁷ *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut, 7 mars 2014, Chambre de première instance II, par. 47.

¹⁶⁸ Voir Cour fédérale de justice, 3 StR 564/19, arrêt, 28 janvier 2021 (en allemand).

droit international ne devaient être utilisées qu'à titre subsidiaire pour clarifier le droit international coutumier, la Cour a procédé à un examen approfondi des décisions rendues par des juridictions nationales et internationales ayant été saisies de la même question avant de constater que la grande majorité des auteurs refusaient le bénéfice de telles immunités fonctionnelles aux fonctionnaires de rang subalterne. Le requérant a finalement été débouté.

105. Le deuxième exemple concerne une affaire portée devant la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud¹⁶⁹. En l'espèce, il s'agissait de rechercher si le droit international coutumier autorisait des exceptions à l'immunité accordée aux chefs d'État afin de savoir si l'Afrique du Sud – ou ses juridictions nationales – pouvaient écarter cette immunité afin d'exécuter un mandat d'arrêt délivré par la Cour pénale internationale à l'encontre du Président du Soudan de l'époque, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir¹⁷⁰. Après avoir analysé le Statut de Rome puis le droit international coutumier, la Cour a constaté qu'il lui était impossible de répondre à la question par l'analyse de ces sources et expliqué que les décisions judiciaires pouvaient lui offrir des « indications » : « *En l'absence de traité contraignant ou d'autre instrument international créant une telle exception, ou de pratique universelle établie dans les affaires des nations, on se tourne vers les décisions des juridictions internationales pour y trouver des indications quant à l'existence d'une telle exception* »¹⁷¹.

106. La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud a alors analysé les décisions de la Cour internationale de Justice sur la question de l'immunité, notamment l'affaire du *Mandat d'arrêt*¹⁷², confirmée par un *obiter dictum* ultérieur dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁷³, avant de conclure qu'il n'y avait pas d'exception à la règle de l'immunité en ce qui concerne les chefs d'État en exercice¹⁷⁴. Il est intéressant de noter que, dans la même décision, la Cour a également examiné les écrits de plusieurs auteurs et noté que les avis étaient partagés sur la question de savoir si l'immunité s'appliquait ou non. En définitive, en rejetant l'argument du défendeur selon lequel une telle exception existait en droit international actuel, du moins en ce qui concerne les juridictions nationales, la Cour a fait observer que, si les opinions divergentes des auteurs pourraient servir à l'avenir à « *éclairer le débat et contribuer au développement du droit international coutumier* »¹⁷⁵, évoquant ainsi une autre fonction accessoire des décisions judiciaires (à savoir contribuer au développement du droit international coutumier), sa propre tâche n'était pas de créer un nouveau droit mais d'apprécier « *l'état du droit international coutumier tel qu'il se présent[ait] à l'heure actuelle et de l'appliquer* »¹⁷⁶.

107. Dans ces conditions, la Cour suprême d'appel a considéré qu'« [i]l ne servirait pas à grand-chose de parcourir la doctrine sur la question car les commentateurs sont divisés, même si l'on sent chez beaucoup d'entre eux la volonté de résoudre le problème en reconnaissant une exception à la règle de l'immunité du chef d'État »¹⁷⁷. En fin de compte, après avoir examiné l'argument supplémentaire en faveur de l'exception fondée sur le caractère de *jus cogens* des crimes internationaux qu'Omar

¹⁶⁹ Voir Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud, *Minister of Justice and Constitutional Development and others v. Southern African Litigation Centre and others*, 2016 (3) SA 317 (SCA) (15 mars 2016).

¹⁷⁰ Ibid., par. 69.

¹⁷¹ Ibid., par. 70 (non souligné dans l'original).

¹⁷² Ibid., par. 67 et 76 (citant *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, aux pages 20 à 22, par. 51 et 54).

¹⁷³ Ibid., par. 70 (citant *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, aux pages 136 à 142, par. 81 à 97).

¹⁷⁴ Ibid., par. 84.

¹⁷⁵ Ibid., par. 74 (non souligné dans l'original).

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid., par. 83.

Hassan Ahmad Al-Bashir aurait commis, la Cour a conclu qu'elle « n'[était] pas en mesure de considérer qu'à ce stade du développement du droit international coutumier, il exist[ait] une exception pour les crimes internationaux à l'immunité et à l'inviolabilité dont jouissent les chefs d'État lorsqu'ils se rendent dans des pays étrangers et comparaissent devant des juridictions nationales étrangères »¹⁷⁸.

108. Le troisième exemple est tiré de la pratique des juridictions nationales de Sierra Leone. Il démontre également que les moyens auxiliaires sont utilisés à titre subsidiaire pour déterminer les règles du droit international. Dans une affaire portée devant elle¹⁷⁹, la Cour suprême de Sierra Leone a été appelée à aborder plusieurs questions relatives à la validité de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, et notamment celle de l'immunité.

109. Dans l'examen de la question relative à la constitutionnalité de l'immunité des chefs d'État, la Cour s'est référée aux décisions de la Cour internationale de Justice et à celles de la Chambre des lords. Elle a considéré que, « lorsque l'immunité est invoquée par un chef d'État devant une juridiction internationale, la position à déduire des décisions de diverses juridictions nationales et internationales, ainsi que des écrits de juristes internationaux, [était] qu'il n'exist[ait] pas de droit *a priori* à invoquer le bénéfice de l'immunité, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale portant sur des crimes internationaux »¹⁸⁰.

110. Dans l'examen de la question secondaire relative à l'absence alléguée de compétence concurrente entre le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et les juridictions nationales sierra-léonaises, la Cour suprême s'est référée au Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avant de se reporter au Règlement de procédure et de preuve et à deux décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Tadić* et *Karadžić* pour confirmer la primauté de la compétence du tribunal international sur la question qui lui était soumise. Par la suite, après s'être appuyée sur ces sources pour parvenir à la conclusion que la primauté du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ne contrevenait pas à l'article 125 de la Constitution concernant la compétence de supervision de la plus haute juridiction du pays, la Cour suprême a cité, comme élément supplémentaire à l'appui de cette conclusion, les travaux menés par un auteur reconnu sur la compétence concurrente des juridictions internationales.

111. En fin de compte, comme l'a conclu la Sierra Leone dans sa communication à la Commission sur le sujet : « Du point de vue du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'examen des questions de droit international par les juridictions nationales de la Sierra Leone semble indiquer qu'il est souvent fait recours aux décisions judiciaires d'autres juridictions nationales et internationales traitant des mêmes questions. Il peut être recouru à la doctrine des publicistes pour élucider les questions pertinentes ou confirmer l'interprétation faite par les juridictions »¹⁸¹. Cette pratique est conforme à celle de la Cour

¹⁷⁸ Ibid., par. 84.

¹⁷⁹ Voir Cour suprême de Sierra Leone, *Issa Hassan Sesay and others v. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court, the Prosecutor of the Special Court and the Attorney General and the Minister of Justice*, affaire n° 1/2003, arrêt, 14 octobre 2005. Le texte de la décision est annexé à la communication que la Sierra Leone a adressée à la Commission sur l'utilisation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international dans les juridictions nationales sierra-léonaises, 18 janvier 2023, consultable à l'adresse : https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_sierra_leone.pdf.

¹⁸⁰ *Sesay and others* (voir note précédente), p. 12.

¹⁸¹ Communication de la Sierra Leone à la Commission sur l'utilisation des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international dans les juridictions nationales de la Sierra Leone, par. 8.

constitutionnelle fédérale d'Allemagne et à celle de la Cour suprême d'Afrique du Sud, que l'on a évoquées plus haut.

112. Le quatrième et dernier exemple confirmant la fonction d'assistance des moyens auxiliaires provient des États-Unis. Dans la pratique des États-Unis, les juridictions, dans les rares occasions où elles ont abordé des questions de droit international, se sont généralement appuyées sur le paragraphe 1 de l'Article 38 pour connaître la liste autorisée des sources de droit international¹⁸². À cet égard, selon la communication adressée par les États-Unis sur le sujet, une partie de la jurisprudence américaine a considéré que l'énumération figurant au paragraphe 1 de l'Article 38 avait un caractère « hiérarchique »¹⁸³ et que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 fournissait un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

113. Ainsi, dans l'affaire *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a considéré :

L'Article 38 incarne l'interprétation des États quant aux sources qui offrent une preuve recevable du contenu du droit international coutumier. Il pose que les preuves *principales* sont uniquement constituées par les « conventions » (c'est-à-dire les traités) qui énoncent « les règles expressément reconnues par les États en litige » [ibid., alinéa a) du paragraphe 1 (non souligné dans l'original)], la « coutume internationale » dans la mesure où celle-ci fournit « la preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit » [ibid., alinéa b) du paragraphe 1 (non souligné dans l'original)], et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » [ibid., alinéa c) (non souligné dans l'original)]. Il établit également que les sources *secondaires* (ou « auxiliaires ») acceptables qui résument le droit international coutumier comprennent les « décisions judiciaires » et les travaux des « publicistes les plus qualifiés », au sens où l'on entendait ce terme à l'époque de la rédaction du Statut¹⁸⁴.

114. L'arrêt *Flores* confirme la distinction entre sources principales et moyens auxiliaires, en indiquant que les décisions judiciaires et la doctrine sont secondaires ou auxiliaires par rapport aux sources. Les juridictions des États-Unis ont évolué dans leur pratique en ce qui concerne le caractère secondaire de la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. En effet, dans l'affaire *The Paquete Habana*, sans doute la plus citée de la Cour suprême des États-Unis en matière de droit international, la Cour a abordé la nature des décisions judiciaires et des « travaux des juristes et des commentateurs » et les rapports existant entre ces moyens¹⁸⁵. Dans un passage célèbre, elle a expliqué :

[E]n 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, aux travaux des juristes et des commentateurs, qui, grâce à des années de travail, de recherche et d'expérience, ont acquis une connaissance approfondie des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que

¹⁸² Voir, par exemple, *U.S. v. Hasan*, 747 F. Supp. 2d 599, 631-637 (E.D. Va. 2010) (appliquant, successivement, chaque élément de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 à la question en litige).

¹⁸³ Voir la 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, consultable à l'adresse : https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_us.pdf.

¹⁸⁴ *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 406 F.3d 65, 83 (2d. Cir. 2003) (non souligné dans l'original).

¹⁸⁵ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), p. 700 (non souligné dans l'original).

devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement¹⁸⁶.

La décision a justifié le poids accordé à la doctrine en citant les textes sur le droit international de Henry Wheaton et de James Kent, deux auteurs qui ont traité de l'« autorité des auteurs »¹⁸⁷. Cela dit, il convient de noter que l'arrêt rendu dans l'affaire *The Paquete Habana* indique que la référence aux ouvrages de doctrine est notamment subordonnée à l'absence de traité, de législation nationale ou de décisions judiciaires. Ainsi, même avant la création de la Cour internationale de Justice, le recours aux ouvrages de doctrine par certaines juridictions nationales était auxiliaire. Ce fait est remarquable quand on sait que cette décision a précédé le Statut de la Cour permanente de Justice internationale d'environ 25 ans et celui de la Cour internationale de Justice de 45 ans.

115. Dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, une affaire dont a été saisie plus récemment la Cour suprême des États-Unis, le défendeur a fait valoir que son arrestation arbitraire violait à la fois la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁸⁸. La Cour a considéré que la demande était insuffisamment fondée aux motifs, d'une part, que la Déclaration universelle des droits de l'homme était un instrument non contraignant et, d'autre part, que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, quoique contraignant aux États-Unis, n'était pas « auto-exécutoire » en vertu d'une déclaration faite lors de la ratification (autrement dit, en l'absence de loi, le défendeur ne pouvait pas l'invoquer pour intenter une action devant les juridictions fédérales). La Cour a ensuite cité l'affaire *The Paquete Habana*, avant de rechercher si l'interdiction de l'arrestation arbitraire avait un caractère de droit international coutumier et de conclure que la demande devait être rejetée au motif que tel n'était pas le cas.

116. Dans l'affaire *United States v. Yousef*¹⁸⁹, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, tout en relevant que les sources du droit international continuaient de faire l'objet de travaux en doctrine, a estimé que les écrits des publicistes ne constituaient pas de véritables sources de droit international¹⁹⁰. Selon la Cour, les écrits doctrinaux peuvent être « utiles pour expliquer ou élucider un principe juridique établi ou une branche du droit »¹⁹¹ et peuvent constituer une « source supplémentaire acceptable pour éclairer une question particulière de droit international uniquement lorsque l'on doit y recourir en complément des “opinions”, des “décisions” et des “actes de gouvernement”, auquel cas leur poids reste moindre que celui d'éléments faisant davantage autorité, tels que les “déclarations” de l'État, ses “lois” ou ses “instructions” données à ses agents »¹⁹². À cet égard, « [l]a Cour a estimé que l'argument selon lequel les professeurs de droit international peuvent, en vertu de leur expérience universitaire, déterminer les règles du droit international coutumier était “certainement dénué de fondement” »¹⁹³. « En clair, et malgré les protestations contraires de certains auteurs (ou “publicistes” ou “juristes”), telle affirmation faite par les auteurs les plus qualifiés selon laquelle le droit international est *x* ne saurait

¹⁸⁶ Ibid. (non souligné dans l'original).

¹⁸⁷ Ibid., p. 700 et 701.

¹⁸⁸ Voir *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

¹⁸⁹ *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

¹⁹⁰ Ibid., par. 101.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. (renvoyant à Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1965).

¹⁹³ Communication des États-Unis à la Commission sur l'utilisation des moyens auxiliaires, p. 2.

l'emporter sur la preuve que la pratique conventionnelle ou coutumière des États est différente¹⁹⁴. »

117. La Cour d'appel est revenue sur la valeur des sources secondaires énumérées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans l'affaire *Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co.*¹⁹⁵. Elle a déclaré que les tribunaux s'appuyaient traditionnellement sur « les travaux de juristes qui font profession d'écrire sur le droit public [...] ou sur des décisions judiciaires constatant et appliquant le droit »¹⁹⁶, mais a également cité la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Yousef*, selon laquelle « les travaux doctrinaux ne f[aisaie]nt pas partie des sources faisant autorité en matière de droit international coutumier »¹⁹⁷. Dans d'autres affaires, telles que *Doe v. Nestle S.A.*, la Cour de district des États-Unis pour le district central de Californie a cité la note 1 de l'article 103 du Restatement (Third) of Foreign Relations Law, laquelle, pour reprendre les termes employés par la juridiction, « donne des explications utiles sur le rôle des sources doctrinales comme preuves du droit international coutumier »¹⁹⁸.

118. Les affaires susmentionnées, qui illustrent la pratique de diverses juridictions nationales, confirment une approche constante, à savoir que les décisions judiciaires et la doctrine doivent être utilisées comme compléments pour interpréter, élucider et appliquer les sources du droit international. Dans ces affaires, les juridictions accordent toutes aux décisions judiciaires une importance plus grande qu'à la doctrine. La pratique de ces juridictions rejoint et complète l'approche de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales.

G. La doctrine confirme la nature subsidiaire des moyens auxiliaires

119. La question des sources du droit international et, partant, des moyens auxiliaires a fait couler beaucoup d'encre. Aussi n'est-il pas nécessaire de procéder à une étude approfondie de la doctrine pour affirmer, sans trop risquer la controverse, que la majorité des auteurs soutiennent le point de vue ci-dessus, à savoir que les moyens auxiliaires ont un caractère subsidiaire ou secondaire. Quelques illustrations peuvent néanmoins être utiles.

120. Ainsi, selon l'explication de James Crawford, « 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* »¹⁹⁹. Cela ne veut pas dire que les décisions judiciaires ou les travaux doctrinaux ne peuvent pas contribuer à clarifier ou même à servir de base au développement ultérieur du droit, comme l'a reconnu la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud. Il y a plus d'un siècle, Lassa Oppenheim notait que les décisions judiciaires et la doctrine pouvaient « *influencer le développement du droit international, soit en créant des usages qui se transforment progressivement en coutumes, soit en incitant les membres de la famille des nations à conclure des*

¹⁹⁴ *Yousef* (voir *supra*, note 189), par. 102. Voir également *Flores* (*supra*, note 184) (citant *Yousef* (par. 103) pour la thèse selon laquelle « on s'attache, en premier lieu, à l'œuvre législative et aux actes officiels des États et, en second lieu seulement, aux travaux des auteurs comme preuve de la pratique établie des États »).

¹⁹⁵ *Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co.*, 517 F.3d 104 (2d Cir. 2008).

¹⁹⁶ *Ibid.*, par. 116.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Doe v. Nestle S.A.*, 748 F. Supp. 2d 1057, 1069, n. 11 (C.D. Cal. 2010), note de bas de page 11.

¹⁹⁹ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8^e éd.), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 37 (non souligné dans l'original).

traités qui stipulent des règles juridiques pour la conduite internationale future »²⁰⁰. Comme l'affirme James Brierly, la doctrine peut également « influencer la conduite des États et, indirectement, au fil du temps, concourir à faire évoluer le droit »²⁰¹.

121. Plus récemment, d'autres auteurs ont décrit l'influence considérable des décisions judiciaires dans divers domaines du droit international. Ainsi, par exemple, dans une étude détaillée axée sur le droit international humanitaire, Shane Darcy a expliqué : « Les décisions judiciaires influent sur le développement du droit des conflits armés dans la mesure où elles comblent des lacunes juridiques (si les négociateurs de traités peuvent accepter et acceptent les lacunes du droit, les juges n'ont pas cette possibilité), donnent de la chair à des dispositions conventionnelles ou à des notions juridiques squelettiques telles que la nécessité militaire ou la proportionnalité, et dégagent et légitiment de nouvelles évolutions juridiques telles que les coutumes émergentes »²⁰².

122. Pour sa part, tout en soulignant le double rôle des décisions judiciaires rendues par les juridictions nationales comme preuve de la pratique des États et comme source de moyens auxiliaires, Anthea Roberts fait valoir que « [l]es décisions judiciaires jou[ai]ent un rôle extrêmement important dans la détermination et la formation du droit international » et que, dans ce cadre, les juridictions examin[ai]ent fréquemment les décisions rendues par les tribunaux d'autres ressorts lorsqu'elles « déterminent la coutume et interprètent les traités »²⁰³. Mentionnant ensuite les liens existant entre les deux moyens auxiliaires, elle souligne notamment : « Les universitaires, les praticiens et les juridictions internationales et nationales déterminent et interprètent fréquemment le droit international en procédant à une analyse comparative de la manière dont les juridictions nationales ont abordé la question »²⁰⁴.

H. Observations du Rapporteur spécial sur la nature subsidiaire des moyens auxiliaires

123. En conclusion de la présente section consacrée à la fonction subsidiaire des moyens auxiliaires, trois observations finales semblent s'imposer. Premièrement, au regard du texte, de l'historique de la rédaction et, plus important encore, de la pratique des juridictions tant internationales que nationales, on peut conclure que les moyens auxiliaires énoncés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne sont pas des sources de droit international. Il s'agit plutôt de moyens ou d'éléments secondaires auxquels on a principalement ou habituellement recours dans le processus d'identification, de détermination ou d'application des règles de droit international destiné à trancher une question juridique. Cette position conforte les conclusions antérieures de la Commission concernant le présent sujet et les sujets antérieurs sur la nature des moyens auxiliaires par rapport aux sources du droit international, notamment, comme on l'a déjà montré plus haut, celles tirées dans le contexte de la

²⁰⁰ Lassa Oppenheim, *International Law*, Londres, Longmans, Green and Co., 1905, p. 24 (non souligné dans l'original).

²⁰¹ James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (5^e éd.), Oxford, Oxford University Press, 1955, p. 66.

²⁰² Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2014, p. 65.

²⁰³ Anthea Roberts, « Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, p. 63 et 58.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 58.

détermination du droit international coutumier²⁰⁵, des principes généraux du droit²⁰⁶ et de la détermination et des conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)²⁰⁷.

124. Deuxièmement, si le rôle subsidiaire est la fonction principale des moyens auxiliaires, ces derniers ont vraisemblablement d'autres fonctions plus particulières dans la pratique. Parmi ces fonctions, on peut notamment citer, comme dans le cas des principes généraux du droit, celle d'interpréter ou de compléter les règles du droit international, notamment en comblant les lacunes du droit ou en renforçant la cohérence ou le caractère systémique du droit international comme système juridique²⁰⁸. Les fonctions particulières des moyens auxiliaires peuvent se confondre, comme c'est le cas pour les différentes catégories de moyens auxiliaires, mais elles peuvent aussi être distinctes, selon le moyen auxiliaire considéré. L'idée que la fonction générale est principalement subsidiaire devrait donc être retenue pour garantir que la Commission conserve une certaine souplesse, au fil de l'avancement des travaux sur le sujet, en reconnaissant que les moyens auxiliaires exercent d'autres fonctions susceptibles d'être développées dans le cadre des travaux futurs sur le sujet. Cette approche est cohérente avec celle suivie pour l'étude des principes généraux du droit qui, comme le montrent les deux rapports du Rapporteur spécial, jouent un rôle similaire de comblement des lacunes, ainsi que l'avaient envisagé les rédacteurs.

125. Enfin, et c'est là une question qui sera abordée dans un prochain rapport, les moyens auxiliaires, notamment les décisions judiciaires mais également d'autres comme les décisions d'organes d'experts ou certaines résolutions d'organisations internationales, peuvent servir de base autonome aux droits et obligations des sujets de droit international, c'est-à-dire, les États en premier lieu, mais également les organisations internationales.

I. Projet de conclusion proposé

126. À la lumière de l'analyse qui précède, le Rapporteur spécial souhaite proposer un projet de conclusion sur la nature et la fonction des moyens auxiliaires, dont le texte est conçu comme suit :

Projet de conclusion 6 **Nature et fonction des moyens auxiliaires**

- a) Les moyens auxiliaires ont un caractère auxiliaire par rapport aux sources du droit international contenues dans les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit.
- b) Les moyens auxiliaires sont principalement utilisés pour déterminer, interpréter et appliquer les règles de droit international découlant des sources du droit international.

²⁰⁵ Voir conclusions 13 et 14 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 65.

²⁰⁶ Voir conclusions 8 et 9 du projet de conclusion sur les principes généraux du droit, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 40.

²⁰⁷ Voir 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)*, par. 43.

²⁰⁸ Voir troisième rapport du Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit, Marcelo Vázquez-Bermúdez (*A/CN.4/753*, p. 39 à 50).

IV. Nature générale du précédent dans les décisions des juridictions nationales et internationales

127. Comme l'indiquent le plan d'étude²⁰⁹ du sujet et le premier rapport du Rapporteur spécial²¹⁰, il faut nécessairement aborder, dans le cadre de débats utiles sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, la réserve concernant l'Article 59 mentionnée au début de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En effet, l'alinéa d) mentionne expressément une autre disposition du Statut de la Cour car elle semble pertinente pour la délimitation de la portée des moyens auxiliaires. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, qui fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies, la Cour est tenue, lorsqu'elle se prononce sur des différends entre États conformément au droit international et aux sources énumérées aux alinéas a) à c), d'appliquer, « *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).

128. Dans le présent chapitre, le Rapporteur spécial examinera cet aspect du sujet en s'intéressant en particulier à la relation entre ces deux dispositions importantes du Statut de la Cour internationale de Justice. L'Article 59 étant souvent considéré comme posant la question du précédent en droit international, le Rapporteur spécial commencera par faire une brève comparaison des conceptions romano-germanique et de *common law* de la notion de précédent dans les décisions judiciaires nationales. Il examinera ensuite la question du précédent dans les juridictions internationales, en s'intéressant en particulier à la Cour internationale de Justice et au Tribunal international du droit de la mer, avant de formuler des observations finales et de proposer un projet de conclusion.

A. Définition du précédent et approche retenue dans les systèmes de *common law* et de droit romano-germanique

129. La nature et la place du « précédent » dans les décisions judiciaires font l'objet d'un débat ancien qui reste étonnamment vif²¹¹. Des centaines, voire des milliers d'arbres ont été abattus pour approvisionner en papier les juges, les universitaires et les praticiens du droit international aspirant à décortiquer la notion sous toutes ses formes. Comme c'est souvent le cas pour les concepts juridiques donnant matière à réflexion, il n'existe pas de définition unique et universellement approuvée du « précédent ». Le terme peut être défini dans un sens étroit ou large. Le *Black's Law Dictionary*, qui s'inspire sans aucun doute du droit interne, en donne une définition étroite et technique : « An adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law » (affaire tranchée ou décision antérieure d'une juridiction considérée comme servant d'exemple ou faisant autorité pour trancher une affaire identique ou similaire survenant ultérieurement ou une question de droit analogue)²¹². Le dictionnaire *Oxford* définit de la même manière le terme « précédent » comme « [a] previous case that is taken as an example to be followed »

²⁰⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, par. 302 et annexe.

²¹⁰ A/CN.4/760, par. 275.

²¹¹ Le Rapporteur spécial ne propose pas de se lancer dans ce débat théorique. Compte tenu de l'objectif pratique étroit des travaux sur le sujet, il l'aborde principalement sous l'angle du Statut de la Cour internationale de Justice.

²¹² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 2^e éd. (St. Paul, West Publishing, 1910).

(une affaire antérieure considérée comme un exemple à suivre)²¹³ « [a] judicial decision which constitutes an authoritative example or rule for subsequent analogous cases » (une décision judiciaire qui constitue un exemple ou une règle ayant un caractère obligatoire pour des affaires ultérieures analogues)²¹⁴, ou « [a] previous instance taken as an example or rule by which to be guided in similar cases or circumstances; an example by which a comparable subsequent act may be justified » (une affaire antérieure servant d'exemple ou de règle par laquelle les juges doivent se laisser guider dans des affaires ou circonstances comparables ; un exemple pouvant servir à justifier un acte ultérieur comparable)²¹⁵.

130. Au niveau international, comme dans les définitions données ci-dessus, la notion de précédent conserve la même caractéristique essentielle. La définition donnée par l'Institut de droit international en rend bien compte : « Un précédent est une décision rendue par une juridiction internationale qui peut servir de référence dans une affaire autre que celle à l'occasion de laquelle elle est intervenue »²¹⁶. Comme l'a expliqué l'Institut, un précédent peut prendre naissance de différentes manières, mais il faut que certaines conditions soient remplies pour qu'il puisse être invoqué dans une autre affaire, notamment que les circonstances soient semblables ou sensiblement analogues²¹⁷.

131. Selon une définition plus large et non technique, le précédent est « a similar action or event that happened earlier » (une action ou un fait similaire survenu antérieurement)²¹⁸. Cette définition plus large renvoie essentiellement à l'idée d'un fait antérieur. C'est le sens ordinaire du terme. La distinction proposée entre le sens restreint et technique et le sens large et non technique a des conséquences pratiques pour les juristes. Si l'on s'en tient à la première acception, plus étroite, qui s'applique dans le contexte juridique, on peut dire que, dans certains systèmes de droit interne, il existe une règle du précédent, et plus précisément une règle du précédent obligatoire. Selon cette règle, parfois appelée *stare rationibus decisis*, ou *stare decisis*, une juridiction est liée par les principes juridiques acceptés et établis qui ont été énoncés dans des affaires antérieures tranchées par elle ainsi que par d'autres juridictions de rang égal ou supérieur concernant des questions litigieuses déjà tranchées²¹⁹.

132. La règle du *stare decisis* trouve son origine dans les systèmes de *common law* (de tradition anglo-saxonne), auxquels elle est donc associée. Elle confère un rôle central aux juges et à leurs décisions et, surtout, les contraint à s'appuyer sur des affaires antérieures afin que les affaires similaires soient tranchées de la même

²¹³ *Oxford Paperback Dictionary*, 4^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 1994), p. 627.

²¹⁴ *Oxford English Dictionary* (Oxford, Oxford University Press, 2023), disponible à l'adresse suivante : <https://doi.org/10.1093/OED/2995362323>.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Résolution sur les précédents et la jurisprudence dans les procédures contentieuses interétatiques et consultatives (2 RES FR), 1^{er} septembre 2023, par. 1, Rapporteurs spéciaux Mohamed Bennouna et Alain Pellet. Il est fortement recommandé à toute personne souhaitant approfondir le sujet du précédent de lire l'étude détaillée sur la jurisprudence et les précédents en droit international réalisée par Mohamed Bennouna et Alain Pellet, étant donné que certains aspects de la question ne seront pas examinés ici compte tenu des objectifs particuliers du présent rapport. Le colloque sur le thème du précédent en droit international organisé par la Société française pour le droit international sera également utile aux lecteurs. Voir Société française pour le droit international, *Colloque de Strasbourg, Le précédent en droit international* (Paris, Pedone, 2016).

²¹⁷ Voir résolution sur les précédents et la jurisprudence dans les procédures contentieuses interétatiques et consultatives (note 216 *supra*), par. 2 et 3.

²¹⁸ *Oxford Learner's Dictionary*, disponible à l'adresse suivante :

www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/precedent?q=precedent.

²¹⁹ Guido Acquaviva et Fausto Pocar, « Stare decisis », dans Anne Peters, ed. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2023), par. 1.

manière. Le fait que les juridictions de rang inférieur suivent ainsi les règles établies par les juridictions de rang supérieur permet de garantir un certain degré de sécurité juridique et de prévisibilité.

133. En droit interne, la règle du précédent peut s'appliquer de différentes manières, plus ou moins complexes. Premièrement, elle « peut autoriser le juge à considérer les décisions antérieures comme faisant partie des documents juridiques généraux à partir desquels établir le droit » ; deuxièmement, elle « peut l'obliger à trancher l'affaire de la même manière qu'une affaire antérieure, à moins qu'il puisse donner une bonne raison de ne pas le faire » ; troisièmement, elle « peut l'obliger à trancher l'affaire de la même manière que l'affaire antérieure, même s'il peut donner une bonne raison de ne pas le faire »²²⁰. De manière générale, cette classification utile en trois catégories renvoie aux caractéristiques générales des juridictions de droit romano-germanique ou continental, dont on dit qu'elles appliquent la première et, parfois, la deuxième approche décrite ci-dessus, tandis que les juridictions de *common law* appliquent la troisième.

134. Il ne faut toutefois pas accorder trop d'importance aux différences existant entre les systèmes de *common law* et de droit romano-germanique pour ce qui est de la notion de précédent. En effet, certains systèmes de droit romano-germanique s'orientent également vers la deuxième approche, tandis que les systèmes de *common law*, relativement plus rigides, présentent également certaines nuances. Ainsi, même s'il existe des variations dans les systèmes de *common law* – par exemple, l'Angleterre, les États-Unis, l'Inde et la Sierra Leone n'ont pas exactement la même approche – ces systèmes privilégient généralement les règles et les exceptions aux règles formulées dans les décisions antérieures applicables des juridictions de rang supérieur (qui, en principe, suivent leurs propres décisions) qu'elles considèrent comme obligatoires, mais tendent également à conserver la possibilité de s'écarter de ces décisions dès lors qu'il existe de bonnes raisons de le faire, que ce soit dans l'intérêt de la justice ou pour une autre raison.

135. En outre, les juges de *common law* qui appliquent les précédents doivent faire la distinction entre les motifs de la décision, les *ratio decidendi*, qui en sont la raison essentielle et ont une valeur obligatoire, et les *obiter dicta*, qui ne constituent pas le fondement de la décision mais peuvent avoir une certaine valeur persuasive ou influencer l'interprétation de la décision. Lorsque le principe du *ratio decidendi* est respecté, la règle du *stare decisis* « convertit en pratique les opinions passées des juges, qui ont appliqué le droit à certaines circonstances données, en une source de droit au regard de laquelle les futures affaires concernant des faits analogues devraient être jugées »²²¹. C'est pourquoi la jurisprudence (*case law* en anglais) qui en découle est si importante.

136. En clair, le terme anglais « *case law* » est souvent employé, dans les systèmes de *common law*, comme synonyme du terme technique « *precedent* » (précédent), aux côtés d'autres termes tels que « *judicial decisions* » (décisions judiciaires) et le terme moins clair – du moins en anglais – de « *jurisprudence* ». Comme l'a expliqué Bing Jia :

En anglais, le terme « *case law* » au sens large peut être employé... de manière interchangeable avec ceux de « *judicial decisions* », « *precedents* » et « *jurisprudence* ». Toutefois, au sens strict... « *case law* »... est le terme qui a la portée la plus étroite et désigne 1) les précédents qui lient les juridictions de rang inférieur au sein d'un même système judiciaire (peu importe qu'ils aient de manière générale une valeur persuasive) ; 2) les règles de droit établies

²²⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 9.

²²¹ Acquaviva et Pocar, « *Stare decisis* », par. 6.

uniquement par des décisions judiciaires, ce qui inclut le cas exceptionnel des règlements de procédure et de preuve. En anglais, le terme « jurisprudence » a une portée plus large que celui de « case law » *stricto sensu*, mais plus étroite que ceux de « precedents » et de « judicial decisions »²²². [Traduction non officielle]

137. L'idée que les décisions judiciaires peuvent servir de source valable de règles de droit dans les systèmes de *common law*, dans lesquels les juges peuvent être chargés de combler les lacunes législatives, explique en partie pourquoi l'idée de transposer un tel principe en droit international a rencontré une telle résistance : cela reviendrait à conférer aux juges des pouvoirs de formation du droit. Cette résistance est ressortie clairement des débats tenus par les rédacteurs du Comité consultatif de juristes au milieu des années 1920 sur ce qui est devenu l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

138. Les systèmes de droit romano-germanique, quant à eux, suivent un modèle qui leur est propre. Les précédents sont utilisés, mais d'une manière différente, et il n'existe pas d'exigence formelle que les principes juridiques établis dans une affaire unique antérieure soient suivis. Les précédents, au sens de série de décisions judiciaires qui établissent une « tendance »²²³ ou qui sont concordantes, sont suivis. Mais plutôt que de souscrire à la notion de précédent en *common law*, selon laquelle une affaire pourrait à elle seule être décisive, l'idée de *jurisprudence constante*, ou de jurisprudence établie, est suivie. Dans ces systèmes, le juge ne s'appuie généralement pas sur une décision unique pour établir une règle de droit, mais sur une série de décisions individuelles qui établissent une tendance.

139. En substance, dans l'approche civiliste, il s'agit pour le juge de tirer profit de l'examen du chemin parcouru, exposé dans des affaires antérieures. Après avoir examiné des instances antérieures traitant des mêmes questions ou de questions similaires, le juge de droit romano-germanique applique également le précédent, entendu au sens large décrit ci-dessus. Cependant, il convient de nuancer cette proposition car on dit qu'en France, système de droit romano-germanique, une décision peut être suivie pour sa valeur persuasive (comme dans une juridiction de *common law*), lorsque cette décision porte sur une question de principe traitée par l'assemblée plénière du Conseil d'État ou par celle de la Cour de cassation²²⁴. Cela dit, les décisions des juridictions ne peuvent pas être « considérées comme une source formelle du droit »²²⁵.

140. Au niveau international, contrairement à ce qui se passe au niveau interne, les juristes s'accordent à dire qu'il n'existe pas de théorie ou de règle du précédent. Autrement dit, il n'existe pas d'équivalent à la règle du *stare decisis* applicable dans les systèmes de *common law*. Il n'existe pas de règles formelles, sauf dans certaines juridictions données ayant une hiérarchie interne, obligeant les juges à suivre les

²²² Bing Bing Jia, « International case law in the development of international law », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 382 (2015), p. 203.

²²³ Voir Tribunal spécial pour le Liban, En l'affaire *Akhbar Beirut S.A.L. et Ibrahim Mohamed Ali Al Amin*, Affaire n° STL-14-06/PT/AP/AR126.1, *Decision on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings*, 23 janvier 2015, Collège d'appel, Opinion séparée et partiellement dissidente de la juge Nosworthy, par. 21 à 39 (dans laquelle la juge a estimé que, bien qu'il puisse convenir aux systèmes nationaux dotés de juridictions permanentes et à la Cour internationale de Justice, le système libanais de *jurisprudence constante* ne devrait pas être appliqué par le Tribunal spécial pour le Liban, considérant que la règle du *stare decisis* devrait s'appliquer à l'égard des chambres inférieures du Tribunal spécial, conformément à la pratique d'autres tribunaux pénaux internationaux).

²²⁴ Voir René David et Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems* (New York, Oceana Publications, 1958), part 3, chap. IV.

²²⁵ *Ibid.*, p. 115.

décisions antérieures. Cela dit, il convient de souligner que, quelle que soit la manière dont leur approche du précédent est formellement décrite, les instances judiciaires internationales telles que la Cour internationale de Justice suivent leurs propres décisions. La Cour s'inspire également de plus en plus des décisions d'autres juridictions, lorsqu'elle leur trouve une valeur persuasive, sans pour autant souscrire nécessairement à une règle du précédent formelle.

B. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et sa relation avec l'Article 59

141. Après avoir comparé les conceptions romano-germaniques et de *common law* de la notion de précédent dans les décisions judiciaires nationales, le Rapporteur spécial va maintenant analyser la question du précédent dans les juridictions internationales, en particulier la Cour internationale de Justice. Le point de départ de notre analyse ne peut être que la règle générale d'interprétation des traités énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

142. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour, pour régler les différends entre États conformément au droit international et aux sources mentionnées aux alinéas a) à c), applique « 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 ». L'Article 59 du Statut est ainsi libellé : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »²²⁶. On peut dire que la disposition de l'article établit une règle générale (« la décision de la Cour n'est obligatoire ») qu'elle soumet à deux exceptions (premièrement, « que pour les parties en litige », et deuxièmement, « dans le cas qui a été décidé »). Autrement dit, si, en règle générale, les décisions de la Cour ne sont pas obligatoires pour les autres États, elles le sont pour les parties en litige dans le cadre de leur affaire. Cela signifie concrètement que, du point de vue technique, la décision de la Cour leur sera formellement adressée et n'aura pour effet que de modeler les relations juridiques entre les parties en ce qui concerne le litige les opposant et pour lequel elles ont consenti à un règlement judiciaire.

143. La réserve formulée au début de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne semble pas établir une condition préalable devant être remplie pour pouvoir appliquer des moyens auxiliaires. Elle délimite plutôt le champ d'application des moyens auxiliaires qui peuvent déjà être utilisés en les soumettant à la disposition de l'Article 59. Il est intéressant de noter que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 ne fait pas de distinction entre les deux catégories de moyens auxiliaires, lorsqu'il mentionne les décisions judiciaires et la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, mais les soumet à « la disposition de l'Article 59 ».

144. Néanmoins, on peut déduire d'une lecture littérale de la disposition, ainsi que de sa genèse et de la pratique, que c'est aux décisions judiciaires qu'il est fait référence et non à la doctrine. Dans ce cas, cela signifie que la Cour peut consulter

²²⁶ La disposition a été précédée par des dispositions similaires ou a inspiré des dispositions similaires. Voir, à cet égard, les articles 54 et 56 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (1899) ; l'article 46 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) ; l'article 53 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

toutes les décisions judiciaires qu'elle estime pertinentes – en premier lieu, les siennes et celles de sa devancière, de même que celles de toutes les juridictions nationales, régionales et internationales, ainsi que les travaux d'autres organes, y compris ceux qui peuvent avoir un caractère plus quasi-judiciaire – mais sous réserve de l'Article 59. C'est cet aspect important de la relation entre l'Article 59, qui est parfois considéré comme traitant de la question du précédent, et l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, concernant les moyens auxiliaires, que le Rapporteur spécial va maintenant examiner.

145. La question du précédent revient dans les débats sur le rôle joué par les juridictions internationales dans le règlement judiciaire des différends entre États et tend à soulever une série de questions importantes. En ce qui concerne la Cour internationale de Justice, qui, en tant qu'organe judiciaire principal de l'ONU, joue un rôle essentiel comme principale instance de règlement des différends entre États fournissant également des conseils juridiques dans le cadre d'avis consultatifs, une question clé est celle de la place qu'occupent réellement les décisions judiciaires et la doctrine en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit au titre de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour.

146. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial dans son premier rapport, une partie de la difficulté semble tenir à la formulation de la disposition sur les sources du droit, qui indique que les juges appliquent les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. La formulation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 a été interprétée par certains, y compris d'éminents universitaires, comme indiquant que les moyens auxiliaires sont des sources du droit international, même s'il s'agit de sources secondaires et non primaires ou formelles. Parallèlement, on s'interroge souvent sur le rôle joué par les juges dans un système juridique international décentralisé dans lequel l'acceptation de la compétence d'une juridiction internationale est facultative et non pas obligatoire. Les juges, qui tranchent ces litiges, doivent appliquer le droit convenu par les États dans des traités ou reflété dans le droit international coutumier et les principes généraux du droit. La crainte est que, s'ils ne le font pas mais vont plus loin et rendent des décisions judiciaires qui ne reposent pas sur les sources du droit reconnues auxquelles les États ont consenti en adoptant une « législation judiciaire », ils pourraient outrepasser leur rôle légitime et perdre également l'adhésion des États, voire l'intérêt qu'ils ont à un règlement pacifique de leurs différends par la voie judiciaire.

147. Le manque de clarté apparent découlant de la formulation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 donne lieu à une deuxième série de préoccupations, qui concernent les implications pratiques de la réserve relative à l'Article 59 du Statut. L'essence de cette disposition confirme que les décisions de la Cour internationale de Justice n'ont pas de force obligatoire, sauf pour les parties et, même alors, uniquement dans le cas qui a été décidé. Il ressort de la genèse de la disposition et de la doctrine que la réserve exprimée au début de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 a été ajoutée essentiellement pour calmer les inquiétudes des États soucieux de préserver leur souveraineté concernant les effets d'un arrêt définitif, étant donné qu'ils hésiteraient autrement à renoncer à leurs intérêts nationaux en faveur d'une procédure judiciaire échappant à leur contrôle direct²²⁷. En effet, certains auteurs estiment que bien que l'Assemblée de la Société des Nations ait étroitement lié les deux dispositions dans le Statut *ex abundanti cautela*, l'Article 59 n'a rien à voir avec les

²²⁷ Il est vraisemblablement inséré par surcroît de précaution (voir Robert Yewdall Jennings, « General course on principles of international law », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 121 (1967), p. 341). Voir également Sir Arnold D. McNair, *The Development of International Justice* (New York University Press, 1954), p. 13 et 14 ; James-Leslie Brierly, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 58 (1936), p. 78 et 79 (sur la méfiance des juges).

moyens auxiliaires de détermination des règles de droit visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38²²⁸.

148. Pour des raisons qui devraient être évidentes compte tenu de l'accent mis sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit dans le Statut de la Cour internationale de Justice, il a fallu examiner la relation entre l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'Article 59²²⁹. Il convient à présent d'examiner l'approche retenue par la Cour concernant la première disposition, après quoi le Rapporteur spécial étudiera brièvement la notion de précédent dans les litiges entre États, telle qu'examinée par un autre tribunal international permanent, le Tribunal international du droit de la mer.

C. L'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, la notion de précédent et le lien avec les droits des États tiers

149. Compte tenu de ce qui précède, on peut affirmer que l'Article 59 a simplement pour effet qu'il n'existe pas, dans la *common law*, de règle du précédent obligatoire en droit international – du moins tel que le terme « précédent » a été défini dans un sens juridique étroit ci-dessus. La question du précédent revient néanmoins dans les débats concernant le rôle joué par les juridictions internationales dans le règlement judiciaire des différends entre États. Elle suscite semble-t-il une série d'interrogations.

150. L'objet de l'Article 59 fait encore l'objet d'un grand débat chez les juristes internationaux. L'idée que cet objet est d'exclure l'application de la règle du *stare decisis*, c'est-à-dire la force obligatoire d'une décision judiciaire en tant que précédent ayant un pouvoir de formation du droit, recueille un certain appui²³⁰. Selon un autre point de vue, le plus plausible selon le Rapporteur spécial, l'Article 59 a d'autres objectifs, notamment celui de garantir que la décision, en tant que telle, ne lie que les parties en litige. Il est également lié au droit d'intervention des États tiers et à la nécessité de garantir le caractère définitif des arrêts, comme il ressort de la règle de l'autorité de la chose jugée²³¹.

151. Ce dernier argument est solidement étayé par le fait que le Statut contient un certain nombre d'articles liés au contenu de l'Article 59 et interagissant avec lui, lui permettant ainsi de remplir son objectif. L'Article 60 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple, dispose que l'arrêt est définitif et sans recours (bien qu'il laisse à la Cour la possibilité d'en interpréter le sens ou la portée à la demande de toute partie). Aux termes de l'Article 62, « [l]orsqu'un État estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui *en cause*, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention » (non souligné dans l'original). L'Article 63 dispose quant à lui que « [l]orsqu'il s'agit de l'interprétation d'une

²²⁸ Voir Jennings, « General course on principles of international law », p. 340 et 341.

²²⁹ Voir, de manière générale, Amos O. Enabulele, « Judicial lawmaking: understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 33 (2015).

²³⁰ Certains juristes internationaux, dont un ancien éminent juge de la Cour internationale de Justice, ont affirmé que l'Article 59 n'avait aucune incidence sur la question des précédents, mais qu'il visait à souligner que la force juridique d'un jugement *en tant que jugement* se limitait à définir les relations juridiques entre les parties. Voir Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63.

²³¹ Pour une discussion, voir Jean-Marc Thouvenin, « On different *res*: *res judicata*, *res interpretata*, *res praescripta* (or *indicata*), *res deliberate* », *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65 (2022) p. 270 à 300 ; Benjamin Salas Kantor et María Elisa Zavala Achurra, « The principle of *res judicata* before the International Court of Justice: in the midst of comradeship and divorce between international tribunals », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019).

convention à laquelle ont participé d'autres États que les parties en litige » (non souligné dans l'original), tous ces États doivent être informés de leur droit d'intervenir. S'ils exercent cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à leur égard²³². Cette dernière disposition est un corollaire de l'Article 59 en ce sens qu'elle reconnaît que les décisions judiciaires de la Cour ont effectivement des effets juridiques plus larges en ce qui concerne leur interprétation des obligations découlant des traités. D'où l'existence non seulement d'un droit de notification pour les États, mais aussi d'un droit d'intervention afin d'influencer l'interprétation, qui les lierait par la suite.

152. L'Article 94 de la Charte des Nations Unies, qui confirme l'engagement de chaque membre de l'ONU « à se conformer à la *décision* de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie » (non souligné dans l'original), se rapporte lui aussi, quoique de manière plus indirecte, aux idées centrales contenues dans les Articles 59 et 60. Le Règlement de la Cour aborde également certaines de ces questions de procédure, notamment celle du prononcé et du caractère définitif des arrêts – à l'exception des demandes en révision ou en réinterprétation. Aux seules fins du présent rapport, il n'est pas nécessaire pour le Rapporteur spécial d'examiner plus avant ces autres dispositions ou celles du Règlement de la Cour. Il suffit de les mentionner pour que l'on sache que le Règlement de la Cour contient d'autres dispositions qui viennent compléter les idées formulées à l'Article 59 du Statut.

153. Plusieurs auteurs, dont Robert Yewdall Jennings, Sir Arnold McNair et Mohamed Shahabuddeen, ont également conclu que l'Article 59 n'avait rien à voir avec la question du précédent. Comme l'a dit très à propos Mohamed Shahabuddeen, l'Article 59 ne concerne pas la valeur de précédent éventuelle d'une décision ; a fortiori, il ne saurait viser à exclure la règle du précédent obligatoire²³³. En tant qu'ancien juge de la Cour, il a expliqué que la disposition n'avait tout simplement aucune incidence sur la question de savoir si cette règle était applicable ou inapplicable. Elle était de fait inapplicable, mais pas en raison de la disposition. Elle était propre à un système juridique interne donné, mais ne faisait pas partie de la réflexion à la base de la création de la Cour²³⁴.

154. Le fait est que la règle formelle de l'Article 59 vise à protéger les États, en particulier ceux qui ne sont pas parties à l'affaire, contre l'effet obligatoire d'une décision donnée. Cela est logique puisque les décisions prises dans les litiges de nature bilatérale ne visent que les deux parties concernées. Le règlement de ces litiges ne concernerait donc que ces parties, à quelques exceptions près dans des situations dans lesquelles des frontières terrestres ou maritimes sont fixées. La question de savoir si, lorsqu'elle a interprété une règle de droit d'une certaine manière ou formulé une constatation sur un point de droit donné, une juridiction telle que la Cour internationale de Justice doit ou même peut, dans une nouvelle affaire, s'abstenir de tenir compte de la position juridique retenue auparavant dans une situation analogue est une question tout à fait différente.

155. La Cour internationale de Justice, et sa devancière, n'ont pas interprété l'Article 59 comme signifiant que les juges recommenceraient à zéro à chaque fois, car cela porterait atteinte à la sécurité juridique. Les États non plus d'ailleurs, dans leur propre pratique, lorsqu'ils cherchent à régler par la voie judiciaire leurs différends conformément au droit international. Dans de nombreux arrêts, comme on le verra plus loin, la Cour internationale de Justice a en fait référence à sa

²³² Certains aspects de ces dispositions sont précisés dans le Règlement de la Cour internationale de Justice, par exemple au paragraphe 2 de l'article 94, qui dispose que « [l']arrêt est considéré comme ayant force obligatoire pour les parties du jour de son prononcé ».

²³³ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105.

²³⁴ Ibid.

« jurisprudence constante » (« *established case law* »²³⁵, « *settled law* »²³⁶ ou « *consistent jurisprudence* »²³⁷ en anglais). En effet, comme l'ont reconnu plusieurs juges de la Cour, quelle que soit la position formelle adoptée sur l'effet juridique étroit de l'Article 59, la réalité est que les décisions judiciaires ont des effets qui vont bien au-delà de ce que l'Article 59 donnerait à penser. En effet, les principes établis dans une décision s'appliqueront nécessairement à d'autres affaires portant sur une question similaire. Cette même approche, comme indiqué ci-dessus, ressort de l'Article 21 du Statut de Rome, qui permet à la Cour pénale internationale de s'appuyer sur les principes tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

156. Par exemple, M. Guggenheim, juge ad hoc, a expliqué que « les effets de la décision judiciaire allaient au-delà de ceux prévus à l'Article 59 du Statut »²³⁸. Le Judge Jessup, pour sa part, a soutenu que « les décisions de la Cour [avaient] une influence qui dépassa[ait] les limites de leur force obligatoire »²³⁹, tandis que le juge Singh, faisant allusion aux effets de l'Article 59, a dit que conformément aux principes régissant la fonction judiciaire, un tribunal ne devrait pas statuer sur les aspects qu'il n'y avait pas lieu de trancher pour se prononcer sur le différend, soulignant ceci : « Il en est ainsi à plus forte raison quand il s'agit d'appliquer le droit entre les États, domaine où, *malgré l'Article 59 du Statut*, les observations de la Cour pourraient fort bien influencer sur les rapports entre les États, y compris, le cas échéant, ceux qui n'ont pas comparu devant elle »²⁴⁰ (non souligné dans l'original).

157. La doctrine, y compris les travaux d'éminents publicistes qui ont également siégé plus tard à la Cour internationale de Justice, confirment ce point de vue. En effet, dans les travaux d'universitaires tels que Gerald Fitzmaurice et Sir Arnold McNair, il n'est pas contesté que la Cour n'applique pas de règle du précédent obligatoire. Ce qui est contesté, c'est la question de savoir si cela découle de l'Article 59 ou d'une autre disposition. Dans son analyse de cette disposition, Sir Arnold McNair conclut que, malgré les apparences, « l'Article 59 est étroitement lié à l'Article 63 (qui confère un droit d'intervention) »²⁴¹. Selon lui, compte tenu de sa genèse, la disposition avait une raison d'être plus large, « à savoir éviter qu'un État qui n'était pas intervenu dans une affaire ne soit lié par la décision rendue dans celle-ci et par toute conclusion ultérieure à laquelle cette décision pouvait sembler conduire »²⁴². Mohamed Shahabuddeen souscrit à cette opinion²⁴³.

158. On ne s'en étonnera pas, compte tenu de la position formelle exposée ci-dessus, de la réalité de la pratique de la Cour internationale de Justice et des soupçons de créativité qui pèsent sur les juges (dont certains se félicitent et que d'autres ridiculisent), l'Article 59 a suscité une controverse théorique et pratique dès l'époque

²³⁵ Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, *Exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022, p. 478, à la page 502, par. 63 ; *Application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Canada et Pays-Bas c. République arabe syrienne)*, ordonnance du 16 novembre 2023, p. 7, par. 24.

²³⁶ Voir *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 19, par. 33.

²³⁷ Voir *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019, p. 95, page 113, par. 65.

²³⁸ *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, Opinion dissidente de M. Guggenheim, juge ad hoc, p. 61, par. 12.

²³⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 4, Opinion individuelle de M. Jessup, p. 163, par. 9.

²⁴⁰ *Plateau continental de la mer Égée*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 3, Opinion individuelle de M. Nagendra Singh, Vice-Président, p. 47 (non souligné dans l'original).

²⁴¹ McNair, *The Development of International Justice*, p. 13.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Voir Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105.

de la Cour permanente de Justice internationale. Dans ce contexte, le Comité interallié de la Cour permanente de Justice internationale, qui a eu l'occasion de suggérer un remaniement de l'Article 59 lors de l'élaboration de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour internationale de Justice en 1945, a joliment résumé la situation dans une déclaration qui reste vraie aujourd'hui :

« À notre avis, l'effet de cette disposition a parfois été mal interprété. Elle ne signifie pas que les décisions de la Cour *n'ont pas d'effet en tant que précédents pour la Cour* ou *pour le droit international en général*, mais qu'elles *n'ont pas la force obligatoire de décisions particulières* dans les relations entre les pays parties au Statut. La *disposition en question n'empêche nullement la Cour de considérer ses propres arrêts comme des précédents*, et il découle d'ailleurs de l'Article 38 (cité au paragraphe 62 ci-dessus) que les décisions de la Cour sont elles-mêmes "des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit". Il importe de confirmer le principe selon lequel les pays ne sont pas "liés", au sens susmentionné, par les décisions rendues dans des affaires auxquelles ils ne sont pas parties, et nous estimons par conséquent que la disposition en question devrait être maintenue en l'état. »²⁴⁴ [Traduction non officielle]

159. La disposition a été maintenue dans sa formulation initiale, comme l'avaient suggéré les spécialistes. Le Rapporteur spécial trouve intéressant que les experts aient expressément fait référence aux moyens auxiliaires visés à l'Article 38 pour justifier l'utilisation par la Cour de ses propres arrêts comme précédents, au sens large et non technique du terme²⁴⁵. Malgré toute l'attention portée à l'Article 59 et son interprétation apparemment erronée, cela n'a pas, comme l'a dit Sir Arnold McNair, entravé le processus naturel qui consiste à se référer à des décisions antérieures pour y trouver des orientations aidant à régler des problèmes similaires. Il a ajouté qu'il n'était pas nécessaire de recourir à une règle du précédent judiciaire pour expliquer cette pratique inévitable²⁴⁶.

160. La pratique de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ainsi que de certains tribunaux d'arbitrage, concernant leur interprétation de l'Article 59 est utile pour confirmer l'objet de la disposition. Bien qu'il ne soit pas possible, pour des raisons de brièveté, d'examiner chacune des décisions des deux cours concernant l'Article 59, les exemples ci-dessous sont largement représentatifs et reflètent comme il convient l'interprétation qu'il y a lieu de faire de la disposition. En substance, comme on le verra, l'objet de l'Article 59 est beaucoup plus étroit et n'a pas empêché, comme le confirme la pratique, la Cour et d'autres juridictions internationales similaires de suivre leurs décisions antérieures pour des raisons de sécurité et de stabilité juridiques. La même tendance se retrouve dans les décisions arbitrales et d'autres décisions de juridictions internationales, comme indiqué dans le deuxième mémorandum du Secrétariat.

²⁴⁴ « United Nations: report of the informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice », *American Journal of International Law*, vol. 39, No. 1 (1945), par. 63 (non souligné dans l'original).

²⁴⁵ Cela dit, bien qu'importants, les avis de ce comité méritent d'être replacés dans leur contexte. Certes, les experts comprenaient sans aucun doute certains des plus grands juristes internationaux de l'époque, dont Gerald Fitzmaurice, qui a occupé le poste de secrétaire, mais leurs avis ne reflétaient pas nécessairement ceux des États puisqu'ils siégeaient au comité à titre personnel et non au nom de leurs gouvernements, qui n'acceptaient d'ailleurs pas d'être liés par leurs avis. Pour plus de détails, voir Thouvenin, « On different *res* ».

²⁴⁶ McNair, *The Development of International Justice*, p. 13 et 14.

D. Les décisions de la Cour internationale de Justice ne sont obligatoires que pour les parties en litige

161. Avant d'examiner la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice concernant l'Article 59, il convient de clarifier le sens du terme « décision ». Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a analysé le terme « décisions judiciaires » dans le contexte de la référence faite, à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, à la première catégorie de moyens de détermination des règles de droit international. À cet égard, il a affirmé que la décision de la Cour internationale de Justice s'entendait principalement de l'arrêt définitif sur le fond de l'affaire.

162. Shabtai Rosenne l'a ainsi formulé : « Le dispositif de l'arrêt contient la décision, qui découle des motifs mais s'en distingue »²⁴⁷. Le texte du dispositif énonce les obligations substantielles des parties et produit des effets juridiques au titre de l'Article 59. Dans la pratique de la Cour internationale de Justice, les décisions peuvent également s'entendre non seulement des arrêts définitifs, mais aussi des arrêts rendus au cours de la phase préliminaire tels que ceux relatifs aux exceptions préliminaires ou les ordonnances portant mesures conservatoires²⁴⁸ au titre de l'Article 41, dans la mesure où il est clair qu'ils sont contraignants pour les parties. Autrement dit, la décision est la partie de l'arrêt rendu par la Cour à laquelle chaque État Membre de l'ONU est tenu de se conformer dans tout litige auquel il est partie, conformément au paragraphe 1 de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies²⁴⁹. Si un État ne se conforme pas à la décision, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci peut formuler des recommandations ou décider de mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt.

163. Ainsi, dans la pratique de la Cour, le terme « décision » renvoie au dispositif de l'arrêt, qui lie les parties à l'affaire, et non pas aux « motifs », qui sont les raisons étayant la décision. La distinction entre le dispositif de l'arrêt et les motifs qui le sous-tendent ressort de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, la Cour permanente de Justice internationale a expliqué ce qui suit :

il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées.

Il est parfaitement exact que toutes les parties d'un jugement visant les points en litige s'expliquent et se complètent l'une l'autre et doivent être prises en considération, afin d'établir la portée et le sens précis du dispositif. Ceci est clairement indiqué dans la sentence de la Cour permanente d'Arbitrage, en date du 14 octobre 1902, relative aux Fonds pieux des Californies, décision qui a été à plusieurs reprises invoquée par Dantzig. La Cour est d'accord sur cette déclaration²⁵⁰.

²⁴⁷ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, p. 1531 et 1532.

²⁴⁸ Voir *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, aux pages 498 à 506, par. 92 à 109 ; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, mesures provisoires, ordonnance du 18 mai 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 231, à la page 245, par. 59.

²⁴⁹ Dans l'affaire *LaGrand* (voir note précédente), la Cour a examiné la différence entre le paragraphe 1 (qui fait référence aux décisions) et le paragraphe 2 (qui fait référence aux arrêts) de l'Article 94 dans le cadre de son examen de l'Article 41 du Statut. Voir *LaGrand* (note précédente), p. 505 et 506, par. 108 et 109.

²⁵⁰ *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif n° 11, série B*, 16 mai 1925, p. 29 et 30.

164. De manière générale, la jurisprudence a rappelé les effets limités de l'Article 59. Par exemple, dès l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, dans laquelle se posait la question de savoir si elle pouvait rendre des jugements déclaratoires, la Cour permanente de Justice internationale a expliqué que : « L'Article 59 du Statut [...] n'exclue pas les jugements purement déclaratoires. Son but est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres États ou d'autres litiges »²⁵¹.

165. La même interprétation de la nature de l'Article 59 a été confirmée dans l'affaire *Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, dans laquelle il a été jugé que « le but de l'Article 59 est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour [permanente de Justice internationale] dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres États ou d'autres litiges »²⁵². La Cour avait expliqué auparavant que son arrêt précédent était de nature déclaratoire et visait à « faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent »²⁵³.

166. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation) (compétence)*, l'État défendeur a contesté la compétence de la Cour permanente de Justice internationale pour connaître de l'affaire. Toutefois, dans des décisions antérieures, il avait été établi que la Cour était compétente. Sans citer expressément l'Article 59, la Cour a dit ne voir « aucune raison pour se départir d'une interprétation découlant nettement de deux arrêts précédents dont l'argumentation lui paraît toujours bien fondée »²⁵⁴.

167. Ainsi, dans sa pratique relativement limitée, la Cour permanente de Justice internationale avait déjà adopté une conception étroite de l'Article 59 en limitant ses effets aux décisions applicables uniquement aux parties concernées. Cela n'a pas empêché que l'on recoure aux énoncés du droit qui constituaient les motifs de la décision dans des affaires ultérieures visant d'autres parties. En effet, dans de nombreux arrêts ultérieurs, la Cour internationale de Justice, qui a eu recours à l'Article 59 relativement plus fréquemment, tant en matière contentieuse que dans le cadre de procédures consultatives, a exprimé des vues similaires tant sur des questions de fond que de procédure – les opinions individuelles de différents juges pourraient confirmer cette tendance ; les autorités académiques de l'époque ont également relevé ce point²⁵⁵.

168. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Exceptions préliminaires)*, la Cour internationale de Justice, qui a suivi largement l'interprétation de la Cour permanente de Justice internationale, a été saisie d'une exception préliminaire relative au champ d'application de l'Article 59 qui se rapportait à la décision qu'elle avait rendue antérieurement dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* entre Israël et la Bulgarie. Elle a opéré une distinction entre l'effet obligatoire de sa décision et l'utilité plus large de celle-ci en tant qu'énoncé exact du droit :

²⁵¹ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt n^o7, série A, 25 mai 1925, p. 19 (non souligné dans l'original).

²⁵² *Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n^o11, série A, 16 décembre 1927, p. 21.

²⁵³ *Ibid.*, p. 20.

²⁵⁴ *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation) (compétence)*, arrêt n^o 10, série A, 10 octobre 1927, p. 18 (non souligné dans l'original).

²⁵⁵ Voir William Eric Beckett, « Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 39 (1932), p. 140 à 142 ; Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105.

Telle que la Thaïlande l'a présentée, sa première exception préliminaire repose évidemment toute entière sur l'effet qu'aurait à l'égard de la déclaration thaïlandaise de 1950 la conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans son arrêt en l'affaire *Israël c. Bulgarie* quant à la portée exacte de l'Article 36, paragraphe 5, du Statut.

La Cour ne partage pas l'opinion que cette décision ait, en ce qui concerne l'effet de la déclaration thaïlandaise de 1950, les conséquences que la Thaïlande prétend actuellement en tirer.

L'arrêt de la Cour en l'affaire *Israël c. Bulgarie* vise évidemment la question particulière de la position de la Bulgarie vis-à-vis de la Cour et en tout état de cause, aux termes de l'Article 59 du Statut, il n'est obligatoire, en tant que décision, que pour les parties en litige. Il ne saurait donc comme tel avoir l'effet d'invalider la déclaration thaïlandaise de 1950. *Mais, si on le considère comme un énoncé de ce que la Cour a jugé être la situation juridique exacte*, il apparaît que la seule question, pertinente dans le présent contexte, dont la Cour ait eu à connaître dans l'affaire *Israël c. Bulgarie* est l'effet – ou plus précisément le champ d'application – de l'Article 36, paragraphe 5²⁵⁶.

169. De même, dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour internationale de Justice a expliqué que, si elle devait rendre un arrêt dans cette affaire, « conformément à l'Article 59 du Statut, l'arrêt ne serait obligatoire ni pour le Nigéria, ni pour un autre État, ni pour un organe quelconque des Nations Unies »²⁵⁷. La Cour a redit ici sa position constante sur la portée de l'Article 59 à l'égard des autres États et a également fait référence aux organes de l'ONU. Il a été dit dans un commentaire que la dernière partie de cette déclaration, qui n'est manifestement pas mentionnée dans le Statut de la Cour internationale de Justice, représentait une extension judiciaire du champ de l'Article 59²⁵⁸. Même si cet argument est vrai, si on lit ce qui est écrit, on ne peut pas négliger le fait que la Cour ne l'a pas dit.

170. Une autre question s'est posée au sujet de l'Article 59 dans le contexte des affaires du *Sud-Ouest africain*, celle de savoir si une décision sur une exception préliminaire empêchait l'examen d'une question relevant du fond. À cet égard, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur :

le point de savoir si une décision sur une exception préliminaire constitue une autorité de la chose jugée au sens propre du terme, – si elle a la qualité de « décision » au sens de l'Article 59 du statut de la Cour, ou de « définitive » au sens de l'Article 60. L'essentiel est qu'en aucun cas une décision sur une exception préliminaire ne saurait empêcher l'examen d'une question relevant du fond, que celle-ci ait été en fait traitée ou non à propos de l'exception préliminaire²⁵⁹.

La Cour a jugé, en définitive, que : « Toute déclaration sur le point de fond constitue donc simplement un motif de la décision sur l'exception et non l'objet de celle-ci. Ce ne saurait être une décision définitive sur le point de fond »²⁶⁰.

²⁵⁶ *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Exceptions préliminaires), arrêt du 26 mai 1961 : C.I.J. Recueil 1961*, p. 17, à la page 27 (non souligné dans l'original).

²⁵⁷ *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963 : C.I.J. Recueil 1963*, p. 15, à la page 33.

²⁵⁸ Voir Chester Brown, « Article 59 of the Statute of the International Court of Justice », in Andreas Zimmermann and others (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 1561 à 1590.

²⁵⁹ *Affaires du Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, aux pages 36 et 37, par. 59.

²⁶⁰ *Ibid.*

171. Chester Brown a qualifié de « douteuse » la position de la Cour internationale de Justice dans cette affaire²⁶¹, estimant que, dans la mesure où elles concernaient des aspects touchant au fond dans un arrêt antérieur, de telles décisions devaient nécessairement entrer dans le champ d'application étroit de l'Article 59. La disposition a été modifiée par la suite afin de donner aux juges la possibilité d'examiner au fond une exception préliminaire qui n'a pas un caractère exclusivement préliminaire au sens de l'article 79 *ter* du Règlement de la Cour²⁶².

172. La Cour internationale de Justice a été saisie de l'affaire de l'*Or monétaire* opposant l'Italie à la France, au Royaume-Uni et aux États-Unis. La difficulté tenait au fait que les actes de l'Albanie, qui n'était pas partie à la procédure, seraient au cœur du différend. C'est pourquoi, après que l'Italie a eu soulevé une exception d'incompétence de la Cour, les juges ont conclu comme suit :

En l'espèce, les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision. En pareil cas, le Statut ne peut être considéré comme autorisant implicitement la continuation de la procédure en l'absence de l'Albanie.

On a soutenu également qu'une décision de la Cour sur les questions soumises par l'Italie dans sa requête serait obligatoire pour l'Italie et les trois États défendeurs seulement et non pour l'Albanie. Il est vrai que, selon l'Article 59 du Statut, la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Mais cette règle suppose que la Cour est pour le moins en mesure de rendre une décision qui lie les parties. En revanche, là où, comme dans le cas présent, la question essentielle à trancher a trait à la responsabilité internationale d'un État tiers, la Cour ne peut, sans le consentement de ce dernier, rendre sur cette question une décision qui soit obligatoire pour aucun État, ni pour l'État tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle.

La Cour en conclut que, bien que l'Italie et les trois États défendeurs lui aient conféré une compétence, elle ne peut exercer cette compétence en vue de statuer sur la première demande qui lui a été soumise par l'Italie²⁶³.

173. On se réfère généralement à la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans cette affaire comme étant le principe de l'*Or monétaire*. Concernant l'application du principe de l'*Or monétaire*, qui a été invoqué à d'autres occasions pour exhorter la Cour à refuser d'exercer sa compétence car les intérêts d'États tiers étaient en jeu, les juges ont, dans plusieurs affaires, notamment dans celles concernant *Nauru* et le *Timor oriental*, examiné la question des conditions qui devaient être remplies pour que la Cour puisse refuser d'exercer sa compétence en invoquant ces affaires. Dans la première affaire, la Cour a fait observer que l'absence de demande d'intervention de la part de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne l'empêchait pas de statuer sur les demandes qui lui étaient par ailleurs soumises « pour autant que les intérêts juridiques de l'État tiers éventuellement affectés ne constituent pas l'objet même de la décision sollicitée. Dans l'hypothèse où la Cour est ainsi à même de statuer, les intérêts de l'État tiers qui n'est pas partie à l'affaire sont protégés par l'Article 59 du Statut de la Cour ». En conclusion, « toute décision de la Cour sur l'existence ou le contenu de la responsabilité que Nauru impute à l'Australie pourrait certes avoir des incidences sur la situation juridique des deux autres États concernés, mais la Cour n'aura pas à se prononcer sur cette situation juridique pour prendre sa

²⁶¹ Brown, « Article 59 of the Statute of the International Court of Justice », p. 1573, par. 35.

²⁶² Ibid. Voir aussi Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, p. 1550 à 1560, pour une discussion sur l'intervenant non partie et l'Article 59.

²⁶³ *Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire, arrêt du 15 juin 1954, C.I.J. Recueil 1954*, p. 19, aux pages 32 et 33.

décision sur les griefs formulés par Nauru contre l'Australie. Par voie de conséquence, la Cour ne peut refuser d'exercer sa juridiction »²⁶⁴.

174. Dans l'affaire du *Plateau continental*, opposant la Libye à Malte, la Cour internationale de Justice, saisie d'une demande d'intervention de l'Italie, a réaffirmé qu'elle n'était pas compétente pour trancher des questions opposant des États sans leur consentement. Étant donné que la Libye et Malte avaient conclu en mai 1976 un compromis prévoyant de porter l'affaire devant la Cour, celle-ci ne pouvait pas se prononcer sur la délimitation des plateaux continentaux relevant respectivement de ces États par rapport à un quelconque État tiers. En effet, l'arrêt futur « ne sera[it] pas seulement limité dans ses effets par l'Article 59 du Statut ; il sera[it] exprimé sans préjudice des droits et titres d'États tiers »²⁶⁵.

175. S'appuyant sur la position précédente, adoptée au cours de la phase des exceptions préliminaires, la Cour internationale de Justice, dans son arrêt sur le fond, a énoncé la conclusion logique à tirer de sa position, à savoir que son arrêt ne serait obligatoire que pour les parties en l'espèce, comme suit :

Conformément à l'Article 59 du Statut, l'arrêt de la Cour sera obligatoire entre les Parties, mais non à l'égard des États tiers. Si donc sa décision doit être exprimée en termes absolus, en ce sens qu'elle permettra de délimiter les zones de plateau qui « relèvent » des Parties, par opposition à celles sur lesquelles l'une des Parties a fait valoir un meilleur titre que l'autre, mais qui pourraient néanmoins « relever » en définitive d'un État tiers si la Cour avait compétence pour vérifier le titre de celui-ci, ladite décision ne doit s'appliquer qu'à une aire géographique où aucune prétention semblable ne s'exerce. Sans doute les Parties ont-elles en fait invité la Cour, nonobstant les termes de leur compromis, à ne pas limiter son arrêt à la région où elles sont seules en présence ; mais la Cour ne pense pas avoir une telle liberté d'action, vu l'intérêt manifesté par l'Italie à l'égard de l'instance²⁶⁶.

176. Enfin, la Cour internationale de Justice a réaffirmé dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, dernier exemple concernant l'interprétation qu'elle fait de l'Article 59 de son Statut, que sa compétence reposait sur le consentement des parties :

Aussi la Cour ne peut-elle se prononcer sur les droits d'États tiers qui ne sont pas parties à l'instance. Dans la présente affaire, il existe des États non parties à l'instance dont les droits pourraient être affectés, à savoir la Guinée équatoriale et Sao Tomé-et-Principe. Ces droits ne pourraient être déterminés par une décision de la Cour que si la Guinée équatoriale et Sao Tomé-et-Principe devenaient parties à l'instance. Or, si la Guinée équatoriale a effectivement demandé – et a été autorisée – à intervenir, c'est seulement en tant que non-partie à l'instance. Sao Tomé-et-Principe a choisi de n'intervenir à aucun titre²⁶⁷.

177. Le litige dont elle était saisie a alors conduit la Cour internationale de Justice à préciser certaines limites à l'exercice de sa compétence découlant de l'Article 59, laquelle n'est pas supplantée bien qu'elle doive nécessairement s'exercer compte tenu des droits des États absents :

²⁶⁴ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240, aux pages 260 à 262, par. 54 et 55.*

²⁶⁵ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 3, aux pages 26 et 27, par. 43.*

²⁶⁶ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, à la page 25, par. 21.*

²⁶⁷ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante)], arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303, à la page 421, par. 238.*

La Cour estime que, en particulier dans le cas de délimitations maritimes intéressant plusieurs États, la protection offerte par l'Article 59 du Statut peut ne pas être toujours suffisante. En l'espèce, il est possible que l'Article 59 ne protège pas suffisamment la Guinée équatoriale ou Sao Tomé-et-Principe contre les effets – même indirects – d'un arrêt affectant leurs droits. La jurisprudence invoquée à cet égard par le Cameroun ne démontre pas le contraire²⁶⁸.

178. Parallèlement, le Nigéria ayant contesté la compétence de la Cour internationale de Justice dans des exceptions préliminaires, au motif, entre autres, que les arrêts qu'elle avait rendus antérieurement, notamment dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, n'avaient pas d'effet impérieux direct sur son propre litige avec le Cameroun en application de l'Article 59, la réponse de la Cour a été la suivante : « Il est vrai que, conformément à l'Article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, *il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents* »²⁶⁹.

179. Ce dernier exemple illustre bien la complexité de l'Article 59 en ce sens qu'il a été interprété de manière à opérer une distinction entre ce que l'on pourrait appeler, selon les besoins, l'effet juridique restreint et l'effet juridique plus large des décisions s'y rapportant. En ce qui concerne l'effet juridique restreint, le cœur du problème réside dans le fait que le dispositif d'un arrêt ne s'applique qu'aux parties en litige dans l'affaire en question. Il ne pourrait en être autrement en ce qui concerne le caractère contraignant de la décision et le fait qu'elle ne s'applique pas aux tiers. L'effet juridique plus large est quant à lui ressenti par tous les États car ils doivent respecter les principes juridiques énoncés par la Cour dans sa jurisprudence.

180. Cette interprétation laisse néanmoins une certaine place à ce qui est établi depuis bien longtemps dans la pratique de la Cour internationale de Justice, à savoir que les motifs et les conclusions adoptés dans des affaires antérieures restent importants pour d'autres affaires. L'effet juridique plus large est si bien établi qu'on ne saurait le nier sans nier la réalité. En effet, comme le montre l'extrait en italique ci-dessus, écarter une conclusion juridique donnée n'est pas anodin. On présume que la Cour part de l'énoncé correct du droit qu'elle a fait précédemment. C'est à la partie qui cherche à démonter la conclusion juridique précédemment formulée par la Cour de renverser cette présomption. C'est là une tâche délicate qui nous ramène presque à l'idée de respect du précédent juridique, même s'il n'est pas forcément nécessaire de la qualifier ainsi, car cela ne ferait que susciter des controverses inutiles. Toutefois, l'effet global de la disposition est le même et elle offre sécurité juridique, cohérence et prévisibilité aux États, tout en conférant une légitimité à la Cour. Le fait que d'autres juridictions nationales et internationales suivent l'exemple de la Cour a des implications systémiques pour ce qui est de garantir le maintien du droit international en tant que système juridique cohérent.

181. À cet égard, comme l'a affirmé un éminent commentateur, l'Article 59 « vise à souligner que la force juridique d'un jugement *en tant que jugement* se limite à définir les rapports de droit entre les parties ». Autrement dit, « l'Article 59 vise à garantir qu'une décision, en tant que telle, ne lie que les parties en l'espèce ; mais cela n'empêche pas la décision d'être considérée dans une affaire ultérieure comme un énoncé de ce que la Cour a considéré comme étant la position juridique correcte »²⁷⁰,

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, à la page 292, par. 28 (non souligné dans l'original).

²⁷⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63.

comme l'a expliqué la Cour dans l'une de ses affaires²⁷¹. Comme il ressort d'un autre commentaire, « le renvoi à l'Article 59 signifie simplement que les conséquences juridiques d'une décision sont limitées aux parties en litige dans le cas qui a été décidé »²⁷². Cette conclusion est également confirmée par la pratique des États (comme il ressort de leurs plaidoiries devant la Cour et de la correspondance diplomatique)²⁷³.

182. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour internationale de Justice a expliqué que la situation était encore plus nuancée : « dans le cas d'un arrêt particulier, il peut se révéler nécessaire d'opérer une distinction entre, premièrement, les questions qui ont été tranchées, le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée ; deuxièmement, les questions accessoires ou subsidiaires, ou *obiter dicta* ; troisièmement, celles qui n'ont pas été tranchées du tout »²⁷⁴.

183. Il ressort clairement de l'analyse qui précède que la Cour internationale de Justice a invariablement confirmé l'interprétation de l'Article 59 comme servant à « protéger » les droits des États tiers. Cependant, ce point de vue n'a pas toujours été partagé par tous les juges. Selon une certaine jurisprudence, non dénuée de fondement et peut-être mieux reflétée par le Juge Jennings dans son opinion dissidente, l'énoncé pur et simple de l'Article 59 est plus ou moins « illusoire » :

La Cour, tout en rejetant la demande d'intervention de l'Italie, reconnaît qu'elle « ne saurait entièrement écarter la question de l'intérêt juridique de l'Italie ainsi que d'autres États de la région méditerranéenne » (par. 41). Pour résoudre ce problème, elle se fonde en premier lieu sur l'Article 59 du Statut, en déclarant (par. 42) que les droits de l'Italie seront sauvegardés, sans qu'une intervention soit nécessaire, par le jeu de cette disposition. On a même soutenu en plaidoirie qu'un arrêt de la Cour était *res inter alios acta* pour tout État tiers (voir paragraphe 26 de l'arrêt). C'est là une thèse sur laquelle il y a beaucoup à dire, car l'Article 59 est un élément important du Statut, et il importe qu'il soit considéré dans sa juste perspective.

La Cour, parlant de l'Article 59, commence par citer la Cour permanente de Justice internationale, qui avait affirmé (*série A* n° 13, p. 21) que « le but de l'Article 59 est seulement d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres États ou d'autres litiges » (voir paragraphe 42 de l'arrêt). *Cela revient à dire simplement que les principes qui inspirent la décision de la Cour dans un arrêt ne sont pas obligatoires au sens où ils pourraient l'être dans certains régimes de common law, en vertu d'un système plus ou moins rigide de précédents judiciaires. Mais il suffit d'étudier tant soit peu la jurisprudence de la Cour pour constater que l'Article 59 n'exclut en aucune façon l'autorité du précédent. L'idée que l'Article 59 protège les intérêts des États tiers, du moins dans ce sens, est donc illusoire.*

On peut également considérer que l'application de l'Article 59 vaut aussi – comme c'est manifestement le cas – et surtout pour le *dispositif* de l'arrêt ; et il est vrai que les droits et obligations particuliers créés par le *dispositif* visent

²⁷¹ Voir *affaire du temple de Préah Vihéar* (note 256 *supra*).

²⁷² Eric De Brabandere, « The use of precedent and external case law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (1) (2016), p. 28. Voir aussi Jennings, « General course on principles of international law », p. 341 ; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, p. 1552 et 1553.

²⁷³ Voir Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63.

²⁷⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, à la page 95, par. 126.

les parties à l'instance, et elles seulement, et seulement pour ce qui concerne l'affaire jugée. Dans ce sens très particulier et purement juridique, l'Italie sera certes protégée, et c'est là une protection importante, que l'on ne saurait mettre en doute.

Il serait néanmoins imprudent, même sur le plan strict des principes juridiques, de supposer que les effets d'un arrêt sont parfaitement limités par les dispositions de l'Article 59. En effet, tous les États parties au Statut de la Cour ont l'obligation générale de respecter les arrêts de celle-ci²⁷⁵.

184. Écrivant en qualité de publiciste, Mohamed Shahabuddeen a fait observer qu'il y avait deux interprétations importantes à faire des premier et deuxième paragraphes de l'opinion dissidente du Juge Jennings. La première est que l'Article 59 précise seulement que les principes et les décisions de la Cour ne sont pas obligatoires comme ils le seraient dans les systèmes de *common law*. La deuxième, et c'est peut-être la plus importante, est celle selon laquelle la disposition s'applique au *dispositif* et non pas nécessairement « à la règle du *stare decisis* »²⁷⁶. Quelle que soit l'interprétation choisie, la conclusion à retenir est que la pratique relative à l'Article 59 n'interdit pas à la Cour d'examiner les principes et les décisions qu'elle a énoncés par le passé dans la mesure où elle continue de penser qu'ils constituent un énoncé exact du droit.

185. Il existe de nombreuses raisons pratiques expliquant que la Cour se réfère d'abord à ses propres décisions antérieures lorsqu'elle statue dans une affaire. Comme Sir Hersch Lauterpacht l'a expliqué de manière convaincante il y a quelque temps :

La Cour suit ses propres décisions pour les mêmes raisons que toutes les juridictions – qu'elles soient liées par la règle du précédent ou non –, à savoir parce que ces décisions constituent un référentiel d'expérience juridique qu'il est commode de respecter ; parce qu'elles incarnent ce que la Cour a considéré par le passé comme étant le droit ; parce que le respect des décisions rendues par le passé est source de certitude et de stabilité, qui sont essentielles à une bonne administration de la justice ; et (considération mineure qui n'est pas toujours exacte) parce que les juges sont naturellement réticents, en l'absence de raisons impérieuses établissant le contraire, à admettre qu'ils se sont trompés par le passé²⁷⁷. [Traduction non officielle]

E. Lien entre l'Article 59 et l'Article 61 du Statut de la Cour internationale de Justice concernant le caractère définitif des arrêts (autorité de la chose jugée)

186. De manière générale, l'importance de l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice réside principalement dans le fait qu'il indique la valeur ou l'effet des décisions de la Cour sur le fond d'une affaire. On peut distinguer la « force obligatoire » de la décision de la Cour de l'idée qu'il y a lieu de clore de manière définitive une affaire. Cela soulève la notion distincte de l'autorité de la chose jugée, qui est largement considérée comme reflétant un principe général du droit. Quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice suffiront à illustrer ce propos.

²⁷⁵ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra* la note 265), Opinion dissidente de Sir Robert Jennings, p. 148, aux pages 157 et 158, par. 27 et 28 (non souligné dans l'original).

²⁷⁶ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 102 et 103.

²⁷⁷ Sir Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1982), p. 14.

187. Tout d'abord, dans l'affaire de la *Compagnie de l'Orénoque*, une commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne a fait observer que « le principe général énoncé dans de nombreuses affaires était qu'un droit, une question ou un fait *distinctement mis en cause et directement tranché* par une juridiction compétente, en tant que motif de recouvrement, [ne pouvait] être contesté »²⁷⁸.

188. Ce principe, qui s'appuie sur une idée bien établie en droit interne concernant la nécessité de conférer un caractère définitif aux arrêts, est depuis longtemps entériné en droit international par de nombreuses juridictions internationales. Par exemple, dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, la Cour permanente de Justice internationale a expliqué la manière dont la question avait été traitée dans l'affaire des *Fonds pieux*²⁷⁹. Toutefois, c'est le point de vue exprimé par le Juge Anzilotti dans une opinion dissidente qui s'est imposé : pour lui, les éléments essentiels étaient *persona* (l'identité des parties), *petitum* (la chose demandée) et *causa petendi* (la cause de la demande)²⁸⁰.

189. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1964, la Cour internationale de Justice a expliqué, concernant la chose jugée, qu'il s'agissait de permettre de faire en sorte que « la question soit finalement et définitivement réglée »²⁸¹. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, c'est pour l'essentiel la même formulation qui a été adoptée, la Cour estimant qu'il y avait indubitablement autorité de la chose jugée dans cette affaire puisque « les trois éléments traditionnels, à savoir les parties, l'objet et la cause », étaient les mêmes²⁸².

190. Comme l'a dit Shabtai Rosenne, bien que certains commentateurs aient laissé entendre que la Cour n'avait pas toujours suivi une approche cohérente selon les affaires, c'était « l'effet combiné des articles 59, 60 et 61 du Statut... [qui créait] une autorité de la chose jugée²⁸³ ». Cela peut être illustré par le raisonnement suivi dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, dans laquelle la Cour a expliqué ce qui suit :

Le caractère fondamental [du principe de l'autorité de la chose jugée] ressort des termes du Statut de la Cour et de la Charte des Nations Unies. La pratique judiciaire de la Cour en reflète les caractéristiques et objectifs sous-jacents. Selon ce principe, les décisions de la Cour sont non seulement obligatoires pour les parties, mais elles sont définitives, en ce sens qu'elles ne peuvent être remises en cause par les parties pour ce qui est des questions que ces décisions ont tranchées, en dehors des procédures spécialement prévues à cet effet, qui présentent un caractère exceptionnel. L'Article 59 du Statut, en dépit de sa formulation négative, a pour élément central la proposition positive selon laquelle la décision de la Cour est obligatoire pour les parties dans l'affaire qui a été tranchée. L'Article 60 du Statut dispose que l'arrêt est définitif et sans recours ; l'Article 61 assortit la faculté des parties de demander la révision de l'arrêt de strictes conditions de fond et de délais²⁸⁴.

191. Autrement dit, selon la Cour internationale de Justice, et comme indiqué précédemment dans le présent rapport, c'est la lecture combinée des Articles 59, 60 et

²⁷⁸ *Compagnie générale de l'Orénoque*, sentence du 31 juillet 1905, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 184 à 285, à la page 276.

²⁷⁹ *Service postal polonais à Dantzig* (voir *supra* la note 250), p. 30.

²⁸⁰ *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów)* (voir *supra* la note 252), opinion dissidente du Juge Anzilotti, p. 23.

²⁸¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 6, à la page 20.

²⁸² *Fonderie de Trail (États-Unis, Canada)*, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905 à 1982, à la page 1952.

²⁸³ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, p. 1598.

²⁸⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra* la note 274), p. 90, par. 115.

61 qui établit l'autorité de la chose jugée et fait que la question est finalement et définitivement réglée. D'autres affaires le confirment. Dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, par exemple, la Cour a sans doute amplifié le caractère presque sacro-saint de son raisonnement, allant jusqu'à dire :

Bien que certaines des questions de fait et de droit examinées dans lesdites affaires [une affaire contentieuse et un avis consultatif] se posent aussi en la présente espèce, aucune de ces décisions n'a été rendue dans une affaire opposant les Parties à la présente instance (la Croatie et la Serbie), de sorte que, ainsi qu'elles le reconnaissent elles-mêmes, la question de l'autorité de la chose jugée ne se pose pas (Article 59 du Statut de la Cour). Pour autant *que les décisions en question contiennent des conclusions de droit*, la Cour en tiendra compte, comme elle le fait habituellement de sa jurisprudence ; autrement dit, *quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie*, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières²⁸⁵.

192. Malgré l'interprétation donnée ci-dessus de l'Article 59, la Cour a effectivement, dans certaines affaires, reconnu qu'un arrêt dans une affaire donnée pouvait avoir des conséquences juridiques plus larges – fait qui a également été reconnu dans un certain nombre d'opinions individuelles (comme celle du juge Singh)²⁸⁶. Quatre exemples parmi de nombreux autres, deux de la Cour permanente de Justice internationale et deux de la Cour internationale de Justice, suffisent à illustrer le propos. Tout d'abord, dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale s'est appuyée sur son premier arrêt dans l'affaire du *Vapeur « Wimbledon »* en expliquant que la « Cour doit... attirer l'attention... sur ce qu'elle a déjà dit dans l'arrêt n° 1, à savoir qu'elle ne peut ni ne doit envisager l'éventualité que l'arrêt ne soit pas exécuté à l'expiration du délai fixé pour son exécution »²⁸⁷.

193. Puis, et de manière similaire, dans l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie*, la Cour permanente de Justice internationale s'est référée à une observation qu'elle avait faite antérieurement et dit que dans « son Avis consultatif du 15 septembre 1923 concernant l'affaire de l'acquisition de la nationalité polonaise (Avis n° 7), [elle avait] rappelé l'opinion, exprimée par elle déjà dans son Avis n° 6, “qu'une interprétation qui dépouillerait le traité de minorités d'une grande part de sa valeur ne saurait être admise” »²⁸⁸.

194. La Cour internationale de Justice a quant à elle déclaré, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée* :

Bien qu'en vertu de l'Article 59 du Statut, « la décision de la Cour [ne soit] obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé », il est évident que tout prononcé sur la situation de l'Acte [général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux] par lequel la Cour déclarerait

²⁸⁵ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 412, à la page 428, par. 53 (non souligné dans l'original).

²⁸⁶ Dans son opinion individuelle, le juge a fait observer que malgré l'Article 59 du Statut, les observations de la Cour pourraient fort bien influencer sur les rapports entre les États, y compris, le cas échéant, ceux qui n'ont pas comparu devant elle. Voir *Plateau continental de la mer Égée*, Opinion individuelle de M. Nagendra Singh, Vice-Président (note 240 *supra*), p. 47.

²⁸⁷ *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond), arrêt n° 13*, série A, 13 septembre 1928, p. 63 (citant l'affaire du *vapeur « Wimbledon »*, arrêt n° 1, série A, 17 août 1923, p. 32).

²⁸⁸ *Écoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 6 avril 1935, Série A/B, p. 20.

que celui-ci est ou n'est plus une convention en vigueur pourrait influencer les relations d'États autres que la Grèce et la Turquie²⁸⁹.

195. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la Cour internationale de Justice interprète pour l'essentiel ce qui ressort implicitement du paragraphe 1 de l'Article 63 de son statut. Comme nous l'avons vu précédemment, cet article dit en substance que chaque fois que se pose la question de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres États que les parties en litige, tous ces États doivent être prévenus et peuvent exercer le droit d'intervention. La disposition, qui donne aux États le droit d'être entendus sur une disposition d'un traité, par exemple, vise manifestement à leur permettre de contribuer à l'élaboration de la position juridique de la Cour sur la question. Elle pose en principe que la décision de la Cour aura des implications plus larges pour les États autres que les parties au litige, dans la mesure où son interprétation de cette disposition sera probablement considérée comme faisant autorité sur ce point de droit.

196. Dans d'autres affaires, comme l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour internationale de Justice a rejeté la demande présentée par l'Italie en qualité d'intervenante dans l'affaire au motif, entre autres, que ses droits seraient protégés par l'Article 59. Comme il a été dit, le Juge Jennings a souligné, dans une opinion dissidente, plusieurs points susceptibles de remettre en cause la pertinence de cette conclusion, à savoir que les effets d'un arrêt ne sont pas entièrement limités par les dispositions de l'Article 59 puisqu'ils peuvent être fondés sur des principes et des règles de droit international et que, en tout état de cause, les États Membres de l'ONU ont l'obligation de respecter les décisions judiciaires de la Cour.

197. Cette position est difficilement contestable au vu des différentes conclusions de la Cour internationale de Justice, dont certaines seulement ont été mentionnées ci-dessus. D'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement ? Imaginons, par exemple, un différend concernant l'interprétation ou l'application du crime de génocide entre deux États parties à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. L'État A décide d'invoquer l'article 9 de la Convention pour poursuivre l'État B devant la Cour internationale de Justice, alléguant une violation présumée de l'article 2 de la Convention. Après avoir interprété l'interprétation ou l'application contestée de la Convention ayant donné lieu au litige, la Cour statue dans un arrêt. Celui-ci, en tant que tel, ne lie que les États A et B, conformément à l'Article 59 du Statut de la Cour et à l'abondante pratique de la Cour évoquée ci-dessus.

198. Cependant, même si les États C et D ou E, également parties à la Convention, ne sont pas parties ou ne participent pas au différend opposant les États A et B devant la Cour internationale de Justice au sujet de l'interprétation qu'il convient de faire de l'article 2 de la Convention, on voit mal comment l'un d'eux pourrait faire fi des conclusions de la Cour au moment de déterminer le champ de ses propres obligations, au regard de la définition du génocide donnée dans la Convention, ou dans le cadre d'un différend ultérieur portant sur une question juridique similaire. Autrement dit, les règles ou principes de droit relatifs au génocide énoncés par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire intéressant l'État A et l'État B, bien que techniquement non obligatoires, serviraient alors de base à l'interprétation judiciaire de l'article 2 (que l'on ne trouve nulle part ailleurs) ; cela aurait également des implications pour les obligations des autres États parties à la Convention.

199. Bien qu'il s'agisse d'un scénario fictif, l'exemple précédent reflète la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Avena*, dans lequel elle a clairement indiqué qu'elle s'était placée du point de vue de l'application générale de

²⁸⁹ *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* la note 240), p. 16 et 17, par. 39.

la Convention de Vienne sur les relations consulaires²⁹⁰, dont certains aspects de l'article 36 faisaient l'objet d'un litige entre les parties, et qu'il ne serait dès lors pas possible à d'autres d'appliquer un argument *a contrario* à la moindre des conclusions formulées dans l'arrêt, étant donné qu'au fond, l'interprétation proposée au sujet des ressortissants mexicains s'appliquerait à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans des situations similaires aux États-Unis²⁹¹.

200. En d'autres termes, les exemples précédents illustrent la distinction qui existe entre « la force de la décision elle-même » et « la force du droit international tel qu'il est formulé avec autorité dans la décision »²⁹². Il s'agit d'une distinction subtile mais importante, établie depuis longtemps dans la jurisprudence (elle date de l'époque de la Cour permanente de Justice internationale) ; comme l'a dit le juge Zoričić dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix* en 1950, « il est parfaitement vrai qu'aucune Cour internationale n'est liée par des précédents. Mais ce dont la Cour est obligée de tenir compte, ce sont les principes du droit international. Si un précédent est solidement fondé sur un pareil principe, la Cour ne saurait trancher un cas analogue dans un sens contraire aussi longtemps que le principe retient sa valeur »²⁹³. En définitive, « du point de vue de la Cour elle-même, le droit énoncé dans une décision est considéré comme faisant partie du droit international ; il s'applique donc à tous les États, qu'ils soient ou non parties au cas d'espèce. Il ne s'agit donc pas de savoir si la décision en tant que telle constitue un précédent obligatoire, mais si le droit qu'elle énonce est considéré comme faisant partie du droit international »²⁹⁴ [traduction non officielle].

F. Observations relatives à la pratique suivie par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice en matière de précédent

201. Compte tenu de l'analyse qui précède et de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, il ne fait aucun doute que la position juridique formelle du principal organe judiciaire de l'ONU est que ses décisions ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. La Cour internationale de Justice ne dit pas pour autant qu'il existe une règle selon laquelle elle ne suit pas les précédents. D'ailleurs, la position selon laquelle si elle n'applique pas de règle du précédent, c'est en application de l'Article 59 ou d'une autre disposition du Statut de la Cour, est controversée. Le point de vue le plus convaincant, comme on l'a montré dans ce chapitre, est que ce n'est pas le cas. En effet, indépendamment de la règle selon laquelle le principe du *stare decisis* ne s'applique pas devant la Cour internationale de Justice, les effets juridiques

²⁹⁰ Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

²⁹¹ Voir *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2004*, p. 12, aux pages p. 69 et 70, par. 151 (« Pour éviter toute ambiguïté, il y a lieu de préciser que, bien que les observations de la Cour intéressent les cas des ressortissants mexicains qui lui ont été soumis par le Mexique, elle s'est référée aux questions de principe soulevées au cours de la présente instance du point de vue de l'application générale de la convention de Vienne, et qu'il ne saurait être question d'appliquer un argument *a contrario* à la moindre des conclusions que la Cour formule dans le présent arrêt. En d'autres termes, on ne saurait déduire du fait que la Cour a eu à se prononcer uniquement sur le cas de ressortissants mexicains dans le cadre de la présente affaire que les conclusions de cet arrêt sont inapplicables à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans les mêmes conditions aux États-Unis »).

²⁹² Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 107.

²⁹³ *Interprétation des traités de paix, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil 1950*, p. 65, Opinion dissidente de M. Zoričić, p. 98, à la page 104.

²⁹⁴ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 109.

des décisions ne sont pas contraignants seulement à l'égard des parties. Il est évident que les tiers, y compris des États qui ne sont pas forcément directement concernés par le litige, subissent les effets des décisions, notamment en ce qui concerne la détermination de l'existence et du contenu des traités, de la coutume ou des principes généraux du droit. Pour des raisons de cohérence et de prévisibilité, la Cour se réfère à sa propre jurisprudence²⁹⁵.

202. À ce stade, il peut être utile de faire quelques observations complémentaires concernant la pratique des États et de la Cour internationale de Justice sur le lien qui existe entre l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et l'Article 59 du Statut. Premièrement, quel que soit l'objet de cette dernière disposition, destinée à nuancer la première, il est clair que ni le Statut de la Cour ni celui de sa devancière n'ont établi de règle du *stare decisis* en droit international. Toutefois, comme l'ont montré la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et celle de la Cour internationale de Justice, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des règles consacrant la force obligatoire du précédent, qui conviennent mieux aux systèmes hiérarchisés de droit interne. Il n'y a pas lieu de se lancer dans le débat opposant la *common law* au droit romano-germanique. S'inspirant des deux systèmes de droit, la Cour a mis au point son propre système, qui fonctionne bien de manière générale.

203. Deuxièmement, malgré la nature formelle non obligatoire du précédent, la Cour internationale de Justice, comme le faisait déjà sa devancière, se tourne vers les décisions antérieures non pas tant comme des précédents obligatoires, mais plutôt pour leur valeur persuasive et pratique en ce qu'ils aident à régler de nouveaux différends. En effet, on fait en pratique une distinction fondamentale entre la décision visée par l'Article 59, qui ne lie que les parties en litige dans le cas qui a été décidé, et les principes et règles de droit international énoncés dans une décision qui, dans bien des cas, seront d'application plus générale. La première s'appliquera uniquement aux parties, mais les seconds pas nécessairement. Ce sera le cas quelle que soit la source originelle de la règle, qu'elle soit tirée d'un traité, du droit international coutumier ou d'un principe général du droit. Le fait est qu'une fois qu'on aura établi qu'il s'agit d'un énoncé correct du droit, les autres États parties au traité concerné, agissant au titre du droit international coutumier ou invoquant un principe général du droit, devront respecter cet énoncé du droit jusqu'à ce qu'il ne soit plus considéré comme une interprétation correcte du droit. Son non-respect pourra constituer une violation des obligations des États parties vis-à-vis d'autres États.

G. L'approche du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent

204. D'autres juridictions internationales chargées de régler des différends entre États, telles que le Tribunal international du droit de la mer, n'appliquent pas forcément les mêmes textes de base que la Cour internationale de Justice. Cependant, dans leur statut et leur jurisprudence, elles adoptent une position similaire à celle de la Cour, qui donne à penser pour l'essentiel qu'il n'existe pas de règle formelle du

²⁹⁵ Pour un commentaire, voir Gilbert Guillaume, « The use of precedent by international judges and arbitrators », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 1 (2011), p. 5 à 23, à la page 9. Voir aussi Armin von Bogdandy et Ingo Venzke, « The spell of precedents: lawmaking by international courts and tribunals », in Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter and Yuval Shany, eds., *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 503 à 522 ; Adolfo Miaja De la Muela, « Mutación de jueces y continuidad jurisprudencial en el Tribunal Internacional de Justicia », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 15, No. 1-2 (1962), p. 11 à 34.

précédent concernant leurs décisions. Dans cette partie du rapport, le Rapporteur spécial va analyser la pratique du Tribunal international du droit de la mer.

205. Après avoir sérieusement envisagé d'examiner l'approche suivie par des instances d'arbitrage interétatiques ainsi que la pratique d'autres juridictions internationales, telles que l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce²⁹⁶, concernant la question du précédent, et de la comparer à celle de juridictions pénales internationales telles que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (qui présente des particularités)²⁹⁷, le Tribunal spécial pour le Liban et, bien entendu, la Cour pénale internationale, le Rapporteur spécial a finalement décidé de ne pas se livrer à une telle analyse afin de ne pas rallonger encore le présent rapport. Sa décision repose sur le fait que : a) les membres de la Commission ont déjà accès à cette pratique, soigneusement exposée dans le deuxième memorandum du Secrétariat ; b) il pourra toujours revenir sur la pratique la plus pertinente de ces juridictions dans ses futurs rapports.

206. Cette réserve mise à part, il semble opportun d'examiner maintenant la pratique du Tribunal international du droit de la mer. L'article 293 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui traite du « droit applicable », confirme que le Tribunal est tenu d'appliquer « les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles » avec celle-ci²⁹⁸. Il est intéressant de noter que l'Article 38 du Statut du Tribunal sur le « droit applicable » à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins est libellé comme suit : « Outre l'article 293, la Chambre applique : a) les règles, règlements et procédures de l'Autorité adoptés conformément à la Convention ; et b) les clauses de tout contrat

²⁹⁶ On trouvera une analyse intéressante de la question du précédent à l'Organisation mondiale du commerce dans Niccolò 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, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2021), p. 354 à 400. Le Rapporteur spécial remercie son homologue du monde universitaire de lui avoir communiqué la jurisprudence pertinente de l'Organisation mondiale du commerce et des juridictions d'arbitrage.

²⁹⁷ Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dispose que les juges « se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda » et, concernant l'application de la législation interne, ils sont « guidés par les décisions de la Cour suprême de la Sierra Leone ». Cependant, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a jugé depuis qu'elle pouvait, à sa discrétion, se fonder de manière convaincante sur les décisions de ces juridictions et d'autres sans pour autant être liée par elles. Par exemple, dans *Le Procureur c. Sam Hinga Norman*, affaire No. SCSL-2003-14-08_PT, *Decision on the prosecutor's motion for immediate protective measures for witnesses and victims and for non-public disclosure*, 23 mai 2004, para. 11, le Tribunal spécial a déclaré : « Sans vouloir diminuer la valeur de précédent ou la valeur persuasive des décisions du TPIR et du TPIY, il faut souligner que l'emploi de la formule "se laissent guider par" à l'Article 20 du Statut ne signifie pas qu'il faut suivre bêtement et sans réfléchir les principes et la doctrine énoncés par d'autres tribunaux, que ce soit en tant que précédents ou pour leur valeur persuasive. Une telle approche entraverait l'évolution de la jurisprudence du Tribunal spécial, qui correspond à son origine et de ses caractéristiques propres. Au contraire, le Tribunal spécial a les moyens d'élaborer sa propre jurisprudence, compte tenu de certaines des dynamiques socioculturelles et juridiques qui sont propres au lieu où il siège. Cela ne signifie pas qu'il n'est pas possible d'appliquer les principes de droit bien fondés et logiques énoncés par le TPIR et le TPIY, en opérant les adaptations et les modifications nécessaires, à des situations factuelles similaires soumises au Tribunal spécial au cours de la procédure afin de maintenir une cohérence logique et une uniformité dans les décisions judiciaires sur l'interprétation et l'application des règles de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux » (non souligné dans l'original). [traduction non officielle]

²⁹⁸ 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. 3.

relatif à des activités menées dans la Zone, à propos de toutes questions se rapportant à ce contrat. »

207. En outre, le paragraphe 1 de l'article 74 et le paragraphe 1 de l'article 83 de la Convention, dont le libellé est quasi-identique, disposent que la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, respectivement, entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face « est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable » (non souligné dans l'original).

208. Il est clair qu'une lecture combinée des dispositions ci-dessus et de l'article 293 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sur le « droit applicable » confirme que le Tribunal international du droit de la mer est tenu d'appliquer les dispositions de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, essentiellement comme sources de droit sur lesquelles il peut s'appuyer, et qu'il peut aussi appliquer la Convention « et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles » avec elle ; il importe ainsi expressément dans son cadre juridique à la fois celui de la Cour et les règles générales du droit international. Il va de soi que le droit applicable et les autres règles du droit international nous ramènent, directement et indirectement, aux sources contenues dans les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour et aux moyens auxiliaires mentionnés à l'alinéa d).

209. La référence à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et aux autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a donc pour effet d'étendre au Tribunal international du droit de la mer l'application de la disposition sur les sources du droit contenue dans le Statut de la Cour, laquelle reflète également, en tout état de cause, le droit international coutumier. Paradoxalement, tous les doutes possibles en la matière ont été levés dans une décision judiciaire constituant un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, lorsque, dans le contexte de l'affaire du *Golfe du Bengale*, le Tribunal lui-même a conclu – à la fois en ce qui concerne la délimitation des frontières maritimes elle-même et son approche plus large de toutes les questions de ce type – ce qui suit : « Les décisions des cours et tribunaux internationaux, mentionnées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, présentent une importance particulière pour déterminer le contenu du droit applicable à la délimitation maritime en vertu des articles 74 et 83 de la Convention »²⁹⁹.

210. Les textes de base du Tribunal international du droit de la mer contiennent également une disposition équivalente à celle de l'Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice qui établit, comme elle, le caractère définitif de la décision et sa force obligatoire, à savoir l'article 33 du Statut, dont le paragraphe 1 dispose que « [l]a décision du Tribunal est définitive et toutes les parties au différend doivent s'y conformer » et le paragraphe 2 prévoit que « [l]a décision du Tribunal n'est obligatoire que pour les parties et dans le cas qui a été décidé ». À l'instar du régime applicable à la Cour internationale de Justice, « [s]i le Tribunal fait droit à la requête, sa décision concernant le différend est obligatoire pour l'État intervenant »³⁰⁰ dans la mesure où elle se rapporte aux points faisant l'objet de l'intervention. De même, comme pour la Cour internationale de Justice, le Statut du Tribunal prend acte des retombées systémiques que peuvent avoir les décisions qui concernent l'interprétation d'accords internationaux. Il exige que dans ce type de cas, tous les États parties soient

²⁹⁹ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil 2012*, p. 4, à la page 56, par. 184.

³⁰⁰ Statut du Tribunal international du droit de la mer, art. 31, par. 3.

invités à intervenir dans la procédure et que ceux qui décident de le faire soient également liés par la décision du Tribunal³⁰¹.

211. Compte tenu de ce qui précède, et comme il ressort du deuxième mémorandum du Secrétariat, en ce qui concerne les tribunaux d'arbitrage, il n'existe pas de règle formelle obligeant le Tribunal international du droit de la mer à avoir recours à ses décisions judiciaires antérieures ou à celles d'autres juridictions en tant que précédents obligatoires pour régler un différend. Inversement, rien ne l'empêche d'appliquer les décisions d'autres instances qu'il considère persuasives. Toutefois, dans la pratique, essentiellement pour des raisons de sécurité juridique, il examine également ses propres décisions antérieures et celles de la Cour internationale de Justice, notamment en raison du chevauchement partiel de leurs compétences.

212. Plus largement, il n'est pas surprenant, compte tenu de ce qui précède, que des universitaires tels qu'Eric De Brabandere aient repéré des décisions du Tribunal international du droit de la mer s'appuyant sur des décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice concernant des questions de procédure et de fond, en particulier des questions de délimitation des frontières maritimes³⁰². Le principal organe judiciaire de l'ONU dispose d'une jurisprudence abondante concernant les questions de procédure et, ce qui est peut-être encore plus important pour le Tribunal, en matière de délimitation des frontières maritimes. À cet égard, le Tribunal se réfère systématiquement à la Cour internationale de Justice pour ce qui est de la valeur persuasive de ses conclusions, d'une manière qui semble aller au-delà de la courtoisie. Cela témoigne de la similitude de leurs procédures et des questions soumises au Tribunal par rapport à celles précédemment traitées par la Cour internationale de Justice et sa devancière.

1. Décisions du Tribunal international du droit de la mer relatives à des questions de procédure qui se fondent sur ses propres décisions antérieures et sur celles de la Cour internationale de Justice

213. Dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont entamé une procédure d'arbitrage contre le Japon en 1999, affirmant que le Japon avait violé les obligations que lui imposait la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en entreprenant une pêche expérimentale unilatérale du thon à nageoire bleue en 1998 et 1999. Dans cette affaire, le Tribunal international du droit de la mer a adopté et appliqué, sans aucune explication, la définition du « différend » donnée par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice, comme suit : « *Considérant* qu'un différend est un "désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts" (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2, p.11*) et qu"[il] faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre" (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p.328*)³⁰³ ». Il a ensuite prescrit des mesures conservatoires spécifiques en attendant une décision du tribunal arbitral.

214. De même, dans l'affaire du *Grand Prince*, un navire de pêche battant pavillon du Belize a été immobilisé en 2000 pour avoir pêché sans autorisation dans la zone économique exclusive des îles Kerguelen, sous juridiction française. Le navire a été

³⁰¹ Ibid., art. 32, par. 3.

³⁰² Eric De Brabandere, « The use of precedent and external case law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), p. 24 à 55.

³⁰³ *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 280, à la page 293, par. 44 (non souligné dans l'original).*

escorté jusqu'à la Réunion et un procès-verbal d'infraction a été dressé à l'encontre du capitaine pour avoir pêché sans autorisation et omis de déclarer le poisson à bord. Le tribunal d'instance de Saint-Paul a confirmé la saisie et fixé une caution, mais le requérant s'y est opposé, ce qui a donné lieu à un conflit de compétence. Le Tribunal a conclu que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir que le Belize était l'État du pavillon. Il n'était donc pas compétent pour connaître de l'affaire. Pour parvenir à cette conclusion, il a invoqué de manière très intéressante la « *jurisprudence bien établie des cours et tribunaux internationaux* », selon laquelle « un tribunal doit, dans chaque cas, s'assurer qu'il est compétent pour connaître de l'affaire portée devant lui. À cette fin, il dispose du pouvoir d'examiner d'office le fondement de sa compétence »³⁰⁴.

215. Le Tribunal international du droit de la mer a ensuite cité deux affaires à l'appui de son argument. Tout d'abord, il a rappelé qu'il avait observé, dans l'affaire du *Navire « Saiga » (No. 2)* que « même lorsqu'il n'existe pas de divergence de vues entre les parties au sujet de la compétence du Tribunal, “le Tribunal doit s'assurer qu'il est compétent pour connaître de l'affaire telle qu'elle lui a été soumise” (arrêt du 1^{er} juillet 1999, paragraphe 40) »³⁰⁵. Deuxièmement, il a rappelé ceci : « Sur ce même point, la Cour internationale de Justice a émis l'observation suivante : La Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office. (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52*) ». Le Tribunal a donc conclu qu'il disposait du « droit d'examiner tous les aspects de la question de sa compétence, que lesdits aspects aient été expressément soulevés ou non par les parties »³⁰⁶.

216. Un troisième exemple est l'affaire des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*³⁰⁷. Introduite par la Malaisie le 4 juillet 2003 en vertu de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de l'article 1 de l'annexe VII de cette Convention, la procédure concernait des travaux de poldérisation effectués par Singapour. La Malaisie a allégué que ces travaux portaient atteinte à ses droits dans la région. Le Tribunal a rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoires. À la demande conjointe des parties, il a rendu une sentence dans les termes énoncés dans un accord de règlement auquel les parties ont souscrit le 26 avril 2005. Il a pour ce faire joint le texte de l'accord de règlement dans une annexe à la sentence. Le Tribunal s'est référé à la fois à la Cour permanente de Justice internationale et à la Cour internationale de Justice de la manière suivante, au paragraphe 52 : « *Considérant que*, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice, “[i]l n'existe ni dans la Charte [des Nations Unies], ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour” »³⁰⁸.

217. Un quatrième et dernier exemple concerne l'approche du Tribunal international du droit de la mer en matière de compétence. Il est intéressant de noter que sa position sur les questions contentieuses et consultatives s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Par exemple, dans l'affaire concernant le *Navire « Louisa »*, le Tribunal a dû, pour déterminer s'il avait compétence, examiner s'il existait un lien entre les faits allégués par le requérant et

³⁰⁴ « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001, p. 17*, à la page 41, par. 77 (non souligné dans l'original).

³⁰⁵ *Ibid.*, par. 78.

³⁰⁶ *Ibid.*, par. 79.

³⁰⁷ *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, p. 10*, à la page 20, par. 52 (citant *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275*, à la page 303, par. 56).

³⁰⁸ *Ibid.*, par. 52.

les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer invoquées, et démontrer que les demandes présentées pouvaient se fonder sur ces dispositions. Pour trancher la question, il s'est référé à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, en particulier à l'arrêt relatif aux *Plateformes pétrolières*³⁰⁹. Il est même allé plus loin et a invoqué des décisions de la Cour internationale de Justice en disant que, dans les situations où il existe un différend concernant la compétence, « cette compétence lui est conférée seulement dans la mesure où [les déclarations unilatérales visées à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] coïncident pour la lui conférer »³¹⁰. Allant encore plus loin, le Tribunal (presque comme la Cour internationale de Justice l'a fait dans une longue série d'affaires) a laissé entendre que des « circonstances particulières » étaient nécessaires pour qu'il s'écarte de la jurisprudence³¹¹.

218. Le Tribunal cite la jurisprudence de la Cour non seulement dans les affaires contentieuses mais aussi dans les procédures consultatives. Dans les affaires *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* et *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*³¹², dans lesquelles elle a d'abord dû déterminer si elle était compétente pour émettre l'avis consultatif demandé, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a examiné les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Elle a noté : « Ces questions posées à la Chambre visent l'interprétation des dispositions de la Convention et soulèvent des points de droit international général. La Chambre rappelle que la Cour internationale de Justice [...] a souligné que des “questions... libellées en termes juridiques et soul[evant] des problèmes de droit international... sont, par leur nature même, susceptibles de recevoir une réponse fondée en droit” »³¹³.

219. De même, dans l'avis consultatif de la *Commission sous-régionale des pêches*, dans lequel certains États parties ont demandé au Tribunal de refuser d'exercer sa compétence consultative, le Tribunal s'est appuyé sur divers arrêts de la Cour internationale de Justice dans le cadre de l'interprétation de l'article 138 du Règlement du Tribunal. Il a fait observer qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de

³⁰⁹ Navire « Louisa » (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne*), arrêt, TIDM Recueil 2013, p. 4, à la page 34, par. 99 (citant *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803, à la page 810, par. 16).

³¹⁰ Ibid., par. 81 (citant l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, Arrêt du 6 juillet 1957 : C. I. J. Recueil 1957, p. 9, à la page 23). Voir aussi *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. 6, à la page 39, par. 88.

³¹¹ Navire « Louisa » (voir *supra* la note 309), par. 147. Pour d'autres procédures contentieuses devant le Tribunal dans lesquelles il a été fait référence aux décisions de la Cour internationale de Justice, voir Navire « Louisa » (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne*), mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, TIDM Recueil 2008-2010, p. 58, à la page 68, par. 64 [en ce qui concerne l'obligation de procéder à des échanges de vues (article 283 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer)] ; « Arctic Sunrise » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, p. 230, aux pages 242 et 243, par. 48, 51 et 52 (en ce qui concerne la non-comparution).

³¹² *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10 ; *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, avis consultatif*, 2 avril 2015, Recueil 2015, p. 4.

³¹³ Ce passage figure dans *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir note précédente), par. 39 ; *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches* (voir note précédente), par. 65. Dans les deux affaires, la Chambre a cité *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, aux pages 414 et 415, par. 25 ; *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, à la page 18, par. 15.

refuser de donner un avis consultatif, même si les conditions de l'article étaient remplies, mais qu'il ne le ferait pas à la légère. Ici, il a fait référence aux décisions de la Cour internationale de Justice : « Il est bien établi qu'une demande d'avis consultatif ne devrait pas en principe être rejetée, sauf pour des "raisons décisives" »³¹⁴.

220. De même, en ce qui concerne l'argument avancé par certains États selon lequel les questions qui lui étaient soumises étaient abstraites, le Tribunal – se fondant encore une fois sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice – a répondu : « Il est également bien établi qu'un avis consultatif peut être donné "sur toute question juridique, abstraite ou non" »³¹⁵.

2. Décisions sur des questions de fond prises par le Tribunal international du droit de la mer qui s'appuient sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice

221. Comme il a été dit, malgré l'absence d'une règle formelle du précédent obligatoire, le Tribunal international du droit de la mer s'est appuyé à la fois sur ses propres décisions antérieures et sur celles de la Cour internationale de Justice pour l'examen des questions de fond. Quelques exemples parmi de nombreux autres devraient suffire à illustrer ce propos³¹⁶.

222. Il l'a fait, par exemple, pour déterminer si des considérations d'humanité s'appliquaient dans le contexte du droit de la mer dans l'affaire « *Enrica Lexie* »³¹⁷, pour confirmer les interprétations antérieures de certaines dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer concernant la conservation et la gestion des ressources biologiques dans la zone économique exclusive au titre du paragraphe 4 de l'article 62³¹⁸, pour se référer à l'approche de précaution, telle qu'elle est définie par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*³¹⁹, et pour confirmer le statut de droit international coutumier des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'il n'avait adoptées qu'implicitement³²⁰ mais qui avaient déjà été confirmées par la Cour internationale de Justice et par d'autres juridictions

³¹⁴ *Commission sous-régionale des pêches* (voir *supra* la note 312), par. 71, se référant à *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 149), par. 14.

³¹⁵ *Ibid.*, par. 72 (non souligné dans l'original), se référant à *Admission d'un État aux Nations Unies* (*Charte, art. 4*), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1948, p. 57, à la page 61.

³¹⁶ Pour d'autres exemples dans lesquels le Tribunal s'est appuyé sur les décisions de la Cour internationale de Justice, voir, sur la question de la responsabilité des États : *Navire « SAIGA »* (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), Arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 10, aux pages 56 et 65, par. 133 et 170, respectivement ; *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 312), p. 62, par. 194. Sur l'interprétation des traités, voir *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 312), p. 29, par. 59 et 60. Sur le droit international coutumier, voir *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 312), p. 28, par. 57. Sur les droits revendiqués (plausibilité), voir *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015*, TIDM Recueil 2015, p. 146, aux pages 158 et 159, par. 57 et 63, respectivement.

³¹⁷ « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, p. 182, à la page 204, par. 133 [citant *Navire « SAIGA »* (No. 2)] (voir note précédente), par. 155).

³¹⁸ *Navire « Virginia G »* (*Panama/Guinée-Bissau*), arrêt, TIDM Recueil 2014, p. 4, aux pages 67 et 68, par. 212 et 213.

³¹⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, aux pages 55, 56 et 71, par. 101 et 164.

³²⁰ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 312), par. 57.

internationales. En effet, pour compléter la série d'exemples, dans l'affaire du *Golfe du Bengale*, le Tribunal a rappelé, à propos de son acceptation de la jurisprudence d'autres juridictions, telles que la Cour internationale de Justice, et des instances d'arbitrage sur lesquelles il s'est ensuite appuyé, que : « Les cours et tribunaux internationaux ont contribué à l'élaboration progressive d'un corps de jurisprudence en matière de délimitation maritime qui a réduit la part de subjectivité et d'incertitude dans la détermination des frontières maritimes et dans le choix des méthodes à suivre à cette fin »³²¹.

H. Observations relatives à la pratique du Tribunal international du droit de la mer concernant le précédent

223. L'analyse qui précède confirme que le Tribunal international du droit de la mer, à l'instar de la Cour internationale de Justice, n'applique pas de règle du précédent obligatoire. Toutefois, il a mis au point une pratique selon laquelle il s'appuie régulièrement sur les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ainsi que d'autres juridictions. En tant que juridiction récente, le fait de citer la jurisprudence établie de ces juridictions l'aide à régler les problèmes juridiques et à renforcer sa légitimité. À ce stade, au moins deux autres observations s'imposent.

224. Tout d'abord, étant donné qu'il s'agit d'un tribunal relativement nouveau, spécialisé dans les questions relatives au droit de la mer, le Tribunal international du droit de la mer a une jurisprudence peu abondante. Cela dit, on peut dégager de cette jurisprudence, qui consiste à la fois en des affaires contentieuses et une poignée d'avis consultatifs, deux grandes tendances. La première concerne le fait que, comme la Cour internationale de Justice, le Tribunal a pour pratique de citer sa propre jurisprudence même s'il n'est pas formellement tenu de le faire. Cette tendance s'est développée en particulier dans les affaires concernant la prompte libération de navires. Il en existe plusieurs exemples et, même si seulement certains d'entre eux ont été mentionnés, on en trouve d'autres dans le deuxième mémorandum du Secrétariat.

225. La deuxième grande tendance consiste pour le Tribunal international du droit de la mer à consulter et utiliser largement les décisions d'autres juridictions sans les considérer comme des précédents juridiques obligatoires. Toute une série de décisions et de sources d'arguments juridiques ont été mentionnées à cet égard, allant des décisions des juridictions d'arbitrage à un certain nombre de décisions judiciaires nationales, en passant par les travaux de la Commission. La principale source de moyens auxiliaires persuasifs, surtout au début, venait de la Cour internationale de Justice. Cela est logique compte tenu de l'ampleur du chevauchement de leurs compétences. Dans de nombreux cas, le Tribunal se réfère aux décisions judiciaires et aux documents d'autres juridictions sans faire expressément référence à leur valeur de précédent ni dire pourquoi il s'y réfère. Par ailleurs, il fait partie du réseau plus large de juridictions internationales chargées de veiller à l'application du droit international et établit progressivement sa propre légitimité ; néanmoins, il devrait être évident qu'il est plus facile de garantir la sécurité et la stabilité juridiques et de répondre aux attentes légitimes des États si l'on assure une certaine cohérence entre les décisions du Tribunal et celles d'autres juridictions internationales.

³²¹ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)* (voir *supra* la note 299), par. 226.

I. Projets de conclusion proposés

226. Sur la base de l'analyse précédente, qui a montré comment deux juridictions internationales abordaient, de manière formelle et informelle, la règle du précédent obligatoire, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion suivants :

Projet de conclusion 7

Absence de règle du précédent en droit international

Les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, ne suivent normalement pas leurs propres décisions antérieures ou celles d'autres juridictions comme des précédents juridiquement contraignants.

Projet de conclusion 8

Valeur persuasive des décisions de juridictions

Les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, peuvent suivre leurs propres décisions antérieures et celles d'autres juridictions internationales sur des points de droit dans le cas où ces décisions traitent de questions de fait ou de droit analogues et sont considérées comme persuasives pour le règlement de la question à l'examen.

V. Programme de travail futur sur le sujet

227. Comme il est dit dans le premier rapport, et comme l'a confirmé la Commission par la suite, dans le troisième rapport, qui sera présenté en 2025, le Rapporteur spécial s'intéressa à la doctrine et aux autres moyens auxiliaires. Il se concentrera sur le rôle que jouent, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, les travaux des organismes privés et publics (ou mandatés par l'État), ainsi que ceux des organismes régionaux et des autres organismes de codification.

228. Cela dit, compte tenu du débat tenu en 2023 au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission, ainsi que de la décision prise de limiter l'objet du présent rapport à des questions ponctuelles concernant les décisions judiciaires, le Rapporteur spécial considère qu'il existe d'autres questions se rapportant notamment aux décisions judiciaires, et éventuellement d'autres aspects du sujet, qui pourraient mériter un examen plus approfondi dans de futurs rapports. Il l'a d'ailleurs signalé dans le présent rapport. Ainsi, en fonction des progrès qui auront été faits au cours de la soixante-quinzième session de la Commission, y compris les résultats du débat en séance plénière et les travaux du Comité de rédaction, le Rapporteur spécial pourra envisager de proposer des ajustements au programme de travail provisoire. Ces ajustements, y compris l'approfondissement probable de certains aspects des décisions judiciaires dans le prochain rapport ou les rapports ultérieurs, seront dûment communiqués à la Commission du droit international et à la Sixième Commission.

Annexe I

Projets de conclusion adoptés provisoirement par la Commission lors de sa soixante-quatorzième session

Conclusion 1

Objet

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

Conclusion 2

Catégories de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

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

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

Conclusion 3

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

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

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

Annexe II

Projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction lors de la soixante-quatorzième session de la Commission

Projet de conclusion 4 Décisions de juridictions

1. Les décisions des juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.
2. Les décisions des juridictions nationales peuvent être utilisées, dans certaines circonstances, comme un moyen auxiliaire aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international.

Projet de conclusion 5 Doctrines

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

Annexe III

Projets de conclusion proposés dans le présent rapport

Projet de conclusion 6

Nature et fonction des moyens auxiliaires

- a) Les moyens auxiliaires ont un caractère auxiliaire par rapport aux sources du droit international contenues dans les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit.
- b) Les moyens auxiliaires sont principalement utilisés pour déterminer, interpréter et appliquer les règles de droit international découlant des sources du droit international.

Projet de conclusion 7

Absence de règle du précédent en droit international

Les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, ne suivent normalement pas leurs propres décisions antérieures ou celles d'autres juridictions comme des précédents juridiquement contraignants.

Projet de conclusion 8

Valeur persuasive des décisions de juridictions

Les juridictions internationales, lorsqu'elles règlent des différends entre États ou organisations internationales ou rendent des avis consultatifs, peuvent suivre leurs propres décisions antérieures et celles d'autres juridictions internationales sur des points de droit dans le cas où ces décisions traitent de questions de fait ou de droit analogues et sont considérées comme persuasives pour le règlement de la question à l'examen.
