

Provisoire

Réservé aux participants

15 octobre 2021

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3539^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 14 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).



Présents :

Président : M. Hmoud
Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Hassouna
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Petrič
M. Reinisch
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 11 heures.

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

M. Jalloh remercie le Rapporteur spécial pour son excellent deuxième rapport et le Secrétariat pour sa précieuse étude sur les principes généraux du droit (A/CN.4/742). Il a particulièrement apprécié le chapitre III de celle-ci, qui met en lumière l'abondance des décisions dans lesquelles des juridictions pénales internationales invoquent des principes généraux du droit. Il a l'impression que cette étude non seulement sera extrêmement utile à la Commission dans le cadre de ses travaux mais présente aussi beaucoup d'intérêt pour les spécialistes et praticiens du droit international.

Le rapport du Rapporteur spécial est consacré à la détermination des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il envisage à cet égard deux catégories de principes généraux, ceux découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international, et les méthodes permettant de déterminer les uns et les autres. Il se termine par une analyse des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit.

M. Jalloh dit qu'il souscrit aux cinq observations générales du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 10 à 15 de son rapport, qui tiennent compte des débats qui ont eu lieu en 2019 à la Sixième Commission et à la Commission. Le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet doit être l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui énumère les sources du droit international que la Cour doit appliquer pour régler les différends interétatiques. Il souscrit également à l'idée que la reconnaissance est une condition *sine qua non* de l'existence de principes généraux de droit comme l'atteste le libellé même de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, qui vise « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Il se félicite à cet égard que lors du débat, pratiquement tous les membres de la Commission sont convenus que le terme « nations civilisées » était anachronique. Ce terme ne reflète effectivement plus le caractère pluraliste et cosmopolite du droit international. Comme la Commission ne peut amender le Statut de la Cour internationale de Justice, la question qui se pose est de savoir comment désigner la même notion. Plusieurs options viables ont été examinées en 2019 et sont rappelées dans le rapport. M. Jalloh dit qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial d'utiliser l'expression « l'ensemble des nations », déjà employée pour désigner les sources du droit international au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un instrument largement accepté.

S'agissant de la forme que doit revêtir le texte qui sera issu des travaux de la Commission sur le sujet, M. Jalloh dit qu'il continue d'être favorable à un projet de conclusions accompagné de commentaires. Il tient toutefois à rappeler les observations qu'il a faites durant le débat tenu en 2019, à savoir que la Commission ne devrait pas tenter de dresser la liste des principes généraux du droit existants. Comme la délégation de la Sierra Leone l'a déclaré lors du débat qui a eu lieu en 2019 à la Sixième Commission, « [u]ne telle approche serait peu judicieuse par rapport à l'ensemble du droit international et pourrait demander à la Commission plusieurs années, voire des décennies, de travail. ». Il serait préférable que la Commission se concentre sur les méthodes permettant de clarifier la nature, la fonction et le champ d'application des principes généraux du droit. Certaines des critiques déjà formulées par plusieurs membres de la Commission au sujet du rapport à l'examen démontrent le risque que court la Commission si elle perd cet impératif de vue.

M. Jalloh dit qu'il souscrit à l'affirmation du Rapporteur spécial, au paragraphe 15 de son rapport, selon laquelle les critères permettant de déterminer l'existence d'un principe général du droit doivent être suffisamment souples pour que l'entreprise de détermination n'apparaisse pas comme une tâche impossible, mais doivent aussi être suffisamment stricts pour ne pas servir de raccourci facile pour déterminer les normes du droit international. Un équilibre délicat doit toutefois être réalisé, un point que le Rapporteur spécial aurait pu souligner dans son rapport. En effet, dans certains domaines nouveaux du droit international, les principes généraux du droit jouent un rôle critique s'agissant de combler les lacunes pour éviter le *non liquet*. Cela est particulièrement vrai dans le domaine du droit pénal

international, auquel, au cours de son histoire, la Commission a apporté des contributions notables.

Les juridictions pénales internationales, qui ont joué un rôle de premier plan dans le développement du droit et de la procédure pénaux internationaux, sont à l'origine d'une jurisprudence très abondante qui démontre que les juges ont dû s'appuyer sur des principes généraux du droit pour formuler des conclusions sur un large éventail de sujets. L'un des nombreux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie qu'il est possible de citer est la décision rendue en 1997 par la Chambre d'appel dans l'affaire *Le Procureur c. Dražen Erdemović* sur la question de savoir si la contrainte était un moyen de défense exonératoire du meurtre en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre. L'importance des principes généraux du droit pour le développement du droit pénal international est confirmée par les nombreuses références à ces principes dans la jurisprudence internationale, comme indiqué au paragraphe 35 du rapport à l'examen. En fait, les principes généraux sont si prédominants en la matière que c'est la seule branche du droit international qui fasse l'objet d'un chapitre entier dans l'étude du Secrétariat. Celle-ci renvoie aux instruments constitutifs d'autres juridictions, notamment le Tribunal spécial pour la Sierra Leone mais, curieusement, omet de citer la jurisprudence tout aussi pertinente de celui-ci, bien qu'il s'agisse d'une juridiction internationale créée en partie par l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, le rôle crucial que jouent ces juridictions s'agissant de combler les lacunes du droit pénal international est désormais solidement établi à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

S'agissant de la méthode permettant de déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, qui fait l'objet de la deuxième partie du rapport, M. Jalloh dit que de manière générale il approuve l'« approche en deux étapes » proposée par le Rapporteur spécial. Il a relevé avec satisfaction que durant le débat qui avait eu lieu à la Sixième Commission en 2019, les États avaient dans l'ensemble appuyé cette approche, bien qu'il soit difficile de tirer des conclusions définitives de ce débat parce très peu d'États y ont participé. En tout état de cause, bien que l'approche en deux étapes semble simple, en réalité elle établit un critère rigoureux aux fins de la détermination de l'existence d'un principe général du droit en ce que, premièrement, elle offre un excellent cadre pour établir solidement qu'un principe est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde comme leur étant commun et, deuxièmement, elle évalue la transposabilité de ce principe en droit international. M. Jalloh dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que ce critère consiste pour l'essentiel à démontrer que le principe général concerné est reconnu par les principaux systèmes juridiques, mais pas nécessairement par tous. Il appuie également l'approche générale énoncée au paragraphe 50 du rapport, à savoir que l'analyse comparative doit être à la fois large et représentative au sens où elle doit englober les différentes familles juridiques et régions du monde.

Comme l'explique le Rapporteur spécial, la condition voulant qu'un principe soit généralement reconnu dans les systèmes juridiques nationaux a recueilli l'appui des États et des juridictions internationales. L'étude du Secrétariat le confirme également. Toutefois, comme M. Tladi, M. Valencia-Ospina et M. Forteau l'ont déjà souligné, certains des exemples donnés dans le rapport ne sont pas totalement convaincants. M. Jalloh dit qu'il partage donc certains des doutes exprimés par ces membres, en particulier en ce qui concerne les citations de pièces de procédure présentées par les États devant certaines juridictions internationales.

S'agissant du paragraphe 52, M. Jalloh dit qu'à l'instar de M. Forteau, l'invocation par le Rapporteur spécial du droit comparé et de la notion de « familles juridiques » aux fins de l'analyse des systèmes juridiques nationaux le laisse sceptique, et ce, pour trois raisons. Premièrement, comme le Rapporteur spécial le reconnaît dans son rapport, cette approche n'est pas nécessairement reflétée dans la pratique. Deuxièmement, et cela est tout aussi important, non seulement la catégorisation en familles juridiques, souvent selon le paradigme dominant *common law*/droit civil, est en déclin dans le domaine du droit comparé lui-même, mais de plus les taxonomies traditionnelles invoquées dans le rapport ne sont pas suffisamment inclusives, puisqu'elles semblent exclure ou marginaliser des familles juridiques entières. Troisièmement, parlant en tant qu'ancien étudiant de H. Patrick Glenn – l'un des comparatistes les plus éminents de sa génération et auteur de l'ouvrage de

référence *Legal Traditions of the World* – M. Jalloh estime que le choix effectué par le Rapporteur spécial quant à la catégorisation comparatiste à suivre n'est pas totalement clair. En particulier, on voit mal comment, dans de telles taxonomies, les systèmes juridiques et traditions des peuples africains et autochtones, aborigènes et autres sont pris en compte et si le droit coutumier africain est inclus dans ces familles juridiques. De fait, comme l'a relevé l'Association de droit international, l'étude comparative de systèmes juridiques nationaux appartenant aux différentes « familles juridiques » doit aussi être géographiquement représentative. Cette question doit être dûment envisagée dans le commentaire.

En ce qui concerne la nécessité, envisagée au paragraphe 54 du rapport, que les principes soient communs aux divers systèmes juridiques, M. Jalloh appuie pleinement la formule proposée par le Rapporteur spécial, à savoir « principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde ». Il n'est toutefois pas persuadé qu'il soit justifié de décrire comme « empirique » l'analyse visant à déterminer l'existence de tels principes. Il semble que les juridictions procèdent à une analyse relativement sélective qui est aussi fonction de la matière en cause et de la jurisprudence existante.

Dans le même temps, quelle que soit la manière dont l'analyse est décrite, elle ne doit pas être que vaguement représentative ni fondée uniquement sur des sources aisément accessibles. Par exemple, les décisions des juridictions nationales et certaines lois nationales ne sont pas toujours faciles à trouver dans les pays en développement, et la langue et la traduction peuvent également poser problème. M. Jalloh dit qu'ayant travaillé dans des chambres du Tribunal pénal international pour le Rwanda et mené des recherches en droit pénal comparé à l'appui des jugements et avis de cette juridiction, il sait que ces problèmes pratiques, bien compréhensibles, sont réels. Dans le même temps, il est convaincu que lorsque l'on veut, on peut. Ces difficultés pratiques peuvent le plus souvent être surmontées et la Commission, dans ses projets de conclusion et commentaires y relatifs, doit bien souligner que les interprètes judiciaires des principes généraux du droit ne doivent ménager aucun effort pour que leur analyse soit véritablement représentative d'un corpus réellement universel de droit international. À défaut, l'acceptation et la légitimité de ces principes comme source de droit au sens du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice risqueraient d'être compromises. Bien trop souvent, dans la pratique de certaines juridictions internationales, les analyses des systèmes juridiques nationaux semblent ne mentionner que du bout des lèvres le droit et la jurisprudence de certaines régions du monde.

M. Jalloh dit que comme M. Valencia-Ospina, et pour les mêmes raisons que celui-ci, il n'est pas pleinement convaincu que la pratique des organisations internationales soit directement pertinente pour déterminer si un principe général du droit existe. Cette pratique peut toutefois être pertinente, en particulier lors de la première étape de l'approche en deux étapes. De fait, comme lui-même l'a dit en 2019, dans certaines circonstances la pratique des organisations internationales peut être pertinente aux fins du sujet à l'examen. Sa pertinence dépendra toutefois des pouvoirs spécifiques dont jouissent ces organisations en vertu de leurs actes constitutifs respectifs et de l'origine des principes généraux reflétés dans leur pratique. Par exemple, aux termes de l'Acte constitutif de l'Union africaine, les États membres sont tenus de donner effet aux décisions de l'Union dans leurs systèmes nationaux. De plus, les organes politiques et juridiques d'organisations sous-régionales comme la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest peuvent être investis du pouvoir de prendre des décisions qui lient les membres de ces organisations. Les emprunts aux règles et pratiques des organisations internationales doivent toutefois être envisagés avec prudence ; par exemple, lorsque les organes juridiques de ces organisations ont adopté des règles types, on peut supposer que ces règles ont d'abord été consacrées dans les principaux systèmes juridiques de leurs régions respectives. Finalement, comme il n'est pas toujours facile en pratique de déterminer les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux, une étude des règles et pratiques des organisations régionales qui reflètent véritablement les principes généraux en vigueur dans une région donnée peut peut-être compléter, mais non remplacer, l'analyse globale des systèmes juridiques nationaux visant à déterminer l'existence de principes généraux du droit plus universels.

S'agissant de la seconde étape de l'approche en deux étapes, qui consiste à s'assurer qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde peut être transposé

dans l'ordre juridique international, M. Jalloh dit qu'il approuve d'une manière générale l'analyse du Rapporteur spécial qui figure au chapitre III de la deuxième partie du rapport à l'examen. Il appuie en particulier les deux conditions proposées au paragraphe 74 du rapport, à savoir que le principe soit compatible avec les principes fondamentaux du droit international, et que les conditions de sa bonne application dans le système juridique international soient réunies. S'agissant du « test de compatibilité » visé au paragraphe 75, il convient d'en souligner l'importance cruciale. Après tout, il est possible que des règles qui sont appliquées de manière satisfaisante dans des systèmes juridiques nationaux soient totalement incompatibles avec le système juridique international. Le caractère centralisé des systèmes nationaux est à l'évidence une caractéristique qui distingue ceux-ci de l'ordre juridique international, dans lequel il n'y a pas d'organes législatif, exécutif ou judiciaire centraux. Il faut donc prendre garde à ne pas importer des idées et des principes qui ne sont pas adaptés au droit international, lequel, par sa nature, est régi par une logique distincte. Dans le contexte du droit pénal international, ce point a été souligné par les États parties au Statut de Rome lorsqu'ils ont adopté l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21, ainsi que par feu Antonio Cassese, juriste italien, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Le Procureur c. Dražen Erdemović*.

M. Jalloh dit qu'il souhaiterait avoir des éclaircissements au sujet de l'un des tests de compatibilité énoncés au paragraphe 75 du rapport, à savoir que le principe juridique en cause doit être « reconnu par l'ensemble des nations comme juste ». Une lecture attentive du paragraphe 83 et des paragraphes qui précèdent donne à penser que, bien que le Rapporteur spécial mentionne le critère de « justice », tous les exemples invoqués semblent concerner l'applicabilité et non la compatibilité des règles nationales citées.

M. Jalloh dit que dans l'ensemble il approuve le contenu des paragraphes 85 à 96 du rapport, qui portent sur la transposition des principes communs aux principaux systèmes juridiques dans l'ordre juridique international. Il souscrit à l'analyse du Rapporteur spécial concernant les preuves de la transposition ainsi que les conclusions énoncées au paragraphe 106 du rapport.

M. Jalloh dit qu'en conclusion de ses observations sur la deuxième partie du rapport, il tient à souligner l'utilité de la première étape de l'approche en deux étapes, à savoir la détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde. Cette première étape est essentielle pour déterminer l'existence d'un principe général du droit. La seconde étape, à savoir celle qui consiste à s'assurer de la transposition d'un principe dans l'ordre juridique international, est l'élément méthodologique déterminant pour distinguer le droit international coutumier des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux.

En ce qui concerne la troisième partie du rapport, si la catégorie des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux a bénéficié de l'appui quasi unanime des membres de la Commission lors du débat en plénière en 2019, l'appui a été moins enthousiaste pour la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Certains membres l'ont appuyée, certains ont conclu qu'une incertitude subsistait quant à sa validité et d'autres ont considéré que rien n'en était l'existence. De même, si, à la Sixième Commission, la plupart des États sont convenus qu'une telle catégorie de principes généraux du droit existait au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, certains États ont encore des doutes et d'autres continuent de contester l'existence même de cette catégorie. M. Jalloh dit qu'il appuie la position adoptée par le Rapporteur spécial au paragraphe 116 de son rapport, dans lequel il souligne certaines des difficultés que la Commission doit encore surmonter, à savoir l'absence d'une pratique suffisante, le fait qu'il est souvent difficile de déterminer si c'est un principe général du droit ou une règle du droit conventionnel ou coutumier qui a été invoqué ou appliqué, et le fait que les deux catégories de principes généraux du droit peuvent se recouper. Dans l'ensemble, il appuie la méthode que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 121 de son rapport pour déterminer l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

L'intégralité du débat sur certains principes généraux largement reconnus dans des traités et d'autres instruments internationaux, par exemple les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (les

Principes de Nuremberg), la clause Martens ou le principe pollueur-payeur, rappelle le débat sur le point de savoir si les travaux sur le sujet doivent porter sur la méthode à utiliser pour déterminer les principes généraux du droit ou viser à dresser la liste des principes généraux du droit largement acceptés par les États. M. Jalloh dit que dans un cas comme dans l'autre, bien qu'il puisse souscrire pleinement à la conclusion figurant au paragraphe 145 du rapport, la Commission doit procéder avec prudence.

S'agissant de la quatrième partie du rapport, consacrée aux moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit, tout en notant qu'une proposition a été présentée visant à examiner l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice en tant que sujet distinct, M. Jalloh dit qu'il peut souscrire à la proposition du Rapporteur spécial de suivre l'approche générale adoptée par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Elle illustre la connexité des travaux de la Commission sur différents sujets et la nécessité de faire preuve de cohérence.

Étant entendu que les principes généraux de droit constituent une des trois catégories de « règles de droit » visées à l'article 38 du Statut, on peut en déduire avec une certitude relative que l'alinéa d) du paragraphe 1 de cette disposition s'applique aux principes généraux tout comme elle s'applique au droit conventionnel et coutumier. De l'avis de M. Jalloh, les décisions judiciaires sont particulièrement importantes. La doctrine des publicistes, et même de groupes de publicistes constitués en organes spécialisés, peut aussi, dans certaines circonstances, être un moyen utile, bien que subsidiaire, de déterminer l'existence de principes généraux du droit. Les commentaires des conclusions sur la détermination du droit international coutumier adoptées en 2018 peuvent fournir des indications utiles à cet égard.

En ce qui concerne les projets de conclusion figurant dans le rapport, M. Jalloh dit que dans l'ensemble il approuve les excellentes propositions du Rapporteur spécial. S'il aurait préféré que chaque projet de conclusion soit présenté dans le chapitre du rapport auquel il a trait, il se félicite que tous les projets de conclusion soient reproduits dans l'annexe. Il indique que comme le Comité de rédaction s'apprête à examiner et résoudre non seulement les questions de rédaction mais aussi d'importantes questions de fond, il réserve ses observations textuelles à cette instance. Il est prêt à examiner certaines des propositions déjà faites par des membres de la Commission durant le débat, en particulier celles qui ont trait aux projets de conclusions 5, 6 et 7. Il appuie pleinement le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son rapport.

M. Jalloh dit qu'il souhaite réitérer une observation qu'il a faite en passant sur d'autres sujets, à savoir qu'eu égard aux contraintes de temps, le Comité de rédaction va probablement une nouvelle fois mener ses travaux sur les propositions formulées l'année précédente et non sur les nouvelles propositions. Comme l'examen des questions de fond est de plus en plus fréquemment renvoyé d'une année à l'autre pour presque tous les sujets, la Commission pourrait souhaiter sans trop tarder envisager cette question d'un point de vue systémique.

La dernière incursion de la Commission dans l'étude des sources du droit international lui a fourni une excellente occasion de s'acquitter de son mandat d'une manière qui sera utile aux États et au système juridique international en général. Les principes généraux du droit, longtemps ignorés, sont maintenant à juste titre au centre des travaux de la Commission, et le mérite en revient en grande partie au Rapporteur spécial.

M. Nguyen, parlant par liaison vidéo, remercie le Rapporteur spécial pour son rapport et le Secrétariat pour son étude très utile. De manière générale, le Rapporteur spécial a recouru à une simple analyse comparative pour clarifier comment déterminer et distinguer les principes généraux du droit, qu'ils découlent des systèmes juridiques nationaux ou se forment dans le cadre du système juridique international.

M. Nguyen dit que s'il ne s'oppose pas au remplacement du terme « nations civilisées » par la formule « l'ensemble des nations », comme le propose le Rapporteur spécial, il propose, pour maintenir la cohérence dans les travaux de la Commission, d'utiliser l'expression « communauté internationale ». L'expression « l'ensemble des nations » peut être interprétée comme excluant les organisations internationales, les unités territoriales, les organisations non gouvernementales, les personnes physiques et autres personnes juridiques

du processus de formation du droit international. Quel que soit le terme choisi, il conviendra d'indiquer qu'il ne signifie pas « toutes les nations ». Comme M. Tladi et M. Forteau l'ont déclaré, il n'est pas nécessaire que la reconnaissance d'un principe en tant que principe général émane de toutes les nations, il suffit qu'elle émane d'une majorité de nations représentant tous les systèmes juridiques et régions du monde. Par exemple, le principe *uti possidetis juris* est devenu un principe général du droit parce que, aux termes de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, il a été reconnu par les États comme étant « logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste ».

M. Nguyen dit qu'il approuve pleinement l'analyse en deux étapes retenue par le Rapporteur spécial pour la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Cette méthode facilite la distinction entre principes généraux du droit et droit international coutumier. Dans le cadre de cette analyse, la reconnaissance joue ainsi un rôle aussi bien dans la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux que dans la transposition de ces principes dans l'ordre juridique international. Lors de la première étape, la reconnaissance démontre qu'un principe général est accepté comme commun aux différents systèmes juridiques dans diverses régions du monde. Lors de la seconde étape, la reconnaissance du contenu du principe est une condition de la transposition de celui-ci dans le droit international. L'approche en deux étapes peut être analysée de manière approfondie en examinant la pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine. Dans la deuxième partie du rapport à l'examen, consacrée à la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, le Rapporteur spécial aurait peut-être pu citer davantage de décisions de juridictions nationales de différentes régions du monde pour déterminer l'existence de principes généraux du droit dans le contexte international.

La reconnaissance des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux appelle une analyse comparative prudente des systèmes juridiques nationaux afin de découvrir les éléments constants et communs de la règle en question. M. Nguyen dit qu'il appuie la conclusion du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 69, à savoir qu'« il apparaît ... qu'un principe général du droit ne saurait être constaté si les règles des différents systèmes juridiques nationaux sont fondamentalement différentes ». Une analyse comparative pourrait contribuer à déterminer si un principe est commun aux systèmes juridiques nationaux. Un tel principe doit être général et universel, refléter les valeurs fondamentales communes aux systèmes juridiques nationaux et être dûment appliqué dans le cadre de ceux-ci. Il ne suffit toutefois pas qu'un principe soit commun aux systèmes juridiques nationaux pour qu'il s'applique automatiquement dans l'ordre juridique international. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux sont des passerelles reliant deux ordres juridiques, interne et international, qui sont distincts. Ils sont une source unique de principes transposables d'un ordre à l'autre et unissent ceux-ci en mettant en lumière les notions juridiques qui leur sont communes. Les conditions devant être réunies pour que la transposition soit possible sont, premièrement, que le principe commun aux systèmes juridiques nationaux soit compatible avec l'ordre juridique international lorsqu'il est nécessaire de combler une lacune en l'absence d'autres sources principales du droit international et, deuxièmement, que le principe soit accepté ou appliqué par les sujets de droit international. La reconnaissance d'un principe se fonde sur la conviction de la communauté internationale que ce principe reflète une valeur fondamentale de l'ordre juridique international. La transposition dans l'ordre international de principes communs aux systèmes juridiques nationaux doit tenir compte des particularités de l'ordre juridique international et implique donc trois étapes : la compatibilité, les circonstances la rendant nécessaire et l'acceptation d'une valeur fondamentale.

Le projet de conclusion 6 dispose que pour être transposé dans le système juridique international, un principe doit être compatible avec les principes fondamentaux du droit international. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* dont a connu la Cour internationale de Justice, la notion coutumière de souveraineté territoriale a été utilisée comme critère pour déterminer ce qui constituait « une part juste et équitable ». Les principes généraux du droit peuvent refléter des notions conventionnelles et coutumières bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le libellé du projet de conclusion 6

doit donc refléter cet état de choses et la relation entre les diverses sources du droit international. Un principe commun aux systèmes juridiques nationaux ne peut être transposé dans le système juridique international que s'il est compatible avec les valeurs et principes fondamentaux de l'ordre international, pas seulement avec certains des principes de celui-ci. Pour M. Nguyen, substituer au terme « principes fondamentaux » la formule « valeurs et principes fondamentaux partagés par la communauté internationale » ou « normes et principes fondamentaux partagés par la communauté internationale » éviterait tout malentendu. Selon le projet de conclusion 3 adopté dans le cadre des travaux sur le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et reproduit dans le document A/74/10, pour être considérée comme une norme impérative du droit international général une norme doit refléter et protéger les « valeurs fondamentales » de la communauté internationale. Dans l'affaire *Siderman de Blake v. the Republic of Argentina*, la Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième Circuit a déclaré que les normes du *jus cogens* « découl[ai]ent de valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale ». Le Rapporteur spécial lui-même, au paragraphe 146 du rapport à l'examen, utilise la formule « présupposés fondamentaux du système juridique international », qui a le même sens que l'expression « valeurs fondamentales ».

Comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 96 du rapport à l'examen, la transposition n'est pas une « reproduction simpliste des principes de droit interne pour les appliquer aux relations internationales ». Ces principes peuvent être acceptés à l'unanimité, reformulés, voire même rejetés, par la pratique des États ou les traités. La compatibilité constitue une condition préalable à la transposition, mais celle-ci ne se produit que lorsque les circonstances l'exigent. Un principe commun aux systèmes juridiques nationaux ne sera invoqué qu'en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières applicables à la question en litige. Il doit être applicable dans toutes les régions du monde et doit contenir des éléments communs aux systèmes juridiques nationaux et au système juridique international. Enfin, les États doivent être juridiquement convaincus qu'il peut servir correctement son objectif en droit international et qu'il ne risque pas d'être mal interprété ou de faire l'objet de distorsions ou d'abus. À la différence des règles conventionnelles et coutumières créées dans le cadre du système juridique international, des principes généraux du droit ne sont identifiés que lorsqu'il est nécessaire de combler une lacune découlant de l'absence de règles conventionnelles ou coutumières. Le principe *uti possidetis juris* est accepté en relation avec les processus de décolonisation. Le principe pollueur-payeur a été invoqué pour concilier protection de l'environnement et développement durable. En d'autres termes, c'est le système juridique international qui crée les conditions permettant à un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux de se faire jour. Dans le cadre de l'étape suivante, la transposition n'est complète que lorsque le principe commun aux systèmes juridiques nationaux est accepté comme un principe général du droit parce qu'il est reconnu par les États dans leur pratique. L'existence d'un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux peut être confirmée par des traités, des actes ou omissions des États concernés et la jurisprudence des juridictions internationales dans divers domaines du droit international. Selon Antonios Tzanakopoulos, l'acceptation universelle d'un principe par les juridictions internationales peut dénoter l'existence d'un principe général du droit. En bref, la reconnaissance du contenu du principe est considérée comme une preuve confirmant qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde a été transposé dans le système juridique international. En d'autres termes, l'achèvement du processus de transposition emporte acceptation des obligations *erga omnes* découlant du principe concerné.

En ce qui concerne la différence entre la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et la méthode de détermination du droit international coutumier, M. Nguyen dit qu'il ne met pas en doute la conclusion du Rapporteur spécial, à savoir que cette différence est claire et qu'aucune confusion ne devrait être possible entre les deux sources. Les principes sont généraux, abstraits et souples, alors que les normes coutumières sont uniformes et fixes. Leur formation émane de la communauté internationale, celle des normes coutumières de la pratique des États. L'approche en deux étapes de la détermination du droit international coutumier repose sur la reconnaissance et l'acceptation, l'approche en deux étapes de la détermination des principes généraux du droit sur la reconnaissance et la transposition, la reconnaissance

s'entendant en l'occurrence de la reconnaissance du contenu du principe comme commun aux principaux systèmes juridiques du monde. L'acceptation doit reposer sur la conviction juridique des États, la transposition doit satisfaire au test de compatibilité et répondre aux conditions du système international. Certains principes généraux du droit peuvent donner naissance à des normes coutumières. D'autres peuvent découler de leur reconnaissance générale par la communauté internationale.

M. Nguyen rappelle qu'en 2019, dans le cadre de ses observations sur le premier rapport du Rapporteur spécial, il avait de manière générale, comme la plupart des membres de la Commission, appuyé l'idée que, dès lors que les conditions préalables à leur formation étaient réunies, les « principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international » pouvaient être conçus comme une expression des principes généraux visés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. C'est pourquoi, avant que ces principes puissent être déterminés en recourant à la méthode proposée par le Rapporteur spécial dans le projet de conclusion 7, il est nécessaire de clarifier ces conditions préalables. Pour M. Nguyen, elles sont au nombre de deux. La première est l'apparition en droit international d'une matière appelant une réglementation, la seconde la non-existence en la matière de principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. La fonction des principes généraux du droit est de combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier. Il est clair que les Principes de Nuremberg, par exemple, constituent des « principes du droit international » formés dans le cadre du système juridique international, puisqu'ils ne découlent pas des systèmes juridiques nationaux. En droit de la mer, le principe selon lequel la terre domine la mer a été formulé pour répondre à un besoin spécifique du système juridique international. Ce principe n'émane pas des systèmes juridiques nationaux. Il est étayé par la pratique des États et a été invoqué par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Il satisfait aux deux conditions préalables susmentionnées. Il a été incorporé dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et d'autres instruments internationaux et est bien établi dans la jurisprudence. L'*Affaire des Pêcheries* ayant opposé la Norvège et le Royaume-Uni, qui est mentionnée au paragraphe 153 du rapport, est également pertinente à cet égard. Le principe selon lequel un État a la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles s'est formé dans le cadre du système juridique international. Un autre exemple est fourni par le principe de précaution dans le contexte de la protection de l'environnement, qui a été énoncé dans la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement et a par la suite commencé à être incorporé dans des traités, donnant ainsi naissance à des obligations conventionnelles.

La délimitation des frontières terrestres offre un exemple de la troisième manière dont des principes généraux du droit relevant de la seconde catégorie – ceux formés dans le cadre du système juridique international – peuvent être déterminés, à savoir celle qui consiste à s'assurer qu'ils sont inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. Dans ce domaine, il existe une tendance à tenir compte de facteurs non juridiques – par exemple considérations historiques, culturelles et religieuses, utilisation des ressources, autodétermination collective et preuves archéologiques – en vue d'améliorer les conditions de vie de la population locale. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, la Cour internationale de Justice a relevé que l'exigence en matière d'accès aux ressources en eau de l'ensemble des populations des villages riverains était mieux satisfaite par une frontière placée dans la rivière plutôt que sur l'une ou l'autre rive. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, la Cour a souligné qu'il importait de garantir l'accès aux sites inscrits au patrimoine mondial. Dans ce contexte, un « principe d'humanité » est en train de se faire jour en tant que notion susceptible d'être adaptée à l'évolution des circonstances socioculturelles. On peut conclure de même s'agissant de la formation de nouveaux principes généraux du droit international dans des domaines tels que la protection de l'environnement, le droit humanitaire et le cyberspace.

Les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport sont compacts et reflètent adéquatement la manière dont l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est généralement interprété. M. Nguyen dit qu'il souhaite y proposer des modifications mineures. S'agissant du projet de conclusion 6, il propose d'ajouter les mots « valeurs et » avant les mots « principes fondamentaux ». Le mot

« valeurs » est important dans le contexte de la formation des principes généraux du droit inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. En ce qui concerne l'alinéa a) du projet de conclusion 7, M. Nguyen appuie les observations de M. Valencia-Ospina et de M. Forteau ; ce projet de conclusion devrait être revu. Si un principe est largement reconnu dans des traités, les États invoqueront ces traités et non le principe. Dans certains cas, des principes généraux peuvent se former dans le cadre du système juridique international en ce qui concerne un domaine spécifique du droit international parce qu'il n'existe pas de normes conventionnelles ou coutumières ni de principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux applicables dans ce domaine.

En conclusion, M. Nguyen dit qu'il appuie le renvoi des six projets de conclusion au Comité de rédaction.

Sir Michael Wood dit que comme le débat tenu jusqu'alors l'a montré, le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit est à la fois pondéré et stimulant. Comme le premier rapport, il est le fruit de recherches approfondies et est clairement rédigé. Évidemment, en raison de sa qualité même, il est plus facile d'en identifier les aspects qui ne sont pas pleinement convaincants, et Sir Michael Wood dit que c'est sur ces aspects qu'il axera ses observations.

Deux points ressortent de l'étude du Secrétariat, qui complète dans une certaine mesure les observations écrites, peu nombreuses, des États. Le premier est l'hétérogénéité de la terminologie. Étant donné la manière dont les traités sont négociés et rédigés, il n'est pas surprenant qu'on ne puisse pas toujours tirer grand-chose de leur libellé. De plus, la terminologie utilisée prête particulièrement à confusion. Comme l'a relevé le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté oralement son rapport, l'utilisation de chaque terme doit être examinée au cas par cas. L'un des termes prêtant le plus à confusion est la formule « principes généraux du droit international », mais même cette formule peut être expliquée, dans certains contextes, comme renvoyant aux « principes généraux de droit » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui sont eux-mêmes des règles de droit et peuvent donc être qualifiés de « principes généraux du droit international ». Mais ça n'est pas en ce sens que le terme semble habituellement être employé.

Le second point est le fait que bien plus de la moitié de l'étude est consacrée à des décisions de juridictions pénales internationales. Il ne faut pas oublier que le droit pénal et la procédure pénale constituent un domaine très spécifique. Pour diverses raisons, la jurisprudence des juridictions pénales internationales doit être envisagée avec prudence dans le cadre des travaux sur le sujet.

Jusqu'alors, quatre États ont présenté des observations écrites en réponse à la demande d'informations soigneusement formulée par la Commission. Les observations des États sont importantes aux fins des travaux et la demande en question devrait probablement être réitérée en 2021 et, individuellement, les membres de la Commission devraient encourager leurs États à y répondre.

Le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut vise « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » en tant que troisième source distincte du droit international. Dans son rapport oral intérimaire présenté sur le sujet en 2019, le Président du Comité de rédaction a déclaré ce qui suit : « Les membres du Comité de rédaction sont [...] convenus que l'expression "principes généraux de droit" devait s'entendre au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu de la pratique des États et de la jurisprudence internationale. ».

S'agissant du deuxième rapport lui-même, Sir Michael Wood dit qu'il est de manière générale d'accord avec la plupart des observations des autres membres de la Commission, en particulier celles de M. Tladi et M. Forteau. Comme eux, il n'est toujours pas convaincu de l'existence d'une seconde catégorie de principes généraux du droit, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international. Toutefois, s'agissant des observations de M. Forteau concernant le texte français de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, Sir Michael Wood dit qu'il serait malvenu et inutile que la Commission s'écarte du texte du Statut à cet égard. Quelle que soit la conclusion finale à laquelle elle parviendra au sujet de l'existence d'une seconde catégorie, le libellé du Statut est assez général pour couvrir

celle-ci. Si tel n'était pas le cas, et si la Commission devait néanmoins proposer une seconde catégorie, elle proposerait ce faisant une quatrième source du droit international qui n'est pas visée à l'article 38. Or telle n'a jamais été son intention. Conserver la formule « principes généraux de droit » dans le texte français serait donc totalement sans préjudice de l'existence d'une seconde catégorie.

L'introduction du deuxième rapport commence par un compte-rendu concis et fidèle de l'histoire du sujet. Sir Michael Wood dit qu'il est de manière générale d'accord avec les conclusions que le Rapporteur spécial tire du débat tenu en 2019, tel que celui-ci est résumé au paragraphe 2 du rapport, sous réserve de deux observations. En ce qui concerne la conclusion b), il estime qu'il a été convenu que la Commission tiendrait également compte de la jurisprudence nationale, quoi qu'avec toute la prudence nécessaire. Il souscrit à la conclusion c), à savoir que la reconnaissance est indispensable, puisqu'elle est expressément mentionnée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. Davantage de clarté est toutefois nécessaire à cet égard. Ce qui est reconnu n'est pas simplement qu'un principe général existe mais également qu'il a été transposé dans le système juridique international ou autrement reconnu comme faisant partie du droit international. Une question particulièrement complexe est celle de savoir comment s'assurer de l'existence de cette reconnaissance, en particulier dans le cas d'une éventuelle seconde catégorie de principes généraux. Quant à la conclusion d), la Commission doit manifestement trouver un terme pour remplacer l'expression anachronique « nations civilisées ». Elle doit toutefois pour ce faire procéder avec prudence. Sir Michael Wood dit qu'il demeure persuadé que le problème que pose cette expression tient également au terme « nations ». À la différence de « État », le terme « nation » n'est pas un terme technique du droit international. Il est utilisé dans le monde en de nombreux sens différents, et sa signification est souvent plus politique que juridique. La Commission ne devrait pas utiliser l'expression « l'ensemble des nations » employée tout au long du deuxième rapport. Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas convaincu par les observations de M. Tladi à cet égard. De plus, l'introduction de la notion de « communauté » ("*community*") semble n'être pas à sa place et modifier quelque peu le sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. Une formulation plus simple, par exemple « reconnus par les États », serait préférable.

La première partie du rapport contient quelques observations générales bien équilibrées, et Sir Michael Wood y souscrit de manière générale. Il approuve de même la deuxième partie et les projets de conclusion correspondants, les projets de conclusions 4, 5 et 6, qui concernent la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, ainsi que le libellé des projets de conclusions 4 et 5. Il souhaite toutefois faire plusieurs observations, notamment sur le projet de conclusion 6.

Sir Michael Wood dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'une bonne manière de définir la généralité d'un principe général de droit est d'indiquer qu'il est « commun aux principaux systèmes juridiques du monde », comme le fait l'alinéa a) du projet de conclusion 4.

S'agissant du paragraphe 72 du rapport à l'examen, Sir Michael Wood dit qu'il aurait tendance à convenir avec le Rapporteur spécial que, dans le monde contemporain, la contribution des organisations internationales ne saurait être ignorée, en particulier dans le cas d'une organisation telle que l'Union européenne, qui établit des règles de droit applicables dans les systèmes juridiques nationaux.

Les pièces de procédure présentées devant les juridictions internationales sont une source de pratique étatique largement invoquée dans le rapport comme dans les observations écrites reçues de l'Australie. Ces pièces de procédure sont effectivement un des rares moyens de s'informer de ce que les États pensent en la matière. On peut toutefois douter que la Commission doive accorder trop de poids aux formulations précises utilisées par les États dans leurs écritures, qui sont souvent rédigées par des juristes recrutés pour présenter les arguments les plus convaincants possibles en vue d'avoir gain de cause. Cette pratique ne doit certes pas être ignorée, mais il ne faut pas lui accorder trop de poids.

Le premier rapport du Rapporteur spécial contient des références aux principes généraux de droit propres à des régimes conventionnels spécifiques. Sir Michael Wood rappelle qu'en 2019 il a émis une mise en garde, à savoir que la pratique et la jurisprudence

relevant de ces régimes risquaient de n'être guère pertinentes. Un assez grand nombre de décisions de juridictions pénales internationales sont citées dans le deuxième rapport et dans l'étude du Secrétariat. Ces décisions, qui ont pour la plupart trait au droit procédural, ont été adoptées dans un contexte bien défini. Le droit pénal international repose en grande partie sur des dispositions conventionnelles spécifiques et a ses propres règles en matière de procédure et d'équité du procès ainsi que sa propre logique, et est administré par des juges qui souvent n'ont guère été formés au droit international général. En outre, il est rare que les États puissent présenter leurs arguments devant les juridictions pénales internationales. En conséquence, si les décisions de ces juridictions peuvent fournir des indications précieuses, la mesure dans laquelle des conclusions générales peuvent en être tirées est peut-être limitée.

Sir Michael Wood indique que ses principales réserves au sujet de la deuxième partie concernent le chapitre III de celle-ci, sur la constatation de la transposition, et le projet de conclusion 6 correspondant. Ses réserves sont au nombre de deux, chacune portant sur l'une des conditions énoncées dans ce projet de conclusion. Premièrement, il souscrit aux observations faites par des membres à la session précédente en ce qui concerne l'alinéa a) du projet de conclusion 6. La notion de compatibilité avec « les principes fondamentaux du droit international » visés dans cet alinéa est en effet trop vague pour être opérante. On voit mal, à la lecture du rapport, ce qui ferait qu'un principe est ou non « compatible ». Les notions de compatibilité et d'incompatibilité sont notoirement complexes. Plus sérieusement, Sir Michael Wood dit qu'il ne comprend ni ce qu'il faut entendre par « principes » dans le cadre du projet de conclusion 6 ni ce qui rend un principe « fondamental ». À cet égard, l'explication donnée au paragraphe 83 du rapport n'est guère convaincante. Dans ce paragraphe, le Rapporteur spécial fait fond sur les écritures du Danemark et des Pays-Bas dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en renvoyant à une liste de prétendus « principes », y compris, remarquablement, le « principe de souveraineté ». En invoquant le « principe de souveraineté », quoi que cette expression désigne, il serait sûrement possible de faire échec à tout principe du droit international. Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas d'accord avec M. Nguyen lorsque celui-ci affirme qu'ajouter une référence aux « valeurs » de la communauté internationale améliorerait la certitude de la condition ou en améliorerait l'applicabilité.

Peut-être est-il nécessaire de démontrer qu'un « principe général de droit » proposé peut-être applicable en droit international, comme semble l'indiquer la fin du paragraphe 83 du rapport, mais ce qu'une telle démonstration, qui fait de toute manière l'objet de la section suivante du rapport et de l'alinéa b) du projet de conclusion 6, a à voir avec les « principes fondamentaux du droit international » est loin d'être évident. Par exemple, le principe obligeant à conduire de tel ou tel côté de la route – dont on peut penser qu'il s'applique dans la plupart des pays – est peut-être commun à tous les systèmes juridiques mais il n'est manifestement pas applicable en droit international. La première phrase du paragraphe 84 du rapport semble aggraver le problème.

Deuxièmement, s'agissant de l'alinéa b) du projet de conclusion 6, le rapport examine les « conditions d'une bonne application » des principes généraux de droit dans l'ordre juridique international. La jurisprudence invoquée à cet égard est intéressante mais, une fois encore, émane pour l'essentiel des juridictions pénales internationales. Le Rapporteur spécial semble soulever des questions à deux niveaux. Premièrement, les principes du droit interne sont-ils jamais applicables en droit international ? Deuxièmement, s'ils s'appliquent en principe, peuvent-ils faire l'objet d'une « bonne » application ? Ce second aspect semble contestable ; la notion de « bonne » application est imprécise, subjective et inutile. Dans ce contexte, M. Valencia-Ospina a demandé pourquoi une difficulté d'application signifierait qu'une disposition ne peut être une règle de droit.

Le Rapporteur spécial se penche ensuite sur la « preuve de la transposition ». En fait, la seule « preuve » mentionnée semble consister en des renvois à des traités et d'autres instruments internationaux, ce qui ne semble guère constituer une « preuve » suffisante de la transposition d'un principe général. En bref, la Commission doit réfléchir davantage à ce qui atteste qu'un principe a été transposé.

S'agissant de la partie la plus intrigante du rapport, la troisième partie, et le projet de conclusion 7 correspondant, le Rapporteur spécial cherche à démontrer qu'il existe une catégorie de principes généraux de droit « formés dans le cadre du système juridique

international ». Sir Michael Wood rappelle que lorsqu'il a commenté le premier rapport du Rapporteur spécial en 2019, il a souligné qu'il n'était pas encore convaincu que des principes généraux de droit puissent être déduits du seul « cadre du système juridique international ». Le second rapport ne dissipe pas ses doutes à cet égard. Au paragraphe 169 de celui-ci, le Rapporteur spécial, s'appuyant sur un passage de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, écrit ce qui suit : « Pour certains [des principes généraux de droit] tout au moins, ces principes semblent être des normes de caractère général qui n'emportent pas nécessairement une obligation d'agir de manière à préserver leur objet. ». Si tel est le cas, on peut se demander si de telles normes sont effectivement des règles de droit.

En 2019, les membres de la Commission et les États se sont montrés divisés sur la question de l'existence d'une seconde catégorie, et des opinions diverses ont été exprimées dont certaines dénotaient une position médiane sur la question. Le débat en cours a montré que la Commission demeure divisée. Il sera intéressant de voir comment les États réagiront en 2021 à la lecture du deuxième rapport. Sir Michael Wood souligne qu'il demeure quant à lui parmi les sceptiques, mais qu'il considère néanmoins qu'il incombe à la Commission de déterminer s'il existe une seconde catégorie de principes généraux de droit et, dans l'affirmative, comment les principes en relevant se forment. Les propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport appellent donc quelques observations.

Premièrement, la formulation « formés dans le cadre du système juridique international » s'écarte curieusement de celle utilisée pour la première catégorie, à savoir « découlant des systèmes juridiques nationaux ». L'expression « formés dans le cadre » donne l'impression que la formation des principes en cause est en quelque sorte spontanée. Sir Michael Wood dit qu'il n'est pas sûr de comprendre ce que la Commission essaie de dire. Il se serait attendu à quelque chose de plus objectif, qui puisse être démontré par un raisonnement et des arguments. Il serait préférable d'utiliser une formule telle que « inhérents au système juridique international », similaire à la formule utilisée à l'alinéa c) du projet de conclusion 7.

Aux paragraphes 116 à 119 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial répond à certaines des préoccupations exprimées quant à l'existence d'une seconde catégorie. Est particulièrement bienvenue sa conclusion, figurant au paragraphe 120, selon laquelle « il faut distinguer clairement les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international des règles du droit international coutumier. Cette nécessité est liée au souci que le critère de détermination des principes généraux de droit relevant de la seconde catégorie soit suffisamment strict et que ces principes généraux ne soient pas vus comme une manière facile d'invoquer des règles de droit international. ».

On peut se demander si le Rapporteur spécial a atteint cet objectif. Prenant à juste titre la reconnaissance par les États comme point de départ également pour une éventuelle seconde catégorie, il distingue trois « formes » de reconnaissance des principes généraux entrant dans cette catégorie, qu'il énumère dans le projet de conclusion 7. Peut-être faut-il y voir des sous-catégories, car chacune est tout à fait distincte. Bien qu'admirant l'ingéniosité du Rapporteur spécial, Sir Michael Wood dit qu'il ne pense pas que ces trois « formes » soient suffisantes en elles-mêmes ou soient effectivement fondées sur la pratique. Elles semblent loin de fournir les critères suffisamment rigoureux qui sont nécessaires, comme l'admet le Rapporteur spécial lui-même, pour que le droit soit prévisible et sûr. Une réflexion beaucoup plus approfondie est nécessaire si la Commission entend poser l'existence d'une seconde catégorie et la décrire adéquatement.

La première « forme » de reconnaissance proposée par le Rapporteur spécial, à l'alinéa a) du projet de conclusion 7, concerne les principes « largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux ». Trois exemples sont donnés : les Principes de Nuremberg, la clause Martens, qui renvoie aux « lois de l'humanité et [aux] exigences de la conscience publique », et certains principes généraux du droit international de l'environnement.

Sir Michael Wood dit qu'il doute que ceux qui ont adopté les traités et instruments en question pensaient ce faisant reconnaître des règles du droit international général relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut. Cela ne ressort assurément pas des textes

cités dans le rapport. Le Rapporteur spécial veut-il dire qu'il suffit qu'un principe soit énoncé dans un traité largement accepté ou dans une résolution de l'Assemblée générale pour qu'il devienne un principe général de droit ? Par exemple, tous les « principes » énoncés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont-ils des principes généraux de droit pour la seule raison que la Convention a été largement acceptée ? Si tel est le cas, il ne serait plus guère nécessaire d'examiner la relation entre les traités et les règles du droit international coutumier, une question que la Commission étudiait encore en 2018. Sir Michael Wood souligne qu'à cet égard il souscrit aux observations faites par d'autres membres, notamment par M. Forteau.

Aux paragraphes 159 à 165 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial s'efforce de distinguer le rôle qu'il envisage pour les traités et les résolutions en relation avec les principes généraux de droit du rôle qui est le leur en relation avec les règles du droit international coutumier. Le principal argument du Rapporteur spécial semble être que, dans le cas des principes généraux de droit, ni une pratique générale ni l'*opinio juris* correspondante ne sont nécessaires. Cette explication n'est guère rassurante.

Si l'inclusion dans des traités et autres instruments internationaux largement acceptés est considérée comme suffisante pour constituer la reconnaissance d'un principe général de droit, la négociation des futurs traités et autres instruments risque d'en pâtir.

La deuxième « forme » de reconnaissance proposée par le Rapporteur spécial, à l'alinéa b) du projet de conclusion 7, concerne un principe qui « est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ». Cette formulation soulève immédiatement des questions. Que dit-on lorsque l'on dit qu'un principe « est au fondement » d'une règle générale du droit international conventionnel ou coutumier ? Quelle relation l'expression « est au fondement » implique-t-elle ? Le principe « au fondement » se trouve-t-il ailleurs que dans le traité ou la règle coutumière ? Qu'entend-on par « règles générales » dans ce contexte ? Sir Michael Wood ne trouve aucune base solide dans l'invocation de la méthode supposément déductive suivie dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, dans les écritures d'un État dans la procédure consultative relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* ou dans les conclusions tirées des observations de la Chambre de première instance du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*. Prises individuellement ou cumulativement, ces citations semblent fournir une base bien fragile à cette « forme » de reconnaissance et au libellé de l'alinéa b) du projet de conclusion 7, et la description alambiquée qu'au paragraphe 145 de son rapport le Rapporteur spécial donne de la méthode déductive qu'il envisage met cette fragilité en lumière.

La troisième « forme » de reconnaissance proposée par le Rapporteur spécial, à l'alinéa c) du projet de conclusion 7, concerne les principes « inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international ». De fait, il y a là un fondement possible pour une seconde catégorie de principes généraux de droit, bien que les notions de « caractères essentiels » et de « présupposés fondamentaux » du système juridique international soient loin d'être claires. Elles semblent en effet relever d'appréciations totalement subjectives, et les formules en question être tirées d'un dictum isolé de la Chambre de première instance du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*. Mais à qui appartient-il « d'établir » qu'un principe est « inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international » et comment doit-on procéder pour ce faire ? L'alinéa c) du paragraphe 7 serait peut-être plus clair si ces termes n'y figuraient pas.

Sir Michael Wood dit qu'en résumé il n'est toujours pas convaincu qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux de droit. Toutefois, sans préjudice de sa position, il est prêt à examiner les trois éléments proposés dans le projet de conclusion 7, et leur libellé précis, dans le cadre du Comité de rédaction.

Sir Michael Wood indique qu'il sera plus bref en ce qui concerne la quatrième partie du rapport à l'examen, consacrée aux moyens subsidiaires de détermination des principes généraux du droit dans lequel le Rapporteur spécial propose les projets de conclusions 8 et 9. Il souscrit à ce qui est dit aux paragraphes 172 à 177, sans toutefois être nécessairement

d'accord avec certaines des interprétations figurant aux paragraphes 178 à 180. Il approuve également les termes des conclusions 8 et 9.

Les indications données par le Rapporteur spécial quant à la suite des travaux semblent éminemment raisonnables.

Sir Michael Wood dit qu'il approuve le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion proposés dans le rapport à l'examen. Bien qu'estimant que les projets de conclusions 6 et 7, en particulier les alinéas a) et b) du projet de conclusion 7, soulèvent des questions très sérieuses, il espère que des progrès significatifs pourront être réalisés au Comité de rédaction.

M^{me} Galvão Teles dit que la première étape de l'analyse en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport aux fins de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux consiste en une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux visant à en extraire des principes juridiques qui leur sont communs. Bien qu'il ne serait assurément pas possible ni souhaitable d'analyser tous les systèmes juridiques existants pour déterminer si un principe général existe, il importe de souligner que, pour être représentative, une analyse comparative doit porter sur des systèmes juridiques divers qui représentent à la fois les principales familles juridiques et les différentes régions du monde. Bien qu'une analyse au cas par cas soit toujours justifiée, il serait assurément utile que la Commission donne des indications en la matière.

Dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », la Commission a fait face à une difficulté comparable s'agissant de définir la mesure dans laquelle une pratique doit être répandue et générale pour qu'une règle du droit international coutumier puisse voir le jour. Relevait qu'aucune des diverses expressions utilisées par la Cour internationale de Justice ne définissait exactement le niveau que la pratique requise doit atteindre sur les plans quantitatif et qualitatif, le Rapporteur spécial pour ce sujet a proposé d'utiliser l'adverbe « suffisamment » pour fournir des orientations supplémentaires. C'est pourquoi le paragraphe 1 de la conclusion 8 de ces projets de conclusion se lit comme suit : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. ». Une approche comparable peut être adoptée aux fins des projets de conclusion à l'examen. Pour M^{me} Galvão Teles, l'adverbe « suffisamment » devrait être inséré au paragraphe 2 du projet de conclusion 5 afin que les critères de détermination des principes généraux du droit soient à la fois rigoureux et souples.

S'agissant de la seconde étape du processus de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, à savoir la « transposition », qui fait l'objet du projet de conclusion 6, le Rapporteur spécial indique que les principes généraux en question doivent être compatibles avec les principes fondamentaux du droit international. Aucune définition des « principes fondamentaux du droit international » n'est toutefois donnée. Comme il s'agit de « principes » dans un cas comme dans l'autre, il conviendrait d'être plus clair.

La Commission a une tâche particulièrement difficile s'agissant de la seconde catégorie de principes généraux proposée par le Rapporteur spécial – les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Alors que les principes découlant des systèmes juridiques nationaux semblent être bien acceptés dans la pratique des États, dans la jurisprudence judiciaire et arbitrale et dans les travaux préparatoires des statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, les principes formés dans le cadre du système juridique international sont entourés de davantage d'incertitude. L'idée que les principes généraux du droit comprennent également des principes apparus directement dans le système juridique international bénéficie toutefois d'un certain appui dans la doctrine et la jurisprudence, et elle mérite donc d'être examinée de manière approfondie par la Commission, même si de nombreux membres, dont M^{me} Galvão Teles indique qu'elle fait partie, se sont déclarés sceptiques sur ce point.

Ceux qui défendent l'existence de cette seconde catégorie de principes font valoir que ceux-ci peuvent être déduits de règles du droit international conventionnel et coutumier et être ensuite appliqués à des situations que ces règles n'avaient pas anticipées. L'affaire du *Détroit de Corfou* est souvent citée à l'appui de cette position. Dans cette affaire, la Cour

internationale de Justice a expressément invoqué trois « principes généraux et bien reconnus » – les considérations élémentaires d’humanité, le principe de la liberté des communications maritimes et l’obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d’actes contraires aux droits d’autres États – pour juger que l’Albanie avait l’obligation de faire connaître l’existence d’un champ de mines dans ses eaux territoriales. Les trois principes en cause semblent être des principes émanant directement de l’ordre juridique international et non des principes découlant du droit interne. Il est toutefois nécessaire d’examiner si ces principes sont considérés comme des règles du droit international coutumier ou si leur origine est différente – les principes généraux du droit – ce qui n’est pas évident.

Les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international peuvent toutefois être le signe de la maturité et de la complexité croissantes du droit international, qui semble moins dépendre du droit interne pour combler ses lacunes. Comme indiqué dans le rapport du Groupe d’étude sur la fragmentation du droit international, les principes généraux du droit jouent un rôle important en ce qu’ils contribuent à la systématisation du droit international. L’importance de ces principes pour l’ensemble de la structure du droit international confère donc aux travaux de la Commission sur le sujet une importance durable.

Une autre difficulté est qu’une pléthore d’expressions différentes sont utilisées qui semblent à première vue presque synonymes mais peuvent en fait avoir un sens juridique différent. On peut citer comme exemple les expressions « principes généraux de droit », « principes généraux du droit international », « principes de droit », « principes du droit international » et « principes fondamentaux du droit international ». La Commission doit expliquer quelles expressions renvoient spécifiquement aux principes généraux du droit en tant que source du droit international, qui font l’objet des travaux sur le sujet.

L’étude du Secrétariat sur le sujet brosse un tableau exhaustif de la pratique internationale, laquelle montre que les États et les juridictions internationales ont fréquemment utilisé le terme « principes » lorsqu’ils traitent de sujets de caractère intrinsèquement international. Il est ainsi clair qu’il existe des principes généraux du droit qui ne découlent pas des systèmes juridiques nationaux et qui se sont formés indépendamment dans le cadre du système juridique international. La jurisprudence des juridictions pénales internationales et l’article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale étaient également cette présomption, à la fois parce qu’ils visent expressément les principes du droit pénal international et du droit international en général et parce qu’ils distinguent ces principes de ceux communs aux systèmes juridiques nationaux. Les travaux de la Commission sur le sujet peuvent beaucoup contribuer à expliciter le champ d’application, le contenu et les moyens de détermination précis des principes émanant directement de l’ordre juridique international. Toutefois, comme d’autres membres l’ont déjà souligné, la Commission doit procéder avec prudence.

En ce qui concerne la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, la Commission doit veiller à ne pas élargir excessivement la catégorie des principes généraux et à distinguer clairement celle-ci des autres sources formelles, en particulier le droit international coutumier. Comme indiqué dans l’étude du Secrétariat, l’utilisation de qualificatifs signalant le caractère international de certains principes ne prouve pas toujours de manière convaincante que ces principes émanent du système international. De plus, il semble que le terme « principes » ait parfois été employé pour désigner des normes découlant du droit international conventionnel et coutumier et non une source de droit différente et distincte. Pour distinguer les principes généraux du droit des autres sources, il est essentiel de tenir compte de la nature juridique et de la fonction des principes concernés dans le système juridique. À la différence des règles, les principes sont des postulats juridiques ouverts qui souvent ne mettent pas d’obligations juridiques précises à la charge de leurs destinataires et qui peuvent avoir des fonctions systémiques ou viser à combler des lacunes. Le Rapporteur spécial a évoqué cette distinction dans son deuxième rapport et indiqué qu’elle serait examinée plus en détail dans un rapport futur. De fait, il est essentiel de l’étudier plus avant.

La prudence et la rigueur conceptuelles reflétées dans l’étude du Secrétariat et les rapports du Rapporteur spécial doivent continuer de guider les travaux de la Commission.

M^{me} Galvão Teles rappelle qu'ainsi qu'elle l'a déjà souligné, les principes généraux doivent, en tant que source autonome du droit international, être clairement distingués des principes généraux ou fondamentaux du droit international, dont la source première peut être le droit conventionnel et coutumier. Les principes généraux du droit peuvent donner naissance à des principes fondamentaux du droit international mais ne le font pas nécessairement. Comme le Rapporteur spécial l'écrivait dans son premier rapport, « [o]n ne peut [...] pas exclure que certains principes généraux du droit n'aient pas un caractère "général" et "fondamental" ». C'est notamment le cas des principes du droit procédural international et des principes régissant certains domaines du droit international, comme le droit international humanitaire et le droit de l'environnement.

Selon le Rapporteur spécial, des principes généraux du droit peuvent se former dans le cadre du système juridique international selon trois processus : ils peuvent être largement reconnus dans des traités et d'autres instruments internationaux, être au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier, ou encore être inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. S'agissant du premier de ces processus, si l'applicabilité des principes énoncés dans les traités aux États qui y sont parties ne présente pas de difficultés, il est clair que dans un tel cas la source du droit international est le droit conventionnel et non les principes généraux. La Commission doit donc examiner si et comment des normes découlant de traités peuvent devenir applicables, en tant que principes généraux du droit, à la communauté internationale dans son ensemble, y compris aux États qui ne sont pas parties aux traités en question. La façon dont ces principes peuvent faire l'objet d'une reconnaissance « large et représentative » par l'ensemble des États – la condition essentielle de l'existence d'un principe général – doit être clarifiée.

Le second processus – l'identification d'un principe qui sous-tend des règles générales du droit international conventionnel et coutumier – est à de nombreux égards comparable au premier et soulève donc les mêmes difficultés s'agissant de savoir comment constater la reconnaissance des principes en question. De plus, tant le premier que le deuxième processus soulèvent la question de l'interprétation des traités. On ne voit toujours pas comment l'identification de principes reconnus dans des traités ou sous-tendant des traités est distincte de l'interprétation des règles énoncées dans ces traités, s'agissant en particulier des moyens d'interprétation concernant l'objet et le but ainsi que l'effet utile. La méthode déductive proposée par le Rapporteur spécial risque d'avoir pour effet fortuit d'offrir un moyen de contourner les règles établies d'interprétation des traités. Elle peut de même permettre aux interprètes d'attribuer aux États, sous la forme de principes généraux « reconnus » ou « au fondement », plus que ce dont ils sont convenus dans les dispositions conventionnelles.

Le processus permettant d'identifier les principes généraux du droit par rapport aux autres sources du droit international devrait être décrit de manière uniforme. Il peut falloir, pour déterminer le contenu de ces principes, procéder ou non par déduction, selon que la disposition conventionnelle pertinente contient un principe ou que le contenu du principe doit être déduit de règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier. Quoi qu'il en soit, le processus de constatation de la reconnaissance devrait être le même dans les deux situations identifiées par le Rapporteur spécial aux alinéas a) et b) du projet de conclusion 7. Étant donné que les modalités précises de ce processus ne figurent toujours pas dans les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport, il conviendrait de les expliciter.

Le troisième processus identifié par le Rapporteur spécial concerne les principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. Ces principes découlent largement des caractéristiques fondamentales de l'ordre international, à savoir la souveraineté de l'État, l'égalité entre les États et les considérations fondamentales d'humanité. Il est toutefois nécessaire d'indiquer si la formule « caractères essentiels et [...] présupposés fondamentaux » est synonyme de « principes fondamentaux du droit international ». Dans le cas contraire, une définition plus claire s'impose. Cette catégorie de principes généraux ne doit pas être indûment large et doit être nettement distinguée des règles existantes du droit international coutumier afin qu'elle ne serve pas de raccourci pour identifier des normes coutumières alors qu'il n'y a pas encore de pratique générale correspondante.

En conclusion, bien que de nombreux aspects des projets de conclusion et de leurs futurs commentaires doivent encore être clarifiés, M^{me} Galvão Teles appuie le renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction, compte tenu du débat tenu en plénière.

M. Park dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial est bien structuré et repose sur la pratique étatique et la jurisprudence internationale et nationale pertinentes. S'agissant de la proposition du Rapporteur spécial de remplacer le terme « nations civilisées » par le terme « l'ensemble des nations », ce dernier terme est quelque peu étroit, car il n'englobe ni la pratique des organisations internationales ni celle des entités privées, en particulier s'agissant des règles régissant les investissements internationaux.

Les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial contiennent diverses formulations ambiguës et abstraites, telles que « large et représentative » et « familles juridiques », figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 5, « principes fondamentaux », figurant à l'alinéa a) du projet de conclusion 6, « largement reconnu », figurant à l'alinéa a) du projet de conclusion 7 et « caractères essentiels et [...] présupposés fondamentaux », figurant à l'alinéa c) du projet de conclusion 7. Ces formulations risquent d'être cause d'incertitudes lors de l'application et de l'interprétation des projets de conclusion.

Comme le Rapporteur spécial introduit deux catégories distinctes de principes généraux du droit, il y a deux types différents de « reconnaissance ». Pour ce qui est de la première catégorie – principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux – la reconnaissance doit être large et représentative et correspondre à une conception commune à l'ensemble des nations. Pour la seconde catégorie – les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international – il y a trois formes de reconnaissance qui peuvent parfois coexister.

S'agissant de la hiérarchie entre les principes généraux du droit d'une part et le droit international conventionnel et coutumier de l'autre, la seconde moitié du paragraphe 145 n'est pas claire ; signifie-t-elle qu'un principe général du droit peut être appliqué indépendamment de l'existence de traités ou de règles coutumières ? M. Park rappelle que lorsqu'il a commenté le premier rapport sur le sujet à la soixante et onzième session de la Commission, il a identifié cinq principaux attributs des principes généraux du droit, le cinquième étant que les principes généraux du droit sont une source « transitoire » et « récessive » du droit international. Ces principes ne peuvent donc être considérés comme jouissant dans leur application du même statut juridique dominant que les traités internationaux ou le droit international coutumier. En 1920, le Comité consultatif n'a certes établi aucune hiérarchie formelle dans le projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale, mais depuis lors les principes généraux de droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont, du point de vue de la pertinence pratique, secondaires par rapport aux traités et à la coutume. En conséquence, en cas de conflit entre un principe général du droit et une disposition conventionnelle ou règle du droit international coutumier, cette dernière doit prévaloir.

Pour ce qui est du caractère transitoire des principes généraux du droit, il est bien établi que l'application répétée de ces principes peut les transformer en règles coutumières si certaines conditions sont réunies. Toutefois, l'affirmation figurant au paragraphe 152 du rapport à l'examen, selon laquelle rien n'empêche une norme de revêtir tout à la fois le statut de principe général du droit et celui de règle du droit international coutumier, est inexacte. Lorsque, avec le temps, un principe général du droit devient une règle du droit international coutumier parce que les deux éléments constitutifs de ce droit sont réunis, il ne peut plus être considéré comme un principe général du droit.

S'agissant des projets de conclusion eux-mêmes, comme les projets de conclusions 4, 5 et 6 ont tous trait à des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, ils peuvent être envisagés ensemble. Le Rapporteur spécial indique qu'il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux pour déterminer si un principe est commun à ces systèmes juridiques et a donc été reconnu par l'ensemble des nations. M. Park dit qu'il souscrit à cette approche et à la conclusion du Rapporteur spécial qui figure au paragraphe 50 du rapport et est reflétée au paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

En ce qui concerne les termes et expressions essentiels, le Rapporteur spécial semble considérer les adjectifs « large » et « représentative » figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 5 comme l'expression d'un seul et même concept. Or, si « large » signifie que l'analyse comparative doit porter sur le plus grand nombre possible de pays et « représentative » que les différentes familles juridiques doivent être représentées, les adjectifs « large » et « représentative » renvoient à des concepts qui peuvent être en conflit ou contradictoires. Le concept de « familles juridiques » risque également de poser problème. Si par « familles juridiques » on entend les différentes cultures juridiques, la prudence s'impose.

Le terme « analyse comparative » est utilisé dans les trois paragraphes du projet de conclusion 5 ; il ne devrait l'être que dans le paragraphe 1 et devrait être supprimé dans les deux autres. L'analyse comparative peut être expliquée plus en détail dans le commentaire. Une analyse comparative est un processus très délicat ; même si tel ou tel principe juridique ou un principe identique ou similaire est largement répandu, le résultat de son application peut être différent selon le système juridique national concerné. Par exemple, le principe de « l'interdiction de l'enrichissement injustifié » existe dans les principaux systèmes juridiques, mais on ne peut en conclure qu'il est commun aux principaux systèmes juridiques du monde tant qu'il n'est pas appliqué de manière similaire dans des contextes similaires. En ce qui concerne l'intitulé des projets de conclusions 5 et 6, M. Park n'est pas convaincu que les mots « Détermination » et « Constat », respectivement, soient nécessaires.

S'agissant du projet de conclusion 7, M. Park rappelle qu'à la soixante et onzième session, il avait indiqué qu'il doutait de l'existence de la seconde catégorie de principes généraux du droit – ceux formés dans le cadre du système juridique international. Il n'est toujours pas convaincu de cette existence, malgré l'explication fournie aux paragraphes 114 à 117 du deuxième rapport et les exemples concrets cités par le Rapporteur spécial pour montrer que cette existence est étayée par une pratique étatique suffisante.

Le Rapporteur spécial a déjà mentionné l'affaire du *Détroit de Corfou* dans son premier rapport, faisant valoir que le dictum « certains principes généraux et bien reconnus » renvoyait aux principes généraux de droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Toutefois, l'attention du Rapporteur spécial a été à l'époque appelée sur le fait qu'une étude récente avait interprété ce dictum comme renvoyant non aux principes généraux de droit mais aux principes qui existent en droit coutumier et à une règle tirée de dispositions conventionnelles.

Dans les conventions internationales dans lesquelles il figure, le principe du consentement à la juridiction constitue à la fois un droit et une obligation dépourvus et son champ d'application est limité à la Cour internationale de Justice. Le Rapporteur spécial explique que le principe du consentement à la compétence découle du principe de l'égalité souveraine et est un principe général du droit inhérent au système juridique international. De ce point de vue, on peut se demander si les divers principes résultant de la fondation du système juridique international de la souveraineté entrent tous dans cette catégorie. Les principes cités comme exemples par le Rapporteur spécial semblent avoir déjà été confirmés dans des traités, dans le droit international coutumier et dans divers documents internationaux. Le principe du consentement à la compétence et l'*uti possidetis juris* ont déjà été confirmés dans divers traités et font ainsi partie du droit international coutumier.

Le Rapporteur spécial soutient que les Principes de Nuremberg ont été reconnus par l'ensemble des nations comme des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, mais le passage de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il cite au paragraphe 126 concerne le principe de droit pénal *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* ; il ne vise pas les principes généraux du droit découlant de l'ordre juridique international mais un principe général de droit commun aux droits internes.

Enfin, les opinions divergent sur le point de savoir si le principe pollueur-payeur doit être considéré comme une règle rigoureuse d'application universelle. Par exemple, dans la sentence arbitrale rendue dans *l'Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 Septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la*

pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 (Pays-Bas/France), la Cour permanente d'arbitrage a jugé ce qui suit : « ce principe figure dans certains instruments internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux, et se situe à des niveaux d'effectivité variables. Sans nier son importance en droit conventionnel, le Tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général. ».

En ce qui concerne le projet de conclusion 8, il conviendrait d'accorder davantage de place au rôle des juridictions internationales. Celles-ci appliquent constamment les principes généraux du droit et mettent ainsi en lumière des règles de droit latentes. M. Park dit qu'il n'est donc pas persuadé qu'il convienne de reprendre mot pour mot la conclusion 13 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier. De plus, la distinction entre juridictions internationales et juridictions nationales opérée au paragraphe 2 du projet de conclusion 8 ne relève pas du sujet.

La séance est levée à 13 h 5.