

Provisoire

**Réservé aux participants**

30 août 2021

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-douzième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3538<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 13 juillet 2021, à 11 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](mailto:trad_sec_fra@un.org)).



**Présents :**

*Président :* M. Hmoud  
*Membres :* M. Argüello Gómez  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M. Forteau  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Hassouna  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M<sup>me</sup> Oral  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Petrič  
M. Rajput  
M. Reinisch  
M. Saboia  
M. Šturma  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
Sir Michael Wood  
M. Zagaynov

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 11 h 5.*

**Principes généraux du droit** (point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/741 et A/CN.4/741/Corr.1)

M. Tladi tient à remercier le Rapporteur spécial, M. Vázquez-Bermúdez, pour son très intéressant deuxième rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/741 et Corr.1). Compte tenu de l'importance du sujet, la Commission devrait adopter une approche prudente et éviter de faire preuve d'une créativité excessive. En d'autres termes elle ne devrait pas créer de nouvelles catégories de principes généraux du droit. S'il est globalement d'accord en ce qui concerne la première catégorie de principes généraux du droit proposée par le Rapporteur spécial, à savoir ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux, M. Tladi a des doutes sur la deuxième catégorie, à savoir ceux qui sont formés dans le cadre du système juridique international. Il convient avec le Rapporteur spécial que l'expression « l'ensemble des nations » devrait être utilisée à la place de « nations civilisées » et souhaite rappeler qu'à la soixante et onzième session de la Commission, il avait suggéré au Rapporteur spécial de se demander si l'utilisation du terme « nations » avait une signification quelconque. La réponse à cette question pourrait bien influencer l'analyse de la Commission concernant la détermination des principes généraux du droit. Apparemment, dans le rapport, les mots « États » et « nations » sont traités comme synonymes. Or, selon M. Tladi, ces termes ont des significations différentes. Il avait espéré que la différence entre les deux termes serait examinée dans le deuxième rapport. La question pourrait peut-être être traitée dans le commentaire.

M. Tladi convient avec le Rapporteur spécial qu'il est bien établi que les principes généraux de droit au sens de l'Article 38 (par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice comprennent ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux. Il souhaite toutefois faire un certain nombre d'observations concernant la deuxième partie du rapport. Tout d'abord, au paragraphe 20, l'affirmation selon laquelle l'analyse en deux temps qui est nécessaire pour déterminer ces principes est une « opération double » suppose que tous les éléments soient évalués simultanément. Or, dans la pratique, il faut d'abord s'assurer que le principe en question existe dans les principaux systèmes juridiques du monde, et c'est seulement après qu'il est possible de rechercher si le principe peut être transposé dans l'ordre juridique international. Ces deux démarches ne peuvent pas être menées à bien en même temps.

Deuxièmement, M. Tladi convient généralement qu'une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux est nécessaire pour déterminer si un principe juridique est en fait un principe général de droit. Une telle analyse devrait être large et représentative sans pour autant être exhaustive, vu que les principes généraux de droit sont larges par nature ; il n'est pas nécessaire que tous les aspects de ces principes soient les mêmes partout. Bien que cette question soit abordée dans le rapport, M. Tladi est d'avis qu'il faudrait la traiter plus explicitement dans le commentaire.

Troisièmement, au paragraphe 26 du rapport, le Rapporteur spécial affirme, en se fondant sur les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, que les règles du droit international général doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale, ce qui implique que lesdites règles soient reconnues par lesdits membres en général. M. Tladi admet que ces règles doivent être reconnues par ces membres en général, mais il doute que ce soit parce qu'elles s'appliquent dans des conditions égales à tous les membres.

Quatrièmement, M. Tladi ne comprend pas bien le sens de la dernière phrase du paragraphe 72. S'il est exact de dire que les règles des États dérivées des règles d'organisations internationales doivent être prises en considération dans l'analyse comparative, il n'est pas certain que les règles des organisations internationales doivent être considérées de la même manière. À son avis, cette question mérite une analyse plus approfondie de la part du Rapporteur spécial. Elle est d'ailleurs liée à sa remarque précédente sur la différence entre « États » et « nations ».

S'agissant de la transposition des principes dans le système juridique international, M. Tladi estime que l'approche adoptée par le Rapporteur spécial est inutilement compliquée. Pour lui, la question est simple : le principe en question est-il transposable dans l'ordre juridique international ? Or, pour le Rapporteur spécial, la question comporte deux éléments cumulatifs : il s'agit de savoir d'une part, si le principe est compatible avec les principes fondamentaux du droit international et, d'autre part, si les conditions de sa bonne application dans le système juridique international sont réunies. Pour justifier cette approche, le Rapporteur spécial renvoie à plusieurs décisions de justice et aux conclusions des États au cours de procédures judiciaires, mais ne fait référence à aucune décision exigeant que les deux éléments soient cumulés. Si telle est l'approche proposée, il serait nécessaire qu'elle soit fondée sur la preuve qu'il y a bien deux critères cumulatifs. Les éléments identifiés par le Rapporteur spécial pourraient utilement figurer dans le commentaire, comme exemples de transposabilité.

M. Tladi a décelé plusieurs autres problèmes liés à cette proposition. Tout d'abord, au paragraphe 77, le Rapporteur spécial explique comment l'Inde, dans ses conclusions écrites en l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, a contesté le principe général de droit invoqué par le Portugal au motif qu'il aurait été incompatible avec le droit international, mais l'extrait cité, qui ne fait pas mention de la compatibilité avec les principes fondamentaux du droit, envisage seulement la question de l'analogie entre principes. Ensuite, le rapport contient plusieurs références à l'interprétation des traités, et non aux principes généraux de droit. La citation, au paragraphe 78, extraite du contre-mémoire de l'Australie dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, est un exemple parmi d'autres. Enfin, au paragraphe 79, la référence aux arguments avancés par le Danemark et les Pays-Bas dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ne tient pas compte d'une nuance importante, à savoir que ces arguments renvoyaient aux principes sur lesquels est fondé le droit régissant ce domaine, et non aux principes fondamentaux de droit international. Pour toutes ces raisons, M. Tladi a des doutes sur les critères cumulatifs proposés par le Rapporteur spécial.

S'agissant de la troisième partie du rapport, relative à la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, M. Tladi dit avoir été d'abord surpris de voir son nom cité, dans la note de bas de page 177, parmi ceux des membres censés appuyer l'existence de cette catégorie de principes. Toutefois, après avoir relu l'intervention qu'il avait faite et le compte rendu correspondant (A/CN.4/SR.3489), il a conclu que le Rapporteur spécial, en lui attribuant ce point de vue, était pleinement justifié car son discours était relativement ambigu. Cela peut néanmoins s'expliquer par le fait que comme il le mentionnait lui-même, il considérait que le premier rapport avait un caractère préliminaire et introductif, et aussi exploratoire. Dans cette intervention, il expliquait également que si, intuitivement, il souscrivait à une bonne partie des propos du Rapporteur spécial, il considérait que le premier débat de la Commission sur le sujet n'offrait pas l'occasion d'exprimer un ferme accord ou désaccord sur les propositions contenues dans le rapport. Il avait plutôt profité de l'occasion pour mettre en lumière les questions et les nuances qui, selon lui, devaient retenir l'attention du Rapporteur spécial et de la Commission au fur et à mesure de l'avancement des travaux sur le sujet. Ainsi, tout comme le premier rapport, sa précédente intervention était de nature plutôt exploratoire.

M. Tladi a beaucoup de sympathie pour le point de vue du Rapporteur spécial et il aimerait soutenir la notion de principes généraux formés dans le cadre du système juridique international. Il y a pourtant de sérieux problèmes qu'il faudrait surmonter, et il n'est pas certain que le deuxième rapport aide la Commission à les surmonter, même s'il contient quelques solides arguments en faveur de la catégorie en question. Par exemple, les arguments relatifs aux principes environnementaux énoncés aux paragraphes 136 et 137 du rapport ont une certaine force. Ces arguments expliquent en partie pourquoi dans presque tous les manuels portant sur le droit international de l'environnement, il est fait état de l'émergence de principes environnementaux par des processus quelque peu différents de ceux par lesquels se dégagent les principes généraux du droit international en général. M. Tladi estime aussi que la référence, au paragraphe 139, à l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)* et les observations qui s'y rapportent sont dans l'ensemble convaincantes.

Néanmoins, si ces deux exemples permettent d'étayer dans une certaine mesure cette catégorie de principes généraux, ils ne permettent pas à eux seuls de surmonter les problèmes qui y sont liés. De plus, ces deux exemples pourraient probablement s'expliquer par les règles normales du droit international coutumier. Ainsi, au cours du débat concernant le premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/663), lorsque la question a été posée de savoir si les conditions de formation du droit international coutumier étaient différentes dans certains domaines du droit international, de nombreux membres, de part et d'autre du débat, ont cité comme exemples les principes du droit international de l'environnement. C'est sur cette base que le libellé du paragraphe 6 du commentaire de la conclusion 2 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier a été adopté. Comme les membres s'en souviennent peut-être, il est dit au début du paragraphe 6 que la même méthodologie s'applique à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier dans tous les domaines du droit international. Cependant, le paragraphe se conclut ainsi : « dans son application effective, l'approche fondamentale peut très bien tenir compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée ».

De même, si l'extrait de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou* vise certains principes généraux, c'est en réalité une règle générale du droit international que la Cour a appliquée et qu'elle a mentionnée comme telle. L'élément déterminant dans cet arrêt est la règle de droit international coutumier qui pose « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États. ». Pour M. Tladi, le principal problème tient à ce qu'il serait possible d'appliquer ce raisonnement à un grand nombre, sinon la totalité, des exemples fournis dans le rapport.

Ainsi, bien que le paragraphe 123 fasse référence aux Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (Principes de Nuremberg), il n'est pas certain qu'à l'époque où ils ont été formulés, ces principes aient réellement été considérés comme des principes de droit international. La Commission les a nommés ainsi parce que c'était le titre du sujet qui lui avait été assigné par l'Assemblée générale. Cependant, un examen attentif du texte montre que la Commission ne s'est jamais approprié ces principes et ne les a jamais considérés comme des principes de droit international. De fait, la Commission a expressément précisé que sa tâche « ne consistait pas à porter un jugement sur ces principes en tant que principes du droit international, mais purement et simplement à les formuler ».

Au paragraphe 126, il est fait référence à un dictum de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kolk et Kislyiy c. Estonie*. Ce dictum est intéressant en ce que la Cour, si elle relève la valeur universelle des principes qui ont depuis été acceptés en tant que *jus cogens*, a en fait déclaré que l'Estonie était devenue liée par ces principes après avoir adhéré à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

De même, la référence à la clause Martens au paragraphe 131 ne permet pas d'appuyer la proposition du Rapporteur spécial, du moins pas de manière concluante. Les principes de droit international visés dans cette clause sont censés résulter « des usages établis entre nations civilisées », une expression couramment employée à l'époque pour décrire le droit international coutumier, ce qui est reconnu au paragraphe 133 du rapport. Cependant, pour sauver l'essentiel de la proposition, il est ensuite dit dans le rapport que les principes généraux visés à l'Article 38 (par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice sont ceux qui résultent des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. Le problème est que ces concepts – lois de l'humanité et conscience publique – ne sont pas synonymes de système juridique international. Par exemple, les exigences de la conscience publique sont une notion bien connue dans le droit des contrats de nombreux États ; les contrats qui choquent la conscience publique sont souvent considérés comme nuls. Bien que le concept puisse être interprété dans le sens proposé par le Rapporteur spécial, ce n'est que l'une des nombreuses lectures possibles.

Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'affirmation figurant au paragraphe 147 à propos du consentement à la compétence. De l'avis de M. Tladi, c'est là une règle ou un principe qui est fermement établi en droit international coutumier et qui n'est pas nécessairement dépendant de l'Article 38 (par. 1 c). À titre de dernier exemple, il est fait référence, au paragraphe 150, au principe de *l'uti possidetis juris* considéré comme un principe général dans l'affaire relative au *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. Pour sa part, M. Tladi a toujours lu le passage cité de l'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice comme l'affirmation d'un principe de droit international coutumier.

M. Tladi précise que si ses commentaires sur la troisième partie du rapport peuvent paraître quelque peu négatifs, cela ne correspond pas à son intention. Il est seulement légèrement sceptique et a expliqué les raisons de ce scepticisme. Bien qu'il n'ait nullement l'intention de s'opposer à un éventuel consensus, il souhaite que sa position soit prise en considération.

S'agissant des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, M. Tladi n'a aucune observation de fond à faire sur le projet de conclusion 4. Il approuve la substance du projet de conclusion 5 mais considère que le texte pourrait être amélioré. Le projet de conclusion 6 devrait simplement disposer que le principe en question, outre qu'il est un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, doit aussi être transposable. Les conditions supplémentaires n'ont pas à être précisées dans le texte, mais elles devraient être mentionnées dans le commentaire comme quelques-uns des critères de la transposition. Bien qu'il ait quelques doutes à propos du projet de conclusion 7, M. Tladi ne s'opposera pas à son inclusion s'il existe un accord entre les membres. Enfin, il approuve les projets de conclusions 8 et 9.

**M. Valencia-Ospina**, dans une déclaration vidéo préenregistrée, tient à remercier le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, qui s'appuie de manière cohérente sur le contenu du premier rapport et analyse de manière convaincante la jurisprudence et la doctrine concernant la détermination des principes généraux du droit. Par conséquent, il appuie le renvoi au Comité de rédaction des six projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport. Sur les trois projets de conclusion qui lui ont été soumis en 2019, le Comité de rédaction a adopté le premier et n'a pas travaillé sur les deuxième et troisième projets, si bien que les projets de conclusions 2 et 3 n'ont pas encore été adoptés provisoirement par le Comité ni, à plus forte raison, par la Commission. Celle-ci devrait garder cela à l'esprit, car le Comité de rédaction, la plupart du temps, apporte des modifications substantielles aux textes qui lui sont renvoyés.

Le rapport contient de fréquentes références aux opinions exprimées par des États sur les principes généraux de droit dans le cadre d'affaires contentieuses, mais l'objectif visé par l'étude de ces opinions n'apparaît pas clairement. S'il s'agit d'établir le droit international coutumier en démontrant l'existence d'une *opinio juris*, il aurait été utile que cela soit précisé d'emblée. Si l'étude des opinions ainsi exprimées par des États a un autre but, il serait tout aussi utile que cela soit précisé.

M. Valencia-Ospina approuve l'idée, énoncée dans le projet de conclusion 4, que les principes généraux de droit peuvent découler des systèmes nationaux et qu'ils doivent être communs aux principaux systèmes juridiques du monde et être transposables dans le système juridique international. Pour déterminer si une règle ou un principe est commun aux principaux systèmes juridiques, M. Valencia-Ospina convient qu'il y a lieu de présumer que les règles et principes sont communs à l'intérieur de grandes familles juridiques. Cela vaut particulièrement lorsque la règle ou le principe est une caractéristique d'une famille juridique déterminée. Cependant, cette présomption disparaît lorsque la règle ou le principe ne fait pas partie de la nature ou de la définition de la famille juridique.

Le large éventail de documents utilement mentionnés aux paragraphes 70 et 71 comme étant pertinents pour l'identification des principes de droit dans les systèmes juridiques nationaux pourrait également être reflété dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 qui, dans sa rédaction actuelle, pourrait être interprété de manière trop étroite. Ce paragraphe pourrait se lire ainsi : « *The comparative analysis includes for each State an assessment of the sources of law of that State, such as, if applicable, national legislation, executive orders, and decisions of national courts.* » [L'analyse comparative comprend pour

chaque État un examen des sources du droit de cet État comme, le cas échéant, la législation nationale, les décisions du pouvoir exécutif et la jurisprudence des tribunaux nationaux.].

Au paragraphe 72, le Rapporteur spécial affirme que la pratique des organisations internationales pourrait être pertinente aux fins de la détermination des principes généraux du droit. Hormis le fait que la pratique et la jurisprudence sur ce point ont un caractère succinct et ne seraient probablement pas suffisantes pour vaincre le scepticisme quant à la validité de cette affirmation, le rapport ne précise pas à quoi servirait l'examen de la pratique des organisations internationales. Si le rôle des organisations internationales doit être exactement le même que celui des États, il faut reconnaître qu'une telle règle n'est contenue ni expressément ni implicitement dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice lequel, au paragraphe 1 c, exige sans ambiguïté que les principes soient reconnus uniquement par les « nations civilisées », et non par les organisations internationales. Par conséquent, une telle proposition devrait être plus amplement justifiée.

L'idée est apparemment que certaines organisations internationales peuvent émettre des règles qui lient leurs États membres et sont directement applicables dans les systèmes juridiques de ces États. Dans ce cas, la règle de l'organisation internationale fera partie des règles internes de chacun des États membres et sera naturellement examinée dans le cadre de l'analyse nécessaire axée sur ces États membres en tant qu'États, indépendamment de leur statut de membre de l'organisation, lequel est dès lors non pertinent. Même si elle devait simplement servir de raccourci pour une analyse de ses États membres, l'étude de l'organisation internationale comporterait le risque d'avoir valeur de présomption, car l'examen du droit d'un État doit tenir compte de l'ensemble du système juridique de celui-ci. De plus, toutes les organisations internationales n'ont pas le pouvoir d'émettre des règles qui lient leurs États membres. Comment alors décider quelle organisation sera prise en compte dans l'analyse ? C'est pourquoi il serait utile de préciser quelque peu la teneur du paragraphe 72.

Le deuxième élément permettant de dégager des principes généraux de droit à partir des systèmes juridiques nationaux, à savoir leur transposition dans l'ordre juridique international, constitue une étape nécessaire de l'analyse, vu que tout principe découlant de systèmes juridiques nationaux qui n'est pas susceptible d'être transposé dans l'ordre juridique international ne peut avoir d'effet. M. Valencia-Ospina souhaite faire plusieurs observations à propos de ce deuxième élément du projet de conclusion 6.

Il serait tout d'abord utile de mentionner, au moins dans le commentaire, que le deuxième élément est une conséquence naturelle de la transposition d'un système dans un autre et n'est pas une caractéristique propre au contexte international du domaine cible. Autrement dit, les principes dérivés des systèmes juridiques nationaux existent dans un contexte et lorsqu'ils sont transposés dans un contexte différent, la transposition peut être imparfaite. Cela vaut indépendamment du caractère international du contexte ; la transposition pourrait tout autant laisser à désirer si elle intervenait d'un système juridique national à un autre. Les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* mentionnées aux paragraphes 79 et 80 du rapport en sont un bon exemple. En l'espèce, la Cour internationale de Justice a affirmé que la doctrine de la « part juste et équitable » ne pouvait être considérée comme un principe général de droit, dans la mesure où elle était « absolument étrangère [...] à la conception fondamentale du régime du plateau continental ». La doctrine de la part juste et équitable correspond cependant à un principe qui s'applique *ab initio* à certains contextes de partage dont ne fait pas partie la délimitation du plateau continental. Ce qui rend le principe inapplicable dans ce contexte c'est, non pas le caractère international de la délimitation du plateau continental, mais la nature du plateau continental lui-même, comme la Cour l'a clairement indiqué.

Deuxièmement, l'élément de transposition dans l'ordre juridique international n'est pas mentionné dans le Statut de la Cour internationale de Justice qui constitue la base des travaux de la Commission sur le sujet. Par conséquent, la condition de reconnaissance, découlant du Statut, qui doit être remplie pour le premier élément de l'existence de principes généraux de droit dérivés des systèmes juridiques nationaux, ne constitue pas nécessairement un élément qui est aussi requis pour le second élément, comme le Rapporteur spécial semble le supposer aux paragraphes 21 et 22 du rapport. Cette hypothèse ne jouant aucun rôle dans l'analyse ultérieure exposée dans le rapport, il n'est pas nécessaire de la formuler.

Troisièmement, il faut faire preuve de prudence lorsque l'on donne des exemples de la différence entre les principes de l'ordre juridique international qui empêchent la transposition et le droit positif international proprement dit, comme le principe de l'immunité souveraine. L'importance de la nature de la condition empêchant la transposition est reconnue au paragraphe 84, où il est affirmé que seuls les principes fondamentaux du droit international peuvent avoir cet effet. Il n'est cependant pas clairement expliqué dans le rapport ce qui rend un principe fondamental. Puisque des règles plus générales peuvent donner naissance à des règles plus spécifiques, ce que peuvent faire aussi bien des principes que des principes plus « fondamentaux », le simple fait qu'une caractéristique proposée de l'ordre juridique international a donné lieu à des règles spécifiques n'en fait pas, en soi, un principe fondamental.

Quatrièmement, il semble exister une incohérence dans l'argumentation développée aux paragraphes 83 et 84 puisqu'il est dit, d'une part, que l'absence d'un principe empêchant la transposition est une nécessité pour la formation d'un principe général de droit, ce qui présuppose qu'un principe n'a d'effet en droit international que s'il n'y a pas empêchement, et qu'il est affirmé d'autre part que le principe non encore transposé en droit international est sur un pied d'égalité avec le droit conventionnel et le droit international coutumier. Il serait utile de traiter ce point dans un futur rapport sur le sujet.

Cinquièmement, il est affirmé dans le chapitre III (B) de la deuxième partie du rapport que pour qu'un principe commun puisse être transposé, il faut que soient réunies les conditions d'une bonne application de ce principe dans l'ordre juridique international. Si l'idée qui sous-tend cette proposition est claire, on comprend moins bien pourquoi une difficulté d'application devrait empêcher un principe de devenir un principe de droit. L'hypothèse semble être qu'il existe des cas où un principe dérivé des systèmes juridiques nationaux pourrait être un principe général de droit sauf s'il pose des difficultés d'application. Le problème est qu'une difficulté d'application n'est pas un motif admissible ou convaincant de dérogation au droit. Peut-être faut-il comprendre qu'il y a quelque chose de fondamental dans la nature du système juridique international qui empêcherait l'incorporation dans ce système du droit en question. Or, cette situation est couverte par le premier élément de la transposition déjà examiné dans le chapitre III (A) de la deuxième partie.

En ce qui concerne les différences entre la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et la méthode de détermination du droit international coutumier, qui sont examinées dans le chapitre IV de la deuxième partie, trois distinctions supplémentaires pourraient être utilement ajoutées à celles proposées dans le rapport. Tout d'abord, le droit international coutumier doit être accepté *expressis verbis* par les États par le biais d'une loi écrite ou d'une action claire de l'État accompagnée d'une *opinio juris*, alors que les principes généraux du droit peuvent être contenus implicitement dans les systèmes juridiques. Deuxièmement, le droit international coutumier concerne davantage l'action des pouvoirs exécutif et législatif, tandis que les principes généraux du droit concernent généralement les tribunaux et les règles de fond et de procédure que ceux-ci doivent interpréter et appliquer. Troisièmement, les règles qui sont devenues du droit international coutumier sont de nature internationale, alors que les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux peuvent être nationaux ou internationaux.

S'agissant du projet de conclusion 7, il est essentiel de garder à l'esprit, dès le départ, que les « principes généraux de droit » sont une source autonome du droit international au même titre que les conventions internationales et la coutume internationale, les deux autres sources mentionnées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et que, comme le souligne le rapport, il n'existe aucune hiérarchie entre ces trois sources. Cela dit, M. Valencia-Ospina soutient les propositions, reflétées dans les alinéas b) et c) du projet de conclusion 7, selon lesquelles les principes généraux de droit peuvent être établis comme étant au fondement des règles générales du droit international conventionnel ou coutumier, ou comme étant inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. Ces derniers principes correspondent, après tout, à ce que signifie précisément le concept de principes généraux du droit propres à l'ordre juridique international. Comme il est dit dans le rapport, et comme M. Valencia-Ospina lui-même l'a

affirmé à la soixante et onzième session de la Commission, le principe du consentement à la compétence est un excellent exemple à cet égard.

M. Valencia-Ospina estime plus difficile de soutenir la proposition énoncée à l'alinéa a) du projet de conclusion 7, selon laquelle les principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux sont des principes généraux de droit. Si un principe a été largement reconnu dans des traités, il peut constituer une obligation conventionnelle liant les parties aux traités et, dans certains cas, être utile pour la détermination du droit international coutumier. Cependant, l'idée qu'un principe reconnu dans des traités pourrait lier des États qui n'y sont pas parties pour la seule raison que le principe y est mentionné constitue une entorse pour le moins discutable au droit traditionnel, et les exemples de tels principes fournis dans le chapitre II (A) de la troisième partie du rapport ne suffisent pas à convaincre M. Valencia-Ospina du contraire.

Au paragraphe 125 par exemple, aucune des affirmations relatives aux Principes de Nuremberg ne démontre qu'il s'agit de principes généraux de droit. Le paragraphe 126 fait référence à l'affaire *Kolk et Kislyiy c. Estonie* examinée par la Cour européenne des droits de l'homme mais, vu que le raisonnement juridique sous-tendant la décision sur la recevabilité rendue par la Cour dans cette affaire a été mis en doute, cette décision ne constitue pas la base la plus convaincante pour se forger une opinion éclairée. Plus précisément, il ne ressort pas clairement de la décision que la Cour y affirme que les principes relatifs aux crimes contre l'humanité, tels que reconnus par l'Accord de Londres de 1945, ont acquis une validité universelle après l'adoption des Principes de Nuremberg et la formation du Tribunal militaire international, parce qu'ils ont été reconnus par l'Assemblée générale des Nations Unies, ce qui est l'interprétation qu'appelle le projet de conclusion 7 a). La Cour semble plutôt affirmer qu'au moment de leur adoption, les principes relatifs aux crimes contre l'humanité avaient une validité universelle et que l'Assemblée générale les a simplement confirmés : « [...] la Cour relève que la validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité a été confirmée par la suite, notamment par la résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations Unies (11 décembre 1946) puis par la Commission du droit international ».

Le paragraphe 130 reflète une interprétation particulière des termes employés par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Même si cette interprétation est possible, elle n'est pas nécessaire. En dehors de l'utilisation de l'expression « nations civilisées », l'énoncé de la Cour ne semble pas être autre chose qu'une référence au droit international coutumier. Aux paragraphes 135 à 137, le rapport considère le principe du pollueur-payeur comme un principe général de droit dérivé du droit international de l'environnement. Il apparaît cependant que le principe peut également être analysé sous l'angle du projet de conclusion 7 b). Pour toutes ces raisons, M. Valencia-Ospina n'est pas convaincu par les exemples donnés à l'appui du projet de conclusion 7 a).

Il note que les projets de conclusions 8 et 9, relatifs respectivement aux décisions de juridictions et à la doctrine des publicistes, s'inspirent de l'Article 38 (par. 1 d) du Statut de la Cour internationale de justice, dans lequel l'expression « détermination des règles de droit » est utilisée. Leur libellé reprend *mutatis mutandis*, pour les raisons exposées dans la quatrième partie du rapport, celui des conclusions 13 et 14 du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, moyennant le remplacement de l'expression « détermination des règles de droit international coutumier » par « détermination des principes généraux de droit ». M. Valencia-Ospina ne remet pas en question la validité de l'approche adoptée par la Commission dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier ni le point de vue du Rapporteur spécial qui considère qu'il n'y a aucune raison de s'écarter de cette approche aux fins du sujet à l'examen. Toutefois, la transposition terminologique et conceptuelle n'est expliquée que de façon lapidaire, au paragraphe 177 du rapport, par une interprétation de l'Article 38 qui, en fait, assimile les « règles » aux « principes ». Une explication plus détaillée serait nécessaire.

En conclusion, M. Valencia-Ospina ne peut manquer de souligner, sur une note plus légère, qu'alors que les projets de conclusions 8 et 9 proclament encore que les décisions des juridictions et la doctrine des publicistes ne constituent qu'un moyen auxiliaire de détermination des principes généraux de droit, l'essentiel du droit et de la littérature sur lesquels se fonde le deuxième rapport est précisément constitué de décisions de juridictions

– notamment celles rendues par la Cour internationale de Justice et d'autres cours et tribunaux internationaux – et de la doctrine de publicistes. En conclusion, M. Valencia-Ospina renouvelle ses sincères remerciements au Rapporteur spécial pour son travail et réaffirme son soutien au renvoi des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

**M. Forteau**, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, dit que ce rapport contient une étude très substantielle et très claire des différents aspects du sujet. Il tient également à remercier le secrétariat pour sa très utile étude sur les traités et la jurisprudence dans le domaine examiné. Avant de commenter dans le détail certains éléments du deuxième rapport, il souhaite formuler quatre observations de caractère général.

Tout d'abord, il rappelle que lors de l'examen par la Commission du premier rapport du Rapporteur spécial en 2019, plusieurs membres ont posé la question de savoir si l'intitulé du sujet en français devait être « principes généraux de droit » ou « principes généraux du droit » ; une question analogue s'est posée pour la version espagnole de l'intitulé. Ce débat n'ayant pas été tranché, le Comité de rédaction n'a adopté le projet de conclusion 1 que dans sa version anglaise. M. Forteau ne souhaite pas prendre position à ce stade sur ce débat, la décision devant dépendre avant tout de l'objet et du contenu des projets de conclusion qui seront adoptés par la Commission. Si les projets de conclusion ne portent finalement que sur les principes importés des systèmes juridiques nationaux, c'est la première solution qui devrait être retenue dans la version française, à l'instar de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Si, en revanche, les projets de conclusion couvrent aussi d'autres principes qui seraient propres à l'ordre juridique international, M. Forteau serait partisan de recourir à la seconde solution, c'est-à-dire conserver la formulation actuelle du sujet. Quel que soit finalement le choix qui sera fait quant aux types de principes pris en compte, il faudra s'assurer à tout le moins que les projets de conclusion et les commentaires s'y rapportant utilisent la terminologie appropriée de manière rigoureuse et systématique. Malheureusement, cela n'a pas été fait dans la version française du rapport annuel de la Commission de 2019 (A/74/10), ce qui introduit quelque confusion sur ce point.

La deuxième observation de M. Forteau porte sur la nécessité de définir la notion de « principe », par opposition aux termes « règle » ou « norme ». Dans le premier rapport sur le sujet (A/CN.4/732), le Rapporteur spécial a estimé qu'il ne fallait pas nécessairement donner un sens particulier au terme « principe » ni en réduire la portée. Cependant, la Commission ne pourra pas faire l'économie d'une définition de ce terme car le sens qui lui sera donné aura un impact sur des questions importantes, comme celle des rapports entre les principes généraux et les règles coutumières ou la notion de « règle [...] de droit international » visée à l'article 31 (par. 3 c)) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il conviendrait d'adopter un projet de conclusion précisant la portée et le sens du terme « principe », et en particulier la différence entre les notions de « principe » et de « norme ».

En troisième lieu, étant donné que l'objet même du deuxième rapport est de définir les critères applicables à la détermination des principes généraux, M. Forteau dit que pour identifier et formuler ces critères, la Commission devrait garder à l'esprit deux considérations complémentaires: d'abord, le fait que les principes généraux ne sont en pratique appliqués que de manière subsidiaire, lorsqu'il n'existe aucune autre norme applicable ; ensuite, le fait qu'il s'agit précisément de principes et non de normes précises et détaillées. Ces deux caractéristiques ont pour conséquence qu'il n'y a pas de danger à retenir une appréciation souple des critères de détermination de ces principes généraux. À l'inverse, si les critères sont définis trop strictement, ces principes risquent de perdre tout intérêt, ce qui pourrait nuire à leur fonction.

Enfin, M. Forteau souscrit à plusieurs des observations méthodologiques du Rapporteur spécial, en particulier celle, importante, figurant au paragraphe 10 du rapport. Compte tenu du temps imparti à chaque orateur, il se bornera à mettre en lumière les points sur lesquels il n'est pas nécessairement d'accord avec le Rapporteur spécial.

Dans l'ensemble, il est d'avis que les conclusions du Rapporteur spécial sont trop exigeantes en ce qui concerne les principes dérivés des systèmes juridiques nationaux, et pas assez exigeantes en ce qui concerne les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international.

S'agissant tout d'abord des principes empruntés aux systèmes juridiques nationaux, il se dit évidemment d'accord pour abandonner la référence aux « nations civilisées » mais n'est pas totalement convaincu par l'expression proposée de « communauté des nations », car elle semble exclure les principes qui peuvent être également tirés des règles des organisations internationales, notamment régionales, auxquelles le Rapporteur spécial fait référence à juste titre au paragraphe 72 de son rapport. En revanche, l'expression « principaux systèmes juridiques du monde » lui paraît tout à fait appropriée.

Ensuite, M. Forteau n'est pas d'accord sur le critère figurant dans le projet de conclusion 5 (par. 2), à savoir que l'analyse comparative servant de base à la détermination d'un principe général de droit doit être « large et représentative ». Bien que le Rapporteur spécial évoque, au paragraphe 35, l'existence de « vastes analyses comparatives », un examen plus attentif des éléments de pratique et de jurisprudence cités dans le rapport montre que les États et les juridictions ne se livrent jamais à une analyse « large et représentative ». Dans les exemples cités, le nombre de systèmes juridiques nationaux consultés ne dépasse jamais, au mieux, la soixantaine d'États. La plupart du temps, l'étude ne porte que sur une vingtaine de systèmes juridiques nationaux, voire moins de 10. S'il importe que suffisamment de systèmes juridiques nationaux soient analysés, le critère qui se dégage de la pratique semble plus flexible que celui proposé par le Rapporteur spécial. De l'avis de M. Forteau, il suffirait d'exiger que la pratique analysée soit « représentative ».

S'il fallait ajouter un second critère, la Commission pourrait songer à celui suggéré par l'International Law Association en 2018, à savoir qu'un principe général sera censé exister s'il est reconnu par un nombre « significatif » (« *significant* ») de systèmes juridiques nationaux. On peut d'ailleurs noter, par analogie, que dans la conclusion 8 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, l'adverbe « suffisamment » a été ajouté avant les adjectifs « répandue et représentative », ce qui permet d'assouplir les critères retenus. De même, dans sa présentation orale, le Rapporteur spécial a précisé que l'analyse dépendait des circonstances de chaque cas. Ces éléments de souplesse devraient être reflétés dans le projet de conclusion 5 (par. 2).

Le critère énoncé dans le projet de conclusion 5 (par. 3) est également trop strict. La pratique montre que les juridictions se bornent souvent à consulter les législations nationales, sans examiner comment celles-ci sont interprétées en jurisprudence. M. Forteau propose donc de remplacer l'expression « des législations et jurisprudences nationales » par « des législations ou jurisprudences nationales ».

En outre, il ne pense pas qu'il soit pertinent de renvoyer aux techniques du droit comparé, comme cela est fait aux paragraphes 52 à 54 du rapport. Il s'agit, non pas de procéder à une analyse de droit comparé *stricto sensu*, avec toutes les contraintes méthodologiques que cela suppose, mais, plus simplement, comme le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie l'a dit dans son jugement dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*, de dégager les « notions de base » que tous les grands systèmes juridiques nationaux ont en commun, ce qui laisse une certaine marge d'appréciation.

Le rapport est également trop succinct sur une question essentielle, celle des modalités concrètes d'accès aux droits nationaux pertinents. Au paragraphe 26 du rapport, le Rapporteur spécial indique qu'il « convient d'examiner le plus grand nombre possible de systèmes juridiques nationaux », sans préciser ce qu'il faut entendre par « le plus grand nombre possible ». En particulier, il n'est pas indiqué quels sont critères permettant d'évaluer si l'obligation d'analyser un échantillon assez large de pratique nationale est respectée ou est censée être respectée par les cours et tribunaux. Dans l'affaire *Erdemovic*, citée au paragraphe 61 du rapport, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a indiqué s'être référé « aux juridictions dont la jurisprudence est disponible en pratique ». Mais quelle est exactement la portée de ce critère de « disponibilité » dans la pratique ? Ces questions sont fondamentales d'un point de vue opérationnel, et pourtant le Rapporteur spécial les esquisse totalement ; il propose à la place une présomption selon laquelle les systèmes juridiques nationaux relevant d'une même famille juridique retiendraient les mêmes solutions, et suggère par ailleurs de se fonder sur les travaux de doctrine pour identifier les principes généraux. Cela paraît être une voie raisonnable, mais il faudrait l'assumer de manière plus transparente dans les projets de conclusion.

En ce qui concerne les critères de la transposition abordés dans le projet de conclusion 6, M. Forteau, tout en approuvant la logique générale de cette conclusion, estime comme M. Valencia-Ospina que les termes employés devraient être revus de près, en particulier la notion de « principes fondamentaux » qui paraît fort imprécise et peut-être aussi trop restreinte. Il n'est pas certain que lorsque l'on cherche à transposer un principe général pour l'appliquer au sein d'une organisation internationale ou devant une juridiction internationale, il faille seulement vérifier que le principe est compatible avec les « principes fondamentaux » du droit international ; la compatibilité peut aussi devoir s'apprécier par rapport à d'autres règles plus précises et plus spécialisées.

Un élément additionnel à prendre en considération dans le processus de transposition est par ailleurs l'identité et la nature exacte des sujets de droit qui sont destinataires du principe. En prenant l'exemple d'un éventuel principe d'enrichissement sans cause, on peut se demander, si ce principe est transposé dans l'ordre juridique international, s'il s'appliquera seulement aux relations entre individus ou entre individus et États, ou bien s'il s'appliquera aussi aux relations entre deux États. C'est un aspect qui requiert un examen complémentaire, car il est important en pratique.

Pour ce qui est des principes généraux qui se formeraient dans le cadre du système juridique international, les hésitations de M. Forteau sont plus substantielles. Comme l'ont dit MM. Tladi et Valencia-Ospina, et comme plusieurs autres membres l'avaient fait observer au cours de la soixante et onzième session, les principes couverts dans le rapport, ou ceux que l'on range habituellement dans la catégorie des « principes généraux du droit international », ne sont en réalité rien de plus que les règles de droit international conventionnel ou coutumier.

Sans exclure que certains principes puissent se former en droit international sans passer par le processus conventionnel ou coutumier, M. Forteau pense que de tels principes sont très rares, et d'ailleurs le Rapporteur spécial éprouve des difficultés considérables dans son deuxième rapport pour en trouver des exemples convaincants. Les exemples qu'il donne aux paragraphes 122 à 145 concernent en réalité des règles coutumières plutôt que des principes généraux. Qui plus est, il peut être relativement risqué de requalifier certaines règles potentiellement coutumières en principes généraux car cela peut en atténuer l'autorité et la portée. Il faut donc envisager avec beaucoup de prudence l'idée qu'il existerait des principes généraux internationaux distincts de la coutume internationale. Plus fondamentalement, il importe de ne pas confondre la notion de principe comme source du droit à part entière et la notion de principe comme sous-catégorie des normes conventionnelles ou coutumières. Malheureusement, le deuxième rapport confond assez souvent ces deux notions pourtant juridiquement différentes.

À première vue, la catégorie particulière des principes que le Rapporteur spécial désigne comme « inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du droit international » paraît plus convaincante. Toutefois, examinés de plus près, ces principes semblent répondre eux aussi à un autre fondement que celui des « principes généraux » en tant que source autonome du droit. Ces principes sont dégagés par les juridictions sur la base de deux fondements très particuliers.

Dans certains cas tout d'abord, ces principes sont identifiés en tant que « corollaires » de règles conventionnelles ou coutumières existantes, auxquelles il faudrait donc plutôt les rattacher. C'est par exemple comme cela qu'il faut interpréter le principe du consentement à la juridiction invoqué par la Cour internationale de Justice. Ce principe n'existe pas en soi ; il découle du Statut de la Cour. D'ailleurs, on ne le retrouve pas de la même manière ou avec le même régime devant la Cour européenne des droits de l'homme. Les règles applicables à la compétence devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce sont elles aussi différentes de celles qui s'appliquent devant la Cour internationale de Justice. En conséquence, il y a un certain risque à désolidariser le principe du consentement à la juridiction de son contexte conventionnel d'origine. Alternativement, on peut considérer que le principe du consentement à la juridiction n'est rien d'autre qu'une manière de rappeler la règle de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, qui est de nature coutumière. Ainsi, une fois de plus, le possible « principe général » ramène au droit conventionnel et coutumier.

Dans d'autres situations, les principes évoqués relèvent plutôt de la catégorie des techniques juridictionnelles, dont les techniques interprétatives sont un bon exemple – ainsi le principe *in dubio mitius* ou le principe de l'effet utile. Comme la Commission l'avait à juste titre noté en 1966, aux paragraphes 3 et 4 du commentaire de l'article 28 de son projet d'articles sur le droit des traités, il ne s'agit pas là de sources du droit à proprement parler ; la jurisprudence des tribunaux internationaux est riche en références à des « principes et maximes » mais, la plupart du temps, « ce sont des principes de logique et de bon sens qui n'ont de valeur que comme directives ». On pourrait en dire de même du principe *lex specialis*, ou même du principe des compétences implicites rappelé par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1996 sur la requête de l'Organisation mondiale de la Santé. Relèvent de la même catégorie les principes applicables au titre du régime de la preuve ainsi que, plus largement, tout ce qui relève de la catégorie des présomptions judiciaires. Tous ces principes ont comme caractéristiques communes d'être propres au raisonnement juridique et d'être dégagés en règle générale par les juridictions internationales en tant qu'outil inhérent à l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ou sur le fondement de leur pouvoir de décider de l'organisation de la procédure. Pour ces raisons, il paraît difficile de faire de ces principes une nouvelle source du droit à part entière, autonome, détachée du contexte particulier dans lequel ils sont évoqués et utilisés, à savoir le cadre juridictionnel.

À la lumière de ces observations, M. Forteau pense que le projet de conclusion 7 introduit une confusion regrettable entre les différentes sources du droit international. Il serait plus clair et plus logique de commencer par expliquer, dans un projet de conclusion distinct, en quoi les principes généraux propres à l'ordre juridique international – s'ils existent – sont différents des autres sources du droit international, avant de procéder aux distinctions qui s'imposent avec d'autres catégories juridiques voisines, comme celle des techniques juridictionnelles. Ce n'est que si l'on est parvenu à identifier une catégorie autonome de principes généraux propres à l'ordre juridique international qu'il serait envisageable d'expliquer ensuite comment il est possible d'identifier les principes en question, à l'aide éventuellement d'autres sources. En revanche, en mélangeant ces deux opérations dans un seul et même projet de conclusion, on court le risque de transformer en principaux généraux ce qui n'est rien d'autre que des principes coutumiers ou conventionnels, ou bien des principes propres au raisonnement judiciaire.

La confusion entre les sources du droit qui résulte du projet de conclusion 7 est regrettable également en ce qu'elle risque d'être utilisée pour transformer en principes contraignants des sources non contraignantes. Une telle situation pourrait se produire dans le cas où, par exemple, comme le Rapporteur spécial l'affirme au paragraphe 122 du rapport, il suffirait qu'un principe soit largement repris dans des résolutions de l'Assemblée générale pour qu'il soit reconnu comme un principe général propre à l'ordre juridique international. Cela ne paraît cependant pas fondé en droit et ne suit d'ailleurs pas la mise en garde formulée par le Rapporteur spécial contre le risque que les principes généraux « soient vus comme une manière facile d'invoquer des règles de droit international ». M. Forteau est de même particulièrement sceptique à l'égard de la conclusion, énoncée aux paragraphes 145 et 168 du rapport, selon laquelle l'existence d'un principe général propre à l'ordre juridique international serait simplement fondée sur une « déduction ». Cela ouvre la porte à toutes les appréciations subjectives, qui risquent de donner lieu à une certaine surenchère dans l'identification de nouveaux principes généraux du droit. Un tel résultat ne servirait probablement pas les intérêts du droit international, et serait à l'opposé de la méthode plus rigoureuse que le Rapporteur spécial a pris soin d'établir pour la détermination des principes généraux de droit dérivés des systèmes juridiques nationaux.

M. Forteau pense par conséquent qu'il serait prématuré d'adopter un projet de conclusion consacré aux principes généraux du droit qui se formeraient dans le cadre du système juridique international. S'il est favorable au renvoi des projets de conclusions 4, 5, 6, 8 et 9 au Comité de rédaction, il estime qu'une réflexion plus approfondie devrait être menée en ce qui concerne le projet de conclusion 7.

*La séance est levée à 12 h 10.*