

Provisoire

Réservé aux participants

7 décembre 2019

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante et onzième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3490^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 25 juillet 2019, à 10 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*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 française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@un.org).

GE.19-12625 (F) 061219 071219



* 1 9 1 2 6 2 5 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Šturma

Membres : M. Argüello Gómez
M. Aurescu
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M. Nolte
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

Principes généraux du droit (point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/732)

Sir Michael Wood remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/732) et la présentation orale qu'il en a faite. Le sujet est des plus intéressants, comme l'atteste le présent débat, même s'il faut veiller à ne pas en exagérer l'importance dans la pratique. Comme il a été souvent souligné, l'invocation de cette troisième source du droit international visée au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est rare, et il y a de bonnes raisons à cela.

Il est toutefois important que la Commission étudie le sujet. Le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut vise « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » en tant que source de droit distincte. Au fil des ans, la Commission a fait d'importants travaux sur les deux autres sources visées à l'article 38, à savoir les traités et le droit international coutumier. Ces sources sont généralement considérées comme les sources principales du droit international, comme le confirme la pratique. Les principes généraux de droit jouent toutefois également un rôle, bien que, comme l'ont relevé d'autres membres, ils sont souvent, et à juste titre, considérés comme « complémentaires » par rapport aux traités et au droit international coutumier.

Depuis 1920, année où ils ont été inclus dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale en tant que source du droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ont suscité beaucoup de confusion. Si l'on a beaucoup écrit sur les principes généraux de droit en tant que source du droit international, il ne semble guère exister d'ouvrages de doctrine les concernant qui soient largement considérés comme faisant autorité, à l'exception peut-être des écrits d'un ancien membre de la Commission, le professeur Alain Pellet. De nombreux auteurs ont traité du paragraphe 1 c) de l'article 38 d'une manière qui n'a fait qu'aggraver la confusion ; les décisions des juridictions internationales et nationales ne sont pas non plus très éclairantes, comme l'atteste la jurisprudence citée dans le premier rapport. La pratique pertinente des États est difficile d'accès, même si l'examen du sujet par la Commission amènera peut-être les États à formuler des observations utiles.

La pénurie relative de matériaux n'est toutefois pas une raison pour que la Commission n'étudie pas le sujet. La Commission joue en effet un rôle important s'agissant d'élucider les aspects fondamentaux du système juridique international, en particulier en ce qui concerne les sources du droit international. C'est ce qu'elle fait actuellement pour le *jus cogens*, un autre sujet extrêmement intéressant dont l'invocation est relativement rare dans la pratique. L'absence de décisions judiciaires et de pratique des États susceptibles de l'aider devrait toutefois inciter la Commission à travailler autant que possible de manière pragmatique, sur la base du droit positif et de la pratique en vigueur, et à adopter une approche prudente et rigoureuse, comme le préconise le Rapporteur spécial dans son rapport.

En bref, le sujet à l'examen, les principes généraux de droit, offre à la Commission l'occasion d'expliquer et de clarifier cette source du droit international : sa portée et sa place dans le système juridique international, et les diverses questions qu'elle soulève, dont la moindre n'est pas celle de savoir comment identifier les principes généraux en tant que source du droit. Sir Michael Wood dit qu'il ne doute pas que la Commission sera en mesure de fournir une aide précieuse aux États et à tous ceux appelés à connaître des principes généraux de droit.

Sir Michael Wood indique qu'il formulera quelques observations générales sur le rapport avant d'en commenter chaque section.

Il faut se féliciter que le premier rapport ait un caractère préliminaire et introductif. En tant que point de départ des travaux futurs, il réalise bien son objectif, en ce qu'il repose sur des recherches approfondies et est rédigé avec soin, en suivant une approche générale logique et en citant un matériel documentaire riche et intéressant. Étant donné les difficultés réelles que soulève le sujet, ce rapport est un tour de force. La présentation orale claire du Rapporteur spécial a exposé les principales questions sans en exagérer la complexité.

Lorsqu'il a présenté son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il souhaiterait connaître l'opinion des membres sur plusieurs questions centrales que soulève le sujet, par exemple le sens précis du terme « reconnaissance » et les « catégories » de principes généraux de droit. Sir Michael Wood dit qu'au stade actuel, il s'abstiendra d'exprimer des opinions définitives sur toutes les questions que le Rapporteur spécial a évoquées.

Sir Michael Wood dit qu'il souscrit à une grande partie du contenu du rapport, notamment à l'approche générale suivie. Il souscrit en particulier à ce que dit le Rapporteur spécial sur les questions ci-après.

Premièrement, il convient que le projet de conclusion 1 définit exactement la portée du sujet. Toutefois, au fur et à mesure que les travaux progresseront, la Commission pourrait envisager de clarifier le titre du sujet, par exemple en intitulant celui-ci « Principes généraux de droit en tant que source du droit international » afin de mieux rendre compte de sa portée et de sa nature, notamment à l'intention des non-spécialistes du droit international. Le titre actuel risque d'être interprété comme désignant une étude comparative des législations nationales ou une entreprise d'énumération des principes généraux de droit. Une modification comparable a été apportée au titre du sujet relatif au *jus cogens* en y insérant une référence au droit international.

Deuxièmement, Sir Michael Wood dit qu'il convient que, comme indiqué au paragraphe 15 du rapport, le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet doit être le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales. L'expression « point de départ » signifie que le paragraphe 1 c) de l'article 38 vise la source du droit international que la Commission étudie dans le cadre du sujet à l'examen. Bien entendu, la Commission ne limitera pas ses travaux à l'invocation de cette source par la Cour internationale de Justice ; au contraire, comme l'explique le Rapporteur spécial, il s'agit d'une source intéressant tous ceux qui sont appelés à déterminer et appliquer le droit international. Dans le même temps, il considère que la Commission doit s'en tenir à la source de droit visée au paragraphe 1 c) de l'article 38.

Troisièmement, Sir Michael Wood dit qu'il convient que le texte issu des travaux de la Commission devrait prendre la forme de projets de conclusion accompagnés de commentaires.

Quatrièmement, il pense comme le Rapporteur spécial que la Commission doit être prudente lorsqu'elle examine la jurisprudence et la doctrine : certains des termes qui y sont employés sont source de confusion, comme le relève le Rapporteur spécial. Sir Michael Wood dit qu'il s'abstiendra au stade actuel de faire des observations sur certaines décisions judiciaires citées dans le rapport qu'il ne juge pas pertinentes, notamment parce qu'elles visent des règles du droit international coutumier et non des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il considère toutefois que le texte issu des travaux de la Commission devrait contenir une explication prudente de la terminologie pertinente ou qui prévaut. Toutefois, contrairement au Rapporteur spécial, il préférerait ne pas s'écarter – par inadvertance ou autrement – de la terminologie précise des textes français et espagnol du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut, que ce soit dans le titre du sujet ou dans les documents de la Commission, qu'il en résulte ou non une différence de sens.

Cinquièmement, Sir Michael Wood dit qu'il convient qu'il serait utile que le texte issu des travaux soit accompagné d'une bibliographie, en particulier si celle-ci peut être complétée au fur et à mesure que les travaux progressent.

Sixièmement, il convient que la Commission n'a pas à examiner le contenu des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38, bien que la Commission puisse assurément donner des exemples lorsqu'elle expliquera ses conclusions. Comme pour le sujet « Détermination du droit international coutumier », les renvois à des décisions judiciaires ne doivent pas être considérés comme validant ces décisions.

Septièmement, Sir Michael Wood dit qu'il convient que les principes généraux de droit sont issus des systèmes juridiques nationaux et transposés dans le système juridique

international ; il n'est par contre pas encore convaincu que des principes généraux de droit puissent découler du seul « système juridique international ».

Huitièmement, Sir Michael Wood dit qu'il convient que la « reconnaissance » est une condition *sine qua non* de l'existence d'un principe général de droit et qu'expliquer le sens de la reconnaissance dans ce contexte et la manière dont elle peut être appréciée sera au cœur des travaux de la Commission.

Enfin, Sir Michael Wood dit qu'il convient que dans le système international actuel, le terme « nations civilisées » doit être entendu comme désignant tous les États.

Passant à la section A du chapitre I du rapport à l'examen, Sir Michael Wood dit qu'il souscrit en principe aux questions que le Rapporteur spécial propose d'examiner, car elles sont toutes au cœur du sujet, et la Commission doit les clarifier. Il n'est toutefois pas tout à fait d'accord avec le Rapporteur spécial quant à l'ordre dans lequel celui-ci se propose de les examiner. L'identification des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées est étroitement liée aux fonctions de ces principes et à leur relation avec les autres sources du droit international. Ces deux questions devraient donc être examinées ensemble, de manière holiste. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial aidera la Commission à analyser de manière plus approfondie l'exigence de la reconnaissance et ce que vise exactement le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les « catégories » de principes généraux de droit. La Commission pourra alors passer à l'analyse des fonctions des principes généraux de droit et de leur relation avec les autres sources.

Au paragraphe 33 de son premier rapport, le Rapporteur spécial évoque la possibilité de se pencher sur la question des principes généraux de droit dont le champ d'application est « régional » ou « bilatéral ». Il s'agit là d'une question à laquelle la Commission pourra revenir au fur et à mesure que les travaux progresseront, à la lumière des recherches effectuées.

Sir Michael Wood dit qu'il conteste l'opinion exprimée au paragraphe 32 du rapport, à l'appui de laquelle un seul auteur est cité, à savoir que les décisions des juridictions internationales jouent un rôle important dans la formation des principes généraux de droit. Dire que la reconnaissance peut émaner des cours et tribunaux et non des États et que dans ce domaine la jurisprudence est plus qu'un « moyen auxiliaire » au sens du paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut reviendrait à dire que les juridictions ont le pouvoir de créer le droit. Tel n'est pas le cas dans le système juridique international existant.

La deuxième partie du rapport rend compte des travaux antérieurs de la Commission sur les principes généraux de droit qu'il convient de prendre en considération le cas échéant. Le Rapporteur spécial souligne, au paragraphe 28 de son rapport, que la relation entre les principes généraux de droit et le droit international coutumier mérite de retenir particulièrement l'attention. C'est une question qui a été brièvement examinée au titre du sujet « Détermination du droit international coutumier ». Il a été décidé, bien que la distinction entre droit international coutumier et principes généraux de droit soit importante, « d'éviter toute conclusion définitive sur ces derniers, [parce que] les principes généraux possédaient leurs propres complexités et incertitudes » (A/67/10, par. 175).

La Commission devrait toutefois, dans le cadre du sujet à l'examen, se pencher résolument sur ces complexités et incertitudes. Si la distinction entre principes généraux de droit et droit international coutumier n'est pas expliquée clairement, une certaine confusion risque d'exister entre ces deux sources du droit international. La Commission devrait s'abstenir de suggérer que, si une règle applicable du droit international coutumier ne peut être identifiée, un principe général de droit pourra alors être invoqué parce que les critères de son identification sont moins rigoureux. Elle ne doit pas non plus donner à penser que, à supposer que la fonction des principes généraux de droit soit d'éviter le *non liquet*, un principe général de droit doit nécessairement être identifié. La Commission ne doit pas présenter les principes généraux de droit comme une sorte de « coutume allégée » (*custom lite*), pour reprendre l'expression utilisée par Jan Klabbers, car cela donnerait une image négative du droit international coutumier comme des principes généraux de droit, et du système juridique international dans son ensemble.

C'est pourquoi l'examen de la relation entre ces deux sources nécessite non seulement une attention particulière mais aussi une prudence particulière. Il faut donc espérer que, dans le cadre du sujet, la Commission non seulement expliquera les limites des principes généraux de droit en tant que source du droit international, mais explicitera également la distinction entre cette source et le droit international coutumier. Il s'agit de deux sources distinctes du droit international, dont les « règles de reconnaissance » sont distinctes. Lorsqu'il n'est pas possible d'identifier une règle applicable du droit international coutumier en raison de l'absence de l'un ou des deux éléments constitutifs d'une telle règle, on ne saurait se tourner inconsidérément vers les principes généraux de droit pour y trouver la règle désirée.

La troisième partie du rapport, consacrée au développement des principes généraux de droit au fil du temps, est très riche en informations. Sir Michael Wood dit qu'il souscrit aux observations du Rapporteur spécial, en particulier celle selon laquelle, avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les États et les instances arbitrales se fondaient souvent sur des règles ou principes tirés de sources autres que les traités ou la coutume, et que ces règles et principes étaient habituellement tirés des systèmes juridiques internes et du droit romain. Cela, au moins, semble être ce que les rédacteurs du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut semblent avoir cru, et cela influe considérablement sur le champ d'application de cette disposition.

Sir Michael Wood dit qu'il appuie les conclusions tirées par le Rapporteur spécial des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente. Les rédacteurs de ce Statut semblent s'être souciés d'éviter le *non liquet*. Cela confirme le caractère complémentaire des principes généraux de droit ; Hersch Lauterpacht a désigné ceux-ci comme une « source résiduelle ». Dans le même temps, il a été généralement admis que la Cour permanente ne devait pas avoir le pouvoir de créer le droit, les États conservant la maîtrise du processus de formation des principes généraux de droit. Les travaux préparatoires montrent également que les rédacteurs du Statut pensaient que, pour l'essentiel, les principes généraux de droit devaient être recherchés *in foro domestico*.

Le chapitre III de la troisième partie du rapport donne un bref aperçu de la pratique récente s'agissant des principes généraux de droit. Le Rapporteur spécial conclut que cette source du droit international a été invoquée et appliquée dans des contextes divers, et qu'elle continue d'être pertinente dans le système juridique international actuel. Sir Michael Wood dit qu'il convient que les principes généraux de droit demeurent une source pertinente du droit international dans la mesure où ils fournissent des règles qui ne se trouvent pas dans les traités ou le droit international coutumier.

Toutefois, le chapitre III de la troisième partie semble préjuger de certains aspects du sujet. En sélectionnant la jurisprudence qu'il considère comme pertinente, le Rapporteur spécial semble, dans son premier rapport, préliminaire, avoir déjà décidé de ce que sont les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, alors même que les travaux de la Commission ne font que commencer. Cela dit, l'approche pragmatique consistant pour le Rapporteur spécial à appeler l'attention de la Commission sur la pratique qu'il considère comme pertinente, au moins de prime abord, est compréhensible.

Sir Michael Wood dit qu'il souscrit à l'observation faite au paragraphe 126 du rapport selon laquelle les principes généraux de droit en tant que source du droit international s'appliquent de manière générale dans les relations entre sujets de droit international. À l'évidence, ils ne s'appliquent pas uniquement dans le cadre des instances judiciaires ou arbitrales. Cela n'aurait aucun sens s'ils sont réellement une source du droit international.

Sir Michael Wood dit que bien qu'elle soit intéressante, il doute que la section du rapport consacrée aux principes généraux de droit dans certains régimes conventionnels soit utile. Par exemple, l'analyse des alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale est très intéressante, en particulier en ce qu'elle rappelle que, lorsqu'ils ont élaboré les dispositions juridiques applicables, les États n'ont pas toujours simplement renvoyé au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ni copié cette disposition. Lorsqu'ils s'en sont écartés, les dispositions qui en résultent peuvent être difficiles à interpréter. Dans le cas du Statut de Rome, il se peut que, dans le contexte particulier du droit pénal international, les rédacteurs

aient réellement voulu viser un droit autre que le droit international tel que défini à l'article 38. La Commission devra peut-être se demander, au fur et à mesure que ses travaux sur le sujet progressent, dans quelle mesure il lui faut tenir compte de ces différentes dispositions conventionnelles, et des différentes manières dont elles renvoient, ou ne renvoient pas, aux principes généraux de droit. Sir Michael Wood dit qu'il n'est toutefois pas convaincu qu'il lui soit nécessaire d'ajouter son opinion à celle des commentateurs qui ont déjà essayé de comprendre l'article 21 du Statut de Rome.

Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas non plus convaincu que la référence aux principes généraux de droit dans le contexte des droits de l'homme, s'agissant en particulier du principe de légalité, soit réellement utile aux fins de l'étude de ces principes en général. Toutefois, cet exemple et d'autres donnent à n'en pas douter à la Commission matière à réflexion.

Dans la quatrième partie du rapport, le Rapporteur spécial procède à une évaluation initiale de certains aspects fondamentaux du sujet. La section A du chapitre I vise à expliquer le sens de l'expression « principes généraux de droit » au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut. Le Rapporteur spécial omet l'article défini qui figure au début de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 ; or cet article défini indique peut-être que ceux qui ont rédigé la disposition envisageaient un ensemble particulier de principes, un point qui mériterait d'être examiné.

Sir Michael Wood dit qu'il ne juge pas utile d'examiner, dans le cadre du sujet à l'examen, la place des « principes généraux » dans les systèmes juridiques nationaux. Le système juridique international est suffisamment différent des systèmes juridiques nationaux pour que les indications que ceux-ci peuvent fournir soient d'un intérêt strictement limité. Comme le Rapporteur spécial le note à juste titre au paragraphe 144 de son rapport, « les principes généraux de droit pris au sens que leur donne le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, c'est-à-dire en tant que source du droit international, semblent présenter des caractéristiques qui leur sont propres et ce en raison de différences structurelles entre le système juridique international et les ordres juridiques nationaux ». Sir Michael Wood n'est donc pas convaincu par la conclusion provisoire que tire le Rapporteur spécial au paragraphe 162 de son rapport.

Aux paragraphes 145 à 153, le Rapporteur spécial tente d'expliquer que les principes généraux de droit ont un caractère « général » et « fondamental ». Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas sûr de ce que le Rapporteur spécial entend précisément par ces deux termes. Quoi qu'il en soit, au paragraphe 154, il indique à juste titre que, lorsque l'on observe la pratique, tous les principes généraux de droit n'ont pas un tel caractère. Certains peuvent être « généraux » et « fondamentaux », alors que d'autres, comme ceux qui touchent des questions procédurales, peuvent ne pas l'être. On peut aussi concevoir que, tout comme les États peuvent conclure un traité pour rendre inapplicable entre eux telle ou telle règle du droit international coutumier qui ne relève pas du *jus cogens*, ils peuvent faire de même en ce qui concerne certains principes généraux de droit. De plus, comme indiqué au paragraphe 150, l'article 38 ne semble pas faire de distinction entre « règles » et « principes ». Sir Michael Wood dit qu'il doute donc que les principes généraux de droit soient nécessairement différents des autres règles du droit international du point de vue de leur caractère « général » ou « fondamental ». Certaines règles du droit international conventionnel et coutumier peuvent aussi être considérées comme « générales » et « fondamentales » en fonction de leur contenu.

Il serait intéressant de connaître l'avis du Rapporteur spécial quant au terme « généraux » figurant au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut et quant à ce qu'il ajoute au mot « principes ». Au paragraphe 147 de son rapport, le Rapporteur spécial suggère que l'expression « principe général » renvoie aux différents systèmes juridiques internes devant être examinés pour déterminer l'existence d'un principe général de droit. Si tel est le cas, ce terme aurait un sens comparable à celui du terme « générale » dans l'expression « une pratique générale » figurant à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38.

Aux paragraphes 156 et 157 de son rapport, le Rapporteur spécial examine le sens du mot « droit » au paragraphe 1 c) de l'article 38. Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas d'accord avec l'auteur cité dans la note de bas de page 285 : dans ce contexte, le terme

« droit » ne peut être interprété comme renvoyant au droit international public. C'est principalement au droit interne que songeaient les rédacteurs de l'article 38. En tout état de cause, le Rapporteur spécial a raison de considérer que les diverses opinions exprimées sur la question devront être examinées plus avant à mesure que les travaux progresseront, compte tenu de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales.

La section B du chapitre I de la quatrième partie du rapport contient des observations générales concernant l'exigence de la reconnaissance. Sir Michael Wood dit qu'il souscrit en grande partie à la position adoptée par le Rapporteur spécial sur la question, en particulier lorsqu'il affirme, au paragraphe 165, que la reconnaissance est la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit comme source du droit international et que pour déterminer l'existence d'un tel principe, il faut examiner attentivement les éléments susceptibles d'en attester la reconnaissance.

La question cruciale est celle des formes que peut prendre la reconnaissance. De caractère préliminaire, le premier rapport n'examine pas cette question en détail, mais il fournit des indications utiles. Comme le relève le Rapporteur spécial, l'opinion qui prévaut est qu'il y a reconnaissance lorsqu'un principe existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux. La question soulevée au paragraphe 170 du rapport est toutefois également importante : l'élément de reconnaissance présente-t-il un intérêt pour déterminer si un principe commun à des systèmes juridiques nationaux est applicable à l'échelon international ? En d'autres termes, un processus de transposition est-il nécessaire, et quel est le rôle, le cas échéant, de la reconnaissance des États dans ce processus ? Si la reconnaissance ne joue aucun rôle, quels sont les critères permettant de déterminer qu'un principe juridique existant dans la majorité des systèmes juridiques nationaux peut être transposé dans l'ordre juridique international ?

En admettant, aux fins du débat, qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux de droit, les formes de reconnaissance de cette catégorie mentionnées au paragraphe 174 du rapport suscitent des doutes. Les propositions de la doctrine évoquées dans le rapport semblent beaucoup trop faciliter l'invocation des principes généraux de droit et risquent de transformer ceux-ci en une « coutume allégée ». De plus, ces propositions semblent ne reposer que sur une pratique très limitée, voire sur aucune pratique.

La section C du chapitre I de la quatrième partie porte sur l'expression « nations civilisées ». Les observations de M. Tladi sur le mot « nations » étaient intéressantes mais, nonobstant le nom de l'organisation dont la Commission est un organe, le mot « nations » ne doit pas être utilisé car il est obscur et n'a pas de signification juridique. La proposition du Rapporteur spécial d'utiliser le mot « États » en ses lieu et place devrait être retenue.

Le projet de conclusion 2 dit quelque chose d'important mais il est curieusement libellé, édulcoré la question de ce qu'il faut entendre par reconnaissance dans le contexte des principes généraux de droit. Le caractère répétitif des mots « général » et « généralement » soulève des questions, en particulier celle du sens de l'adjectif « général » dans ce contexte. Une autre question qui sera à n'en pas douter soulevée est celle de savoir si la référence aux « États » n'est pas trop limitative. Elle semble toutefois appropriée dans ce contexte, la disposition étant en premier lieu axée sur les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Le projet de conclusion 2 sera examiné plus en détail en relation avec l'identification. Dans l'intervalle, le Comité de rédaction pourra vouloir envisager de reformuler le texte proposé, sans le modifier quant au fond, en s'inspirant de la conclusion 2 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Il pourrait par exemple se lire comme suit : « Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général de droit, il est nécessaire de vérifier s'il a été généralement reconnu par les États. ».

Le chapitre II de la quatrième partie porte sur les types ou catégories de principes généraux de droit pouvant exister en fonction des « origines » des principes. Sir Michael Wood dit qu'il souscrit en grande partie à l'analyse préliminaire que présente le Rapporteur spécial des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques internes, qui semble être étayée par une pratique raisonnablement abondante.

Toutefois, Sir Michael Wood dit qu'il ne comprend pas sur quel fondement reposent les formules « la plupart des systèmes juridiques nationaux » et « un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux » qui figurent dans un rapport. Pour qu'un principe soit considéré comme « principe général de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38, il doit exister dans les systèmes juridiques en général, non dans une majorité numérique ou un nombre suffisamment important de ces systèmes : il ne s'agit pas d'un simple calcul mathématique.

Une question centrale que soulève le rapport est celle de savoir s'il existe des principes généraux de droit comme source du droit international autres que ceux qui ont leur origine dans les systèmes juridiques internes et, dans l'affirmative, comment cette éventuelle catégorie additionnelle de principes généraux de droit doit être définie. Une question connexe est celle du rôle exact de la « reconnaissance » s'agissant tant des principes généraux existant *in foro domestico* que des autres principes généraux qui peuvent exister au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38. Le rapport envisage la question de manière quelque peu hésitante.

Sir Michael Wood dit qu'ainsi qu'il l'a déjà expliqué, il existe un risque qu'en l'absence d'explications suffisamment claires, les deux sources du droit, à savoir les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 et les règles du droit international coutumier visées au paragraphe 1 b) du même texte, soient confondues. Il est clair qu'il s'agit de deux sources distinctes du droit international, dont les « règles de reconnaissance » et la place dans le système du droit international sont distinctes.

Certains auteurs considèrent que le paragraphe 1 c) de l'article 38 vise des types ou catégories de principes généraux de droit autres que ceux découlant des systèmes juridiques internes. Le Rapporteur spécial n'examine pas toutes les catégories ainsi proposées dans son rapport, mais il se penche en particulier sur une catégorie dont il estime qu'elle est « étayée par la pratique et largement acceptée par les auteurs », à savoir « les principes généraux de droit formés dans le système juridique international » ou « principes généraux du droit international ».

C'est peut-être là que la confusion entre principes généraux de droit et droit international coutumier est la plus apparente ; les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 doivent en effet être distingués des « principes généraux du droit international » – si, pour désigner une catégorie, cette formule a un sens. C'est ce qu'a expliqué Sir Humphrey Waldock dans le cadre du « General Course on Public International Law » (« Cours général de droit international public ») donné à La Haye, lorsqu'il a déclaré ce qui suit :

« il convient de formuler une mise en garde quant à la nécessité de distinguer clairement les “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” qui font l'objet de la présente conférence et les “principes généraux du droit international”. Cette dernière expression est parfois employée pour désigner des principes du droit international considérés comme particulièrement importants et solidement établis ; et il est bien entendu exact que le droit international compte un certain nombre de principes fondamentaux et constitutionnels, tels que ceux qui concernent l'indépendance et l'égalité des États... ».

En bref, l'expression « principes généraux du droit international » est ambiguë et il est préférable de ne pas l'utiliser. Si l'on veut absolument l'employer dans le débat juridique, elle doit être réservée aux principes du droit international de caractère spécialement général et fondamental, qu'ils découlent du droit conventionnel, du droit international coutumier ou même des principes généraux de droit. Tel semble être le sens dans lequel la Cour internationale de Justice l'a employée dans son arrêt du 6 juin 2018 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, lorsqu'elle a déclaré que l'article 4 de la Convention de Palerme « se contente de renvoyer à des principes généraux du droit international » et non aux diverses règles du droit international qui découlent de ces principes ou visent à en assurer le respect. Même dans cet arrêt, ce que la Cour a voulu dire lorsqu'elle a déclaré que les principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention étaient « seulement » (« *only* ») des principes généraux du droit international n'est pas totalement clair. À l'évidence,

elle n'a pas voulu dire que ces principes n'étaient pas des règles de droit. Si l'on tient compte de l'explication donnée par la Chambre de la Cour dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* – à savoir que les mots « principes » et « règles » ne désignent pas des choses différentes, bien que l'emploi du terme « principes » puisse être justifié pour indiquer que les règles en question ont un caractère plus général ou plus fondamental – l'adjectif « généraux » dans l'expression « principes généraux du droit international » ne semble pas ajouter grand-chose. Quoi qu'il en soit, désigner une éventuelle catégorie de « principes généraux de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 par l'expression « principes généraux du droit international » créerait une confusion considérable puisque ce dernier terme, s'il a un sens, désignerait en fait une catégorie plus large de règles du droit international.

Même si la Commission évitait – comme elle le devrait – de consacrer la catégorie des « principes généraux du droit international », la question se pose de savoir s'il est encore possible d'envisager une ou plusieurs catégories additionnelles regroupant d'autres « principes généraux de droit » que ceux découlant des systèmes juridiques internes. Le Rapporteur spécial propose une disposition à cet égard, le projet de conclusion 3 b), mais il le fait à titre provisoire. Le premier rapport, expressément qualifié de préliminaire, évite d'adopter une position définitive. Une telle prudence est compréhensible, et de fait opportune. La pratique visée dans le premier rapport et les arguments avancés pour étayer l'existence d'une seconde catégorie ne sont pas convaincants et ne sauraient suffire pour aboutir à une conclusion sur cette question.

Sir Michael Wood dit qu'il partage les doutes exprimés par plusieurs membres quant à l'existence d'une seconde catégorie de principes généraux de droit, autres que ceux ayant leur origine *in foro domestico* et transposés dans le droit international. Les « divers arguments » avancés dans le premier rapport et par le Rapporteur spécial dans la présentation orale qu'il a faite de celui-ci ne sont pas assez convaincants. Il ne saurait suffire de dire que les travaux préparatoires de l'article 38 ou le texte du paragraphe 1 c) de celui-ci n'excluent pas l'existence de cette seconde catégorie.

Si la Commission entend consacrer une catégorie de principes généraux autre ou plus large que celle des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques internes et transposables dans le système juridique international, elle devrait le faire en termes clairs, ce qui ne sera pas facile. Le libellé du projet de conclusion 3 ne le fait pas. L'expression « principes généraux de droit ... formés dans le cadre du système juridique international » n'indique aucunement ce que cette catégorie peut être. La formule « formés dans le cadre du système juridique international » n'est pas expliquée, et son sens est loin d'être clair. On pourrait dire des règles du droit international émanant de chacune des sources primaires visées à l'article 38 qu'elles sont « formées dans le cadre du système juridique international ». Peut-être le Rapporteur spécial songeait-il à des principes généraux de droit qui ont leur origine dans le système juridique international, par opposition aux systèmes juridiques nationaux, mais il n'y a guère de pratique en ce sens.

Les projets de conclusions 2 et 3 sont au cœur du sujet. Ce que fait la Commission à la session en cours sera inévitablement provisoire, en attendant la suite des travaux. Les projets de conclusion sont étroitement liés à la question de savoir comment identifier les types ou catégories de principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38. D'où ces principes viennent-ils ? Comment sont-ils identifiés ? Pourquoi sont-ils une source du droit international ? Quelle est leur origine ? Ces questions devront de nouveau être examinées dans le contexte de l'identification. Pour le moment, les projets de conclusion 2 et 3 devraient demeurer au Comité de rédaction. Si un libellé est adopté, même au sein du Comité de rédaction, il pourrait être difficile de le réviser ultérieurement. En particulier, la décision que prendra la Commission quant à l'existence d'une catégorie supplémentaire de principes généraux, autre que celle des principes généraux existant *in foro domestico*, et quant à la manière de définir cette catégorie, ne devrait pas reposer sur le premier rapport ; la Commission devrait attendre que la question ait été étudiée de manière plus approfondie.

Le programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial semble éminemment raisonnable. Il serait bon de viser à achever la première lecture d'ici la fin du quinquennat en cours. Toutefois, l'ordre dans lequel les questions dont le Rapporteur

spécial propose l'examen devrait être revu et la question de l'identification des principes généraux de droit examinée en premier. Sir Michael Wood dit qu'à la différence de M. Park, il ne pense pas qu'il serait utile d'établir une liste indicative de principes généraux de droit, une tâche qui risquerait fort de détourner l'attention de la Commission de l'objet principal de ses travaux, même si des exemples seront à n'en pas douter donnés à mesure que les travaux progresseront.

Sir Michael Wood dit que les trois projets de conclusion proposés dans le premier rapport doivent être renvoyés au Comité de rédaction pour un examen initial qui aidera considérablement la Commission pour la suite de ses travaux sur le sujet.

M. Murase dit qu'il souhaiterait savoir comment Sir Michael Wood définit l'expression « source du droit international », puisqu'il propose de la faire figurer dans le titre du sujet.

Sir Michael Wood dit que les sources du droit international sont énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et qu'il considère donc que le sens de cette expression dans le présent contexte est parfaitement clair.

M. Murphy remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport qui est extrêmement bien structuré et repose sur des recherches approfondies, et pour la présentation orale qu'il en a faite.

Il approuve la portée des travaux sur le sujet telle que proposée aux paragraphes 10 à 33 du rapport à l'examen, à savoir examiner la nature juridique, les origines et les fonctions des principes généraux du droit, étudier la relation entre ces principes et les autres sources du droit international et tenter de formuler des règles pour l'identification des principes généraux du droit. La proposition concernant le texte issu des travaux sur le sujet, figurant au paragraphe 34 du rapport, semble pleinement conforme aux travaux antérieurs de la Commission.

La méthodologie définie aux paragraphes 35 à 41 met l'accent comme il convient sur la pratique des États. Il faudra inévitablement, dans le cadre de cette méthodologie, analyser également la jurisprudence internationale et la doctrine, mais la Commission devra, lorsqu'elle invoquera ces sources auxiliaires, se demander dans quelle mesure celles-ci ont elles-mêmes analysé la pratique des États et les sources primaires du droit international. En l'absence d'une telle analyse, il conviendra de leur accorder moins de poids.

Toutefois, si la Commission prend au sérieux le fait que les États sont les principaux acteurs de la formation de cette source de droit, on peut douter qu'il y ait suffisamment d'exemples de pratique étatique, en ce qui concerne en particulier certaines questions les plus complexes auxquelles le Rapporteur spécial espère répondre. Lorsqu'il a présenté son rapport, celui-ci a dit qu'il y avait de nombreux exemples de cas dans lesquels des États avaient invoqué les principes généraux du droit, ce qui est tout à fait exact. Toutefois, les États ont-ils effectivement, dans leur pratique, réellement évoqué les fonctions des principes généraux du droit ? Ont-ils réellement visé la relation entre ces principes et les autres sources du droit international ? Ont-ils énoncé clairement leurs vues au sujet des règles applicables pour identifier ces principes ?

M. Murphy dit qu'il se peut que le Rapporteur spécial constate qu'il en va autrement, mais lui-même estime que les États n'ont pas été particulièrement clairs dans leurs déclarations quant à la nature et à la fonction de cette source de droit, y compris s'agissant des questions plus abstraites évoquées par M. Tladi. Si tel est effectivement le cas, il sera difficile pour la Commission, mais non impossible, de tirer des conclusions concrètes sur la base du droit en vigueur et bien établi, comme l'a également fait valoir Sir Michael Wood. La Commission doit envisager le sujet avec prudence et être transparente quant aux informations dont elle dispose ou ne dispose pas.

Au paragraphe 38 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne à juste titre une difficulté majeure, à savoir celle soulevée par la terminologie utilisée par les différents acteurs. Cette terminologie est souvent imprécise et crée une incertitude sur le point de savoir si un principe général du droit relevant du sujet à l'examen est effectivement en cause dans l'un quelconque des exemples donnés. Le concept de « droit international

général » n'est pas visé dans ce paragraphe, mais les juridictions internationales emploient souvent cette expression sans en expliquer le sens. Les facteurs proposés par le Rapporteur spécial au paragraphe 39 aideront la Commission à examiner le sens de l'expression « droit international général » et d'expressions similaires. Dans le même temps, on ne sait toutefois pas trop si le Rapporteur spécial a utilisé ces facteurs lorsqu'il a examiné les différents exemples qu'il cite. M. Murphy engage le Rapporteur spécial à poursuivre l'examen de cette question.

Cartographier l'ensemble des informations disponibles sur le sujet constituera également une difficulté pour le Rapporteur spécial. Par exemple, le paragraphe 143 du rapport énumère une série de systèmes juridiques nationaux qui sont tous de tradition civiliste. Pour M. Murphy, il importe, pour avancer une proposition sur cette source particulière du droit international, d'analyser tous les grands systèmes de droit du monde, y compris ceux qui relèvent de la *common law* et des traditions asiatiques et africaines.

M. Murphy dit qu'il convient totalement que, comme indiqué au paragraphe 41, l'objet des travaux de la Commission n'est pas de cataloguer quant au fond les principes généraux du droit qui existent actuellement en droit international. Une telle entreprise serait à la fois inutile et nécessairement incomplète. Comme Sir Michael Wood, il estime que la proposition de M. Park d'établir une liste indicative n'est guère séduisante. Les exemples qui seront fournis dans les commentaires suffiront.

Passant aux deuxième et troisième parties du rapport à l'examen, M. Murphy dit qu'il a eu beaucoup de plaisir à les lire. L'examen approfondi des travaux antérieurs de la Commission liés au sujet et du développement des principes généraux du droit au fil du temps pose des fondements très importants et utiles pour la poursuite des travaux. Toutefois, dans le même temps, la Commission doit être prudente lorsqu'elle cite et qualifie ses travaux antérieurs, en particulier quant à la mesure dans laquelle elle se fonde sur ces travaux lorsqu'ils sont quelque peu sommaires ou n'ont pas été soutenus.

Par exemple, le paragraphe 66 c) du rapport à l'examen indique que « [l]es principes généraux du droit peuvent servir de sources extérieures à un traité aux fins d'interprétation, conformément à l'article 31, paragraphe 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ». À l'appui de cette proposition, le rapport cite des conclusions établies en 2006 par le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international, publiées dans les documents [A/CN.4/L.682](#), [A/CN.4/L.682/Corr.1](#) et [A/CN.4/L.682/Add.1](#). La Commission a pris note de ces conclusions mais ne les a pas adoptées. Si ces conclusions contiennent effectivement une proposition en rapport avec la teneur du paragraphe 66 c) du rapport du Rapporteur spécial, la seule citation figurant dans le rapport du Groupe d'étude à l'appui de cette proposition est un extrait de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*. Or cet arrêt ne mentionne pas les principes généraux du droit comme faisant partie des « règle[s] pertinente[s] de droit international » visées au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. M. Murphy dit que s'il n'a pas l'intention de contester la validité de la conclusion du Groupe d'étude, il ne pense pas qu'il soit suffisant de citer une étude antérieure de la Commission sans examiner avec soin sur quelle base certaines propositions ont été formulées.

De même, le paragraphe 66 du rapport à l'examen cite d'autres déclarations tirées des conclusions du Groupe d'étude au sujet du rôle que les principes généraux du droit peuvent jouer dans l'interprétation des traités. Or, dans son rapport, le Groupe d'étude ne cite aucune autorité à l'appui de ces affirmations mais se contente de les formuler. Il en va de même au paragraphe 63, qui cite le Guide de la pratique sur les réserves aux traités pour étayer la proposition selon laquelle la bonne foi et la réciprocité sont des principes généraux du droit. M. Murphy dit que s'il n'entend pas contester l'exactitude de cette proposition, le Guide lui-même ne cite que des opinions doctrinales pour l'étayer. Ces opinions sont une source pertinente du droit international, mais la Commission devrait être plus rigoureuse lorsqu'elle affirme la véracité d'une proposition. En bref, bien que la Commission doive tenir compte de ses travaux antérieurs, elle ne devrait pas reprendre des affirmations qu'elle a formulées par le passé sans les étayer.

Aux paragraphes 113 à 118, le rapport à l'examen analyse la disposition relative au « droit applicable » du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à savoir l'article 21. M. Murphy dit que s'il juge raisonnable que la Commission prenne note de l'existence de cette disposition et des vues différentes exprimées quant à son sens, comme le fait le Rapporteur spécial aux paragraphes 119 à 120 de son rapport, il n'est pas persuadé que la Commission doive prendre position sur le point de savoir si telle ou telle interprétation de l'article 21 est valide, ce que le rapport semble faire dans une certaine mesure. Il n'est pas certain que ce que dit le rapport à cet égard soit correct, ni même conforme à la jurisprudence de la Cour pénale internationale. Considérant que cette question particulière n'est pas pertinente aux fins des projets de conclusion proposés dans le rapport, M. Murphy dit qu'il serait préférable de ne pas l'aborder.

Le paragraphe 123 vise le « traitement juste et équitable ». Si cette question est finalement envisagée dans les commentaires, il faut espérer qu'il sera clairement indiqué que, bien que l'obligation de traitement juste et équitable existe en droit international conventionnel et coutumier, elle n'est pas considérée comme un principe général du droit. Au paragraphe 123, la citation tirée de l'Accord de libre-échange conclu entre la Chine et la Nouvelle-Zélande doit être interprétée comme indiquant que l'obligation découlant de ce traité peut être appliquée « eu égard » aux principes généraux du droit, ce qui n'est pas la même chose.

Diverses décisions judiciaires pertinentes et intéressantes sont évoquées au paragraphe 126. Il semble néanmoins que le Rapporteur spécial en ait parfois, par inadvertance, dénaturé la teneur. À cet égard, il convient d'appeler l'attention sur quelques points susceptibles d'aider le Rapporteur spécial dans l'établissement de ses rapports suivants.

Par exemple, au paragraphe 135, on peut lire que la Cour interaméricaine des droits de l'homme « a estimé à plusieurs reprises que [les principes généraux du droit] faisaient partie intégrante du corpus du droit relatif aux droits de l'homme qu'elle devait appliquer ». Or cette affirmation n'est pas exacte et n'est assurément pas étayée par les citations figurant dans le rapport. Ce qu'a dit la Cour est qu'elle pouvait invoquer les principes généraux du droit en tant que source du droit international en même temps que les traités et la coutume, et qu'elle pouvait utiliser cette source du droit lorsqu'elle interprétait le droit des droits de l'homme. De plus, si la Cour a, dans des instances particulières, appliqué certains principes généraux du droit pour rendre sa décision, on ne saurait en déduire que ces principes « font partie intégrante du corpus du droit relatif aux droits de l'homme ». Pour M. Murphy, la Cour n'a pas dit cela, et la Commission ne devrait pas le dire non plus.

S'il est tentant de recenser toutes les citations dans lesquelles une juridiction a pu évoquer les « principes généraux du droit », il faut, ce faisant, faire preuve de prudence. Il est peu probable que la Commission considère comme valides certaines affirmations formulées quant à l'existence d'un principe général du droit. Un exemple, cité au paragraphe 135 du rapport, est fourni par l'affirmation formulée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en ce qui concerne le *jus cogens*. Cette affirmation n'est pas plausible ; s'il est admis que les interdictions de la discrimination raciale et de l'apartheid sont des normes du *jus cogens*, la Cour est allée beaucoup plus loin en déclarant que l'égalité devant la loi était non seulement un principe général du droit mais aussi une norme du *jus cogens*. Cette affirmation est très contestable. La Commission doit donc faire preuve de prudence lorsqu'elle cite des exemples, même à titre indicatif.

La Commission risque de se placer dans une position délicate si elle décrit le principe de précaution comme un principe général du droit. Les paragraphes 250 à 252, s'ils n'indiquent pas expressément que le principe de précaution est un principe général du droit, citent longuement l'opinion exprimée à cet égard par l'Union européenne, suggérant implicitement que cette opinion est valide, alors que l'opinion contraire, notamment celle des États-Unis, se voit accorder beaucoup moins de place. Il serait préférable de ne pas mentionner cette question, mais si elle l'est, il conviendrait d'indiquer que les opinions divergent sur le point de savoir si le principe de précaution est ou non un principe général du droit.

La quatrième partie du rapport analyse les trois principaux éléments des « principes généraux de droit », dont le premier est l'expression elle-même. M. Murphy dit que s'il est dans l'ensemble d'accord avec l'analyse exposée dans cette partie du rapport, une distinction sur laquelle il conviendrait peut-être de se pencher est celle de savoir si les « maximes » ou adages concernant l'interprétation des traités doivent être considérés comme des « principes généraux de droit ». Comme ces maximes sont souvent qualifiées de principes d'interprétation des traités, il est peut-être inévitable que la Commission exprime sa position sur cette question.

La question de savoir si les maximes d'interprétation font partie du droit international applicable dans l'interprétation des traités a été examinée par la Commission dans le cadre de ses travaux ayant abouti à la Convention de Vienne de 1969 et par James Brierly, Sir Humphrey Waldock et Sir Gerald Fitzmaurice. Il semble finalement avoir été décidé que certaines maximes faisaient partie du droit international applicable, et elles ont été incorporées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Toutes les autres maximes ont été considérées comme non obligatoires et ont été écartées. Cette décision indique clairement que ces maximes ne sont pas des principes généraux du droit, une question que le Rapporteur spécial pourra vouloir examiner à un moment ou à un autre dans le cadre de ses travaux.

Le deuxième élément principal des « principes généraux du droit », à savoir l'exigence de la reconnaissance, est envisagé aux paragraphes 163 à 175. M. Murphy dit qu'il souhaite faire quelques observations qui pourraient être utiles au Rapporteur spécial lorsqu'il traitera de la question plus en détail dans un rapport futur.

Premièrement, M. Murphy dit que, d'un point de vue général, il convient que pour être considéré comme faisant partie du droit international, un principe général du droit doit être reconnu par les États.

Deuxièmement, une question qui doit être étudiée à cet égard est celle de la mesure dans laquelle un principe général du droit doit être reconnu pour exister en droit international. Différents critères peuvent être envisagés, y compris ceux auxquels doit satisfaire la pratique en droit international coutumier. La reconnaissance doit être cohérente de même que répandue et représentative. Une autre possibilité est de conceptualiser la reconnaissance comme comparable aux critères concernant l'*opinio juris* en droit international coutumier. M. Murphy dit que s'il les a bien compris, tant M. Tladi que M^{me} Galvão Teles craignent qu'une telle approche ne crée une confusion avec le droit international coutumier. Une autre possibilité serait d'indiquer que les principes généraux du droit doivent être reconnus « par une très large majorité d'États », le critère utilisé par la Commission dans le contexte du *jus cogens*. Les travaux préparatoires des statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, analysés aux paragraphes 90 à 109 du rapport, semblent indiquer qu'au moins certains membres du Comité consultatif de juristes estimaient que ces principes devaient jouir d'une reconnaissance universelle ou unanime dans les divers systèmes juridiques nationaux pour être considérés comme des « principes généraux », ce qui représente un critère très rigoureux. Le Rapporteur spécial pourra devoir examiner les différents critères applicables aux différentes sources pour décider du critère qu'il juge approprié.

Troisièmement, il conviendrait également de se demander si la reconnaissance se déroule par étapes, auquel cas les critères de la reconnaissance peuvent être différents selon les étapes. Par exemple, il peut y avoir deux étapes en ce qui concerne les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, au sens où un principe de droit doit d'abord exister dans les divers systèmes juridiques. Si certains seulement de ces principes généraux sont transposés dans le système international, cette transposition peut marquer une seconde étape dans la reconnaissance. Si tel est le cas, la question se pose de savoir si deux critères de reconnaissance différents s'appliquent. Si elle s'impose aux niveaux national et international, comment la reconnaissance doit-elle être envisagée à ces deux différents niveaux ?

La dernière question qu'il convient d'étudier est celle de savoir quel matériel documentaire la Commission doit consulter pour déterminer s'il y a eu reconnaissance. Dans le cadre de ses travaux sur le droit international coutumier et le *jus cogens*,

la Commission a jugé important d'indiquer où les informations pertinentes pouvaient être trouvées, par exemple dans les déclarations des États ou la jurisprudence. La question qui se pose au Rapporteur spécial est de savoir s'il convient de faire de même pour le sujet à l'examen.

La troisième question que soulèvent les « principes généraux de droit » est celle de savoir de qui émane la « reconnaissance ». La réponse qui ressort des paragraphes 176 à 187 du premier rapport est qu'elle doit émaner des « nations civilisées ». Au sein de la Commission et de la communauté internationale en général, le terme « civilisées » est problématique, et il doit soit être purement et simplement écarté soit expliqué d'une manière ou d'une autre. Les questions de M. Tladi concernant le sens du mot « nations » sont très intéressantes et méritent de retenir l'attention. Se demandant pourquoi ce terme a été utilisé dans ce contexte particulier, M. Tladi a fait valoir que c'était parce qu'une nation était différente d'un État-nation. Des nations peuvent exister au sein d'États ou à cheval sur des frontières étatiques, selon la manière dont on interprète le terme « nations ». Au final, le débat pourrait simplement aboutir à un retour au terme « États ». M. Tladi a mentionné, par exemple, « les » nations des Indiens d'Amérique aux États-Unis et non « une » nation. Si chacune de ces nations peut individuellement être dotée de principes de droit qui lui sont propres, il existe aussi un droit indien applicable dans le cadre du droit fédéral des États-Unis. Il est uniforme dans la manière dont il s'applique aux diverses nations, mais il régit essentiellement les relations entre le Gouvernement fédéral et celles-ci et n'est pas un droit qui émane de ces nations elles-mêmes. S'agissant de ce droit indien, du système de *common law* – le système dominant aux États-Unis – et du système de droit civil en vigueur dans l'État de la Louisiane, la question est en définitive celle de savoir s'il existe un principe général de droit en vigueur aux États-Unis dans ces différents systèmes. C'est pourquoi, bien que la question soit intéressante, il semble que son examen doive aboutir précisément là où le Rapporteur spécial a commencé, c'est-à-dire à la reconnaissance par les États.

Le chapitre II de la quatrième partie est le plus délicat du rapport. Il est consacré à deux catégories distinctes, à savoir les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux « formés dans le cadre » du système juridique international.

S'agissant des principes relevant de la première catégorie, l'analyse figurant dans le rapport est très approfondie et circonspecte. Il est généralement admis que les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 peuvent découler de principes généraux applicables *in foro domestico*. M. Murphy dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que l'identification de ces principes généraux est un processus en deux étapes : premièrement, un principe général applicable dans les divers systèmes juridiques nationaux doit être identifié ; deuxièmement, il convient de déterminer si ce principe général peut être transposé dans le système juridique international. La seconde de ces étapes est la plus complexe, car déterminer s'il doit y avoir transposition et pourquoi seuls certains principes généraux sont transposables n'est pas évident.

Il semble toutefois clair que de nombreux principes généraux de droit qui sont applicables au niveau national ne le sont pas au niveau international. Un exemple est donné par le principe général permettant à une personne d'acquérir un droit de passage sur le fond d'une autre personne en y passant continuellement sans susciter de protestation de cette dernière. M. Murphy dit qu'à sa connaissance, nul n'a préconisé de transposer ce principe dans l'ordre juridique international, y compris dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*. Ainsi, même si la seconde catégorie proposée par le Rapporteur spécial est considérée comme pertinente, elle soulève des questions importantes sur lesquelles la Commission doit se pencher.

L'idée que des principes généraux du droit peuvent se former dans le cadre du système juridique international lui-même est plus controversée. De fait, certains membres ont exprimé, quant à l'existence même de cette seconde catégorie, des doutes que partagent plusieurs auteurs. La pratique invoquée à l'appui de cette seconde catégorie est plus limitée que celle invoquée à l'appui de la première. Il n'est pas du tout certain que, dans les exemples donnés, un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice soit en cause. Par exemple, bien que la Cour ait évoqué les principes généraux de droit dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni*

de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), dans son avis consultatif concernant les Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans son arrêt concernant le Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), elle n'a pas expressément visé le paragraphe 1 c) de l'article 38 de son Statut et, comme l'a également fait observer M. Park, on ne sait donc pas si elle visait les principes généraux de droit au sens de cet article ou un principe du droit international coutumier ou du droit conventionnel.

Certains de ces renvois peuvent être interprétés comme des renvois à des principes découlant des systèmes juridiques internes. L'emploi du terme « principes » dans le cadre du procès de Nuremberg et dans les Principes de Nuremberg évoqués aux paragraphes 248 et 249 du rapport peut être interprété comme visant la première et non la seconde catégorie de principes. De fait, nombre des principes envisagés dans le contexte des principes généraux de droit ont leur équivalent dans les systèmes juridiques nationaux. Des principes tels que les principes *pacta sunt servanda*, le principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) ou le principe *lex posterior derogat priori*, par exemple, semblent inhérents à l'idée même de droit, et ils existent donc au niveau national. Bien que l'on puisse faire valoir que ces principes émanent du système juridique international, les recoupements sont tels qu'il est difficile d'être formel à cet égard. Déterminer si cette seconde catégorie est réellement acceptée par les États et autres acteurs concernés représente donc un défi.

Si cette seconde catégorie existe effectivement, une autre difficulté consiste à en définir les limites. Le Rapporteur spécial craint à juste titre qu'un pouvoir discrétionnaire excessif et subjectif puisse être conféré au juge dans l'application d'une seconde catégorie de ce type. La Commission peut envisager la question des limites de différentes manières. Une possibilité consisterait à définir cette seconde catégorie comme limitée aux principes généraux du droit qui dépendent de l'existence d'un système d'États souverains. Par exemple, pour affirmer que la non-intervention est un principe général de droit, on peut arguer que l'existence d'un tel principe est le corollaire nécessaire de l'existence d'un système juridique d'États souverains. On peut dire la même chose de l'égalité souveraine en tant que principe général du droit. Quoi qu'il en soit, le Rapporteur spécial devrait faire preuve de prudence s'agissant de cette seconde catégorie de principes généraux du droit, tant en ce qui concerne son existence que la définition de ses limites.

S'agissant des projets de conclusion proposés eux-mêmes, le projet de conclusion 1, relatif au champ d'application, ne soulève pas de difficultés.

M. Murphy se demande s'il ne serait pas possible d'ajouter après ce projet de conclusion 1 un nouveau projet de conclusion reprenant le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Commission a adopté une approche similaire lorsqu'elle a élaboré ses projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). L'idée serait d'établir un point de référence commun en tant que premier projet de conclusion de fond et d'en préciser le sens dans les dispositions suivantes. Ce nouveau projet de conclusion pourrait être libellé comme suit : « Une des sources du droit international est constituée par les principes généraux de droit reconnus par les États. ». Ce libellé, qui repose sur le paragraphe 1 c) de l'article 38, pourrait servir de point de départ à l'élaboration des projets de conclusion suivants.

Les projets de conclusion 2 et 3 soulèvent des problèmes de forme. Dans le projet de conclusion 2, il n'est pas certain que l'adverbe « généralement » figurant avant l'adjectif « reconnu » soit nécessaire. S'agissant du projet de conclusion 3, M. Murphy se demande si l'élément de transposition devrait être mentionné à l'alinéa a). La Commission devra de plus décider si elle conserve ou non l'alinéa b). Dans l'affirmative, les mots « formés dans le cadre du » devront être remplacés, probablement par les mots « découlant du » ou « ayant leur origine dans le ».

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Murphy engage essentiellement le Rapporteur spécial à procéder à une évaluation rigoureuse des deux catégories de principes, en étudiant la question de la transposition et celle de savoir si la seconde catégorie existe effectivement et, si elle existe, quelles sont ses limites. Il sera ensuite possible de passer à d'autres questions, telles que les fonctions des principes généraux du droit et leur relation

avec les autres sources du droit international. M. Murphy dit qu'il partage les doutes exprimés par M. Hmoud quant à l'analyse proposée des principes généraux du droit applicables à l'échelon régional, dont il n'est pas certain qu'ils relèvent du sujet.

M. Murphy dit qu'il appuie le renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Rajput, évoquant l'observation de M. Murphy selon laquelle le principe du traitement juste et équitable peut avoir son origine dans le droit conventionnel ou coutumier, dit que si l'on peut affirmer que ce principe a son origine dans le droit conventionnel, il est douteux que l'on puisse dire qu'il émane du droit international coutumier. On peut convenir que la norme internationale minimale émane du droit international coutumier, mais affirmer qu'il en va de même du principe du traitement juste et équitable prête à controverse.

M. Murphy dit qu'il n'a pas voulu défendre telle ou telle position au sujet d'autres sources du droit international mais simplement indiquer que la Commission devrait éviter d'affirmer que le principe du traitement juste et équitable est un principe général du droit.

M. Rajput remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, un document exhaustif qui repose sur des recherches approfondies et donne un aperçu suffisamment large des principes généraux du droit en retraçant leur évolution historique. Ce rapport offre à la Commission une base solide pour commencer ses travaux sur le sujet et déterminer dans quelle direction elle entend les mener.

M. Rajput dit qu'il souhaite faire plusieurs observations préliminaires. La Commission devrait revoir le titre du sujet, car l'expression « principes généraux du droit » est employée de diverses manières qui ne rendent pas nécessairement compte de la portée des travaux de la Commission. Un lecteur mal informé pourrait supposer que ces travaux consistent à compiler des principes généraux qui n'ont peut-être rien à voir avec le droit international.

Même un lecteur informé peut supposer que l'expression renvoie à des principes juridiques existant en droit international mais qui ne sont pas une source du droit au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le principe de proportionnalité, par exemple, est assurément un principe juridique, et il est appliqué par l'Organisation mondiale du commerce et les tribunaux en matière d'investissements, mais il n'est pas un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. Un autre exemple est donné par le principe de diligence, qui est un principe juridique mais, sauf s'il est énoncé dans un traité ou relève du droit coutumier, ne constitue pas une règle en lui-même. Le titre du sujet doit indiquer que la Commission traite précisément des principes généraux du droit en tant que source du droit international au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Pour cette raison, il devrait être modifié comme suit : « Les principes généraux de droit en tant que source du droit international au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ». Si ce titre est trop long, le renvoi au paragraphe 1 c) de l'article 38 pourrait être abandonné, de manière que le titre se lise comme suit : « Les principes généraux de droit en tant que source du droit international ». Pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial, le titre ne devrait pas viser les « nations civilisées ».

Au paragraphe 35 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que les travaux de la Commission reposeront essentiellement sur « la pratique étatique », attestée notamment par « les déclarations, les échanges diplomatiques, les conclusions soumises aux juridictions internationales, les traités et les travaux préparatoires correspondants et les décisions des juridictions nationales ». M. Rajput dit qu'il doute que toutes ces formes de pratique soient ou puissent être pertinentes aux fins des travaux sur le sujet. La forme de pratique la plus pertinente est la pratique judiciaire, mais les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice susceptibles d'être invoquées sont peu nombreuses. Le plus souvent, c'est dans les décisions de tribunaux arbitraux et les opinions individuelles des juges que des principes généraux du droit sont invoqués. Les conclusions soumises aux juridictions internationales sont une source reconnue de pratique étatique, mais il faut être prudent lorsque l'on détermine le poids à leur accorder, car les cas dans

lesquels une juridiction internationale a admis l'existence d'un principe général de droit sont peu nombreux. Les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, longuement examinés dans le rapport, ne peuvent en aucune manière être considérés comme une pratique des États, car il s'agit de travaux d'experts indépendants. M. Rajput dit qu'il n'entend pas contester l'intérêt de cette source mais seulement souligner la nécessité d'être prudent quant à la mesure dans laquelle elle peut servir de fondement aux travaux de la Commission.

Les principes généraux du droit en tant que source du droit international ont principalement été invoqués dans le cadre d'instances judiciaires. Il est ainsi rare que les traités mentionnent ces principes, sauf s'ils concernent en tout ou en partie le règlement de différends. M. Rajput dit qu'il fait cette observation parce que si, à ce jour, un seul État a mis en doute l'existence d'une pratique étatique pertinente, de plus en plus d'États risquent de faire de même au fur et à mesure que les travaux de la Commission progresseront.

En l'absence de pratique suffisante et eu égard au caractère théorique du sujet, une grande partie des travaux de la Commission risque de consister en des débats théoriques et des choix conceptuels, comme l'a relevé M. Murase. La Commission devrait toutefois, étant donné la diversité des points de vue exprimés, éviter de prendre une position définitive sur telle ou telle question théorique, quelle qu'elle soit, ou de procéder à la « clarification [qui] s'impose » préconisée par le Rapporteur spécial au paragraphe 11. Il est certain qu'une « approche prudente et rigoureuse est de mise » comme indiqué au même paragraphe et par le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté son rapport. L'objectif devrait être de fournir des solutions pratiques. Bien que le Rapporteur spécial ait l'intention de proposer des solutions aux États, c'est essentiellement aux juridictions que s'adresseront les conclusions, car ce sont elles, et non les États, qui sont appelées à appliquer les principes généraux.

En fait, les travaux de la Commission toucheront le rôle et le fonctionnement des juridictions internationales davantage que les États. Cela ne doit pourtant pas susciter de craintes quant au sujet ou au résultat des travaux. La Commission devrait simplement circonscrire ceux-ci dans des limites raisonnables et éviter d'établir des normes subjectives conférant un trop large pouvoir discrétionnaire au juge, car elle risquerait ce faisant d'introduire une incertitude dans le règlement de différends internationaux. Le rapport est généralement équilibré à cet égard, à l'exception de la section consacrée aux principes généraux formés dans le cadre du système juridique international, qui risque de conférer un pouvoir discrétionnaire excessif au juge international.

M. Rajput sait gré au Rapporteur spécial de laisser ouverte, au paragraphe 36 de son rapport, la question de savoir si la pratique des organisations internationales est pertinente. Il n'est pas convaincu qu'elle le soit, en particulier parce que le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice vise les principes généraux reconnus par les États dans leurs systèmes juridiques internes. Il ne serait pas justifié de comparer le droit interne et le fonctionnement interne d'une organisation internationale. Les travaux de la Commission portent sur des principes juridiques et non sur les bonnes pratiques des sociétés.

M. Rajput dit qu'il souhaite faire quelques observations préliminaires sur la nature des principes généraux de droit et leur relation avec les autres sources du droit international, à savoir la coutume et les traités, pris ensemble et non individuellement.

À la différence des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés expressément visées au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme « moyen auxiliaire », les principes généraux de droit occupent le même rang que les traités et la coutume dans la structure de l'article 38. Les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et la pratique ultérieure montrent qu'il n'y a pas de hiérarchie formelle, ni d'ordre successif, entre ces sources. La Commission doit distinguer entre les principes généraux et les autres sources matérielles sur la base de leur nature et de leur application.

Les principes généraux sont de la même nature que les autres sources matérielles, à savoir les traités et la coutume, ce qui signifie que, lorsqu'une juridiction déclare que tel ou tel principe est un principe général du droit international, la valeur de ce principe n'est pas

moindre que celle des traités ou de la coutume. Toutefois, les principes généraux ont pour seule fonction de combler les lacunes.

En matière d'application, les principes généraux du droit jouent un rôle moins important que les autres sources matérielles parce que celles-ci sont plus claires. Dans le cas des traités, le contenu du droit est précisément défini et le consentement des États clairement exprimé. Dans le cas de la coutume, il convient d'abord d'établir que le droit existe et d'en définir le contenu, ce qui introduit un degré d'abstraction. Le passage aux principes généraux du droit représente une progression dans cette direction. Idéalement, dans tout différend, toutes les parties en litige sauraient quel droit est applicable. Or, dans le cas des principes généraux, le droit applicable n'est identifié qu'au cours de la procédure de règlement du différend.

Pour établir l'existence de la coutume, le critère applicable est beaucoup plus rigoureux que pour établir l'existence des principes généraux. Si l'on considère que les principes généraux ont la même force que les autres sources matérielles, une règle vague risque d'entrer en concurrence avec une règle plus assurée et rigoureuse. Il serait anormal que les principes généraux du droit en tant que source du droit international aient une fonction plus large que celle consistant à combler les lacunes. Si toutes les sources matérielles sont équivalentes, le juge pourrait décider de régler le différend sur la seule base des principes généraux qui, parce qu'ils sont beaucoup plus faciles à identifier que les règles coutumières, offrent une solution commode. L'inconvénient de cette solution tient au pouvoir discrétionnaire qu'elle conférerait au juge. Bien que les juges des tribunaux internes exercent un tel pouvoir discrétionnaire, ils sont assujettis à des contrôles et contrepoids et connaissent bien la situation sociale, économique et politique de leur pays et peuvent donc exercer ce pouvoir en conséquence.

On ne peut dire ou attendre la même chose du juge international. En déclarant que les principes généraux de droit ont la même force que la coutume, on introduirait davantage de subjectivité dans le règlement des différends. Comme l'indique le rapport, citant Descamps, il faut soustraire le juge à la tentation d'appliquer des principes à sa guise. Au paragraphe 99, le Rapporteur spécial reproduit la mise en garde de Root : la Cour permanente de Justice internationale « ne doit pas avoir le pouvoir de légiférer ». Cette mise en garde est également pertinente dans le contexte des principes généraux. La Commission devrait résister à la tentation d'introduire un quelconque élément subjectif, comme le Rapporteur spécial semble l'avoir fait dans la dernière partie de son rapport.

La rapport contient une analyse utile des travaux antérieurs de la Commission touchant les principes généraux du droit. Il faut toutefois faire preuve de prudence à cet égard. Les expressions utilisées par la Commission dans le cadre de ses travaux antérieurs et par la doctrine, notamment « règles », « principes », « principes généraux », « principes généraux de droit » ou « principes généraux du droit international », paraissent similaires mais présentent de subtiles différences. Ainsi, chaque fois que l'on trouve ces expressions dans des textes issus des travaux antérieurs de la Commission ou dans la jurisprudence, c'est le fond et non la forme qui compte. Dans ses travaux sur le sujet « Formulation des principes de Nuremberg », la Commission semble viser les principes juridiques en général et non les principes généraux de droit en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. L'article 5 du Traité d'arbitrage et de conciliation de 1921 entre la Confédération suisse et le Reich allemand mentionné au paragraphe 112 du rapport donne un exemple de cette distinction dans la pratique conventionnelle : son article 5 dispose que le Tribunal applique les traités, la coutume et les principes généraux du droit et, si ces sources présentent des lacunes, seulement des « principes juridiques ». Ainsi, les principes juridiques doivent être entendus comme distincts des principes généraux de droit en tant que source du droit international au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38.

Le Rapporteur spécial a fait une distinction entre un principe général et un principe général de droit en tant que source du droit international au paragraphe 120 de son rapport, lorsqu'il indique qu'il n'est peut-être pas approprié de faire fond sur le paragraphe 1 c) de l'article 21 du Statut de Rome, étant donné le caractère *sui generis* de cette disposition par rapport au paragraphe 1 c) de l'article 38. De même, les renvois aux principes généraux du droit figurant dans les traités relatifs aux investissements et les accords de libre-échange,

envisagés au paragraphe 123 du rapport, renvoient aux principes juridiques en général et non aux principes généraux de droit en tant que source du droit international.

La mention du principe *aut dedere aut judicare* au paragraphe 55 du rapport est un autre exemple de confusion entre la forme et le fond. Ce principe est qualifié de « principe général » ; or il constitue un principe général du droit au sens où il est entendu d'une manière générale et non un principe général de droit en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. Le principe *aut dedere aut judicare* est un principe juridique, mais il n'existe pas dans un nombre suffisant de systèmes juridiques nationaux pour être considéré comme un principe général en tant que source du droit international. La Commission a visé le principe *aut dedere aut judicare* au paragraphe 2) du commentaire de l'article 9 du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité parce qu'il est énoncé dans plusieurs traités, non parce qu'il s'agit d'un principe général de droit en tant que source du droit international.

Si le critère permettant de distinguer le fond et la forme n'est pas appliqué comme il convient, les principes généraux du droit risquent d'être confondus avec le droit coutumier, voire avec les normes impératives.

Par exemple, au paragraphe 47 du rapport à l'examen, il est expliqué que, durant les travaux de la Commission sur le sujet « Formulation des principes de Nuremberg », un membre a fait valoir que les principes généraux du droit devaient avoir leur origine dans les systèmes juridiques nationaux, et un autre a objecté qu'ils pouvaient aussi avoir leur origine dans le système juridique international. La citation figurant dans la note de bas de page 32 montre que, pour celui-ci, chaque principe du droit international devrait être un principe du droit coutumier. L'argument selon lequel un principe général du droit peut avoir son origine au niveau international traduit une confusion entre les principes généraux du droit et le droit coutumier et entre des expressions comparables utilisées dans des sens différents. Cela montre une fois encore qu'il est nécessaire de distinguer la forme du fond.

Au paragraphe 148 de son rapport, le Rapporteur spécial cite l'opinion individuelle du juge Cançado Trindade dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, aux termes de laquelle les principes généraux de droit « révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble et..., en définitive, constituent ses fondements mêmes ». Ce critère peut-il être appliqué pour identifier les principes généraux de droit en tant que source du droit international ? L'autorité de la chose jugée (*res judicata*), pour prendre un exemple, est un principe général du droit et, de fait, une règle très importante des ordres juridiques nationaux. Mais peut-on dire qu'elle inspire l'ordre juridique dans son ensemble ou est le fondement de l'ordre juridique interne ? Il ne s'agit que d'une des règles qui se sont formées et sont appliquées dans l'ordre juridique interne. On ne saurait déclarer que tous les principes généraux sont des normes du *jus cogens* d'un certain type, comme le fait l'opinion individuelle citée. M. Rajput dit qu'il ne peut donc souscrire à la conclusion à laquelle le Rapporteur spécial aboutit au paragraphe 153, à savoir que les principes généraux de droit « sous-tendent des règles précises ou incarnent des valeurs importantes ». Les principes généraux de droit ne peuvent pas représenter une valeur particulière car telle n'est pas leur fonction, à la différence des normes du *jus cogens*. Il s'agit de règles appliquées pour régler ce que l'on peut considérer comme des questions anodines et pratiques, qui souvent concernent la procédure et l'administration de la preuve dans le règlement des différends internationaux.

Le dernier exemple de confusion terminologique aboutissant à des conclusions erronées a trait à l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, évoquée au paragraphe 151 du rapport. Dans cette affaire, le compromis indiquait que la Cour internationale de Justice devait statuer conformément aux « règles » et « principes » du droit international applicables pour régler le différend. Le terme « principes » doit dans ce contexte s'entendre comme visant les principes juridiques en général, et non les principes généraux de droit en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. Ces principes généraux constituent des règles et non des principes du droit international, bien que le mot « principes » soit utilisé pour les désigner. En l'absence de cette distinction, tout principe juridique en vigueur pourrait, par le biais du paragraphe 1 c) de l'article 38, être considéré comme une règle, même s'il ne l'est pas. La Cour a estimé qu'elle n'avait pas à faire de

distinction entre règles et principes puisqu'elle pouvait appliquer toute une série de principes juridiques pour régler le différend. En d'autres termes, la Cour peut appliquer les principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 en tant que règles mais également d'autres principes juridiques qui ne sont pas nécessairement des principes généraux de droit. M. Rajput dit qu'il considère que les règles, outre qu'elles constituent une catégorie plus large de principes de droit, ont également pour fonction d'être une représentation abstraite de certains concepts qui les sous-tendent.

M^{me} Galvão Teles a souligné cette distinction lorsqu'elle a affirmé à juste titre que toute règle était fondée sur un principe mais que tous les principes n'étaient pas des règles. L'argument selon lequel un principe a une origine ou un rang supérieur à une règle résulte d'une lecture erronée de Dworkin, qui a fait valoir, dans son ouvrage *Taking Rights Seriously*, que les principes incarnent des valeurs plus élevées que les règles ; or son analyse a trait à l'ordre juridique interne, en particulier la pratique des juges de *common law*. La Commission ne doit pas suivre cette voie et conférer aux principes un statut plus élevé qu'aux règles du droit international.

M. Rajput dit qu'au stade actuel, il n'est pas convaincu par les efforts faits par le Rapporteur spécial pour analyser les « principes généraux de droit » en scindant cette expression en trois éléments distincts, à savoir « principes », « généraux » et « droit », puis en se tournant vers la doctrine pour compléter son interprétation. Cette approche a été adoptée par certains auteurs, mais elle risque de susciter la confusion. C'est la méthode utilisée au paragraphe 156 du rapport pour conclure que puisque le droit est visé, rien n'exclut qu'outre le droit interne, le droit international puisse être à l'origine de principes généraux. Cette interprétation, défendue par certains auteurs, manque de rigueur et n'est pas conforme aux règles d'interprétation ; de plus, elle n'est pas compatible avec les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et repose sur une lecture erronée de la jurisprudence. M. Rajput dit qu'il est certain que le Rapporteur spécial, au fur et à mesure que ses travaux progresseront, suivra une approche terminologique et méthodologique plus circonspecte.

M. Rajput dit que s'il convient avec le Rapporteur spécial que les principes généraux du droit ont leur origine dans les systèmes juridiques nationaux et doivent être adaptés à l'ordre juridique international, il ne pense pas qu'ils puissent émaner du système juridique international, une conclusion qui repose sur une interprétation textuelle du paragraphe 1 c) de l'article 38 défendue par certains auteurs. Ceux-ci semblent avoir tiré cette conclusion des travaux préparatoires du Statut de la Cour internationale de Justice ; elle repose sur une supposition et non sur une base concrète. L'auteur cité au paragraphe 232 du rapport à l'examen déclare en effet que « les rédacteurs de ce paragraphe avaient sans doute consenti implicitement à l'utilisation des principes généraux du droit international aux mêmes fins, car il serait difficile de croire qu'ils auraient permis de combler les lacunes à l'aide de principes du droit interne, mais pas du droit international ». La Commission ne devrait pas faire reposer une affirmation aussi sérieuse sur les suppositions créatives d'un auteur qui ne sont pas effectivement étayées dans les travaux préparatoires. Les débats du Comité consultatif de juristes ne visent expressément que les principes généraux de droit émanant de l'ordre juridique interne. M. Rajput dit qu'il est toutefois convaincu que le Rapporteur spécial poursuivra ses recherches pour aboutir à une position concluante sur cette question.

L'argument selon lequel il existe une jurisprudence en ce sens n'est pas non plus convaincant. Les décisions judiciaires citées aux paragraphes 236 à 255 évoquent des principes de droit soit en général soit en lien avec des normes impératives ou le droit coutumier, non des principes généraux de droit en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. Par exemple, l'expression « considérations élémentaires d'humanité », mentionnée au paragraphe 236, qui figure dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, vise les considérations d'humanité non comme un principe général de droit en tant que source au regard du paragraphe 1 c) de l'article 38 mais seulement en tant que source d'un principe de droit. Les références tirées de l'avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et des arrêts rendus dans les *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)* renvoient à des normes impératives du droit international et non à des principes généraux de droit. Il faut donc se garder de supposer,

pour la seule raison que la Cour a visé des « principes généraux » et la « civilisation », qu'elle invoquait des principes généraux en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. Une étude attentive des textes doit ainsi se soucier de la distinction entre la forme et le fond.

Les principes généraux du droit se forment différemment des règles du droit coutumier. Une règle du droit coutumier se forme au niveau international par l'interaction des États, alors que les processus de formation des principes généraux de droit commencent au niveau interne. Si l'on admettait que deux processus concurrents opèrent au même niveau, des preuves rigoureuses étant exigées pour le droit coutumier mais seulement une forme de reconnaissance pour les principes généraux, le rôle et la force de la coutume en souffriraient – en fait, celle-ci deviendrait redondante. Dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a conclu que les résolutions de l'Assemblée générale ne pouvaient en elles-mêmes constituer la coutume. On pourrait toutefois faire valoir que ces résolutions attestent une reconnaissance par la communauté internationale et ainsi constituent un principe général. En fait, on ne sait pas vraiment ce qui constituerait la « reconnaissance au niveau international » et quelles en seraient les conséquences. Si l'*opinio juris* et la pratique des États sont nécessaires pour qu'il y ait reconnaissance au niveau international, on peut se demander en quoi un principe général diffère d'une règle coutumière. Si un critère plus rigoureux est requis, par exemple la reconnaissance par une très large majorité d'États d'une règle à laquelle aucune dérogation n'est permise, on peut se demander en quoi un principe général diffère d'une règle du *jus cogens*. En voulant élever le statut des principes généraux, on risque de rabaisser les autres sources matérielles, en premier lieu le droit international coutumier. M. Rajput dit qu'il partage pleinement les vues de Sir Michael Wood à cet égard. Il n'appuie donc pas l'inclusion des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international.

M. Rajput dit qu'il appuie tous les projets de conclusion, sous réserve qu'ils soient améliorés, à l'exception de l'alinéa b) du projet de conclusion 3, et recommande leur renvoi au Comité de rédaction.

M. Rajput propose de prier le Secrétariat de mener une étude analytique approfondie de la jurisprudence. C'est le Secrétariat qui établit le *Recueil des sentences arbitrales* et il a accès à un plus large éventail des décisions judiciaires ; il peut aider la Commission en réunissant cette jurisprudence et en lui fournissant les informations nécessaires. Le Rapporteur spécial devrait envisager d'adresser aux États Membres un questionnaire pour solliciter des informations sur leur pratique, afin d'aider la Commission à déterminer sur quelle base les principes généraux du droit sont identifiés.

M. Hassouna remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, un document détaillé et reposant sur des recherches poussées qui traite de nombreuses questions préliminaires pertinentes et pose ainsi les fondements d'un examen approfondi du sujet. Il se félicite en particulier que les notes de bas de page fournissent des informations extrêmement utiles et que plusieurs sources soient citées dans leur langue originale.

Suite à l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission en 2017, la grande majorité des États qui l'ont commenté à la Sixième Commission en ont souligné l'importance, son étude représentant la continuation de l'œuvre normative de la Commission sur les sources du droit international. En menant à bien avec succès ses travaux sur les « principes généraux du droit », la Commission complétera ses réalisations historiques dans le domaine du droit des traités, du droit international coutumier et dans des domaines connexes, comme celui du *jus cogens*. À la différence des autres sources du droit international, et malgré la richesse de la contribution de la doctrine à l'étude des « principes généraux », le sujet continue d'être marqué par une ambiguïté et des controverses considérables, ce qui atteste de l'intérêt extrêmement concret des indications que la Commission pourra fournir aux États, aux organisations internationales et aux juridictions.

Le Rapporteur spécial affirme à juste titre au paragraphe 11 de son rapport que « les principes généraux du droit » sont un sujet classique du droit international. Une jurisprudence et une doctrine très abondantes se sont de ce fait accumulées sur le sujet au cours du siècle précédent. Toutefois, par opposition aux autres sujets fondamentaux du

droit international, le traitement des « principes généraux » dans la doctrine et la jurisprudence peut être qualifié de divers et incertain. Compte tenu de « la diversité des points de vue » et du fait qu'« une clarification s'impose », comme indiqué au paragraphe 11 du rapport à l'examen, M. Hassouna dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'une approche prudente et rigoureuse est de mise. Il serait utile, étant donné les incertitudes et ambiguïtés mentionnées dans le rapport, que le Rapporteur spécial puisse préciser les domaines qui ne sont pas clairs pour les étudier dans les rapports suivants.

Passant aux observations générales concernant les quatre parties du rapport, M. Hassouna dit que dans la première partie, aux paragraphes 13 à 33, le Rapporteur spécial donne un aperçu des « [q]uestions soumises à l'examen de la Commission ». Il traite brièvement de quatre grandes questions appelant une analyse plus approfondie. S'agissant de la première, la nature juridique des principes généraux du droit en tant que source du droit international, M. Hassouna convient que le point de départ des travaux sur le sujet doit être le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, cet article semblant donner des « principes généraux de droit » en tant que source du droit international la définition la plus largement acceptée. Toutefois, d'autres instruments, plus contemporains, qui visent les principes généraux du droit doivent également être pris en considération. En ce qui concerne la deuxième question, l'origine des principes généraux du droit, M. Hassouna se félicite que le Rapporteur spécial ait pu identifier davantage d'origines possibles qu'on ne le fait généralement. Troisièmement, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur la question très importante des fonctions des « principes généraux du droit » et de leur relation avec les autres sources du droit international. Outre les deux fonctions les plus fréquemment mentionnées, à savoir celle de source accessoire et celle consistant à combler les lacunes pour éviter le *non-liquet*, le Rapporteur spécial en identifie plusieurs autres, par exemple celle d'aide à l'interprétation des autres sources de droit international. M. Hassouna se félicite de la diversité de la doctrine et de la jurisprudence sur lesquelles le Rapporteur spécial s'est fondé à cet égard mais dit qu'il aurait souhaité qu'il donne des exemples précis des fonctions mentionnées. Notant que la Commission a par le passé pu codifier de nouvelles normes en ce qui concerne le droit des traités et le droit international coutumier, il convient que la relation entre les principes généraux et les autres sources du droit international doit être examinée de manière approfondie. À cette fin, il conviendra de clarifier la signification des sources du droit international et la distinction entre règles et principes. Une autre question également importante est celle de l'identification des principes généraux du droit. À cet égard, M. Hassouna convient que la question des principes généraux régionaux doit être examinée afin de préciser si l'existence de tels principes est compatible avec le concept d'universalité des principes généraux. En bref, il appuie l'intention du Rapporteur spécial d'axer ses travaux sur ces quatre questions, en particulier parce qu'elles reflètent bien celles soulevées par les États Membres à la Sixième Commission.

M. Hassouna dit qu'il convient qu'au stade actuel, un projet de conclusions semble être la forme la plus appropriée pour le texte qui sera issu des travaux sur le sujet et permettra au Rapporteur spécial de présenter les résultats de son analyse exhaustive comme une codification du droit international faisant autorité. La décision définitive sur ce point ne devrait toutefois être prise qu'à un stade ultérieur des travaux.

Il est judicieux que le Rapporteur spécial entende faire principalement reposer son analyse sur la pratique des États, la pratique des organisations internationales et la jurisprudence internationale. M. Hassouna dit qu'il aurait toutefois souhaité que le rapport contienne une évaluation *prima facie* de la mesure dans laquelle ces sources sont disponibles et utiles. Il est remarquable que si le Rapporteur spécial donne divers exemples de la pratique des États et de la jurisprudence dans les dernières parties de son rapport, il ne mentionne quasiment pas la pratique des organisations internationales. Par le passé, lorsqu'elles ne trouvaient pas la réponse à une question juridique concernant les organisations internationales dans les instruments conventionnels, les juridictions internationales invoquaient les principes généraux du droit. Par exemple, la question controversée du contrôle juridictionnel des décisions d'organes politiques tels que le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a été examinée dans le contexte du principe général de droit interne du contrôle juridictionnel. La pratique concernant les organisations internationales devrait donc également être prise en considération.

Le Rapporteur spécial indique de plus qu'il a l'intention d'avoir recours à la doctrine selon que de besoin. À cet égard, M. Hassouna espère que le Rapporteur spécial annexera à son rapport suivant la « bibliographie largement représentative » qu'il propose.

S'agissant de l'incohérence terminologique susceptible de causer des difficultés à un stade ultérieur mentionnée au paragraphe 38, les critères identifiés par le Rapporteur spécial au paragraphe 39 confirment la distinction entre les principes généraux de droit et les autres sources du droit international. Ce paragraphe soulève néanmoins une question importante : si le contenu et la délimitation des « principes généraux de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sont relativement ambigus, ne serait-il pas utile, dans un premier temps, d'élaborer au moins aux fins des travaux une définition fondée, par exemple, sur les cinq critères mentionnés au paragraphe 39 ? M. Hassouna dit qu'il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial, au paragraphe 41, selon laquelle les travaux doivent être axés sur la nature générale, les origines, les fonctions et l'identification des principes généraux du droit et non sur leur contenu quant au fond. Il serait toutefois utile de fournir dans les commentaires, sinon une liste de principes généraux, au moins quelques exemples de ces principes.

En ce qui concerne la deuxième partie du rapport, qui résume les travaux antérieurs de la Commission sur les principes généraux du droit, on peut tirer deux conclusions de l'analyse figurant aux paragraphes 42 à 75. Premièrement, la Commission a jusqu'ici utilisé l'expression « principes généraux du droit » de manière peu rigoureuse et parfois incohérente. Deuxièmement, ce qu'a dit précédemment la Commission en ce qui concerne les principes généraux du droit ne peut fournir que de vagues indications quant au sens de l'expression et risque même de susciter la confusion. Le manque de rigueur dans la terminologie utilisée par la Commission – « principes généraux de droit », « principes généraux » ou « principes généraux du droit international » – amène le lecteur à se demander si ces différentes formules désignent toutes la même chose et met en lumière la nécessité d'une définition. De plus, il semble que les cinq critères définis au paragraphe 39 comme étant propres à assurer la cohérence dans l'identification du matériel documentaire pertinent ne soient pas strictement appliqués ; il faut donc se demander si certains des exemples cités sont effectivement des principes généraux du droit. Par exemple, au paragraphe 47, le Rapporteur spécial vise le « droit de légitime défense » comme exemple d'un « principe général de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 que la Commission a identifié par le passé. Pour M. Hassouna, le droit de légitime défense, qui est consacré à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies en tant qu'exception à l'interdiction de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, est un principe fondamental du droit international contemporain. Le droit – exceptionnel – de légitime défense est assorti de strictes limitations et est largement distinct du droit naturel de légitime défense, qui faisait assurément partie du droit des gens, en particulier le *jus ad bellum* d'avant 1945. L'interdiction de l'emploi de la force et le droit de légitime défense sont désormais des principes fondamentaux du droit international, dont la plupart sont consacrés dans la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, et non plus de simples principes généraux de droit. Le deuxième exemple de ce type, figurant au paragraphe 63, est celui de la bonne foi, qualifiée de principe général du droit. Or la bonne foi est un principe encore plus fondamental qu'un principe général, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice avec éloquence : « Comme la Cour l'a fait observer, le principe de la bonne foi est "l'un des principes de base qui préside à la création et à l'exécution d'obligations juridiques" (*Essais nucléaires, CIJ Recueil 1974, p. 268, par. 46 ; p. 473, par. 49*) ; il n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement. ». On peut donc conclure que les travaux antérieurs de la Commission ne sauraient toujours être déterminants dans le cadre du sujet à l'examen.

Aux paragraphes 77 à 89 de son rapport, le Rapporteur spécial donne un aperçu concis des traités et décisions judiciaires ayant mentionné les principes généraux avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Au paragraphe 89, il tire quatre conclusions logiques qui illustrent le contexte juridique dans lequel l'article 38 du Statut a été élaboré.

Il poursuit, aux paragraphes 90 à 109, en présentant un bref résumé du débat animé tenu en 1920 par le Comité consultatif de juristes sur le projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale. Il s'agit certes d'un épisode extrêmement intéressant de l'histoire du droit international, mais le Rapporteur spécial ne devrait pas accorder trop de poids à ces travaux préparatoires pour deux raisons. Premièrement, aux termes de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les travaux préparatoires ne sont qu'un moyen complémentaire d'interprétation des dispositions conventionnelles. Deuxièmement, les travaux préparatoires ne présentent souvent qu'un intérêt limité parce qu'ils constituent un amalgame d'opinions différentes dont aucune tendance claire ne peut être dégagée. De plus, les travaux préparatoires en question ne rapportent les vues que de 10 juristes, principalement européens, qui ne représentent que quelques États. M. Hassouna souscrit donc à la mise en garde formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 90 : « les travaux préparatoires ne suffisent pas nécessairement à eux seuls à tirer des conclusions définitives ». Il appuie néanmoins les quatre conclusions générales énoncées aux paragraphes 108 et 109.

Le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 110, que les principes généraux du droit ont été fréquemment invoqués dans des instruments internationaux et dans la jurisprudence internationale. Aux paragraphes 111 à 139, il donne un aperçu succinct et non exhaustif de ces renvois aux principes généraux ; cette partie du rapport n'est qu'une première tentative visant à montrer la diversité des sources disponibles et ne fournit donc pas une analyse ou évaluation structurée des divers éléments. Au paragraphe 139, le Rapporteur spécial conclut seulement que les exemples donnés attestent la pertinence et la complexité du sujet, mais l'on peut tirer d'autres conclusions des éléments présentés. Premièrement, des principes généraux existent dans presque tous les domaines du droit international, le plus souvent en tant que normes juridiques de caractère procédural, par exemple les principes de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) ou de l'estoppel. Deuxièmement, selon le Rapporteur spécial, les principes généraux sont invoqués plus fréquemment par les États que par les juridictions internationales. Troisièmement, l'emploi du terme « principes généraux » et sa définition juridique demeurent relativement ambigus et aucune tendance claire ne peut être identifiée. Une analyse plus poussée de l'abondante jurisprudence est donc justifiée et il faut savoir gré au Rapporteur spécial d'indiquer au paragraphe 126 qu'une analyse exhaustive de la jurisprudence figurera dans ses rapports suivants en ce qui concerne certaines questions.

Dans la quatrième partie du rapport, le Rapporteur spécial commence par disséquer le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Après en avoir analysé la première partie, à savoir les principes généraux de droit, il propose quatre conclusions. M. Hassouna dit qu'il souscrit à l'interprétation donnée par le Rapporteur spécial du mot « droit » au paragraphe 156 de son rapport, selon laquelle les principes généraux découlent tant des systèmes juridiques internes que du système international. Il souscrit également à la dernière conclusion, à savoir que les principes généraux sont généralement d'application universelle. En ce qui concerne l'interprétation du mot « reconnus », M. Hassouna approuve pleinement la conclusion du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 165 et 175 de son rapport, à savoir que la reconnaissance est « la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit ». Citant un grand nombre d'ouvrages de doctrine, le Rapporteur spécial établit deux formes générales de reconnaissance : d'une part la reconnaissance de l'existence d'un principe général dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux, d'autre part la formation d'un principe général dans le cadre du système juridique international lui-même. La conclusion qu'il en tire est que l'exigence de la reconnaissance est cruciale aux fins de l'identification des principes généraux du droit et devra faire l'objet d'une analyse approfondie dans un rapport futur. Dans ce contexte, la différence entre reconnaissance et acceptation comme étant le droit, l'une des conditions *sine qua non* de l'existence d'une règle coutumière, devrait être clarifiée dans le rapport futur qui traitera de l'identification des principes généraux du droit.

Le troisième élément du paragraphe 1 c) de l'article 38 soulève une question fondamentale, à savoir de qui doit émaner la reconnaissance. Aux termes du Statut, elle doit émaner des « nations civilisées ». Toutefois, comme expliqué à juste titre dans le rapport, cette expression est l'une des illustrations les plus évidentes de l'héritage colonial qui

subsiste en droit international. Son existence s'explique assurément par les circonstances historiques dans lesquelles les statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice ont été élaborés et adoptés. Depuis lors, la décolonisation a eu des conséquences en droit international et a mis en lumière la nécessaire égalité juridique des États. Il est donc plus que justifié que cette expression anachronique n'apparaisse plus dans les textes issus des travaux de la Commission.

Une question qui n'est pas traitée dans la quatrième partie du rapport est celle de la controverse concernant le droit intertemporel et les principes généraux, à savoir si le paragraphe 1 c) de l'article 38 ne vise que les principes généraux qui existaient en 1920 ou en 1945, ou vise également des principes progressistes qui ont vu le jour après l'adoption de cette disposition ou pourraient se former à l'avenir, comme l'«équité intergénérationnelle» ou «l'obligation de protéger et de préserver l'ordre et l'environnement naturels». Relevante que des opinions diverses ont été exprimées sur cette question dans la doctrine, M. Hassouna dit qu'il est personnellement convaincu que les principes généraux, en tant que fondements de tout système juridique, peuvent évoluer au fil du temps, car le système lui-même est évolutif. Il serait utile que le Rapporteur spécial explique sa position à cet égard, car elle peut influencer sur ses travaux futurs.

Au chapitre II de la quatrième partie, le Rapporteur spécial se penche sur les origines des principes généraux du droit, une question qui ne doit pas être confondue avec celle de l'identification de ces principes, laquelle doit être examinée dans un rapport futur. Les deux principales catégories de principes généraux du droit, qui sont fonction de l'origine de ces principes, sont les principes découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. S'appuyant sur diverses sources judicieusement choisies, le Rapporteur spécial explique que les principes généraux du droit découlent des systèmes juridiques nationaux selon un processus en deux étapes : premièrement, ils doivent être identifiés dans un nombre de systèmes juridiques nationaux suffisamment important et représentatif et, deuxièmement, ils doivent être transposés dans le système juridique international. Si la première étape semble relativement claire, la seconde soulève plusieurs questions. Comment la transposition, l'adaptation ou le transfert est-il administré ? Comment la transposition change-t-elle la valeur normative ou la substance d'un principe général de droit interne ? Quels facteurs doivent être pris en compte pour incorporer un principe général dans le système juridique international ? M. Hassouna dit qu'il est donc pleinement d'accord avec le Rapporteur spécial : la question mérite d'être examinée plus avant dans le rapport qui sera consacré à l'identification des principes généraux du droit.

La seconde catégorie de principes généraux, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international, fait l'objet des paragraphes 231 à 253 du rapport à l'examen. Le Rapporteur spécial donne divers exemples tirés de la pratique des États et de la jurisprudence et indique certaines des principales questions qui se posent. Dans ce contexte, la relation étroite entre l'acte de reconnaissance par les États et la fonction d'un principe général du droit mérite d'être examinée plus avant. Le Rapporteur spécial devrait aussi étudier le rapport entre la distinction entre principes généraux de procédure et principes généraux de fond et la catégorisation des principes en fonction de leur origine. Là encore, il convient de répondre à de nombreuses questions cruciales, y compris celle de l'existence même de la seconde catégorie. Le Rapporteur spécial a toutefois promis d'apporter les réponses nécessaires dans le rapport qu'il doit consacrer à l'identification des principes généraux.

L'examen, aux paragraphes 254 à 258, de l'incohérence de la terminologie utilisée aurait été plus à sa place au début du rapport. M. Hassouna dit qu'il approuve néanmoins le choix terminologique du Rapporteur spécial et juge totalement justifiée sa décision d'abandonner le terme « nations civilisées ».

S'agissant des trois projets de conclusion proposés, M. Hassouna relève que le libellé du projet de conclusion 1 est bref et concis. Il serait donc bon que sa teneur soit expliquée et développée dans le commentaire. Si c'est essentiellement sur la fonction des principes généraux en tant que source du droit international que les travaux doivent être axés, plusieurs autres fonctions mentionnées au paragraphe 26 devraient également être examinées.

M. Hassouna dit que d'une manière générale il approuve et appuie le projet de conclusion 2 proposé. Toutefois, comme l'ont relevé d'autres membres, le terme « États » risque d'en limiter la portée en excluant d'autres acteurs concernés. Ce terme pourrait peut-être être remplacé par les mots « la communauté internationale », mais une analyse plus poussée est nécessaire à cet égard. M. Hassouna convient également avec le Rapporteur spécial que plusieurs des questions les plus importantes que soulève le projet de conclusion 2, en particulier celles mentionnées au paragraphe 187, doivent être élucidées dans un rapport futur et que leur examen pourra donc avoir un impact sur le libellé du projet de conclusion.

Quant au projet de conclusion 3, relevant les préoccupations exprimées par de nombreux membres en ce qui concerne la catégorie b), à savoir les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international, M. Hassouna dit qu'il serait préférable d'examiner la question à un stade ultérieur, une fois que la Commission se sera penchée sur l'identification des principes généraux du droit.

M. Hassouna dit que d'une manière générale il approuve le programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial, mais se demande s'il n'aurait pas été préférable de commencer par identifier les principes généraux du droit avant d'examiner leurs fonctions. Des informations sur la pratique des États en la matière seraient réellement utiles au Rapporteur spécial aux fins des travaux sur le sujet ; la Commission devrait donc envisager d'inviter les États à lui fournir de telles informations en leur adressant un questionnaire.

En conclusion, M. Hassouna dit qu'il appuie le renvoi des trois projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.