

Provisoire

Réservé aux participants

20 novembre 2023

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3626^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 17 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. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M. Mavroyiannis
M. Mingashang
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M. Ouazzani Chahdi
M. Oyarzábal
M. Paporinskis
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. Patel dit qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que, dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international », la Commission établisse une bibliographie multilingue. Il indique qu'outre une contribution qu'il a récemment apportée à cette bibliographie, il fera part au Rapporteur spécial de ses travaux en cours sur le rôle de la Cour suprême de l'Inde dans l'apparition dans ce pays d'une jurisprudence relative au droit international recourant largement aux moyens auxiliaires.

Selon l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, le principe du *stare decisis*, un principe de *common law*, n'est pas applicable aux décisions de la Cour. S'il est fréquent que celle-ci cite ses décisions antérieures ou celles de sa devancière pour étayer son raisonnement, maintenant ainsi une certaine cohérence dans ses décisions dans l'intérêt de la sécurité juridique, elle ne s'est jamais considérée comme liée par celles-ci en toutes circonstances. La Cour peut donc décider de ne pas retenir une solution ou un raisonnement adopté dans une affaire antérieure, mais elle ne le fera que pour des motifs sérieux, par exemple pour tenir compte de l'évolution du droit international. La « règle non codifiée » du maintien de la cohérence a été exprimée par la Cour dans l'avis consultatif qu'elle a donné en 1948 sur les *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*.

L'analyse des décisions de la Cour internationale de Justice donne à penser qu'en pratique, celle-ci applique le principe du *stare decisis* horizontalement. Si le respect des précédents et le maintien d'une jurisprudence constante sont sans le moindre doute extrêmement souhaitables du point de vue de la sécurité juridique, le droit international n'a pas été créé par une accumulation d'avis et de systèmes, pas plus qu'il n'a sa source dans l'ensemble des arrêts, même si ceux-ci ne se contredisent pas. Les décisions judiciaires sont des instruments ancillaires que juges et juristes peuvent utiliser pour identifier des règles de droit international. En résumé, il s'agit d'instruments auxiliaires, par opposition à principaux, qui ne servent qu'à déterminer les normes internationales et non à les créer. Les règles juridiques ne sont donc pas engendrées par la jurisprudence et la doctrine. La Cour internationale de Justice invoque ses décisions antérieures à des fins d'authentification, bien qu'elle ne reconnaisse aucune règle du précédent formelle. Elle peut simplement citer une décision antérieure en tant qu'elle incarne les règles de droit applicables, de telle manière qu'aucune identification, preuve ou analyse supplémentaire n'est nécessaire. En confirmant sa *ratio decidendi* et en assurant la cohérence de sa pratique, la Cour concourt à l'application et l'identification du droit international.

Selon le Manuel de la Cour internationale de Justice, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes ne sont pas placées sur le même plan que les autres sources de droit ; elles constituent seulement un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Le terme « moyen auxiliaire » indique que les décisions judiciaires ne sont invoquées qu'après une décision principale déterminant les règles de droit et dépendent de celle-ci. M. Patel propose que la Commission envisage, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, de réunir les avis d'institutions judiciaires internationales et régionales, notamment la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Comme il n'existe pas d'institution judiciaire régionale similaire en Asie, le Rapporteur spécial est prié de trouver des méthodes novatrices pour s'informer des approches suivies en Asie. Les institutions judiciaires régionales promeuvent le dialogue judiciaire et l'application des principes juridiques et du droit international déterminés par la Cour internationale de Justice. Par exemple, dans l'affaire *Bernard Anbataayela Mornah*, la Cour africaine s'est appuyée sur l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a rappelé que lorsqu'une norme impérative est violée, les États sont également dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de cette violation et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.

Dans son arrêt relatif aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, la Cour internationale de Justice, se fondant sur la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, a déclaré que les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée devaient être interprétées de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à leurs termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de ladite convention. Elle a ajouté que pour confirmer le sens ainsi établi, éliminer une ambiguïté, un point obscur ou éviter un résultat manifestement absurde ou déraisonnable, il pouvait être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, comme les travaux préparatoires de la Convention et les circonstances dans lesquelles celle-ci avait été conclue.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a fait observer que la Proclamation Truman, publiée par le Gouvernement des États-Unis le 28 septembre 1945 avait, selon elle, une importance particulière. Elle a déclaré que, bien que des juristes, des publicistes et des techniciens aient avancé diverses théories sur la nature et l'étendue des droits existants à l'égard du plateau continental ou pouvant être exercés sur lui, la Proclamation Truman en était venue à être considérée comme le point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine et la doctrine principale qu'elle énonçait, à savoir que l'État riverain possédait un droit originel, naturel et exclusif sur le plateau continental situé devant ses côtes, l'avait finalement emporté sur toutes les autres et avait trouvé son expression dans l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental. Ainsi, une proclamation nationale, soit un acte unilatéral d'un État, était devenue une source du droit international.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour a rejeté l'exception d'irrecevabilité fondée sur la doctrine des « mains propres ». Elle a relevé que la Commission du droit international avait refusé d'inclure la doctrine des « mains propres » parmi les circonstances excluant l'illicéité dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, au motif que cette doctrine avait été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée.

Une analyse des décisions récentes de la Cour internationale de Justice démontre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour joue un rôle dans la vérification de l'existence et de l'état des règles de droit et de la bonne interprétation de ces règles. En outre, dans la sous-catégorie des moyens auxiliaires, la Cour s'appuie plus fréquemment sur les décisions judiciaires que sur la doctrine.

Le paragraphe 1 de l'article 38 n'est pas une énumération exhaustive des fondements sur lesquels reposent les décisions de la Cour internationale de Justice. Il ne mentionne pas les actes unilatéraux des États ni les décisions et résolutions des organes internationaux, qui contribuent très souvent au développement du droit international et peuvent ainsi être des sources de droits et d'obligations. C'est pourquoi il n'est peut-être pas possible de proposer une liste exhaustive de toutes les sources de droit fiables. La Commission devrait s'attacher à définir les critères ou caractéristiques d'une source de droit international donnée.

Dans l'affaire *El-Morsi v. President of Egypt*, la Cour constitutionnelle suprême d'Égypte a fait observer que, bien que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ne lient pas les États, elles n'en ont pas moins un poids moral et politique ; elles constituent également la preuve des tendances existant au sein de la communauté internationale en ce qui concerne certaines questions. La décision de contrôle juridictionnel de la Cour suprême de Chypre dans l'affaire *Constantinou c. Chypre* est un exemple rare d'application directe par une juridiction interne d'une résolution de l'Assemblée générale, en l'espèce la Déclaration sur les droits des personnes handicapées. Bien que les résolutions de l'Assemblée générale ne soient pas généralement considérées ou reconnues comme des sources autonomes de droit international, cette affaire montre que les tribunaux internes ne sont pas nécessairement empêchés d'appliquer ou d'invoquer des instruments de « droit souple » pour statuer dans des affaires de « droit dur ». Dans l'affaire *Iraq c. Corporation Dumez GTM*, la Cour de cassation française s'est penchée sur la question de savoir si, et dans quelles conditions, les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies étaient directement applicables dans l'ordre juridique français. La Cour a jugé que les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité n'avaient pas d'effet direct en France tant

que leurs dispositions n'avaient pas été transposées en droit interne mais qu'elles pouvaient être prises en compte en tant que « fait juridique ». Le fondement juridique retenu par la Cour de cassation en l'espèce est intéressant, car l'article 55 de la Constitution française vise explicitement l'autorité dans l'ordre juridique interne des seuls traités et accords internationaux et ne mentionne pas les actes unilatéraux internationaux tels que les résolutions du Conseil de sécurité.

Les résolutions de l'Organisation maritime internationale formulent des normes internationales et des recommandations que les États peuvent adopter. Nombre de ces résolutions ont joué un rôle considérable dans l'élaboration des conventions de cette organisation. Bien qu'ils équivalent à une règle de droit, les principes de droit international public énoncés à l'article 138 du Statut de la Cour internationale de Justice ne mentionnent pas explicitement la catégorie des résolutions de l'Organisation des Nations Unies ou de l'Organisation maritime internationale comme constituant une source de droit. De manière générale, ces résolutions, faute d'intention ou de mandat, ne créent pas d'obligations contraignantes en droit positif. On considère toutefois généralement que les résolutions d'une organisation admettant des États comme membres, promulguant des règles de procédure ou établissant des organes subsidiaires sont juridiquement contraignantes pour tous les membres de cette organisation en raison du degré de consentement qu'elles attestent. De même, l'adoption du budget en application de l'Article 17 de la Charte des Nations Unies et la répartition des dépenses que doivent supporter les États Membres fixée par l'Assemblée générale créent des obligations contraignantes à la charge de ces États.

Le principe de la bonne foi régit la création et l'exécution des obligations juridiques, quelle que soit leur source. Le droit international met principalement l'accent sur l'intention des parties. Il ne prescrit aucune forme particulière, et les parties sont libres de choisir la forme qu'elles désirent à condition que leur intention ressorte clairement de celle-ci. Ainsi, un « moyen auxiliaire supplémentaire » peut être une source d'obligations si les États entendent le considérer comme tel. De plus, la question de savoir si les traités sont formellement une source d'obligations ou une source de droit n'est guère controversée. Deux décisions récentes en matière de droit des traités sont notables à cet égard : la constatation par la Cour internationale de Justice de l'existence d'un accord tacite sur une frontière maritime dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, dans laquelle la Cour s'est appuyée sur l'Accord relatif à une zone frontière maritime spéciale de 1954 conclu entre les parties, et la définition par la Cour internationale de Justice, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, des conditions qui doivent être réunies pour que les déclarations unilatérales prennent effet. Ces deux décisions ont été critiquées, certains estimant qu'une analyse plus systématique et rigoureuse des sources des obligations des parties et une réflexion plus approfondie sur le libellé spécifique de telles déclarations unilatérales auraient été nécessaires.

S'agissant de la question de l'équité, si l'application de l'équité a sa source dans le droit et dans l'immanence de l'équité en droit, cette application peut trouver sa source juridique hors du droit. Dans certains cas, l'équité ne module pas le droit mais le remplace. La Cour internationale de Justice est habilitée par les États parties à un différend à créer le droit ou à déroger au droit existant. L'équité devient ainsi une source formelle – pour ces États – parce qu'ils ont souhaité qu'il en soit ainsi dans une affaire donnée. À cet égard, l'article 59 dispose que les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

Au paragraphe 50 de son rapport, le Rapporteur spécial évoque l'opinion, que partagent certains membres de la Commission, selon laquelle les travaux sur le sujet devraient porter également sur la question des décisions contradictoires rendues sur une même question de droit international. Un certain nombre de juridictions internationales ont pour pratique d'invoquer, dans une mesure plus ou moins large, les décisions rendues par d'autres juridictions, mais dans certaines affaires des positions contradictoires se sont fait jour. Dans le domaine du droit international humanitaire, par exemple, la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*, rejeté le critère de « contrôle effectif » sur lequel la Cour internationale de Justice s'était fondée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*

au *Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*. Toutefois, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a adhéré à la formule appliquée dans l'affaire du *Nicaragua*, bien qu'en suggérant que la divergence ne valait que dans l'affaire concernée.

Les juridictions se fondent parfois sur leurs propres connaissances mais invoquent aussi les avis et arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales parce qu'elles y trouvent des informations juridiques pertinentes. Parfois, bien que rarement, elles élaborent un droit spécialisé en vertu de leur acte constitutif. Plus rarement encore, ce droit s'écarte de manière significative du droit international général. Toutefois, lorsque des juridictions spécialisées créent un droit spécialisé, il est clair que ce droit ne s'applique que dans les circonstances particulières de l'affaire ou est propre à la juridiction concernée : il ne s'agit nullement de modifier le droit international général sur le sujet. De plus, comme l'a noté Jonathan I. Charney dans son étude intitulée « *Sources of international law* » [« Les sources du droit international »], bien que les juridictions statuant sur des questions juridiques similaires rendent parfois des décisions contradictoires, le droit qui en ressort est largement cohérent. Ainsi, comme les divergences ne se font généralement jour que dans des domaines ou juridictions spécialisés, la question des décisions judiciaires contradictoires ne devrait pas être étudiée dans le cadre des travaux sur les moyens auxiliaires ; il est en effet peu probable que son étude contribue réellement à clarifier la jurisprudence en formation en la matière.

D'autre part, le Rapporteur spécial pourrait envisager d'examiner dans ses prochains rapports les instruments juridiquement non contraignants, en particulier du point de vue de la distinction entre les sources du droit international et les sources d'obligations internationales, une question évoquée au paragraphe 186 du rapport à l'examen. Les instruments juridiquement non contraignants ne constituent pas des traités mais sont largement utilisés par les États et les organisations internationales comme forme d'engagements politiques. Il est généralement admis que ces accords ne créent pas de droits et d'obligations juridiques et qu'un manquement à leurs dispositions n'engage pas la responsabilité. Cela ne signifie pas que ces accords n'ont pas d'effets juridiques, mais ces effets doivent être fondés sur des sources et règles existantes du droit international. Dans le cadre du sujet à l'examen, il s'agit de savoir si ces instruments peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. M. Patel dit qu'ainsi que M. Forteau l'a fait observer dans le plan d'étude qu'il a proposé pour le sujet des accords internationaux juridiquement non contraignants (A/77/10, annexe I), et comme lui-même a pu le vérifier dans le cadre de ses travaux universitaires, ces accords peuvent jouer un rôle dans la formation d'autres sources de droit international et ont parfois fait l'objet de différends entre des organisations internationales et des États, entre des organisations internationales ou entre des organisations internationales et des tierces parties.

S'agissant d'identifier d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, il est nécessaire de prendre en compte la pratique étatique, celle des différentes régions du monde et de tous les grands systèmes juridiques ainsi que les déclarations des États à la Sixième Commission. Les travaux de la Commission devraient sur ce point viser essentiellement à définir les critères à appliquer à cette fin. Il est probable que dans ses rapports suivants, le Rapporteur spécial s'attachera à élaborer des conclusions mettant en lumière la nature des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. Une approche plus rigoureuse et plus systématique de l'identification des moyens auxiliaires contribuerait à rendre les décisions de la Cour internationale de Justice, entre autres, plus persuasives et plus facilement explicables, et à faire en sorte que la souveraineté des États soit plus pleinement respectée dans la formation du droit et le règlement des différends particuliers.

En conclusion, M. Patel recommande de renvoyer les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction. En outre, étant donné la complexité et la portée du sujet, il propose de revoir le calendrier proposé pour mener à bien les travaux.

M. Fathalla dit qu'il se félicite que l'objet des travaux de la Commission sur le sujet, à savoir clarifier l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ait été bien accueilli par les États à la Sixième Commission. Il approuve cet objet

et la méthodologie proposée par le Rapporteur spécial à la section IV de son premier rapport. S'agissant des projets de conclusion en général, il considère que le Rapporteur spécial a maintenu un degré adéquat d'orthodoxie, étant donné que l'examen du sujet en est encore à un stade initial, et qu'il a proposé des interprétations subtiles et raisonnablement larges de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38.

M. Fathalla est satisfait de la teneur du projet de conclusion 1 mais que le projet de conclusion 2 appelle plusieurs observations. S'agissant de l'alinéa a), c'est à juste titre que le Rapporteur spécial vise simplement les « décisions » et omet l'adjectif « judiciaires » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. En l'absence de cet adjectif, on peut considérer que les « décisions » visées peuvent aussi être les décisions arbitrales. Il faut se féliciter que la disposition précise que les décisions des juridictions tant nationales qu'internationales constituent un moyen auxiliaire : comme l'a fait observer George Scelle, un ancien membre de la Commission, les tribunaux internes sont également des agents du droit international. Leurs décisions ne peuvent toutefois être placées sur le même plan que celles des juridictions internationales parce que leur nature est différente et que les décisions de ces dernières ont un champ d'application beaucoup plus large et sont plus largement acceptées au sein de la communauté internationale.

Le texte de l'alinéa c) est prometteur en ce qu'il reste ouvert tout en étant solidement rattaché à la pratique des États et des organisations internationales. Il maintient l'orthodoxie nécessaire tout en constituant un bon point de départ pour l'identification d'autres moyens auxiliaires. M. Fathalla convient en particulier que les « autres moyens » doivent comprendre les décisions et les résolutions des organisations internationales, en particulier celles qui sont répétitives. Il doute toutefois que les déclarations unilatérales puissent être considérées comme un « autre moyen », et les paragraphes 368 à 370 du rapport à l'examen donnent de solides arguments à l'appui de leur exclusion.

S'agissant des « décisions judiciaires », le Rapporteur spécial a fait preuve d'une prudence louable. Toutefois, il a ce faisant exclu des organes rendant des décisions importantes tels que les groupes spéciaux de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'engager un débat sur le point de savoir si ces organes sont des organes judiciaires, quasi-judiciaires ou administratifs, les rapports qu'ils établissent sont assurément invoqués, notamment par d'autres juridictions internationales, comme s'ils constituaient un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Plus important, la grande majorité des États participant aux réunions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC considèrent généralement que les rapports adoptés au sein de celui-ci ont ce caractère. Les organes conventionnels – en particulier le Comité des droits de l'homme – devraient aussi être mentionnés en lien avec les décisions judiciaires. Le Comité opère comme un organe quasi judiciaire dans certains aspects de ses travaux, par exemple lorsqu'il examine des plaintes individuelles, et les observations générales qu'il élabore constituent une contribution précieuse au développement du droit international en adaptant l'interprétation et l'application des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à l'évolution contemporaine.

Dans une perspective encore plus large, ne serait-il pas justifié de tenir également compte des décisions des commissions d'enquête et des autres mécanismes qui n'entrent pas tout à fait dans la définition d'un organe judiciaire au sens du projet de conclusion 2 ? Par exemple, les principes de droit international coutumier identifiés par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire « SAIGA » (No. 2)* reposent largement, sinon totalement, sur les rapports établis par la commission d'enquête dans les affaires du navire « *I'm Alone* » et du « *Red Crusader* », respectivement. Le Rapporteur spécial et la Commission devraient plus généralement prendre aussi en considération le poids juridique des rapports de conciliation et la possibilité qu'ils puissent également constituer un moyen auxiliaire. Comme tous les exemples susmentionnés peuvent d'une manière ou d'une autre être considérés comme relevant du champ d'application de l'alinéa c), le texte du projet de conclusion 2 est dans l'ensemble satisfaisant. M. Fathalla souhaiterait toutefois que certains de ces autres mécanismes internationalement reconnus soient expressément visés dans les rapports suivants du Rapporteur spécial et dans le commentaire du projet de conclusion 2.

Le projet de conclusion 3 reflète fidèlement le résultat des recherches menées par le Rapporteur spécial. Tous les critères d'appréciation des moyens auxiliaires sont très clairs,

en particulier lorsqu'ils sont appliqués à des exemples simples. La seule observation qu'appelle ce projet de conclusion concerne la distinction pouvant être faite entre l'adhésion à une source *lato sensu* parce qu'elle est persuasive et l'adhésion à une source parce qu'elle fait dans un certain sens autorité. Cette distinction est peut-être largement académique, mais elle mérite un minimum d'attention. Plus précisément, la Commission pourrait se demander si les praticiens ont recours aux moyens auxiliaires parce qu'ils sont persuasifs en ce qu'ils élucident des règles de droit ou parce qu'ils sont revêtus d'une autorité obligeant d'une certaine manière les praticiens à appliquer les règles ou principes qu'ils consacrent.

Le projet de conclusion 4 est adéquat, mais il conviendrait de faire figurer dans son commentaire des indications plus détaillées quant au sens des mots « font [...] autorité » notamment en renvoyant à d'autres contextes dans lesquels ces mots sont utilisés. Dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, par exemple, des « interprétations faisant autorité » peuvent être adoptées. En ce qui concerne l'alinéa a), M. Fathalla se demande si les décisions rendues par des organes internationaux, et en particulier celles de la Cour internationale de Justice, doivent être considérées comme des « sacro-saintes » – Sir Robert Jennings a constaté que c'était souvent le cas – et les *obiter dicta* considérés comme faisant autorité en tant que *ratio decidendi* : l'autorité des décisions est contextuelle et dépend entre autres des arguments et des faits présentés à la juridiction chargée de les rendre.

M. Fathalla souscrit à l'idée, énoncée au paragraphe 280, que par « décisions judiciaires », il faut « non seulement entendre les arrêts définitifs rendus par la Cour, mais également les avis consultatifs ». Cette idée est étayée, comme l'indique également le rapport, par le commentaire de la conclusion 13 des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, qui explique que par « décisions » il faut entendre les jugements et les avis consultatifs. Toutefois, comme le confirme le paragraphe 281, ce terme n'englobe pas les opinions individuelles des juges, qui ne font pas partie de la décision de la Cour.

S'agissant de l'alinéa b), il est largement admis que la Cour internationale de Justice est un *primus inter pares*. Les décisions de la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ont davantage d'autorité et de poids. C'est pourquoi il est logique que la Commission considère qu'elles méritent « une attention particulière ». En allant un peu plus loin, la Commission pourrait même envisager qu'eu égard à leur autorité ces décisions soient considérées comme des règles primaires du droit international. Le Rapporteur spécial pourrait examiner de manière approfondie la possibilité de suivre cette approche.

M. Fathalla est également satisfait du texte de l'alinéa c), relatif aux décisions des juridictions nationales. Les circonstances dans lesquelles ces décisions peuvent être pertinentes sont élégamment définies par George Scelle dans sa théorie du dédoublement fonctionnel. Toutefois, bien que les juridictions nationales servent parfois d'organes du système juridique international, les décisions des juridictions internationales doivent se voir accorder davantage de poids, car à la différence des juridictions nationales, elles font partie du système de justice international. Les mots « peuvent être utilisées » et « dans certains circonstances » figurant à l'alinéa c) sont pour cette raison très importants et doivent être lus non seulement avec les critères généraux énoncés dans le projet de conclusion 3 mais également avec les critères additionnels spécifiquement applicables aux décisions des juridictions nationales. Ces critères additionnels comprennent par exemple, comme indiqué au paragraphe 299, la qualité de la décision et le point de savoir si elle a été suivie par d'autres juridictions au sein ou, ce qui est plus significatif, en dehors de l'État concerné, ainsi que par des États. Ces critères doivent être mentionnés dans le commentaire auquel, comme indiqué précédemment, la Commission devra peut-être consacrer davantage de temps.

Le texte du projet de conclusion 5 est pareillement satisfaisant. M. Fathalla approuve l'inclusion de la doctrine au nombre des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international expressément mentionnés dans le projet de conclusion 2, de même que la définition de la doctrine figurant dans le projet de conclusion 5. Cette définition contient deux précisions importantes : premièrement, la doctrine doit être celle des « publicistes les plus qualifiés des différentes nations, en particulier lorsqu'elle reflète les opinions concordantes des spécialistes » et, deuxièmement, la doctrine « peut servir de moyen auxiliaire

d'identification ou de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international ». Ces précisions rendent compte du lien entre la doctrine et l'interprétation : comme expliqué au paragraphe 308, la doctrine ne peut être considérée comme une source du droit mais elle peut concourir à faire évoluer celui-ci.

En ce qui concerne la formule « les publicistes les plus qualifiés », M. Fathalla dit qu'il convient que, comme indiqué au paragraphe 327, les « organes collectifs » devraient en principe « avoir plus de poids ». Il approuve également l'inclusion des mots « des différentes nations » : comme indiqué dans le rapport, il est nécessaire de tenir compte, en matière de doctrine, des opinions qui sont nées ou ont cours dans l'ensemble des différentes régions du monde. En ce qui concerne le sens du terme « auxiliaire », et la demande que le Rapporteur spécial adresse aux membres au paragraphe 350 afin qu'ils donnent leur avis sur la relation entre les moyens auxiliaires et les sources principales de droit, M. Fathalla dit qu'il partage l'opinion, exprimée au paragraphe 340, selon laquelle l'objet des moyens auxiliaires est d'« élucider le droit existant, sans créer d'élément de droit nouveau ».

M. Forteau remercie le Rapporteur spécial pour la qualité de son premier rapport, dans lequel il récapitule avec clarté et méthode les conclusions à tirer des questions analysées. Il apprécie en particulier le soin avec lequel le Rapporteur spécial expose les positions en présence en s'efforçant d'établir entre elles une voie médiane équilibrée et nuancée. L'étude du secrétariat (A/CN.4/759) est elle aussi très utile et sa présentation sous forme d'observations permet de saisir facilement les enseignements à tirer de l'étude de la pratique de la Commission.

Estimant que le rapport est peut-être trop long, M. Forteau limitera ses remarques aux points qui lui paraissent les plus importants, en particulier ceux sur lesquels sa position diffère à certains égards de celle du Rapporteur spécial.

Le rapport à l'examen appelle quatre remarques générales. Premièrement, se référant au paragraphe 67, dans lequel le Rapporteur spécial demande aux membres de la Commission de lui suggérer des sources pertinentes dans différentes langues afin de renforcer la représentativité des travaux, M. Forteau indique que sa déclaration écrite contient, en notes de bas de page, des références bibliographiques additionnelles en langue française. Deuxièmement, il considère comme le Rapporteur spécial que le texte issu des travaux doit prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires.

Troisièmement, constatant que le rapport à l'examen aborde à plusieurs reprises des questions très abstraites telles que la définition de sources du droit, la distinction entre sources matérielles et sources formelles, et la distinction entre sources du droit international et sources d'obligations, M. Forteau dit que la Commission doit se concentrer sur les aspects pratiques du sujet et qu'elle peut faire l'économie de ces débats théoriques sur les sources du droit. Il relève d'ailleurs que la section VI du rapport, consacrée à ces débats, n'est pas entièrement satisfaisante dans la mesure où elle s'appuie de manière disproportionnée sur les écrits d'auteurs issus de systèmes de *common law*. Certaines des conclusions qui y figurent ne sont pas toujours convaincantes, en tout cas pour les juristes – comme lui-même – de tradition romano-germanique.

Quatrièmement, M. Forteau dit qu'il n'est pas d'accord avec les États qui pensent que le sujet n'a pas suffisamment d'intérêt pratique. Il croit au contraire, comme le Rapporteur spécial, que le sujet soulève beaucoup de questions très concrètes et, selon la réponse que la Commission apportera à ces questions, les praticiens utiliseront différemment les moyens auxiliaires de détermination du droit international. C'est aussi la raison pour laquelle la Commission doit être attentive à la portée de ses travaux. Le résultat final de ceux-ci confèrera une forme de légitimité à certains moyens auxiliaires et pourrait aboutir à renforcer leur rôle, ou au contraire à le restreindre : en bref, les règles et principes que la Commission codifiera dans le projet de conclusions ne seront pas sans effet dans la pratique. À cet égard, il convient d'envisager avec circonspection la proposition formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 55, à savoir que les travaux pourront consister non seulement à codifier mais aussi à développer progressivement le droit ; la Commission devrait plutôt s'en tenir au droit international existant sur le sujet.

S'agissant de l'objet des travaux, la formule « la manière dont les moyens auxiliaires sont utilisés » figurant dans le projet de conclusion 1 donne à penser que les travaux de la

Commission sur le sujet doivent être de nature descriptive. Or la Commission doit plutôt viser à déterminer comment les moyens auxiliaires *doivent* être utilisés. Les travaux doivent avoir un certain aspect prescriptif ; de fait, le plan d'étude de 2021 évoque l'élaboration d'un « guide méthodologique ». Il conviendrait donc de revoir le libellé du projet de conclusion 1 pour qu'il indique, comme le fait la conclusion 1 des conclusions adoptées par la Commission en 2018 sur la détermination du droit international coutumier, que le projet de conclusions concerne « la manière dont les moyens auxiliaires doivent être utilisés » (« *are to be used* »). Le projet de conclusions doit en effet viser à décrire les conditions juridiques du recours aux moyens auxiliaires. Ces conditions peuvent avoir trait à la nature intrinsèque des moyens auxiliaires – par exemple le point de savoir si la décision en cause est une décision judiciaire ou quels écrits relèvent de la doctrine – ou encore aux facteurs externes qui déterminent dans quels cas les praticiens peuvent ou doivent y recourir.

Le Rapporteur spécial aborde certaines de ces questions dans son rapport mais, dans certains passages de celui-ci, il semble proposer que la Commission se livre également à une analyse critique du droit ou à une étude de sociologie du droit. Or ce n'est pas le rôle de la Commission. Par exemple, il se peut qu'en pratique un juge crée effectivement un droit, mais ce qui importe pour la Commission est de déterminer comment la fonction des juges est définie officiellement. Si les statuts des juridictions et les juges eux-mêmes déclarent qu'il ne leur appartient pas de créer le droit, la Commission doit s'en tenir à ce constat sans chercher à savoir quelle est la réalité de leur pratique. Il importe de ne pas confondre étude académique et travail de codification.

Le Rapporteur spécial détermine l'objet des travaux en ayant recours à une méthode en deux temps qui consiste à décrire les travaux préparatoires de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice puis à procéder à une analyse textuelle de cet article ; or si cette méthode a beaucoup d'avantages, elle a aussi deux inconvénients. Le premier est qu'elle commence par le passé alors que le point de départ des travaux devrait être les enjeux actuels comme l'a noté l'Italie, par exemple, dans sa déclaration à la Sixième Commission. La situation actuelle est en effet radicalement différente de celle de 1920 en termes de nombre de juridictions internationales et de volume de matériel doctrinal. L'accroissement considérable du nombre des normes internationales rend par ailleurs le risque de *non-liquet* improbable aujourd'hui. Ces évolutions ont nécessairement un effet sur le rôle des moyens auxiliaires, et la Commission devrait d'abord commencer par l'étude de ces tendances contemporaines.

Le second inconvénient de la méthode suivie par le Rapporteur spécial est qu'elle ne correspond pas totalement à la règle générale d'interprétation des traités. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice doit être interprété en suivant la méthode définie aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui reflète le droit coutumier. Il ne faut donc pas se polariser sur les travaux préparatoires de l'article 38, qui ne sont au demeurant qu'un moyen complémentaire d'interprétation, ni sur les définitions figurant dans les dictionnaires, et il faut se concentrer sur le sens ordinaire des termes de l'article 38, sur l'objet et le but de cette disposition, sur son contexte et sur la pratique ultérieurement suivie en la matière.

À cet égard, les termes employés dans les différentes langues de l'article 38 méritent une attention particulière. L'article 38 utilise le terme « *subsidiary* » en anglais et le terme « auxiliaire » en français. Selon le Rapporteur spécial, le terme « *subsidiary* » (subsidaire) serait synonyme de « *secondary* » (secondaire) et le terme « moyen auxiliaire » utilisé en français mettrait l'accent sur le caractère complémentaire de ces moyens. Le Rapporteur spécial semble donc estimer que les moyens auxiliaires sont une source du droit, mais une source secondaire qui est « subordonnée » aux sources primaires du droit. M. Forteau dit que, s'il comprend bien le raisonnement du Rapporteur spécial, les moyens auxiliaires auraient donc la même fonction que les sources du droit mais n'interviendraient que de manière complémentaire par rapport aux sources principales. Or tel n'est pas le sens précis du terme « auxiliaire » en français. Ce terme désigne ce qui apporte son concours ou son assistance ; en d'autres termes, un « moyen auxiliaire » remplit une fonction différente de celle des sources du droit. Les sources du droit créent le droit, alors que les moyens auxiliaires aident à identifier ce qui a été créé par les sources du droit. Il s'agit là d'une différence fondamentale. Les sources du droit et les moyens auxiliaires ne sont pas situés sur le même plan et par

conséquent les termes « secondaire » ou « complémentaire » ne décrivent pas adéquatement la nature de ces moyens auxiliaires. On ne peut être « secondaire » ou « complémentaire » par rapport à quelque chose que si l'on remplit la même fonction. La fonction des moyens auxiliaires est importante, ce qui est une autre raison pour ne pas dire que « auxiliaire » signifierait « secondaire ».

Le terme « auxiliaire » (*subsidiary*) permet d'opérer une autre distinction importante. L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités vise les « moyens complémentaires » d'interprétation, « *supplementary means* » en anglais. Ces moyens complémentaires doivent être distingués des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Ces deux notions semblent avoir été confondues à plusieurs reprises dans le rapport à l'examen ainsi que dans l'étude du secrétariat. Cette confusion est aggravée par le fait que la traduction française de l'observation 44 et du paragraphe 185 de l'étude du secrétariat utilise le terme « auxiliaire » au lieu de « complémentaire » (*supplementary*).

Il est impératif pour la suite des travaux que la Commission distingue clairement entre la formation du droit, son interprétation et sa détermination, trois opérations de nature juridique différente. La formation du droit est le fait des sources du droit, l'interprétation relève des moyens d'interprétation qui font d'une certaine manière partie intégrante du processus de formation du droit, tandis que la détermination du droit est la fonction des moyens auxiliaires. Bien entendu, il peut en pratique s'avérer difficile de distinguer ces trois opérations juridiques mais cela n'enlève rien à la nécessité de le faire. Sur ce point, il conviendrait d'examiner de manière plus approfondie la notion de « détermination » des règles de droit, qui fait l'objet des paragraphes 339 à 343 du rapport ; il semble essentiel de procéder à une analyse plus poussée de ce terme.

S'agissant des points de fond abordés dans le premier rapport, une attention considérable est accordée au rôle de la jurisprudence et des précédents en droit international, et M. Forteau convient avec le Rapporteur spécial que c'est là une question particulièrement importante. Un colloque de la Société française pour le droit international lui a d'ailleurs récemment été consacré et l'Institut de droit international travaille depuis 2011 sur la jurisprudence et les précédents internationaux. Cette question appelle quatre observations.

Premièrement, l'importance de la jurisprudence dépend de ce que prévoit la clause de droit applicable. Il n'y a donc pas de réponse unique à la question de l'effet juridique des précédents. Cet effet peut être différent d'une clause de droit applicable à l'autre. Aux paragraphes 173 à 176 de son rapport, le Rapporteur spécial cite à juste titre plusieurs exemples de clauses de droit applicable qui confèrent aux précédents une force particulière. Peuvent aussi être citées les décisions de certaines juridictions administratives internationales appliquant le principe du *stare decisis*, qui les oblige à adhérer aux précédents. Deuxièmement, il faudra faire un effort particulier pour identifier les différents types d'effets juridiques des décisions judiciaires, comme un auteur a tenté de le faire dans un article qui vient d'être publié dans le *Japanese Yearbook of International Law*. M. Forteau appelle sur ce point l'attention sur une intéressante décision rendue le 15 avril 2011 par la Cour de cassation française. Troisièmement, le Rapporteur spécial semble considérer que les juridictions auraient le pouvoir de développer le droit international parce que cela serait nécessaire pour éviter que ce droit demeure statique et pour prendre en compte les évolutions contemporaines. S'il est vrai que les juridictions internationales jouent un rôle fondamental en matière de développement du droit international, cela ne veut pas dire que ce sont elles qui développent ce droit. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour « 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. ». En d'autres termes, même lorsqu'il s'agit de développement du droit, la Cour ne fait que déterminer celui-ci. Les juridictions internationales ont dans le même sens insisté sur le fait que leur pouvoir d'interprétation n'inclut pas un pouvoir de révision du droit. Affirmer l'inverse, à savoir que le juge aurait lui-même le pouvoir de créer ou de faire évoluer le droit, risquerait de bouleverser l'équilibre des pouvoirs dans l'ordre juridique international. Enfin, et quatrièmement, il faudrait étudier en détail les relations entre les moyens auxiliaires et le principe « *iura novit curia* », selon lequel le juge est censé connaître le droit.

La question qui est peut-être la plus difficile est celle de l'existence éventuelle d'autres moyens auxiliaires que la doctrine et les décisions judiciaires. Au paragraphe 352 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que pour identifier d'autres moyens auxiliaires, il faudrait distinguer entre « sources formelles » et « moyens auxiliaires », et que tout ce qui ne serait pas une source formelle pourrait être un moyen auxiliaire. Or la situation est un peu plus compliquée, car d'autres catégories juridiques devront être prises en compte. Comme il a déjà été indiqué, il faut distinguer les moyens auxiliaires de détermination du droit des moyens complémentaires d'interprétation. Comme le souligne le Rapporteur spécial, il faut également distinguer les moyens auxiliaires des éléments constitutifs de la coutume ainsi que de la preuve de ces éléments constitutifs. Il faut aussi distinguer les moyens auxiliaires des sources de droit juridiquement non contraignantes telles que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et, plus généralement, l'ensemble du « *soft law* ». Comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif relatif aux *Armes nucléaires*, une résolution non contraignante peut avoir « une valeur normative » ainsi qu'un « caractère normatif ». En d'autres termes, ces résolutions relèvent du processus de formation du droit ; elles ne servent pas à « déterminer » le droit. Cette distinction entre les éléments qui relèvent du processus de formation du droit et ceux qui servent à élucider le droit existant est cruciale pour les travaux de la Commission sur le sujet.

M. Forteau dit que sur cette base et à ce stade de sa réflexion, il estime qu'il n'y a qu'un seul autre moyen susceptible d'être ajouté aux moyens auxiliaires visés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il s'agit des travaux des « experts », une notion qui relève d'une sorte de zone grise entre la doctrine et les décisions judiciaires. Elle regroupe plusieurs types de personnes ou d'entités différentes et avait déjà posé beaucoup de difficultés à la Commission dans le cadre de ses travaux sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Les organes d'experts sont évoqués dans le rapport à l'examen et dans l'étude du Secrétariat au titre et de la doctrine et de la jurisprudence, ce qui montre qu'ils ne relèvent vraiment ni de l'une ni de l'autre. Le terme « expert » est très équivoque ; il ne dit rien des fonctions des personnes en question, qui peuvent être très différentes. Il faut donc, pour établir si le travail d'un expert relève de la doctrine, des décisions judiciaires ou encore d'une autre catégorie, se livrer à une analyse au cas par cas.

En ce qui concerne le cas particulier de la Commission et la nature de ses travaux, M. Forteau rappelle qu'il était de ceux qui avaient plaidé, lors des débats sur la détermination du droit international coutumier tenus à la soixante-septième session, pour qu'un projet de conclusion soit consacré spécifiquement aux travaux de la CDI en raison du rôle particulier de celle-ci afin de les distinguer de la doctrine. Cette proposition avait à l'époque été appuyée par plusieurs États, et M. Forteau constate avec intérêt que le Rapporteur spécial la fait sienne au paragraphe 357 de son rapport. À sa soixante-dixième session, la Commission a finalement préféré ne pas retenir cette proposition pour ne pas donner l'impression qu'elle s'octroyait un statut particulier en matière de détermination du droit coutumier, et elle s'est contentée de mentionner son rôle particulier dans les commentaires des conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Elle peut bien entendu revenir sur cette décision. Il paraît en effet de plus en plus évident que les textes issus des travaux de la CDI ne relèvent pas de la catégorie de la doctrine pour plusieurs raisons : la Commission a un mandat officiel, elle n'est pas composée uniquement d'universitaires, elle opère par consensus et, dans une bien moindre mesure, par vote. De plus, dans sa jurisprudence récente, la Cour internationale de Justice range explicitement les travaux de la Commission dans la catégorie des travaux préparatoires et non dans celle des moyens auxiliaires.

La nature d'autres organes d'experts est ambiguë. M. Forteau indique qu'à cet égard il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial dans son rapport et le secrétariat dans son étude lorsque ceux-ci semblent ranger dans la catégorie de la « doctrine » les travaux d'organes comme le Comité international de la Croix-Rouge, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Organisation internationale pour les migrations. La Cour internationale de Justice y voit de son côté des moyens complémentaires d'interprétation. Certes, ces organisations publient parfois des études juridiques, mais le terme « doctrine » ne vise pas n'importe quel écrit ou n'importe quelle publication d'un juriste, comme le suggère le rapport. La notion de doctrine renvoie à un groupe de personnes plus précis, à une certaine profession avec ses propres exigences, sa propre méthodologie, sa propre éthique et son indépendance totale. En France,

par exemple, des règles déontologiques ont été adoptées récemment pour prévenir tout conflit d'intérêts en matière de recherche et de publications universitaires. Tous ces éléments devraient conduire à affiner la notion de doctrine au sens de l'article 38 du Statut. Cela permettrait de faire une distinction entre la doctrine et, par exemple, ce que deux auteurs ont dans un article récent appelé « *State-academic law-making* ».

D'autres travaux d'experts méritent une analyse plus poussée afin d'en déterminer exactement la nature. Par exemple, les interventions d'*amicus curiae* et les expertises juridiques soumises contre rémunération par des professeurs dans les procédures arbitrales peuvent-elles être considérées comme relevant de la doctrine ?

S'agissant de la très utile étude du secrétariat, qui fournit à la Commission une excellente base de travail, il aurait bon qu'elle évalue en détail le degré de représentativité et de diversité des références jurisprudentielles et doctrinales utilisées dans les travaux de la Commission. M. Forteau dit qu'il a l'impression que depuis une vingtaine d'années, les références sont de moins en moins diverses et que, à quelques exceptions près, les commentaires des projets d'articles ou de conclusions adoptés par la Commission en seconde lecture reposent rarement sur des références autres qu'en langue anglaise.

L'observation 22 de l'étude, selon laquelle la Commission a accordé une « importance particulière aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice », doit être relativisée. En réalité, cela dépend du sujet et, dans certains domaines, c'est la pratique d'autres juridictions qui est prédominante, comme cela a été le cas dans le cadre des travaux sur le droit international pénal, sur le droit des immunités ou encore dans le domaine de l'indemnisation en cas de perte ou de dommage. C'est d'ailleurs ce que constate l'observation 28, qui contredit à certains égards l'observation 22.

L'observation 23, qui indique que la Commission se fonde souvent sur les textes des décisions de la Cour internationale de Justice pour formuler ses propres projets de dispositions, est fort intéressante. Comme ce processus est très net au sein du Comité de rédaction, il conviendrait d'indiquer que les moyens auxiliaires ne servent pas seulement à identifier les règles de droit international, mais servent également à les rédiger. Ce point est particulièrement important étant donné la prolifération des normes et la nécessité de garantir la cohérence et l'uniformité dans la manière de rédiger et de formuler les règles de droit international, y compris en plusieurs langues. Cela est d'autant plus important que la similitude des termes employés dans plusieurs règles internationales a des effets en matière d'interprétation, comme l'a relevé récemment la Cour internationale de Justice.

L'étude du secrétariat peut aider la Commission à mieux distinguer ce qui relève du sujet à l'examen et ce qui n'en relève pas. Par exemple, les observations 31 et 41 semblent concerner la preuve de la coutume plutôt que les moyens auxiliaires de détermination du droit, bien que la distinction ne soit pas simple à opérer.

S'agissant des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, il convient de remplacer les mots « sont utilisés » par les mots « doivent être utilisés » dans le projet de conclusion 1. Dans le projet de conclusion 2, il conviendrait de viser les décisions des juridictions internationales avant celles des juridictions internes. De plus, les unes et les autres devraient peut-être faire l'objet de deux alinéas différents, eu égard au projet de conclusion 4. L'alinéa c) du projet de conclusion 2 est beaucoup trop large et de ce fait ne correspond pas à la pratique. Il faudrait soit le supprimer, soit faire uniquement référence aux organes d'experts, soit le laisser en suspens jusqu'à ce que la Commission ait étudié d'autres moyens auxiliaires possibles.

S'agissant de la conclusion 3, les critères énoncés paraissent de nouveau relever d'une confusion entre critères d'appréciation de la preuve de la coutume et critères d'appréciation des moyens auxiliaires. De surcroît, il paraît difficile d'énoncer une règle uniforme qui s'appliquerait à tous les types de moyens auxiliaires. Ce projet de conclusion 3 devrait donc pour l'instant être mis de côté. Il faudra d'abord établir les critères propres à chaque moyen auxiliaire pour ensuite être en mesure de rédiger une conclusion spécifique pour chacun de ces moyens.

Dans les projets de conclusions 4 et 5, il est fait référence à la fois à « l'identification » et à la « détermination » des règles de droit, alors que les autres projets de conclusion visent

uniquement la « détermination » en français ou l'« *identification* » en anglais, ce qui est source de confusion. Enfin, le texte anglais du projet de conclusion 5 vise les opinions des « *scholars* », un terme traduit en français par « spécialistes ». Le terme « *scholars* » désigne-t-il uniquement les « universitaires » ? Dans l'affirmative, ce terme serait compatible avec la notion de « doctrine » visée à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, encore que le terme « universitaires » soit peut-être un peu trop restrictif.

La séance est levée à 11 h 25.