

Provisoire

Réservé aux participants

13 décembre 2023

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3630^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 24 mai 2023, à 10 heures

Sommaire

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

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section anglaise de traduction, bureau E.6040, Palais des Nations, Genève (trad_sec_eng@un.org).



Présents :

Présidente : M^{me} Oral
Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
M. Cissé
M. Fathalla
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M^{me} Mangklatanakul
M. Mavroyiannis
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M. Ouazzani Chahdi
M. Paparinskis
M. Patel
M. Reinisch
M^{me} Ridings
M. Ruda Santolaria
M. Sall
M. Savadogo
M. Tsend
M. Vázquez-Bermúdez

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international
(point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/760)

M^{me} Galvão Teles dit que la Commission doit étudier le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » sous un angle pratique plutôt que théorique. Elle doit clarifier le rôle et la fonction des moyens auxiliaires, donner des indications quant à leurs éléments constitutifs et examiner les circonstances dans lesquelles ils doivent être utilisés, ainsi que le poids à leur accorder.

Comme le montre l'emploi du terme « moyen auxiliaire » dans le texte français du Statut de la Cour internationale de Justice, les moyens auxiliaires visés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut sont censés servir de moyens complémentaires (*auxiliary*) de détermination du contenu des sources du droit international, et le recours à ces moyens ne se limite pas aux cas dans lesquels aucune règle applicable ne peut être trouvée dans les traités, la coutume ou les principes généraux du droit. Les moyens auxiliaires ne sauraient toutefois, du point de vue strictement juridique, être la source d'une règle de droit international. Cette proposition ne va pas à l'encontre des observations du Rapporteur spécial concernant l'influence, l'autorité et la force convaincante qu'ont les décisions judiciaires en droit international – en particulier celles de la Cour internationale de Justice, que la Cour elle-même, d'autres organes judiciaires et la Commission invoquent pour se prononcer sur l'existence ou le contenu d'une règle de droit international. Il convient toutefois de distinguer l'invocation des décisions judiciaires d'une part comme moyen auxiliaire de détermination de l'existence ou du contenu d'une règle et d'autre part comme preuve de la formation d'une règle de droit international coutumier ou de la reconnaissance d'un principe général.

Distinguer l'interprétation des normes de leur création est complexe. Il peut être difficile d'opérer une distinction claire entre, d'une part, l'interprétation d'une règle par une juridiction et l'application de cette règle dans une décision pouvant ensuite être invoquée comme moyen auxiliaire de détermination du contenu de la règle et, d'autre part, la création ou le développement effectifs de cette règle. La Commission pourra vouloir donner aux États et à la Cour internationale de Justice des indications concernant les cas complexes tels que ceux dans lesquels l'interprétation d'une règle par la Cour devient l'interprétation établie de cette règle.

M^{me} Galvão Teles appuie l'intention du Rapporteur spécial d'étudier plus avant, dans ses rapports suivants, le statut et le rôle des moyens auxiliaires et la relation entre ces moyens et les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit, mais elle considère qu'il faut maintenir les distinctions entre les notions sur lesquelles les sources du droit international reposent et les fonctions du droit international. De manière générale, elle peut appuyer la proposition du Rapporteur spécial concernant la portée des travaux sur le sujet. Donner au texte qui sera issu de ces travaux la forme d'un projet de conclusions serait conforme à la pratique récente de la Commission, en particulier dans le cadre de ses travaux sur les sources du droit international.

L'une des questions posées dans le premier rapport est celle de savoir si le terme « décisions judiciaires » renvoie également à la fonction consultative des juridictions internationales. Comme Alain Pellet et Daniel Müller l'indiquent dans leur contribution à l'ouvrage *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, l'expression « décisions judiciaires » utilisée au pluriel à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 indique que c'est la jurisprudence, et non les décisions individuelles, qui constitue un moyen auxiliaire. Si les décisions de la Cour ne peuvent être automatiquement appliquées dans d'autres affaires, sa jurisprudence établie – et, plus précisément, le raisonnement qu'elle a suivi dans des affaires similaires – revêt un poids considérable dans la détermination de l'état du droit international sur une question donnée et peut, de ce fait, fournir des indications aux fins du règlement de nouveaux différends. La Cour elle-même a expliqué que la question était non de savoir si les parties à un différend donné étaient liées par ses décisions antérieures mais s'il y avait des raisons de ne pas suivre le raisonnement adopté dans ces décisions.

Pour les mêmes raisons, les avis consultatifs doivent être considérés comme un moyen auxiliaire. En s'inspirant de ses précédents avis consultatifs, la Cour n'impose pas les

conclusions auxquelles elle est parvenue dans ceux-ci aux parties à un différend, mais elle s'appuie sur son raisonnement et ses conclusions juridiques antérieurs dans la mesure où elle n'a pas de raison de s'en écarter. En pratique, la Cour invoque ses arrêts et avis consultatifs sans faire de distinction. D'autres juridictions internationales font de même. Par exemple, une chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer a cité l'avis consultatif de la Cour sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* à l'appui de la décision qu'elle a rendue en l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a, dans ses premiers avis consultatifs, constaté le caractère coutumier de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, défini sa compétence pour interpréter et appliquer d'autres traités relatifs aux droits humains, clarifié les effets des réserves et explicité le contenu de diverses normes en la matière. La Commission a elle aussi fait fond sur des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions dans le cadre de ses travaux, comme le relève le Rapporteur spécial dans son rapport et le secrétariat dans son étude sur le sujet (A/CN.4/759). C'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial considère que le terme « décisions judiciaires » désigne également les avis consultatifs, et le projet de conclusions doit l'indiquer clairement.

Comme noté dans le rapport, une référence à la doctrine a été incluse dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale et celui de la Cour internationale de Justice pour aider les juges à identifier, interpréter et clarifier les règles et principes internationaux et éviter les situations de *non liquet*. La doctrine a donc le plus de poids lorsqu'elle concerne l'une des sources du droit international, par exemple l'interprétation d'un traité ou le développement d'une règle du droit international coutumier. La doctrine peut influencer la conduite des États et, ce faisant, être à l'origine de pratiques susceptibles de donner naissance à une règle de droit international coutumier, amener les États à inclure certaines dispositions dans des traités et jouer un rôle dans la codification et le développement progressif de régimes juridiques. Toutefois, comme les décisions judiciaires, elle ne peut elle-même être la source d'une règle de droit international.

On considère généralement que la référence à la doctrine figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 renvoie à la doctrine collective des juristes internationaux pris en tant que groupe, plutôt qu'aux écrits d'auteurs individuels. La Commission doit donc se demander comment définir le groupe d'auteurs dont les travaux collectifs sont pertinents pour la détermination des règles de droit international. La Commission s'est livrée à un exercice comparable dans le cadre de ses travaux sur d'autres sujets touchant les sources du droit international, par exemple dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier ; dans ces cas également, certains membres ont déclaré préoccupant qu'un poids disproportionné soit accordé à la doctrine et aux décisions judiciaires de certaines régions du monde. Une étude citée dans le rapport à l'examen montre que les 10 auteurs les plus souvent cités par la Cour internationale de Justice dans ses décisions sont tous des hommes originaires d'États occidentaux. La même préoccupation a été exprimée par les États lors des débats de la Sixième Commission.

Une condition de représentativité clairement rédigée devrait donc figurer dans le projet de conclusions, soit dans la conclusion 5, soit en tant que conclusion distincte. La Commission s'est penchée sur la condition de représentativité au regard de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 dans les commentaires de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier et a souligné qu'il importait de tenir compte « de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues ». Pour ce qui est du sujet à l'examen, la Commission pourrait envisager une formulation similaire à celle utilisée dans ces commentaires, moyennant deux modifications importantes : premièrement, les mots « principaux systèmes juridiques » devraient être remplacés par les mots « différents systèmes juridiques », la formule utilisée dans le projet de conclusions sur les principes généraux du droit adopté en première lecture à la session en cours et, deuxièmement, une condition de représentativité sur le plan du genre devrait être ajoutée s'agissant d'invoquer la doctrine « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Le principe de non-discrimination, et les droits à l'égalité et à l'égalité des chances consacrés dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres instruments relatifs aux droits humains exigent qu'une attention

particulière soit accordée à la discrimination systémique fondée sur le genre dans toutes les instances internationales. La Cour internationale de Justice s'est elle-même déclarée préoccupée par l'absence de diversité régionale et de genre parmi les conseils plaidant devant elle. M^{me} Galvão Teles invite le Rapporteur spécial à évoquer la question de la diversité de genre soit dans le projet de conclusions, soit dans les commentaires y relatifs.

Le rapport donne à penser que pour être convaincante et fiable, une position doctrinale doit être perçue comme ayant un certain niveau d'objectivité et de qualité. Or l'objectivité et l'impartialité de la doctrine juridique internationale ont été beaucoup critiquées. Les publicistes sont influencés par le point de vue et la méthodologie spécifiques de leur discipline et par des biais cognitifs découlant de leurs convictions, valeurs et opinions politiques. Un certain niveau d'objectivité peut être atteint en tenant compte des travaux d'un groupe divers et représentatif de juristes ayant des conceptions différentes du système juridique international. La diversité des pratiques académiques en vigueur dans le monde, notamment les critères utilisés pour juger de la qualité, doivent être pris en compte pour évaluer la qualité des travaux devant être considérés comme « la doctrine des publicistes les plus qualifiés ». Le commentaire du projet de conclusion 3 devrait mentionner expressément l'importance de la diversité dans le choix des travaux doctrinaux.

Davantage de poids peut effectivement être accordé aux travaux des organes d'experts privés, qui revêtent une plus grande autorité que ceux des auteurs individuels, à condition que ces organes soient représentatifs sur les plans de la géographie et du genre. Leurs travaux pourraient être visés dans le projet de conclusion 5 ou le commentaire y relatif.

Les textes issus des travaux de la Commission du droit international méritent une mention particulière pour les raisons suivantes : le Statut de la Commission dispose qu'elle est composée de personnes « possédant une compétence reconnue en matière de droit international » et qui représentent les différents systèmes juridiques et régions du monde, ses méthodes de travail impliquent une analyse approfondie des questions juridiques dont elle est saisie, ce qui garantit la qualité du résultat de ses travaux, il s'agit d'un organe public créé par l'Assemblée générale et ayant pour mandat de développer progressivement et de codifier le droit international, et les textes issus de ses travaux sont souvent cités par la Cour internationale de Justice et sont généralement considérés comme faisant autorité par les États, les autres organes juridiques internationaux et les juristes. De ce fait, ils satisfont largement à tous les critères énoncés dans le projet de conclusion 3 et peuvent ainsi être considérés comme ayant davantage de poids que la doctrine, voire comme un moyen auxiliaire supplémentaire.

Le statut des textes issus des travaux de la Commission au regard de l'article 38 et la question de savoir si ces textes ont davantage de poids que la plus grande partie de la doctrine, en particulier parce que les États contribuent directement à leur élaboration, ont déjà fait l'objet de débats. La Commission devrait saisir l'occasion qui lui est offerte pour clarifier la question. La Cour internationale de Justice et la Commission en sont venues à s'influencer mutuellement, et l'autorité des sources qu'elles invoquent est cycliquement renforcée. Par exemple, après que la Cour eut invoqué le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Commission a cité cet arrêt dans son commentaire de la version définitive de l'article pertinent, et la Cour a ensuite cité le texte final des articles sur la responsabilité de l'État dans son avis consultatif de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Les critiques de certains auteurs, selon lesquels l'interaction entre la Cour et la Commission permet à une *opinio juris* de se cristalliser par la réaffirmation mutuelle de l'existence d'une norme sans que celle-ci soit étayée par une pratique externe, devraient peut-être être prises en compte pour déterminer si les textes issus des travaux de la Commission constituent un moyen auxiliaire supplémentaire.

La Commission devrait examiner s'il existe d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international que les décisions judiciaires et la doctrine. Par exemple, les opinions individuelles rédigées par les juges occupent une position intermédiaire entre les décisions judiciaires et la doctrine et peuvent contribuer à clarifier la décision de la majorité ou suggérer une autre solution lorsque la juridiction est divisée. Comme indiqué aux paragraphes 128 à 130 de l'étude du secrétariat, la Commission s'est

fondée sur des opinions individuelles dans le cadre de travaux de codification antérieurs. La Commission devrait aussi se pencher sur le rôle éventuel des travaux du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) – qui, comme indiqué dans le rapport, est une association privée mandatée par la communauté internationale des États – soit comme relevant de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés », soit en tant que moyen auxiliaire supplémentaire, distinct de ceux mentionnés à l'article 38.

L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier – dont l'élaboration avait été demandée par les États, qui a duré près d'une décennie et à laquelle 150 experts ont participé – est l'ouvrage de droit international humanitaire le plus souvent cité et probablement une des contributions majeures du CICR aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. Cette étude a été citée par la plupart des juridictions internationales et régionales, qui l'ont invoquée de diverses manières : en tant que travail de recherche à placer sur le même plan que la doctrine des publicistes, en tant que source faisant autorité sur le sujet, voire en tant que reflet fidèle du droit international coutumier. Cette étude est souvent le seul texte cité par les organes de l'Organisation des Nations Unies pour confirmer le caractère coutumier d'une règle. La Commission elle-même l'a citée avec plus ou moins de déférence. De même, les commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949 établis par le CICR, qui se fondent sur l'analyse des manuels militaires, de la législation et de la jurisprudence et sur des travaux universitaires, des expériences de terrain et des consultations avec des praticiens et des experts externes, ont été cités par des juges de la Cour internationale de Justice aux fins de la détermination du droit applicable ; ces commentaires ont apparemment une certaine autorité bien qu'ils ne soient pas considérés comme une interprétation autorisée des Conventions de Genève. M^{me} Galvão Teles invite le Rapporteur spécial à examiner les travaux du CICR de plus près.

La Commission devrait étudier si les travaux des organes conventionnels de protection des droits de l'homme peuvent constituer un moyen auxiliaire ou une pratique ultérieure au titre de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, puisque ces travaux sont fréquemment cités par les juridictions internationales et les organes de l'Organisation des Nations Unies.

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle souscrit de manière générale aux propositions du Rapporteur spécial concernant la suite des travaux sur le sujet et appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^{me} **Mangklatanakul** dit que la Commission devrait répondre aux préoccupations exprimées par certains États et formuler à l'intention des praticiens des indications concrètes sur le recours aux moyens auxiliaires, ce afin de promouvoir la clarté et la cohérence théorique en la matière. La Commission devrait distinguer le but dans lequel l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 a été rédigé – aider les juges de la Cour internationale de Justice à déterminer les règles de droit à appliquer pour régler les différends – de l'invocation plus générale de cette disposition par les États, les juridictions nationales, les juristes, les universitaires, les organes d'experts et d'autres à des fins qui n'entrent peut-être pas dans le champ d'application de cette disposition. Elle devrait aussi veiller à ce que ses travaux n'entravent d'aucune manière l'exercice par les juges de leur pouvoir judiciaire ni ne modifient de facto l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, que ce soit en ajoutant de nouveaux éléments à cette disposition ou en en restreignant l'application. La Commission doit s'attacher à clarifier le champ d'application et l'usage de cette disposition sur la base de la pratique actuelle de la Cour, des États et des autres acteurs.

La Commission doit tenir compte des préoccupations, besoins et attentes des États dès le début de ses travaux. Le Rapporteur spécial a, dans le plan d'étude sur le sujet (A/76/10, annexe), recensé plusieurs questions problématiques, notamment celle de savoir si les moyens auxiliaires sont des sources du droit international, celle du poids à accorder aux décisions des juridictions nationales et des organes quasi-judiciaires, aux travaux des groupes ou arbitres spéciaux ad hoc ainsi qu'aux différents types d'écrits universitaires, et celle de la méthode à appliquer pour apprécier les décisions judiciaires et la doctrine.

Il serait utile que le Rapporteur spécial évalue les problèmes qu'il a recensés et indique s'ils ont des conséquences pratiques ou sont purement théoriques, car il conviendrait de se concentrer sur les problèmes pratiques et de n'engager des débats théoriques que si cela est

nécessaire pour les régler. À moins qu'il puisse être établi que la question des décisions judiciaires contradictoires et de la fragmentation a des implications directes sur la manière dont la Commission conçoit la nature et la fonction des moyens auxiliaires, cette question ne doit pas être étudiée dans le cadre des travaux sur le sujet.

M^{me} Mangklatanakul considère elle aussi qu'une attention particulière doit être accordée à jurisprudence des juridictions internationales, notamment la Cour internationale de Justice, de même qu'à d'autres organes judiciaires comme la Cour permanente d'arbitrage, dont le règlement reprend presque mot pour mot, dans sa disposition relative au droit applicable, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. Elle sait gré au Rapporteur spécial d'avoir pris note des préoccupations exprimées au sujet de l'invocation excessive des décisions judiciaires et de la doctrine de certaines régions du monde et d'avoir souligné qu'il fallait tenir compte d'un large éventail de pratiques et d'écrits doctrinaux.

D'autres membres ont appelé l'attention sur le fait que la Commission s'était déjà penchée sur la nature et l'utilisation des moyens auxiliaires dans le cadre de travaux antérieurs. Il importe d'assurer la cohérence avec ces travaux, mais certaines divergences sont déjà apparentes. En particulier, si les conclusions sur la détermination du droit international coutumier visent les « moyen[s] auxiliaire[s] de détermination » des règles, le projet de conclusion proposé vise les « moyen[s] auxiliaire[s] d'identification ou de détermination ». Cela risque de créer une confusion quant à la distinction entre identification et détermination. Peut-être est-il souhaitable de reprendre les termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 puis d'expliquer quelles sont les fonctions des moyens auxiliaires et ce que signifie « détermination », soit dans des projets de conclusion distincts, soit dans le commentaire.

M^{me} Mangklatanakul convient avec les précédents intervenants que les moyens auxiliaires ne sont pas des sources du droit international. Ils ne peuvent créer le droit mais servent effectivement à déterminer l'existence et le contenu de règles de droit qui existent déjà. Il est inutile de qualifier les moyens auxiliaires de sources « secondaires » ou « supplémentaires », car on donne ainsi l'impression qu'ils peuvent être des sources de droits et d'obligations. M^{me} Mangklatanakul prend note avec intérêt du résumé des débats théoriques concernant les sources que présente le Rapporteur spécial, notamment la distinction entre sources « formelles » et « matérielles », « sources de droit » et « sources d'obligations », et « processus de formation du droit » et « organes de détermination du droit ». Il est toutefois important d'adopter un cadre conceptuel aligné sur celui des États, qui sont les premiers bénéficiaires des travaux de la Commission. Celle-ci doit donc suivre une approche pragmatique sur la question des sources, en partant d'une distinction facilement compréhensible entre, d'une part, ce qui crée des droits et des obligations pour les États et, d'autre part, ce qui ne fait qu'élucider des droits et obligations existants. Cette distinction conceptuelle serait suffisante comme point de départ des travaux de la Commission.

La manière dont la Commission conçoit les moyens auxiliaires dépend de ce que l'on entend par « détermination des règles de droit », car cette formule a trait au but dans lequel ces moyens sont utilisés. M^{me} Mangklatanakul indique qu'à l'issue d'une étude préliminaire, elle a dressé une liste non exhaustive de termes, dont certains peuvent se recouper, qui semblent être associés aux buts des moyens auxiliaires, à savoir « identification », « confirmation », « vérification », « preuve de l'existence », « élément de preuve », « clarification », « élucidation », « interprétation », « application » et « détermination de l'existence et du contenu » des règles. Tous ces termes postulent que des règles existent déjà et que les moyens auxiliaires contribuent à les mettre au jour. L'argument selon lequel le terme « détermination » peut être interprété comme s'entendant de la création et du développement de nouvelles règles n'est pas convaincant. Le Rapporteur pourra vouloir examiner plus en détail à quelles fins concrètes les moyens auxiliaires peuvent être utilisés car cela contribuera à en clarifier l'utilisation dans la pratique.

Le Rapporteur spécial indique que le terme « décisions judiciaires » désigne non seulement les décisions des juridictions internationales et régionales mais également celles des « collèges arbitraux », de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et des organes conventionnels de protection des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies. La Commission a pour sa part déjà confirmé que le terme « décisions » désignait tant les arrêts que les avis consultatifs. De plus, elle a

conclu que, dans le présent contexte, le terme « décisions judiciaires » visait également les décisions des juridictions nationales. Cette interprétation large est étayée par la pratique des juridictions internationales et n'a pas à être examinée plus avant. Selon l'étude établie en 2016 par le secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691), les décisions des juridictions nationales servent de preuve des éléments constitutifs du droit international coutumier et de moyen auxiliaire de détermination des règles de ce droit. M^{me} Mangklatanakul convient avec M. Fife que ces deux fonctions doivent être clairement distinguées.

Il importe de ne pas perdre de vue la distinction entre systèmes juridiques monistes et systèmes juridiques dualistes. Si les États dont le système est moniste appliquent directement le droit international, dans ceux dont le système est dualiste les tribunaux internes ne peuvent appliquer et interpréter que les lois votées par le parlement national, et pour être applicable le droit international doit être transposé dans le droit interne. Ainsi, les décisions des juridictions nationales des États dualistes peuvent ne pas porter directement sur l'application et l'interprétation du droit international et ne pas se prêter à être utilisées comme moyen auxiliaire. À cet égard, la Commission doit avoir à l'esprit la prédominance – déjà relevée par certains membres – de la jurisprudence de certains États dans le développement du droit international. De plus, du fait que les juridictions nationales de certains pays dualistes n'interprètent généralement pas le droit international, il peut être difficile d'obtenir de ces pays des informations sur le recours aux moyens auxiliaires dans leur pratique judiciaire. Durant les débats de la Sixième Commission, la Thaïlande a de fait souligné que parce que certains États recouraient rarement aux moyens auxiliaires, il pourrait être difficile d'obtenir de ces États des informations pertinentes. Il importe donc de noter que les informations reçues des États sur leur pratique judiciaire ne sont peut-être pas représentatives de la pratique de tous les États et systèmes juridiques.

La Commission devrait envisager de formuler des critères clairs quant aux types de décisions des juridictions nationales devant être utilisées comme moyen auxiliaire. De nombreux critères ont été proposés, par exemple le point de savoir si la décision interprète le droit international ou repose sur un raisonnement de qualité, s'il existe une cohérence interne entre les décisions des juridictions inférieures et celles des juridictions supérieures, si la juridiction concernée a une compétence ou une spécialisation particulière et si la décision a été suivie par d'autres juridictions. La Commission devra décider lesquels de ces facteurs sont étayés par la pratique des États et des juridictions internationales et lesquels ne le sont pas.

Bien qu'il soit largement admis qu'il n'y a pas de règle du précédent – *stare decisis* – formelle en droit international, les États citent fréquemment des décisions antérieures en tant que précédents ou distinguent les faits sur lesquels elles portaient de ceux du différend qu'ils soumettent à la Cour internationale de Justice. D'autres instances, notamment l'Organe de règlement des différends de l'OMC, renvoient également aux décisions de la Cour lorsqu'elles n'ont pas de précédent dans leur jurisprudence. Toutefois, bien que certains auteurs aient fait valoir que les décisions judiciaires pouvaient être des sources de droit, la Commission devrait tenir compte de l'opinion qui prévaut parmi les États, à savoir que les juges ne créent pas le droit international. C'est ce qui ressort des termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, et considérer qu'il en est autrement risquerait d'élargir indûment l'interprétation généralement donnée de cette disposition.

Dans son rapport, le Rapporteur spécial indique que les décisions judiciaires servent non seulement à déterminer ou confirmer des règles mais également à formuler, dans certains cas, des règles et des principes de droit international et à définir des sources de droits et d'obligations. Il fait ensuite valoir que, bien qu'en principe les décisions judiciaires soient qualifiées d'« auxiliaires », la pratique de la Commission montre qu'en réalité elles seraient assimilables aux sources primaires du droit international. Il conclut donc qu'il existe un « décalage apparent entre la théorie et la réalité ». Or il n'est pas certain que la Commission ait effectivement considéré les décisions judiciaires comme des sources primaires. Le fait que, comme l'indique l'étude de 2016 du secrétariat, elle considère les décisions de la Cour internationale de Justice comme « l'énoncé des règles existantes du droit international » et qu'elle « s'est fondée directement sur le texte de ces décisions pour formuler des dispositions

ou a étroitement fondé ses formulations sur ces décisions », ne signifie pas que la Commission considère celles-ci comme des sources primaires mais seulement qu'elle s'en inspire pour formuler des dispositions reflétant le droit positif. S'il en est ainsi, le « décalage entre la théorie et la réalité » est peut-être plus apparent que réel.

Dans ses travaux antérieurs sur le droit international coutumier, la Commission a utilisé le terme « doctrine » au sens large, comme désignant la doctrine exprimée sous une forme écrite ou non écrite. La large interprétation donnée à ce terme par le Rapporteur spécial est donc justifiée. Toutefois, comme la Commission l'a elle-même relevé, la doctrine varie considérablement en termes de qualité, et il importe donc d'être prudent lorsqu'on l'utilise comme moyen auxiliaire. Le Rapporteur spécial recense plusieurs facteurs pouvant être pris en considération pour apprécier la qualité de tel ou tel ouvrage de doctrine, par exemple le « degré de compétence » de ses auteurs ou le degré d'accord au sein de l'organe concerné. Si la Commission décide d'examiner comment apprécier la qualité, elle devra se demander lesquels de ces facteurs sont étayés par la pratique des États et des juridictions internationales. Il est primordial que la Commission ne surestime pas, ni ne sous-estime par inadvertance, certains types de doctrine. Enfin, il faut tenir compte du biais inhérent au paragraphe 1 de l'article 38 : comme l'a souligné à juste titre M^{me} Galvão Teles, les 10 auteurs les plus fréquemment cités par la Cour internationale de Justice sont tous des hommes originaires d'États occidentaux.

C'est à bon droit que le Rapporteur spécial indique que la relation entre les « décisions judiciaires » et la « doctrine » n'est pas tant hiérarchique que complémentaire. Quant aux « sources du droit international » et « moyens auxiliaires », il s'agit de deux choses différentes, et la question d'une hiérarchie ne se pose donc pas. Comme les travaux de la Commission portent sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, on peut douter de la nécessité d'envisager des moyens auxiliaires supplémentaires. Comme l'a déclaré M. Galindo, ni les « actes unilatéraux » ni les « résolutions des organisations internationales » ne doivent être considérés comme tels. À la différence de la doctrine et des décisions de la Cour internationale de Justice, les actes unilatéraux et les résolutions découlent directement de décisions prises par les États. Ils peuvent constituer des preuves de l'existence des éléments constitutifs de la coutume ou, parfois, de sources de droits et d'obligations, mais les inclure dans l'étude en cours risque de brouiller la distinction entre sources et moyens auxiliaires.

Comme le propose le Rapporteur spécial, le texte issu des travaux devrait prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires. D'autres formes peuvent toutefois être envisagées pour ce texte, par exemple celle d'un projet de directives, comme l'a proposé M. Paparinskis. Les projets de conclusion proposés devraient être renvoyés au Comité de rédaction, bien qu'il soit peut-être trop ambitieux d'attendre du Comité qu'il adopte provisoirement tous les projets de conclusion durant la première partie de la session. M^{me} Mangklatanakul dit qu'elle attend avec intérêt le deuxième rapport sur le sujet, en espérant qu'il sera plus bref et permettra ainsi aux États de contribuer plus efficacement aux travaux de la Commission.

M^{me} Okowa félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport, un document magistral reposant sur des recherches approfondies. Elle remercie en outre le secrétariat pour son excellente étude.

Il est incontestable, comme le note le Rapporteur spécial, que la Cour internationale de Justice applique de facto une règle du précédent. En tant que juridiction, la Cour doit en effet assurer la constance et la cohérence de sa jurisprudence et elle ne s'écarte donc de ses décisions antérieures que si elle a de bonnes raisons de le faire. En fait, les exemples d'affaires dans lesquelles elle l'a fait sont rares. Ainsi, une décision de la Cour constitue en général un point de départ éminemment prometteur s'agissant d'identifier les règles de droit international applicables dans une situation donnée. Il ne faut toutefois pas oublier que l'importance d'un arrêt de la Cour pour le développement du droit dépendra en partie de la controverse politique qui a donné naissance au différend, et du point de savoir si la Cour peut véritablement être considérée comme un instance neutre. De plus, il faut tenir dûment compte de l'accueil réservé à l'arrêt par les États et la doctrine.

Par exemple, dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, l'Éthiopie et le Libéria ont fait valoir qu'en instituant la politique d'apartheid dans le Sud-Ouest africain l'Afrique du Sud avait manqué aux obligations que lui imposait le mandat de la Société des Nations. La Cour a refusé de statuer au fond, estimant que les obligations de l'État défendeur étaient dues à la Société et non aux États Membres de celle-ci pris individuellement et qu'en conséquence les deux États n'avaient pas qualité pour agir. Cet arrêt a été largement critiqué par les États, notamment à l'Assemblée générale, et la Cour n'a ménagé aucun effort dans ses décisions ultérieures pour se démarquer de la position adoptée dans cet arrêt par la majorité. La Commission n'a pour sa part pas critiqué directement cet arrêt mais, comme le note le Rapporteur spécial, a adopté une position diamétralement opposée sur la question de la qualité pour agir à l'article 48 de ses articles sur la responsabilité de l'État. Il n'est pas surprenant que les prises de position de la Cour sur sa fonction normative dans le contexte de sa relation avec les organes politiques et sur les questions touchant la qualité pour agir soient considérées comme un obstacle majeur au développement progressiste du droit.

Un autre exemple problématique est fourni par les affaires des *Essais nucléaires* de 1973, dans lesquelles la Cour a également abouti à une conclusion controversée, à savoir que les requêtes introduites par l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour contester la licéité des essais nucléaires français dans le Pacifique Sud avaient perdu leur objet parce que la France avait déclaré qu'elle mettait fin à ses essais nucléaires en atmosphère. Les passages opérants de cette décision sont *ex cathedra*, ce qui est révélateur, la Cour ne citant aucune source faisant autorité à l'appui de sa proposition. Bien que des décisions ultérieures aient mentionné cet arrêt, elles n'ont pas élucidé le fondement de l'autorité dont il se prévaut et ont depuis, selon Prosper Weil, limité les *obiter dicta* excessifs qu'il contient.

Un troisième exemple est fourni par l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, dans laquelle la décision de la Cour demeure controversée, alors même que plus de quarante ans se sont écoulés. Le contexte politique de cette controverse et le sentiment qu'ont certains que la Cour a voulu compenser ses carences dans les affaires du *Sud-Ouest africain* et des *Essais nucléaires* ont quelque peu affaibli l'autorité des prononcés de la Cour sur des questions clés, par exemple les conditions juridiques devant être réunies pour que la légitime défense collective puisse être valablement invoquée, l'admissibilité des contremesures coercitives et la relation entre les traités et la coutume. À la lumière de ces exemples, le commentaire devrait expliquer que l'autorité des décisions judiciaires opère inévitablement dans un continuum et que la qualité de ces décisions en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international dépend en partie d'éléments contextuels.

Les déclarations antérieures de la Commission sur le droit international coutumier peuvent avoir une incidence sur ses travaux concernant l'autorité des décisions judiciaires en tant qu'aide à l'identification des règles de droit international au sens large. En fait, la Commission a énuméré cinq facteurs dans les commentaires de ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier : la qualité du raisonnement, la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans la jurisprudence postérieure, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité à laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction. La Commission a également conclu que les décisions judiciaires sur le droit international coutumier ne « figeaient pas le droit », qui pouvaient avoir évolué depuis qu'elles avaient été rendues.

Comme l'a souligné Maurice Kamto, un ancien membre de la Commission, les décisions judiciaires sont le seul élément du paragraphe 1 de l'article 38 de caractère spécifique et non général. Par définition, les décisions judiciaires sont l'aboutissement d'un processus d'identification et d'interprétation du droit en vue de régler un différend particulier. Il s'agit à la fois d'une force et d'une faiblesse. Dans le présent contexte, ce que Sir Robert Jennings qualifiait en 1981 de « discipline requise lorsque que l'on déduit des principes de la jurisprudence », est nécessaire. En d'autres termes, il importe de tenir compte du contexte dans lequel le précédent est cité dans la décision judiciaire considérée dans son ensemble, de sa relation avec cette décision et des faits et questions propres à l'affaire. La tendance croissante à prendre cette question au sérieux qui est apparente dans des décisions de juridictions internationales est encourageante. Par exemple, dans la sentence qu'elle a rendue dans l'*Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de*

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, la Cour permanente d'arbitrage a souligné le contexte géographique particulier dans lequel les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* avaient été tranchées et leur valeur en tant que précédent. Plus récemment, dans l'affaire *Barbados v. Trinidad and Tobago*, le tribunal arbitral a invoqué les « circonstances singulières » de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* pour décider qu'on ne pouvait déduire aucun principe de cet arrêt.

Il importe de distinguer entre les divers contextes dans lesquels il est nécessaire de faire fond sur une décision judiciaire pour identifier la règle de droit international pertinente. Les juridictions internationales, lorsqu'elles statuent dans une affaire en renvoyant au droit interne d'un État sur une question juridique particulière, considèrent comme déterminante la décision rendue par la juridiction nationale statuant en dernier ressort. Par exemple, dans de nombreux cas, le droit international détermine certains concepts fondamentaux, par exemple la nationalité des réclamations, en renvoyant au droit interne d'un État. Les éventuelles décisions des tribunaux internes sur ce point peuvent donc être considérées comme déterminantes.

Au paragraphe 273 de son rapport, le Rapporteur spécial examine si les décisions d'organes d'experts de l'Organisation des Nations Unies peuvent être considérées comme des « décisions judiciaires », et semble estimer qu'elles peuvent l'être. M^{me} Okowa partage cette opinion. Il semble évident, par exemple, que les constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme dans le cadre de la procédure de plainte individuelle, les sentences des tribunaux arbitraux ou des commissions de conciliation et les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC peuvent toutes être considérées comme des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. En tout état de cause, la Cour internationale de Justice semble les considérer comme telles, comme elle l'a fait en particulier dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* et l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*. De plus, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2020 dans l'affaire *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, la Cour d'appel de Singapour a considéré que les rapports des rapporteurs spéciaux de l'ONU constituaient un moyen auxiliaire.

Dans son ouvrage *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Hersch Lauterpacht présente un commentaire sur les principes généraux de droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Pour cataloguer ces principes généraux, Lauterpacht a tiré ses conclusions presque exclusivement de décisions de tribunaux arbitraux et de commissions mixtes des réclamations. À l'opposé, la Commission a identifié les principes généraux en se fondant en grande partie sur la congruence de la pratique telle qu'elle ressort des décisions des juridictions nationales et internationales. Le Rapporteur spécial pourra vouloir se pencher sur cette question dans son deuxième rapport.

Si le Rapporteur spécial est clairement conscient que les auteurs cités par les juridictions internationales sont essentiellement des hommes de race blanche, il ne va pas jusqu'à expliquer comment exactement ce problème peut être « abordé de front ». Il est clair qu'il existe une absence frappante de diversité dans les sources qui sont généralement invoquées pour déterminer les règles de droit international. Les obstacles à lever pour remédier à cette situation, bien qu'ils ne soient pas insurmontables, n'en sont pas moins bien réels, en particulier pour ceux qui travaillent principalement dans une seule des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Les membres peuvent contribuer au règlement du problème en fournissant au Rapporteur spécial des documents issus de pays de droit civil, en particulier émanant de juristes non anglophones. Les facteurs à prendre en compte pour apprécier l'autorité d'un juriste sont notamment sa nationalité, la mesure dans laquelle il a contribué à formuler la politique nationale de son pays, en particulier sur des questions controversées, et sa réputation, notamment le point de savoir si ses prises de position ont été contestées ou discréditées.

Le Rapporteur spécial a demandé aux membres d'indiquer s'ils considèrent que la catégorie des moyens auxiliaires doit être élargie à d'autres moyens que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes. Les arguments qui militent pour qu'elle le soit sont

irréfutables. Lorsqu'en 1945 le Statut de la Cour internationale de Justice a succédé à celui de la Cour permanente de Justice internationale, la seule modification de fond apportée à l'article 38 a été l'ajout au paragraphe 1, après les mots « La Cour », des mots « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ». Cet ajout donne à penser que les éléments mentionnés dans les alinéas qui suivent ne sont pas exhaustifs mais sont des exemples du droit international conformément auquel la Cour doit statuer.

La Commission devrait donc envisager des moyens auxiliaires possibles qui ne sont pas explicitement mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Les résolutions de l'Assemblée générale de caractère normatif adoptées à de larges majorités devraient être incluses dans la catégorie des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Les résolutions adoptées immédiatement après la décolonisation, par exemple la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, sont non seulement une source d'*opinio juris* et de pratique étatique, mais peuvent en elles-mêmes aider à l'identification de règles de droit pertinentes. Elles sont qualifiées par la doctrine et au chapitre VI du rapport de « sources matérielles ».

Des arguments démocratiques puissants militent en faveur de l'inclusion dans la catégorie des moyens auxiliaires des résolutions adoptées à une majorité décisive dans des instances véritablement représentatives. Comme pour les décisions dites judiciaires, devront être pris en compte le contexte de la résolution, notamment la controverse politique lui ayant donné naissance, les raisons données pour ou contre son adoption et l'existence de considérations convaincantes de justice corrective susceptibles d'être avancées pour l'étayer. Quoi qu'il en soit, comme l'a fait observer la Commission dans ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier, une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir des preuves de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier ou contribuer au développement d'une telle règle. Ces résolutions peuvent également constituer un moyen auxiliaire probatoire aux fins de la détermination d'une règle de droit international.

Il convient également de prendre en considération les règles et normes émanant des organisations de régulation telles que l'Organisation internationale de normalisation, la Commission électrotechnique internationale, la Commission internationale de protection contre le rayonnement non ionisant et Social Accountability International. Ces règles et normes doivent généralement être respectées soit pour avoir accès au marché, soit parce qu'elles ont été incorporées dans le droit interne. La représentation des acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux au sein de ces organisations peut déterminer la pratique étatique *de jure* ou de facto. Les organes mondiaux de normalisation comme ceux établis par l'OMC jouent un rôle comparable.

Le Rapporteur spécial a à juste titre appelé l'attention sur l'importance de la représentativité et sur le fait que la doctrine des publicistes devait être représentative « des différentes nations ». Cette formule montre qu'il faut tenir compte des opinions qui ont leur origine ou prévalent dans toutes les régions du monde. Toutefois, conférer des qualités normatives aux résolutions d'organisations internationales et non gouvernementales qui ne sont pas largement représentatives dans leur composition, par exemple le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale, soulève de sérieuses difficultés. Ces organisations peuvent être dénuées du mandat démocratique nécessaire. S'agissant des règles tant conventionnelles que coutumières, les parlements et tribunaux internes font fonction de gardiens en veillant à ce que leur application au plan interne serve l'intérêt national. Les tribunaux remplissent également une importante fonction de filtration dans l'identification et l'application du droit coutumier au niveau national. Pour les raisons susmentionnées, le recours à des résolutions pour identifier ou interpréter le droit coutumier est problématique lorsque ces résolutions émanent d'organisations ou d'organes non gouvernementaux qui ne sont pas représentatifs ni ne présentent les garanties démocratiques nécessaires.

Le rapport recense plusieurs moyens auxiliaires possibles autres que ceux visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 mais ne les aborde pas en détail. Deux d'entre eux doivent être distingués : l'équité et le droit religieux. Il convient d'examiner la place du droit religieux dans la doctrine des sources et de se demander si ce droit peut être considéré comme un moyen supplémentaire d'identification ou d'interprétation du droit international. Il est

notoire que les constitutions de plusieurs pays islamiques proclament la charia comme la loi suprême qui, en cas de conflit, prévaut sur toute loi d'origine humaine, y compris le droit international. Dans le domaine des droits humains, cela a causé des difficultés qui ont été levées au moyen de réserves. Par exemple, l'Afghanistan et les Maldives ont formulé des réserves à la Convention relative aux droits de l'enfant, indiquant que les dispositions de celle-ci ne s'appliquaient que dans la mesure où elles étaient compatibles avec les principes fondamentaux de la charia, considérés comme impératifs. De même, le Bahreïn, la Libye et la Malaisie ont formulé, s'agissant de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, des réserves qui soulignent le caractère central du droit islamique en matière matrimoniale, notamment pour ce qui est du partage des biens.

Étant donné la prévalence de ces tensions, qui n'ont encore jamais été envisagées, on peut se demander si l'étude des moyens auxiliaires ne pourrait pas être pour la Commission une bonne occasion d'examiner la place de la charia dans l'interprétation du droit international. Comme de nombreux États adhèrent à la charia, le problème ne peut être évacué en invoquant la règle selon laquelle un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier le non-respect du droit international. M^{me} Okowa invite donc la Commission à examiner si, dans certains contextes, la charia peut constituer une source auxiliaire, sinon pour l'identification du moins pour l'interprétation du droit international.

Notant que les cinq projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial reposent pour l'essentiel sur les travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, M^{me} Okowa se joint aux autres membres pour en recommander le renvoi au Comité de rédaction.

M. Sall dit que le rapport à l'examen est un travail remarquable et savant qui s'efforce de cerner tous les aspects du sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ». Deux points de ce rapport méritent qu'on s'y arrête : premièrement, la place devant être accordée aux « actes unilatéraux » et, deuxièmement, la nature et la portée des « décisions judiciaires ».

À deux reprises, la question d'une éventuelle prise en compte des actes unilatéraux en tant que « moyen auxiliaire » est posée dans le rapport. On peut lire ce qui suit au paragraphe 355 : « Différents types de sources mentionnées dans les œuvres de doctrine pourraient être considérées comme des sources complémentaires de droit international. [...] Les principaux exemples que l'on trouve dans ces ouvrages sont les actes unilatéraux, les résolutions ou décisions des organisations internationales, les accords entre les États et les entreprises internationales, le droit religieux (dont la charia et le droit islamique), l'*equity* et le droit "souple" ». Aux termes du paragraphe 369, les actes unilatéraux peuvent être considérés « soit comme une source primaire d'obligations pour les États, soit comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Pour M. Sall, les actes unilatéraux ne sont pas un moyen auxiliaire et la Commission ne devrait pas les considérer comme tels.

Cette exclusion est justifiée par le sens même du concept. Le paragraphe 334 du rapport indique que « le terme anglais "*subsidiary*" désigne ce qui assiste, ce qui est "subordonné", ce qui "supplée" ou "seconde", ce qui vient en soutien ou en renfort, en supplément, une chose auxiliaire, une aide ». Cette définition montre qu'un moyen auxiliaire n'est pas autosuffisant et qu'il n'opère pas directement ; en d'autres termes, il n'est pas une source directe et immédiate du droit international.

L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que les moyens auxiliaires sont les « décisions judiciaires » et « la doctrine des publicistes les plus qualifiés », confirmant ainsi le caractère second de la jurisprudence et de la doctrine. Le mot « moyen » suggère une vocation instrumentale, et l'adjectif « auxiliaire » s'oppose aux sources de droit « principales » – les traités, la coutume et les principes généraux du droit. Le caractère auxiliaire attribué à la jurisprudence et à la doctrine indique, premièrement, qu'elles ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour produire un droit positif et, deuxièmement, qu'elles ont vocation à renforcer ou confirmer une autre source de droit.

Les actes unilatéraux ne sont pas soumis à une telle limite puisqu'ils ont, en droit international, la propriété d'opérer immédiatement. Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour internationale de Justice a confirmé l'effet obligatoire des actes unilatéraux dans les termes suivants :

Il est reconnu que les déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. [...] Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, [...] Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire.

En conséquence, les actes unilatéraux, que ce soit ceux des organisations internationales ou ceux des États, ne sauraient être considérés comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

Une question connexe est celle de savoir si les résolutions des organisations internationales, par exemple les résolutions par lesquelles l'Assemblée générale a adopté la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte de l'Organisation des Nations Unies et la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, constituent des moyens auxiliaires. Le paragraphe 374 du rapport donne à penser que ces résolutions peuvent être considérées comme « une sorte de moyen auxiliaire dès lors qu'on admet qu'une juridiction internationale puisse formuler une règle de droit international en reconnaissant dans un arrêt ou une décision la validité des opinions ou des dispositions énoncées dans une résolution adoptée par un organe à composition universelle », et le Rapporteur spécial ajoute ce qui suit : « Si la résolution est considérée comme une source matérielle, à l'instar d'une décision judiciaire, on pourrait alors soutenir qu'il s'agit d'un moyen auxiliaire de détermination d'une règle de droit international. ». M. Sall dit qu'il estime toutefois que les résolutions des organisations internationales devraient être rattachées à la coutume internationale et non aux moyens auxiliaires. Au demeurant, dans ses conclusions 4 et 6 sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a considéré que ces résolutions pouvaient servir de preuve de l'existence des deux éléments constitutifs du droit international coutumier, à savoir une pratique générale et une *opinio juris*. La conclusion 12 indique clairement qu'une résolution d'une organisation internationale « peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement ». En résumé, ni les actes unilatéraux ni les résolutions des organisations internationales ne devraient être considérés comme un moyen auxiliaire.

Pour ce qui est des décisions judiciaires, la jurisprudence des organes quasi-judiciaires, notamment les organes conventionnels de protection des droits de l'homme de l'ONU, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, doit manifestement être considérée comme relevant des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. Si ces organes ne rendent pas des décisions judiciaires au sens strict d'arrêts ou d'ordonnances, elles émettent des recommandations et constatations. Il est donc logique de se demander si leur jurisprudence doit être prise en compte. Le rapport semble y être favorable, même si le Rapporteur spécial n'adopte pas une position ferme sur ce point. Ainsi, au paragraphe 267, il cite comme exemples de décisions judiciaires les décisions et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice ainsi que les sentences arbitrales et les décisions des juridictions nationales mais il ne mentionne pas la jurisprudence des organes quasi-judiciaires. D'autre part, le paragraphe 47 vise les « organes d'experts », une formule qui renvoie sans doute aux organes conventionnels de protection des droits de l'homme, et le paragraphe 64 se réfère aux décisions rendues par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

Ainsi, une reconnaissance moins équivoque de ces décisions en tant que « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 semble s'imposer pour deux raisons : premièrement, l'importance quantitative et qualitative de cette jurisprudence quasi-judiciaire et, deuxièmement, le fait qu'elle est prise en compte aussi bien par la Commission dans ses travaux que par la Cour internationale de Justice dans sa jurisprudence. La Commission indique par exemple, au paragraphe 6 du commentaire de l'article 18 de ses articles sur l'expulsion des étrangers que « [l]e critère du "juste équilibre" semble également

compatible avec l'approche suivie par le Comité des droits de l'homme aux fins de l'examen de la conformité d'une mesure d'expulsion à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Elle renvoie également aux décisions du Comité des droits de l'homme au paragraphe 24 du commentaire de l'article 12 de son projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et, sur la question des disparitions forcées, à la quasi-jurisprudence pionnière de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

La Cour internationale de Justice a quant à elle renvoyé à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme dans l'arrêt souvent cité qu'elle a rendu le 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. Dans cet arrêt, la Cour déclare que le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé « une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif, ainsi que dans le cadre de ses "Observations générales" ». La Cour a aussi reconnu la pertinence des décisions adoptées par les organes quasi-juridictionnels de protection des droits de l'homme dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. De nombreux autres exemples pourraient être cités.

La Commission devrait tenir compte du statut ainsi accordé aux décisions des organes quasi-judiciaires dans le cadre de ses travaux sur le sujet à l'examen, comme l'ont fait valoir M. Vázquez-Bermúdez et M^{me} Okowa. Il faut donc préciser clairement que ces décisions constituent des « décisions judiciaires » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. « Préciser clairement » ne signifie toutefois pas nécessairement énumérer les sources pouvant être considérées comme des décisions judiciaires dans le projet de conclusions. Quelles sont ces sources peut être parfaitement expliqué dans les commentaires. Il convient par ailleurs de garder à l'esprit la nécessité de respecter l'orthodoxie terminologique. Dans le projet de conclusion 4 proposé, il n'y a pas de raison de ne pas conserver, par principe, l'expression « décisions judiciaires » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. Les explications nécessaires devraient figurer dans le commentaire.

Enfin, il convient de préciser dans quelles circonstances les décisions judiciaires des juridictions nationales peuvent être considérées comme un moyen auxiliaire. Cette question doit être envisagée dans la mesure où l'alinéa c) du projet de conclusion 4 dispose que les décisions des juridictions nationales peuvent être utilisées, dans certaines circonstances, comme moyen auxiliaire d'identification et de détermination de l'existence ou du contenu des règles de droit international. Il importe d'indiquer quelles sont précisément ces « circonstances », et c'est ce que le rapport semble effectivement faire aux paragraphes 298 à 301, dans lesquels trois critères spécifiques sont identifiés pour apprécier la pertinence d'une décision judiciaire nationale.

Le premier de ces critères est l'intérêt que présente la décision judiciaire en cause, lequel est apprécié à partir de données telles que l'importance du problème juridique posé, l'autorité de la juridiction qui a rendu la décision et le fait qu'elle ait ou non été ultérieurement suivie par d'autres juridictions. Le deuxième critère est celui de l'exportabilité de la décision judiciaire ou, plus précisément, le point de savoir si elle est pertinente et applicable dans d'autres contextes. Pour satisfaire à ce critère, il ne faut pas que la décision soit historiquement ou géographiquement trop marquée, ni qu'elle soit tributaire d'un contexte donné, qu'il s'agisse d'un pays, d'un système de droit ou d'un type de raisonnement. Troisièmement, il faut que la décision judiciaire concerne le droit international, les juridictions nationales pouvant, on le sait, être amenées à appliquer des règles de ce droit. M. Sall souligne que ces critères, qui correspondent aux « circonstances » visées dans le projet de conclusion 4, ne sont pas le fruit de son analyse personnelle mais résultent d'une tentative de systématisation des informations et observations figurant aux paragraphes 298 à 301 du rapport à l'examen. Comme ces critères peuvent être expliqués dans le commentaire, le libellé du projet de conclusion 4 peut demeurer inchangé.

M. Tsend remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », un document aussi exhaustif qu'instructif. L'aperçu des travaux préparatoires de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et le vaste tour d'horizon de la doctrine seront particulièrement utiles

à la Commission. Les questions soulevées dans le rapport non seulement rendent compte de l'essence du débat doctrinal sur les moyens auxiliaires mais ont également des implications pratiques pour les États et les praticiens du droit international. Les projets de conclusion proposés constituent un excellent point de départ pour le débat.

Soulignant l'importance des travaux de la Commission sur le sujet, M. Tsend rappelle que l'examen des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international s'inscrit dans le cadre des travaux passés et en cours visant à définir un ensemble de principes directeurs sur la doctrine des sources. Le texte qui sera issu des travaux en cours complétera ceux élaborés sur les sujets « Détermination du droit international coutumier », « Principes généraux du droit » et « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ; dans ce contexte, il faut se féliciter de l'importance que le Rapporteur spécial accorde à la cohérence de la méthodologie et à l'utilité des résultats des travaux de la Commission pour les praticiens du droit.

Comme indiqué dans le compte rendu des travaux préparatoires de l'article 38, en 1920 de profonds désaccords divisaient les membres du Comité consultatif de juristes en ce qui concerne l'importance relative et la définition exacte des décisions judiciaires et de la doctrine. Albert de Lapradelle a, de fait, voté contre le texte devenu ultérieurement l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 au motif qu'il n'était pas possible d'appliquer les lois, la coutume et les principes généraux du droit sans avoir recours à la jurisprudence et à la doctrine. Malgré ces désaccords, les membres du Comité consultatif sont généralement convenus que les décisions judiciaires et la doctrine étaient des « éléments d'interprétation » et qu'elles ne devaient en tant que telles n'être utilisées « qu'à titre supplétif en vue d'élucider les règles de droit international ». Les décisions judiciaires et la doctrine ne créaient pas le droit mais étaient seulement des instruments servant à élucider des règles du droit international existant déjà. Cette position a été constamment confirmée par la communauté internationale des juristes et M. Tsend indique que, comme les autres membres de la Commission qui ont pris la parole, il est d'accord sur ce point avec le Rapporteur spécial.

Cela étant, la Commission devrait expliquer exactement comment les instances judiciaires internationales, notamment la Cour internationale de Justice, doivent interpréter et appliquer l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 et, plus précisément, comment il faut entendre le terme « auxiliaire ». Ce terme a été largement commenté et a suscité une confusion, les juristes et les praticiens, notamment des membres de la Commission, ayant tenté de définir avec précision le lien entre les règles de droit international et les décisions judiciaires et la doctrine. Comme la synthèse des interprétations du mot « auxiliaire » et de ses équivalents dans les différentes versions linguistiques de l'article 38 qu'a effectuée M. Fife l'a utilement montré, le rôle des décisions judiciaires et de la doctrine est de fournir une assistance et un appui. Il serait intéressant, à partir de cette idée, d'examiner le point de vue selon lequel l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 impose aux juridictions internationales une obligation de droit souple les obligeant à tout le moins à prendre en considération les décisions des autres organes judiciaires pour des raisons de courtoisie institutionnelle, de modération judiciaire et de cohérence doctrinale.

Cette obligation de droit souple est bien entendu très différente de la notion de précédent judiciaire qui constitue l'ossature des systèmes de *common law*. La Cour internationale de Justice n'est pas liée par les décisions des organes conventionnels de protection des droits de l'homme, par exemple – pas plus d'ailleurs que les autres juridictions. Cette obligation doit plutôt être considérée comme découlant de la nécessité pour les juridictions de tenir compte dans le cadre de leurs délibérations des résultats réfléchis de l'activité des autres organes juridiques internationaux. De plus, si elles choisissent de suivre une approche différente, la prudence veut qu'elles expliquent pourquoi.

Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour internationale de Justice a accordé « une grande considération » à l'interprétation adoptée par le Comité des droits de l'homme parce que celui-ci a été « spécialement établi en vue de superviser l'application » du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette déclaration montre clairement que la Cour n'est aucunement tenue, en droit, de se conformer aux interprétations du Comité des droits de l'homme. La Cour internationale de Justice a également démontré qu'elle pouvait ne pas tenir compte des décisions des organes conventionnels de protection des droits de l'homme dans

l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*, dans laquelle elle a rejeté l'interprétation de la convention proposée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Après avoir examiné la pratique du Comité, la Cour a décidé d'interpréter elle-même les dispositions pertinentes de la Convention conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et est arrivée à une conclusion diamétralement opposée à celle du Comité. Bien qu'ayant connu des issues différentes, ces deux affaires fournissent des exemples de la manière dont les juges recourent à un moyen auxiliaire, en l'occurrence les opinions d'organes d'experts, pour déterminer les contours de règles du droit international. Le rôle explicitement attribué par la Cour aux observations générales du Comité des droits de l'homme et à la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale pour statuer dans ces affaires montre comment faire bon usage de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38.

L'interprétation du terme « moyen auxiliaire » qui précède peut bien entendu susciter des préoccupations concernant la fragmentation du droit international public. Les dangers de la fragmentation, qu'illustre par exemple le fait que les critères d'attribution de la responsabilité de l'État appliqués par la Cour internationale de Justice d'une part et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie de l'autre ne sont pas les mêmes, ont été dépeints par M. Grossman Guiloff, qui a dans le même temps fait observer qu'on assistait de plus en plus à la convergence des positions des praticiens plutôt qu'à un morcellement du droit international. Ce débat animé devrait être examiné au sein de la Commission.

M. Tsend appuie la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la liste des moyens auxiliaires figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 n'est pas exhaustive. Si, comme indiqué au paragraphe 183 du rapport, le Comité consultatif de juristes n'a peut-être pas envisagé, en 1920, d'autres sources de moyens auxiliaires, le système juridique international a connu depuis lors des changements paradigmatiques nécessitant la prise en compte de moyens auxiliaires supplémentaires ou complémentaires. Outre l'augmentation considérable du nombre des acteurs, des domaines spécialisés tels que le droit des droits humains, le commerce et les investissements, et des mécanismes spécialisés tels que les juridictions pénales, la nature fondamentale des relations juridiques entre les États s'est modifiée. Avant 1945, le droit international était le moyen par lequel les États apprenaient à coexister ; depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, ce droit a pour objectif fondamental de promouvoir une coopération active entre les États. C'est pourquoi on ne saurait fonder des hypothèses sur le fait qu'aucune source additionnelle de moyens auxiliaires n'a été envisagée dans le cadre des travaux préparatoires du Statut.

S'agissant des principaux candidats à la reconnaissance en tant que moyen auxiliaire supplémentaire, M. Tsend partage les doutes du Rapporteur spécial en ce qui concerne les actes unilatéraux. Les déclarations et actes unilatéraux, parce qu'ils sont juridiquement contraignants en droit international coutumier, pourraient être considérés comme relevant de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38. De fait, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a jugé que des déclarations autorisées faites au nom du Gouvernement français créaient unilatéralement des obligations juridiques de bonne foi et, dans l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*, la Cour permanente de Justice internationale a conclu qu'une déclaration en réponse « à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le Ministre des affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le Ministre ». Ainsi, les actes qui expriment l'intention d'un État de se lier, qui sont accomplis publiquement par un représentant de l'État doté des pouvoirs nécessaires et qui sont suffisamment clairs et précis se voient accorder le statut d'obligations juridiques contraignantes en droit international coutumier. Considérer que les actes unilatéraux relèvent également de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 conférerait un statut indu aux actes accomplis individuellement par les États tout en introduisant une confusion sur le point de savoir si ces actes doivent être considérés comme liant les États en droit international coutumier ou uniquement comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

La force juridique des résolutions et décisions adoptées par les organisations internationales mérite d'être examinée plus en détail. Bien que la multitude de mesures que

les organisations internationales peuvent prendre créée à la charge des États des obligations internationales de niveaux divers, les résolutions et décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies sont celles qui ont la plus vaste portée. L'Assemblée générale ne peut faire que des recommandations mais certaines de ses résolutions les plus influentes ont incontestablement valeur de preuves de l'existence d'une pratique étatique ou d'une *opinio juris* en train de se faire jour, comme l'a expliqué M. Oyarzábal dans ses observations détaillées sur cette question.

Les résolutions de l'Assemblée générale peuvent remplir deux fonctions supplémentaires. Premièrement, elles peuvent servir de preuves du droit international coutumier en elles-mêmes, et pas seulement de preuves des éléments constitutifs du droit international coutumier. Par exemple, la résolution 2625 (XXV), intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies » – une déclaration non contraignante adoptée à l'unanimité qui énumère les responsabilités des États au regard de la Charte des Nations Unies en ce qui concerne la menace ou l'emploi de la force – s'est cristallisée pour donner naissance à des règles du droit international coutumier et est consacrée à l'article 50 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La résolution 1653 (XVI), sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires, est également pertinente : dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice fait observer que la résolution 1653 (XVI), bien que son contenu soit repris chaque année dans une résolution adoptée à une large majorité, avait suscité l'opposition des États dotés d'armes nucléaires et que ce désaccord, attesté par l'historique du partage des voix, avait empêché « [l']apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles ». Si les résolutions de l'Assemblée générale revêtues d'une telle autorité peuvent être citées comme preuves de l'existence ou de la non-existence d'une coutume, elles peuvent assurément aider à comprendre les règles du droit international.

Deuxièmement, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent fournir des interprétations faisant autorité de la Charte des Nations Unies. Les résolutions de l'Assemblée générale adoptées à l'unanimité peuvent, au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, être considérées comme des accords ultérieurs intervenus entre les parties ou comme une pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et peuvent ainsi être utilisées pour interpréter le texte du traité. Par exemple, la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale portant définition de l'agression, qui explique le sens du terme « agression » utilisé dans la Charte, a ultérieurement été abondamment invoquée par des organes internationaux, notamment la Cour internationale de Justice et la Cour pénale internationale. Si les résolutions interprétatives de cette nature tirent leur validité du traité contraignant qui les sous-tend, elles peuvent à tout le moins donner des indications quant à la manière dont les États sont censés se comporter dans leurs relations mutuelles en application des règles du droit international.

S'agissant des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, un organe qui, en vertu de la Charte des Nations Unies, peut créer des obligations contraignantes à la charge des États Membres, le pouvoir plénier dont dispose le Conseil a amené de nombreux auteurs à le comparer à un parlement mondial. C'est la série de résolutions contraignantes adoptées à la suite des attentats du 11 septembre 2001, dont les prescriptions de vaste portée exigeaient de tous les États qu'ils adoptent de nouvelles lois antiterroristes et mettent en place des mécanismes de mise en œuvre, qui illustre le mieux cette analogie. La résolution 1422 (2002) du Conseil de sécurité, par exemple, accorde aux membres des missions de maintien de la paix des Nations Unies l'immunité d'enquête ou de poursuites pendant une période de douze mois si les intéressés sont des nationaux d'États qui ne sont pas parties au Statut de la Cour pénale internationale – et cette immunité est accordée alors même que la résolution n'indique pas expressément que des poursuites constitueraient une menace contre la paix et la sécurité internationales au regard du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Les résolutions adoptées après les attentats du 11 septembre habilitaient également toute une série d'organismes mondiaux de droit administratif, notamment le Groupe d'action financière, à élargir leur mandat à la lutte contre le financement du terrorisme. Ainsi, si le Conseil de

sécurité peut imposer expressément des obligations aux États, ses actes peuvent être considérés comme de bons indicateurs des contours du droit international.

Il convient toutefois, comme l'a fait valoir M. Asada, de distinguer entre les résolutions non contraignantes et les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité. Les secondes ne peuvent être considérées comme un moyen auxiliaire parce que les États Membres des Nations Unies ont l'obligation, en application de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies, d'appliquer les décisions du Conseil. Les résolutions contraignantes sont ainsi en elles-mêmes des sources de droit. Les résolutions non contraignantes pourraient en revanche, comme l'a fait observer M. Asada, être considérées comme un moyen auxiliaire.

Dans l'ensemble, les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial reflètent fidèlement les objectifs de la Commission et sont en accord avec les travaux antérieurs de celle-ci sur la détermination du droit international coutumier et les principes généraux de droit. Toutefois, bien que le développement progressif du droit international fasse également partie du mandat de la Commission, l'alinéa c) du projet de conclusion 2, tel qu'actuellement libellé, est trop général au regard du contexte du débat actuel sur le sujet, directement axé sur la pratique de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. M. Tsend propose donc de laisser de côté la disposition concernant la pratique étatique et les actes unilatéraux des États. De plus, la Commission pourrait étudier la possibilité d'expliquer dans les commentaires les raisons pour lesquelles elle se concentre sur les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité.

M. Tsend dit qu'il souscrit au texte proposé pour l'alinéa b) du projet de conclusion 4, qui accorde à juste titre une attention particulière aux décisions de la Cour internationale de Justice. Bien que la compétence de celle-ci soit limitée aux situations visant l'article 36 de son statut, la Cour demeure la seule juridiction de droit commun à laquelle presque tous les États du monde ont accès. Sa suprématie découle de sa large composition, fondée sur celle de l'Organisation des Nations Unies, et de l'égalité entre ses membres.

Étant donné que l'objet du projet de conclusion 5 est de contextualiser « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » en en donnant un exemple pertinent, les termes utilisés – « les opinions concordantes des spécialistes » – sont ambigus. On voit mal s'il s'agit des opinions d'experts individuels ou de groupes ou d'organes d'experts comme l'Association de droit international. La première interprétation, selon laquelle les opinions des spécialistes individuels doivent concorder pour être considérées comme un moyen auxiliaire, conforterait le statut des juristes formés en occident et désavantagerait injustement ceux qui ne sont pas imprégnés des traditions anglophones de la *common law* ou des traditions de langues romanes du droit civil. Cela serait d'autant plus fâcheux qu'une analyse démographique des 20 auteurs les plus fréquemment cités dans les avis consultatifs de la Cour internationale de Justice a révélé qu'un seul d'entre eux, Eduardo Jiménez de Aréchaga, était un national d'un pays non occidental, l'Uruguay.

Si le projet de conclusion 5 est interprété comme renvoyant aux opinions des organes d'experts, comme cela semble avoir été l'intention du Rapporteur spécial, un libellé plus nuancé est nécessaire pour distinguer entre les différents types d'organes d'experts. Il pourrait être utile d'indiquer dans le commentaire quels facteurs peuvent conférer aux travaux doctrinaux d'un organe d'experts donné davantage de valeur qu'à ceux d'autres organes d'experts. Cette valeur pourra être différente, par exemple, selon que l'organe en question pratique une *lex specialis* ou la *lex generalis* et exerce ou non une autorité et une prudence particulières lorsqu'il publie ses conclusions, et selon que celles-ci relèvent ou non de son domaine de compétence.

En conclusion, M. Tsend note que, bien que la Commission elle-même ne considère pas les textes issus de ses travaux comme relevant de la doctrine, ceux-ci sont de loin la source la plus communément citée dans les avis consultatifs de la Cour internationale de Justice. Les juges de la Cour ont cité tant les projets de texte que les textes définitifs adoptés par la Commission, les débats de celle-ci publiés dans son *Annuaire* et les rapports des divers rapporteurs spéciaux. Dans l'ensemble, la Commission est citée aussi souvent que l'ensemble des quatre autres sources les plus fréquemment citées – l'Institut de droit international, l'Association de droit international, le Comité international de la Croix-Rouge et l'American Law Institute.

M. Cissé dit que le premier rapport extrêmement détaillé du Rapporteur spécial évoque les grandes questions soulevées par le sujet et donne des exemples pertinents de la pratique et de la doctrine. Le chapitre V, qui passe en revue les éléments clefs des travaux antérieurs de la Commission touchant le sujet, est particulièrement intéressant. Le secrétariat doit également être remercié pour son étude. De fait, la Commission a régulièrement fait référence aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes des différentes nations dans le cadre de la quasi-totalité des sujets qu'elle a examinés, bien que toutes ces références ne relèvent pas nécessairement du champ d'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38.

Le chapitre VIII du rapport, dans lequel le Rapporteur spécial s'efforce de définir le sens ordinaire des principaux termes utilisés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, est très utile. Au chapitre IX, dans lequel le Rapporteur spécial examine si, compte tenu de l'évolution de la pratique des États et des juridictions internationales, il existe d'autres moyens auxiliaires relevant implicitement de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, le paragraphe 346 est particulièrement intéressant. Il est indiqué dans ce paragraphe que les juridictions, notamment la Cour internationale de Justice, s'appuient davantage sur leurs propres décisions antérieures que sur la doctrine. Toutefois, bien que la Cour invoque assurément ses propres décisions, elle ne se considère pas nécessairement liée par elles. Par exemple, dans ses arrêts portant sur la délimitation de frontières maritimes, elle indique que chaque cas de délimitation est unique.

M. Cissé dit que de manière générale, le texte des projets de conclusion proposés ne lui pose pas de problème. L'alinéa c) du projet de conclusion 4 devrait toutefois mentionner, outre les décisions des juridictions nationales, celles des juridictions régionales comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

La séance est levée à 12 h 35.