

Provisoire

Réservé aux participants

27 octobre 2021

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3541^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 15 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_fr@un.org).



Présents :

Président : M. Hmoud

Membres : M. Argüello Gómez

M. Cissé

M^{me} Escobar Hernández

M. Forteau

M^{me} Galvão Teles

M. Gómez-Robledo

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. Rajput

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 h 5.

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

M. Saboia dit qu'ainsi que le Rapporteur spécial le souligne dans son excellent deuxième rapport sur les principes généraux du droit, la Commission ne doit pas chercher à élucider systématiquement les processus complexes par lesquels les principes généraux du droit apparaissent, évoluent ou tombent en désuétude, dans la mesure où l'étude du sujet vise à fournir des orientations pratiques. La formule « l'ensemble des nations », que le Rapporteur spécial propose pour remplacer le terme « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, est appropriée. L'observation de M. Tladi selon laquelle les notions de « nation » et d'« État » doivent être distinguées n'est pas sans mérite, car il existe des nations qui ne sont pas des États et des États qui sont plurinationaux, comme l'État plurinational de Bolivie. Les commentaires devraient peut-être expliquer comment des principes de droit peuvent découler des traditions et pratiques de certains groupes, par exemple les peuples autochtones, qui ne constituent pas des États mais dont les modes de vie sont à divers degrés juridiquement reconnus dans les États où ils vivent. M. Saboia dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la distinction entre principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international doit être maintenue, et que les critères appliqués pour déterminer l'existence d'un principe général du droit doivent être à la fois stricts, car ils ne doivent pas servir de raccourci facile pour déterminer les normes du droit international, et souples, pour que la détermination des principes généraux du droit ne soit pas impossible.

Après avoir procédé à un large tour d'horizon de la jurisprudence internationale, de la pratique des États et de la doctrine, le Rapporteur spécial conclut à juste titre que la détermination de l'existence d'un principe commun aux systèmes juridiques du monde – la première étape du processus de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux – nécessite une analyse suffisamment représentative des différents systèmes juridiques et régions du monde. Les commentaires devraient peut-être traiter du rôle des langues dans le cadre de cette analyse. Par exemple, les traditions juridiques des pays lusophones reflètent certains aspects du droit constitutionnel des États-Unis et du droit civil européen, mais elles ont également des caractéristiques qui leur sont propres. Or les documents de l'Organisation des Nations Unies citent rarement les textes juridiques, comme la législation et la jurisprudence, de ces pays, peut-être en raison de la langue dans laquelle ces textes sont rédigés.

Au paragraphe 83 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial donne des exemples de principes fondamentaux du droit avec lesquels un principe doit être compatible pour être transposé dans l'ordre juridique international, la détermination de cette transposition étant la seconde étape de l'analyse visant à identifier les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Ces exemples, qui comprennent le principe de souveraineté, la notion d'intégrité territoriale, le concept de base du droit à un plateau continental et les principes énoncés dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, montrent que le terme « principes fondamentaux » désigne les principes mêmes qui sont au fondement du système juridique international. Le Rapporteur spécial fait valoir à juste titre qu'un principe ne doit être compatible qu'avec les seuls principes fondamentaux du droit international et que, comme il n'y a pas de hiérarchie entre les sources de droit énumérées à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les règles générales du droit international conventionnel et coutumier qui ne sont pas fondamentales ne peuvent en elles-mêmes empêcher la transposition d'un principe.

Le Rapporteur spécial prend acte des différentes opinions exprimées à la Commission et à la Sixième Commission sur la notion de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, et reconnaît qu'il importe que les travaux de la Commission reposent sur une pratique « suffisante ». Comme la terminologie utilisée est souvent imprécise et qu'il est pour cette raison difficile d'identifier la pratique pertinente, le Rapporteur spécial souligne qu'un examen attentif est nécessaire dans chaque cas et qu'il

faut éviter de brouiller la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier.

Selon le rapport, pour déterminer l'existence d'un principe reconnu par l'ensemble des nations, il est nécessaire d'établir que ce principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux, qu'il est au fondement de règles générales du droit international conventionnel et coutumier ou qu'il est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. Le Rapporteur spécial donne des exemples pour chacun de ces trois critères. Comme exemple du premier, il cite la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, par laquelle l'Assemblée a confirmé les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (les Principes de Nuremberg), et sa résolution 177 (II), dans laquelle l'Assemblée a prié la Commission du droit international nouvellement créée de formuler un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, une initiative qui est à l'origine de nombre des règles et principes qui, en droit international contemporain, régissent la responsabilité à raison des crimes internationaux. Les exemples donnés s'agissant du deuxième critère comprennent l'arrêt rendu dans l'*Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, dans lequel la Cour internationale de Justice a fondé sa décision sur certains « principes généraux et bien reconnus » et non sur un traité. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, citée à l'appui du troisième critère, la Cour internationale de Justice a malheureusement confondu l'Amérique hispanique avec l'Amérique du Sud. Le principe de l'*uti possidetis juris* appliqué dans cette affaire peut être plus largement entendu s'il est envisagé du point de vue du Brésil. Ce principe a été appliqué dès le XVIII^e siècle dans le cadre des négociations concernant les colonies portugaises et espagnoles en Amérique du Sud. Lorsqu'il est devenu indépendant, le Brésil a en grande partie conservé les limites territoriales établies dans les traités conclus entre le Portugal et l'Espagne et il a continué d'appliquer le principe aux fins de la démarcation de ses frontières avec ses voisins. Comme indiqué dans le rapport, dans l'affaire du *Différend frontalier*, la Cour a également souligné les différences entre la formation de règles du droit international coutumier et la formation des principes généraux du droit international.

M. Saboia dit qu'il appuie les six projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial et leur renvoi au Comité de rédaction.

M^{me} Lehto dit que le rapport à l'examen, un document bien structuré et solidement documenté, fournit une excellente base pour le débat de la Commission. S'agissant de la première partie de ce rapport, elle n'est pas convaincue que le terme « l'ensemble des nations », que le Rapporteur spécial propose pour remplacer le terme « nations civilisées » – universellement considéré comme anachronique – soit la meilleure option, car il semble exclure les organisations internationales. M^{me} Lehto dit qu'elle souscrit aux observations de M. Forteau et d'autres sur ce point. La décision du Rapporteur spécial d'envisager à la fois les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international découle logiquement du précédent débat sur le sujet, dans le cadre duquel la Commission a fait preuve d'une ouverture d'esprit considérable en acquiesçant à l'idée d'étudier les deux catégories de principes, bien qu'elle ait exprimé deux réserves : la première concerne la distinction entre les principes généraux du droit d'une part et les autres sources du droit international, en particulier le droit international coutumier, de l'autre, et la seconde les règles régissant la reconnaissance des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Ces réserves ont toutes deux été rappelées dans le rapport. M^{me} Lehto dit qu'elle convient qu'il faut réaliser un équilibre s'agissant de déterminer les principes généraux du droit : le processus doit être rigoureux, mais pas au point de faire obstacle à l'identification de tels principes en tant que source du droit international.

La méthode en deux étapes proposée pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux définie dans le projet de conclusion 4 rend compte de la manière dont ce processus est généralement envisagé tant dans la pratique que par la doctrine. La première étape de cette méthode peut être décrite à la fois comme horizontale, car elle reflète l'exigence de représentativité, et verticale, car elle concerne la généralisation et l'abstraction qu'implique la détermination d'un principe commun aux

différents systèmes juridiques nationaux. S'agissant de l'aspect horizontal, M^{me} Lehto dit qu'elle pense comme le Rapporteur spécial que l'analyse comparative des systèmes juridiques nationaux doit porter sur les différentes familles juridiques et les diverses régions du monde, d'autant plus que les juridictions ont tendance, selon un rapport de l'Association de droit international publié en 2018, à ne se référer qu'à un petit nombre de systèmes de *common law* et de droit civil, près de la moitié des références en question concernant seulement sept pays. Les difficultés pratiques d'accès à l'information ne suffisent pas à expliquer pourquoi les autres systèmes juridiques sont systématiquement ignorés. Pour M^{me} Lehto, le projet de conclusion 4, en ce qu'il vise « un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde », rend adéquatement compte de la généralité et de la représentativité requises.

Ce qui est considéré comme « représentatif » dépend toutefois du contexte, par exemple la branche du droit concernée. M^{me} Lehto appuie donc la proposition de M^{me} Galvão Teles d'insérer l'adverbe « suffisamment » avant le mot « large » au paragraphe 2 du projet de conclusion 5. Elle pense également, comme M. Valencia-Ospina, que le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 devrait être formulé de manière plus générale pour décrire les éléments, qui font l'objet des paragraphes 70 à 72 du rapport à l'examen, à prendre en compte dans le cadre de l'analyse comparative. Si elle convient que dans certains cas la pratique des organisations internationales, visée au paragraphe 72, peut être prise en considération pour déterminer l'existence de principes généraux du droit, elle considère comme M. Valencia-Ospina que si cette pratique est mentionnée, des explications seront nécessaires. Il pourrait être utile de décrire le rôle des principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne : ces principes peuvent être communs à tous les systèmes juridiques des pays de l'Union européenne et compatibles avec les objectifs de celle-ci, ou ils peuvent être propres à l'Union européenne, même s'ils s'inspirent de principes consacrés dans certains systèmes juridiques nationaux.

Pour ce qui est de l'aspect vertical, il s'agit, aux termes du paragraphe 56 du rapport à l'examen, de comparer les règles existant dans les systèmes juridiques nationaux et d'en extraire le principe qui leur est commun ou de distiller le principe qui leur est sous-jacent ; en d'autres termes, il s'agit de rechercher l'essence des différents principes juridiques nationaux, laquelle n'est ni la somme de ces principes ni leur plus petit dénominateur commun. Comme indiqué au paragraphe 56, il s'agit d'aboutir à un principe juridique généralement considéré comme juste par l'ensemble des nations ou comme reflétant leur conscience collective, ou encore un principe inhérent à tout système juridique.

En ce qui concerne la transposition, la seconde étape de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, l'analyse porte sur le point de savoir si une analogie est possible entre le droit interne et le droit international. Des exemples de cas dans lesquels la transposition est impossible – en d'autres termes, dans lesquels des principes de droit interne largement appliqués sont inapplicables dans le système juridique international – sont donnés dans le rapport et ont été cités au cours du débat. De même, certains domaines des relations internationales, comme la délimitation maritime et les conflits armés, n'ont pas d'équivalent au niveau national.

Si le projet de conclusion 6 est essentiel, M^{me} Lehto dit qu'elle partage les préoccupations exprimées par certains membres de la Commission en ce qui concerne les difficultés risquant de résulter de son libellé et du manque de clarté de l'expression « principes fondamentaux du droit international » figurant à l'alinéa a). Cette catégorie supplémentaire de principes risque en outre d'être source de confusion. De plus, des questions se posent quant à ce qui sera considéré comme une « bonne application » au regard de l'alinéa b). Comme l'a relevé M. Valencia-Ospina, il faut expliquer pourquoi une difficulté d'application empêcherait un principe de devenir une règle de droit. D'une manière générale, il est exact que les caractéristiques particulières des procédures pénales distinguent celles-ci des différends interétatiques et qu'il peut être plus facile de trouver des analogies entre les procédures pénales internationales et nationales qu'entre le droit international et le droit interne dans d'autres contextes. En tout état de cause, les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux ont joué un rôle particulièrement important dans le domaine de la justice pénale internationale, la pratique en la matière étant précieuse pour tirer des conclusions aux fins des travaux sur le sujet.

S'agissant de la troisième partie du rapport, M^{me} Lehto dit qu'elle souscrit aux observations judicieuses figurant aux paragraphes 116 à 118. Pour ce qui est de la section A du chapitre II de la troisième partie, consacrée aux principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux, si elle convient qu'une large adhésion à des traités énonçant tel ou tel principe peut être considérée comme indiquant que le principe en question est largement reconnu, elle estime que cette adhésion ne signifie pas nécessairement qu'il est reconnu comme un principe général du droit. Il est indiqué au paragraphe 122 que les « instruments internationaux » visés à l'alinéa a) du projet de conclusion 7 comprennent les résolutions de l'Assemblée générale. Le libellé de cet alinéa est peut-être trop général et de ce fait trop inclusif. On peut aussi se demander si le critère énoncé à l'alinéa a) du projet de directive 7 s'agissant de la reconnaissance ne fait pas double emploi avec le critère énoncé à l'alinéa b) de la même disposition. Il semble que les Principes de Nuremberg et la clause de Martens, invoqués dans le rapport en relation avec le premier critère de la reconnaissance, peuvent également servir d'exemples pour le deuxième critère.

Les deux critères envisagés pour la reconnaissance dans les sections B et C, respectivement, du chapitre II de la troisième partie – à savoir qu'un principe doit être au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ou être inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international – semblent mieux distinguer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et sont donc, aux fins de la reconnaissance, plus appropriés que le critère défini dans la section A du même chapitre. Des questions ont néanmoins été soulevées quant au sens de la formule « au fondement ». M^{me} Galvão Teles s'est par exemple demandé si la reconnaissance de principes généraux comme étant « au fondement » de règles générales du droit international conventionnel et coutumier ne permettrait pas de faire dire à des dispositions conventionnelles plus que ce que les États concernés étaient convenus dans ces dispositions. Il est toutefois admis qu'une des fonctions des principes généraux, de quelque type que ce soit, est d'assurer la cohérence et l'uniformité de l'interprétation des règles spécifiques qui en découlent ; ils ont par exemple servi cet objectif en droit international des droits de l'homme et en droit international de l'environnement. Du point de vue de l'interprétation des traités, ces principes sous-jacents peuvent donner des indications quant à l'objet et au but d'un traité ou peuvent faire partie des autres « règle[s] pertinente[s] » de droit international au sens de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un exemple de ce que l'on peut appeler une « règle sous-jacente » est fourni par le principe de diligence invoqué dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, à savoir le principe « général et bien reconnu » de « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ». Il s'agit là de la formulation générique d'un principe pouvant être considéré comme au fondement des codifications ultérieures des obligations de diligence en droit de l'environnement, en droit des droits de l'homme et en droit des conflits armés, et qui a été invoqué dans différents contextes, par exemple en droit pénal international et en matière d'arbitrage relatif à des investissements. Pour M^{me} Lehto, l'affirmation figurant au paragraphe 145, à savoir qu'un principe « ainsi dégagé peut alors être appliqué indépendamment de la règle [souvent plus précise] du droit international conventionnel ou coutumier concernée, voire en l'absence de telle règle », énonce une règle par défaut. Elle considère également que l'alinéa c) du projet de conclusion 7 et la catégorie des principes qu'il vise ont un important potentiel.

M^{me} Lehto dit qu'elle n'a pas d'observations à faire sur la quatrième partie du rapport à l'examen ni sur les projets de conclusions 8 et 9, et elle appuie le renvoi de tous les nouveaux projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Hassouna remercie le Rapporteur spécial pour son rapport, un document détaillé, bien écrit et reposant sur des recherches solides. Il remercie également le Secrétariat pour son étude exhaustive, qui facilitera considérablement les recherches du Rapporteur spécial. Le sujet des principes généraux du droit continue d'être entouré de nombreuses incertitudes et de faire l'objet de vives controverses, et les orientations que la Commission pourra fournir aux États, aux organisations internationales et aux juridictions présenteront donc un intérêt pratique considérable.

La première partie du rapport comprend des observations générales et définit l'approche du sujet suivie par le Rapporteur spécial. À l'alinéa a) du paragraphe 2 de ses conclusions sur le premier débat que la Commission a tenu sur le sujet, le Rapporteur spécial déclare que celui-ci porte sur les origines des principes généraux du droit. Or, au paragraphe 10, il souligne qu'il est inutile pour la Commission d'élucider les processus par lesquels les principes généraux du droit apparaissent, évoluent ou tombent en désuétude. Le Rapporteur spécial devrait donc indiquer dans quelle mesure il a l'intention d'étudier les origines des principes généraux.

Le Rapporteur spécial fait également une observation au sujet du terme « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice en relation avec la reconnaissance requise pour qu'un principe général existe. Le terme est anachronique ; il constitue un vestige de l'héritage colonial du droit international et est en contradiction flagrante avec le principe de l'égalité juridique des États. M. Hassouna dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que l'expression « l'ensemble des nations » est celle qui est la mieux à même de le remplacer, en particulier parce que son utilisation dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est largement acceptée. Le commentaire pourrait expliquer la différence entre les termes « nations » et « États », et comment les organisations internationales peuvent être rattachées à ces termes. Il convient de noter que la veille, lorsqu'il s'est adressé à la Commission, le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a utilisé l'expression « l'ensemble des nations » ("*community of nations*"). M. Hassouna dit qu'il souscrit également à l'observation du Rapporteur spécial, au paragraphe 14, selon laquelle, aux fins des travaux sur le sujet, il convient de maintenir la distinction entre principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Il serait à cet égard utile de clarifier le fondement de cette distinction et les différents effets juridiques des deux catégories de principes. M. Hassouna pense également comme le Rapporteur spécial qu'il convient de réaliser l'équilibre voulu dans la définition des critères, qui doivent être à la fois rigoureux et souples, permettant de déterminer l'existence d'un principe général du droit.

S'agissant de la détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, selon le paragraphe 25 du rapport il est impératif, pour s'assurer que la condition de reconnaissance est remplie, que l'analyse comparative soit large et représentative et porte sur tous ces systèmes. Toutefois, en pratique, les catégories adoptées par le Rapporteur spécial aux fins de l'examen des familles juridiques et des régions varient considérablement et apparaissent souvent comme ad hoc, même si le paragraphe 52 contient une proposition quant à une méthode possible de catégorisation des familles juridiques. Pour M. Hassouna, une proposition comparable peut être faite en ce qui concerne une sélection représentative des régions géographiques, ce afin d'encourager une adhésion plus systématique à une analyse large et représentative.

S'agissant du rôle que peuvent jouer les organisations internationales dans la formation des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, M. Hassouna souscrit à l'idée que la pratique des organisations internationales peut, en fonction des pouvoirs conférés à ces organisations par leur instrument constitutif, être pertinente pour identifier un principe général du droit.

S'agissant du paragraphe 75 du rapport, pour qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde soit élevé au rang de principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, ce principe doit être compatible avec les principes fondamentaux du droit international. Or la question de savoir ce que sont les « principes fondamentaux du droit international » demeure controversée. Si l'Article 2 de la Charte des Nations Unies est le point de départ logique, il ne fournit aucunement un état exhaustif de l'ensemble des principes en question. De plus, de nombreux principes du droit international sont fréquemment présentés comme fondamentaux alors qu'ils ne le sont pas. En outre, de nombreux principes fondamentaux n'existent qu'au niveau régional. Comme il est indiqué dans le rapport que la détermination des principes généraux doit être objective, le Rapporteur spécial aurait dû être plus précis quant au contenu de la catégorie des « principes fondamentaux du droit international ».

En ce qui concerne la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, le paragraphe 121 mentionne les principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, ce qui semble présumer l'existence d'une conception commune de ce que sont les « caractères essentiels et [...] présupposés fondamentaux » du système juridique international. Les exemples cités à l'appui de cette affirmation comprennent des affaires dans lesquelles la Cour internationale de Justice n'a jamais statué sur le principe concerné, ainsi que des cas dans lesquels ce principe coexistait avec une norme du droit international coutumier ou reposait sur un régime conventionnel. Comme il est difficile de déterminer de manière « objective » ce qui est « essentiel » ou « fondamental » pour le système juridique international, il serait souhaitable de donner des exemples de tels principes généraux dans les commentaires des projets de conclusion.

M. Hassouna dit que dans l'ensemble il approuve les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial. S'agissant toutefois du projet de conclusion 6, il est essentiel de clarifier ce que sont les « principes fondamentaux du droit international » et ce qui les distingue des « principes généraux du droit ».

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, il conviendrait d'expliquer comment différencier les principes généraux découlant uniquement de la coutume internationale ou des traités de ceux relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut. Par exemple, selon le paragraphe 130 du rapport à l'examen, la Cour internationale de Justice a fait observer que « les principes en question (se rapportant à la condamnation et à la répression du crime de génocide) "sont à la base de" la Convention [sur la prévention et la répression du crime de génocide] et sont contraignants pour les États même en l'absence de cette convention ». M. Hassouna dit que tout en souscrivant à l'opinion ainsi exprimée, il ne voit pas comment elle implique nécessairement que ce sont des principes généraux formés au sein de la communauté internationale et relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38, et non la coutume internationale, qui sont à la base de la Convention, étant donné en particulier que la Cour a déclaré en plusieurs occasions, notamment dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2015 dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, que cet instrument avait « pour objet de confirmer des obligations qui existaient déjà en droit international coutumier ».

Au paragraphe 133 le Rapporteur spécial cite un autre exemple, celui de la clause de Martens, indiquant que celle-ci a été considérée par certains États comme un principe général du droit « reconnu par l'ensemble des nations et ne découlant pas des systèmes juridiques nationaux ». À cet égard, le Rapporteur spécial cite une lettre adressée à la CIJ par un État, Nauru, dans l'affaire concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Il ne s'agit assurément pas là d'une reconnaissance « large et représentative » de la communauté des États. D'ailleurs, dans la même procédure, la Cour internationale de Justice a souligné le caractère « coutumier » de la clause de Martens en rappelant que tous les États étaient liés par les règles du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 qui « ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole ».

Dans la cinquième partie du rapport, consacrée à la suite des travaux, le Rapporteur spécial indique que son rapport suivant portera sur les fonctions des principes généraux du droit et sur leurs rapports avec les autres sources du droit international. Entre autres fonctions, les principes généraux peuvent servir à interpréter d'autres sources du droit international. Il serait utile de donner des exemples précis de ces fonctions. Quant aux rapports entre les principes généraux et les autres sources du droit international, le sens de l'expression « sources du droit international » ainsi que la distinction entre « règles » et « principes » devraient être clarifiés. De plus, la question des « principes généraux » régionaux, et celle de savoir si l'existence de tels principes serait incompatible avec l'universalité des « principes généraux », doivent également être étudiées. Il conviendrait en outre d'indiquer si, en cas de conflit, ce sont les principes généraux ou les autres sources du droit international qui prévalent.

La Commission pourra vouloir envisager d'établir une liste indicative des principes généraux du droit assortie d'exemples de leur pratique fournis par les États. En fait, toute information sur la pratique des États concernant les principes généraux du droit présenterait un intérêt réel pour les travaux de la Commission sur le sujet. Malheureusement, seuls quatre États ont soumis des observations écrites. La Commission devrait donc de nouveau, au moyen d'un questionnaire, inviter les États à lui fournir des informations.

M. Hassouna dit qu'en conclusion il remercie une nouvelle fois le Rapporteur spécial pour son intéressant et excellent deuxième rapport. Il appuie le renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Ouazzani Chahdi dit que les principes généraux du droit soulèvent de nombreuses controverses doctrinales mais ne jouent qu'un rôle limité dans la pratique. Si le libellé de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne permet pas de dire s'ils découlent du droit interne ou du droit international – cette question a donné lieu à un débat animé à la Sixième Commission de l'Assemblée générale – la plupart des auteurs s'accordent pour dire que les principes généraux du droit sont une source autonome du droit interne, distinct du droit international. M. Ouazzani Chahdi se félicite que le Rapporteur spécial indique au paragraphe 10 de son rapport que l'étude du sujet vise à fournir des orientations pratiques à tous ceux qui peuvent être appelés à appliquer des principes généraux du droit, même s'il regrette que seuls quatre États aient répondu à la demande d'informations sur leur pratique nationale en la matière que la Commission a adressée aux États.

L'expression « nations civilisées » est obsolète et anachronique ; M. Ouazzani Chahdi souscrit à la proposition de la remplacer par l'expression « l'ensemble des nations », qui figure au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et est favorable au maintien du terme « nations ».

Comme l'indique le Rapporteur spécial, la reconnaissance est une condition indispensable à l'existence d'un principe général du droit ; le Rapporteur spécial aurait d'ailleurs pu donner une définition de cette notion en se fondant sur l'analyse figurant au paragraphe 46 de l'étude du Secrétariat. S'agissant de la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il serait utile de savoir ce que le Rapporteur spécial entend précisément par « pratique », un terme pouvant désigner la pratique législative, judiciaire ou constitutionnelle. De fait, les constitutions nationales peuvent énoncer des normes qui sont communes à plusieurs États et peuvent ainsi être considérées comme des principes généraux du droit susceptibles d'être transposés dans le cadre d'une convention internationale. La Convention relative aux droits de l'enfant, par exemple, énonce certains principes tels que les droits de l'enfant à une protection spéciale, à l'éducation et à la santé, que l'on retrouve dans la plupart des constitutions nationales.

Les propositions concernant l'analyse en deux temps aux fins de la détermination des principes généraux du droit sont intéressantes, mais M. Ouazzani Chahdi n'est pas convaincu par les conclusions relatives aux enfants trouvés qui figurent au paragraphe 34 et reposent sur une affaire dont a connu la Cour suprême des Philippines. Si, comme indiqué au paragraphe 25, l'analyse comparative doit être large et représentative et englober les « principaux systèmes juridiques du monde », on peut regretter le manque de cohérence dans l'utilisation de cette expression, remplacée aux paragraphes 50 et 54 par la formule « les différentes familles juridiques et régions du monde ». Un projet de conclusion définissant les termes et expressions utilisés, comme il en existe dans d'autres textes adoptés par la Commission tels que le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée, serait utile. Comme d'autres membres, M. Ouazzani Chahdi s'interroge sur la pertinence de la pratique des organisations internationales dans la formation des principes généraux du droit ; il conviendrait de fournir des éclaircissements sur ce point, ou d'indiquer quelles organisations sont concernées.

S'agissant de la compatibilité des « principes généraux du droit » avec les « principes fondamentaux du droit international », M. Ouazzani Chahdi se demande de quels principes fondamentaux du droit international il s'agit. Sir Michael Wood a soulevé cette question au sujet de l'alinéa a) du projet de conclusion 6, dont le libellé risque d'introduire une hiérarchie entre les deux catégories de principes, ou entre les sources du droit international. Il serait

préférable de parler de compatibilité avec « les exigences de l'ordre juridique international », une formulation utilisée ailleurs dans le rapport.

Comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 121, la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international est différente de la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Il est de plus difficile de distinguer les principes formés dans le cadre du système juridique international des règles du droit international coutumier. Fondant essentiellement ses arguments sur la jurisprudence et le droit conventionnel, le Rapporteur spécial recense trois « formes » possibles de reconnaissance d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international. Ces arguments ne sont toutefois pas convaincants et doivent être développés ; par exemple, les Articles 1 et 2 de la Charte de Nations Unies, ainsi que l'Article 74, relatif au bon voisinage, pourraient être invoqués.

Les principes mentionnés dans le rapport comprennent le principe pollueur-payeur, qui vise à mettre à la charge du pollueur les dépenses relatives à la prévention ou à la réduction des pollutions dont il est l'auteur. La déduction relativement hâtive du Rapporteur spécial, au paragraphe 137 de son rapport, selon laquelle ce principe est un « principe général de droit » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, est contestable ; ce principe ne semble pas être universellement accepté et il connaît des exceptions – par exemple dans le cas du transport routier – ce qui réduit l'impact de la politique environnementale. Certains auteurs reconnaissent que la traduction de ce principe dans les politiques effectivement suivies est loin de répondre aux conditions propres à garantir son efficacité maximale ; il devrait s'appliquer à tous les secteurs de l'économie.

M. Ouazzani Chahdi dit qu'il formulera des observations sur le libellé des projets de conclusion proposés dans le cadre du Comité de rédaction.

M. Cissé, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, un document très fouillé et reposant sur des recherches approfondies, dit qu'une lecture stricte de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice étaye l'idée que la notion de principes généraux du droit n'est pas limitée aux systèmes juridiques nationaux mais qu'elle englobe une seconde catégorie de principes – ceux formés dans le cadre du système juridique international – dont certains peuvent être transposés dans les systèmes juridiques nationaux. Par exemple, le principe de la souveraineté de l'État est également un principe de droit interne que toutes les constitutions protègent comme quasiment sacrosaint. Relevant à la fois du droit national et du droit international, il soulève, à l'instar d'autres principes, la question de savoir dans laquelle des deux catégories le ranger. De fait, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, plusieurs principes du droit invoqués par des États et des juridictions internationales se sont formés dans le cadre du système juridique international et ne découlent pas des systèmes nationaux. Leur existence n'est pas surprenante, eu égard au caractère propre de l'ordre juridique international. Par exemple, le principe des responsabilités communes mais différenciées n'aurait qu'un impact très limité au niveau national, car il repose sur les relations internationales et le fonctionnement du système juridique international, en particulier en ce qui concerne le droit international de l'environnement.

M. Cissé dit qu'il considère depuis longtemps que les deux catégories de principes font partie d'un tout unitaire et peuvent s'influencer réciproquement. Par exemple, une organisation régionale peut exiger de ses États membres qu'en cas de conflit entre son droit communautaire international et leur droit interne, ils fassent prévaloir le premier. En Afrique, les règles et directives de l'Union économique et monétaire ouest-africaine sont directement applicables dans les systèmes juridiques nationaux, sans qu'il soit besoin de suivre les procédures constitutionnelles obligatoires de ratification des traités internationaux.

Par contre, dans les systèmes juridiques nationaux, la transposition de dispositions conventionnelles dans l'ordre juridique interne est régie par les prescriptions constitutionnelles de chaque État déterminant, par exemple, si c'est le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif qui est compétent pour ratifier les traités internationaux en vue de leur transposition. Comme une telle procédure n'existe pas au niveau international, peut-être la

Cour internationale de Justice a-t-elle un rôle à jouer s'agissant d'établir la compatibilité d'un principe découlant d'un système juridique interne avec les principes fondamentaux du droit international. La compatibilité ne peut être déterminée qu'en examinant le contenu du principe ; le projet de conclusion 8 semble offrir des indications à cet égard.

La Commission doit donc être prudente en ce qui concerne le libellé des projets de conclusion et les commentaires y relatifs car, malgré l'impression que donnent les premier et deuxième rapports, la distinction entre les deux catégories de principes généraux du droit, aussi utile soit-elle du point de vue théorique pour comprendre ceux-ci, est loin d'être nette. En pratique, la catégorisation de ces principes pourrait contribuer à la mise au point des critères et techniques permettant de les identifier ; il n'est pas surprenant que des principes développés au niveau international puissent influencer les systèmes nationaux, et vice versa.

Il est concevable que des principes généraux puissent se développer simultanément dans les systèmes nationaux et le système international après être d'abord apparus dans les premiers ou le second. Le principe de précaution, par exemple, est apparu au niveau national en Allemagne dans les années 1970 et a été adopté au niveau international dans les années 1980 dans le cadre d'une série d'accords internationaux sur la protection de la mer du Nord, puis lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio de Janeiro (Brésil) en 1992, après quoi il a été consolidé et confirmé au niveau international, tout en se développant dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier. Le développement, l'interprétation et l'application du principe de précaution peuvent ainsi être considérés comme s'étant effectués dans deux directions, du niveau international au niveau national et vice versa ; il serait erroné de le considérer comme ne relevant que d'une des deux catégories. Celles-ci ne doivent donc pas être conçues de manière trop rigide. Le critère de transposition proposé dans le deuxième rapport risque toutefois de compliquer l'établissement des principes généraux du droit en tant que bloc cohérent, structuré et unifié, qu'ils se forment au niveau national ou au niveau international.

En ce qui concerne les projets de conclusion proposés, l'expression « nations civilisées » a été remplacée par les mots « l'ensemble des nations », ce qui est conforme à l'évolution du monde et aux nouvelles réalités de la société internationale. Nul ne saurait s'opposer à cette modification, car la formule utilisée dans le Statut de la Cour internationale de Justice est dépassée et est une relique de l'histoire. Il ne faut toutefois pas croire que des éléments de langage puissent à eux seuls effacer les faiblesses d'un système juridique qui demeure très conservateur. On peut se demander si les principes généraux du droit découlant des deux principaux systèmes juridiques – le droit civil ou romano-germanique, et la *common law* ou droit anglo-saxon – doivent être considérés comme les seuls dignes d'être pris en compte dans la formation des principes généraux du droit international. Comme l'ont souligné Antony Anghie et d'autres juristes éminents, ce déséquilibre continuera d'exister même si l'expression « nations civilisées » est remplacée, car les racines européennes du droit international ne font pas automatiquement place à l'universalisme du fait de l'application générale du droit international à toutes les nations. Le droit international demeure considérablement influencé par le droit civil et la *common law*, comme le montre le fait que des États non européens utilisent l'un de ces deux systèmes de droit au détriment de leur propre culture juridique. Les systèmes juridiques non européens, comme le droit islamique et les divers systèmes juridiques coutumiers des peuples autochtones ou africains, sont rarement mentionnés lorsque l'on discute des principes généraux du droit alors qu'ils sont pourtant bien vivants et servent à résoudre de nombreux différends d'ordre juridique ou social.

L'un des rares exemples d'une opinion juridique qui transcende les systèmes juridiques du droit civil et de la *common law* est fourni par l'opinion individuelle du juge Weeramantry, ancien Vice-Président de la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*. Dans cette opinion, le juge Weeramantry procède à une analyse systématique et approfondie du principe du développement durable en donnant un aperçu relativement exhaustif des traditions des peuples du monde concernant la protection de la nature et des richesses naturelles ainsi que de l'environnement en général. Cet exemple n'est assurément pas unique ; le commentaire des projets de conclusion et les rapports futurs du Rapporteur spécial devraient souligner ce manque d'universalisme et d'inclusion et proposer des méthodes pratiques en vue de

l'identification systématique des principes généraux du droit en vigueur dans les différents États et régions du monde. Des systèmes juridiques non européens sont bien présents parmi les systèmes juridiques nationaux, comme l'atteste l'application du droit islamique dans plusieurs États arabes et dans des États non arabes tels que le Pakistan et l'Indonésie.

La reconnaissance du droit coutumier par des pays aussi divers que le Canada et l'Afrique du Sud, et dans des instruments internationaux tels que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, montre qu'il est nécessaire de tenir compte des principes généraux du droit acceptés par ces peuples ou États. En fait, de par leur savoir millénaire, les peuples autochtones ont influencé certaines négociations visant l'adoption de nouvelles règles et de nouveaux principes dans le domaine du droit de l'environnement, s'agissant en particulier de la protection de la nature et des ressources naturelles.

L'Afrique n'est pas restée en marge de ce mouvement de construction d'un nouvel ordre juridique international plus inclusif. Par exemple, si le droit moderne s'intéresse à la protection de l'enfance, en Afrique, l'éducation des enfants est une responsabilité de l'ensemble de la communauté et pas seulement des parents ; l'enfant peut être sermonné ou corrigé par tout membre de la communauté villageoise, voire nationale. Ne pas tenir compte de ces ordres juridiques dans la structuration des principes généraux du système juridique international serait une erreur qui ne ferait que perpétuer le statu quo représenté par l'expression anachronique « reconnus par les nations civilisées ». De même, mettre l'accent sur les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international pourrait contribuer au maintien de ce statu quo. Il conviendrait de trouver, bien que cela soit difficile, le moyen de répertorier systématiquement tous les principes de droit applicables ou appliqués dans les diverses régions du monde si l'on veut que les travaux soient objectifs, inclusifs et transparents.

S'agissant du libellé des projets de conclusion proposés, M. Cissé dit qu'il approuve l'alinéa a) du projet de conclusion 4 mais entretient certaines réserves en ce qui concerne l'alinéa b) car, si l'application universelle ou commune d'un principe général de droit est une condition de la reconnaissance de ce principe, sa transposition dans le seul ordre juridique international n'est pas un critère neutre. La question se pose ainsi de la valeur qu'il convient d'accorder à un principe général du droit qui est commun à tous les systèmes juridiques mais n'a pas été transposé dans l'ordre juridique international, alors même qu'il continue d'être appliqué dans les ordres juridiques nationaux. Perd-il son statut de principe général du droit pour la seule raison qu'il n'a pas encore été transposé dans le droit international ?

Il convient de faire une distinction entre l'application et la transposition d'un principe général du droit. Un tel principe peut être appliqué en droit interne et en droit international sans avoir été transposé, simplement parce qu'il s'agit d'un principe établi qui est universellement reconnu dans tous les systèmes juridiques. On pourrait dire qu'un tel principe est *self-executing* et applicable de facto. Aucune mesure particulière n'est nécessaire pour qu'il soit reconnu en droit interne comme en droit international. Si toutefois la transposition doit être une condition substantielle de la reconnaissance d'un principe général du droit en droit international, il conviendrait d'indiquer quel organe international – que ce soit la Cour internationale de Justice ou un autre organe – est compétent pour opérer cette transposition. M. Cissé doute qu'un principe général du droit dont l'existence a simplement été constatée, énoncée ou rappelée dans des traités internationaux ou des résolutions de l'Assemblée générale puisse être considéré comme ayant été transposé.

M. Cissé dit qu'il reste fermement convaincu que la transposition ne devrait pas être envisagée en sens unique, c'est-à-dire comme allant des systèmes juridiques nationaux vers le système juridique international, car des principes et règles du droit international peuvent également être transposés de l'ordre juridique international dans les systèmes nationaux. Un nouvel alinéa c) du projet de conclusion 4 libellé comme suit pourrait envisager les deux situations : « si ce principe est soit appliqué dans les systèmes juridiques nationaux, soit transposé dans le système juridique international ».

Il faut toutefois garder à l'esprit qu'un principe général de droit peut revêtir un double caractère, international et national, et qu'il n'est pas toujours facile de différencier l'un de l'autre. Dans un cas comme dans l'autre, ce sera aux juridictions internationales, et en

particulier à la Cour internationale de Justice, de trancher les questions relatives à l'identification et la reconnaissance des principes généraux du droit.

M. Cissé propose que l'alinéa b) du projet de conclusion 4 devienne l'alinéa c) du projet de conclusion 6, intitulé « Constat de la transposition dans le système juridique international ».

S'agissant du projet de conclusion 5, M. Cissé propose d'en reformuler le paragraphe 1 sous la forme d'un chapeau introduisant les deux paragraphes suivants, qui deviendraient des alinéas. Il serait par ailleurs préférable de parler de « l'identification » des principes communs plutôt que de la détermination de leur existence, parce que ces principes peuvent exister sans avoir été identifiés comme tels.

M. Cissé dit qu'il n'est pas sûr que le mot « Constat » qui figure dans l'intitulé du projet de conclusion 6 soit approprié. S'il l'est, la question se pose de savoir qui doit constater la transposition. En tout état de cause, il ne peut être répondu aux questions posées aux alinéas a) et b) que si un juge international, saisi au contentieux ou pour avis consultatif, tranche le point de savoir quel principe général est devenu un principe général du droit international et quel principe ne l'est pas devenu. À l'alinéa b), l'expression « bonne application » n'est pas satisfaisante ; la neutralité commande de remplacer les mots « sa bonne application » par les mots « son application ».

Le projet de conclusion 7 serait plus à sa place immédiatement après le projet de conclusion 5, afin que les questions liées à la détermination des principes généraux de droit international soient envisagées après celles concernant la détermination des principes généraux qui sont communs aux principaux systèmes juridiques. M. Cissé propose de libeller comme suit l'alinéa b) du projet de conclusion 7 : « que le principe est fondé sur les règles générales du droit international conventionnel, coutumier ou jurisprudentiel ». Le libellé de l'alinéa c) n'est pas clair et devrait être modifié comme suit : « que le principe est inhérent au système juridique international ». Enfin, les alinéas a) et c) expriment la même idée quant au fond, à savoir que les principes doivent être reconnus en droit international ; la Commission ne perdrait rien en supprimant l'alinéa a), car l'alinéa b) est plus complet, en particulier si l'on y ajoute une référence à la jurisprudence internationale.

M. Cissé dit qu'en conclusion, il appuie le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion proposés dans le rapport à l'examen.

M. Rajput remercie le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, un document qui repose sur des recherches approfondies et offre matière à réflexion, et le Secrétariat pour son étude, qui met en lumière certaines des questions qui se posent en pratique. Dans l'ensemble, il approuve l'approche suivie par le Rapporteur spécial et le contenu du rapport, à l'exception de la troisième partie, qui porte sur la création de principes généraux au niveau international et sur laquelle il axera ses observations.

Premièrement, d'un point de vue conceptuel, il est nécessaire de distinguer les « principes du droit », le « droit international général » et « les 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 existe une tendance à confondre ces trois notions, comme l'ont fait observer le Secrétariat dans son étude et Sir Michael Wood dans ses observations. Elles sont distinctes et doivent le demeurer pour éviter toute confusion, confusion dont souffre l'analyse figurant dans la troisième partie du rapport à l'examen. Les différences existant entre ces notions ont été soulignées dans le rapport établi en 2006 par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international ainsi que par la doctrine. Comme l'a expliqué M. Forteau, les principes de droit sont des maximes de logique et de bon sens appliquées de temps à autre pour combler des lacunes. Les principes appliqués pour interpréter les traités, par exemple le principe *noscitur a sociis, ut res magis valeat quam perat et pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, en sont des exemples. Il ne s'agit pas nécessairement, et en tout cas pas toujours, de principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. L'expression « droit international général » constitue souvent un renvoi général et collectif à toutes les règles du droit international et est souvent utilisée dans les traités d'investissement qui, au lieu de mentionner chacune des sources du droit international applicables, utilisent l'expression « droit international général » pour renvoyer à toutes ces sources. Le rapport susvisé du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a explicité cette distinction. Dans

ses travaux sur le sujet à l'examen, la Commission n'étudie aucune de ces catégories. Ses travaux ne portent que sur les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 et il importe de l'indiquer très clairement. L'intitulé actuel du sujet est « principes généraux du droit », ce qui risque de prêter à confusion et, pour éviter cela, la Commission devrait ajouter à cet intitulé les mots « au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ».

Une autre observation générale concerne la méthode utilisée par le Rapporteur spécial, qui s'appuie sur les arguments avancés par les États devant les juridictions internationales. Si ces arguments représentent sans aucun doute les vues des États concernés et peuvent contribuer à l'*opinio juris*, il importe également de tenir compte de la manière dont les autres États et la juridiction concernée y ont réagi. Au paragraphe 148, par exemple, le Rapporteur spécial cite les arguments avancés par le Portugal au sujet de principes juridiques internationaux propres au système juridique international dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, mais ces arguments ont été expressément rejetés par l'Inde. Étant donné que, comme indiqué au paragraphe 149 du rapport, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question, on ne peut tirer aucune conclusion de ces arguments.

M. Rajput dit qu'il souscrit dans l'ensemble à l'analyse que fait le Rapporteur spécial de la méthode proposée pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde et des modalités de la transposition d'un tel principe en droit international. Il approuve donc de manière générale les projets de conclusions 4 à 6, bien que des améliorations puissent sans aucun doute y être apportées par le Comité de rédaction. S'agissant du paragraphe 3 du projet de conclusion 5, qui vise « un examen des législations et jurisprudences nationales », cette formulation étroite omet d'autres pratiques telles que les actes administratifs ou exécutifs, qui sont également pertinents pour déterminer l'existence d'un principe susceptible d'être considéré comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. De plus, comme M. Forteau, mais pour des raisons légèrement différentes, il est mal à l'aise avec l'expression « l'ensemble des nations ». Au fil des ans, le terme « nation » a acquis un certain sens en raison des demandes de sécession émanant d'entités qui sont peut-être des nations mais ne sont pas des États. La Commission doit se pencher sur la pratique des États, et non sur celle des nations, puisque celles-ci ne sont pas des entités politiques reconnues en droit international. Le terme « communauté des États » serait donc préférable, et a d'ailleurs été utilisé à l'alinéa b) de la conclusion 4 sur le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », dont la Commission pourrait s'inspirer.

La troisième partie du rapport, sur laquelle repose le projet de conclusion 7, est le point faible d'un rapport par ailleurs excellent. Dans cette troisième partie, des conclusions sont souvent énoncées sans explication de leur fondement, ce qui pose un problème de méthode. Le caractère limité du raisonnement suivi dans le rapport ressort du paragraphe 122 de celui-ci, qui indique que les principes généraux du droit sont les principes qui sont largement repris dans les traités et autres instruments internationaux, tels que les résolutions de l'Assemblée générale. De plus, pour chacun des exemples cités pour établir que les principes généraux se forment au niveau international, soit des conclusions sont tirées sans expliquer en détail pourquoi chacun des principes évoqués peut être considéré comme un principe général, soit le Rapporteur se contente d'appliquer les dispositions du projet de conclusion 7 dans l'ordre inverse pour faire valoir que les principes en question satisfont aux critères et peuvent être considérés comme des principes généraux. M. Ouazzani Chahdi l'a lui aussi souligné.

Il semblerait que l'approche qui a dicté le projet de conclusion 7 repose sur la distinction entre d'autres règles du droit international, comme les règles conventionnelles ou coutumières, et les normes qui sont à la base de ces règles, qui doivent être considérées comme des principes généraux du droit. Cet argument semble comparable à celui avancé à l'appui de la *Grundnorm*. En l'acceptant, la Commission porterait atteinte aux fondements mêmes de la théorie des sources en plaçant les principes généraux au même niveau que le *jus cogens*.

Il convient de rappeler le débat qui a eu lieu au sein du Comité consultatif de juristes qui a rédigé le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, devenu ultérieurement le Statut de la Cour internationale de Justice, en particulier en ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38.

Le texte actuel a son origine dans des propositions d'Elihu Root et de Lord Phillimore. Selon la proposition de M. Root, le consentement des États était nécessaire pour qu'une règle soit acceptée comme une source de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. Considérant cette approche comme beaucoup trop restrictive, Lord Phillimore a proposé que la troisième source soit constituée par les principes juridiques *apparatus*, pour reprendre le terme qu'il a utilisé, *in foro domestico*, c'est-à-dire en droit interne. En fait, ce débat sur la possibilité que des principes généraux puissent se former au niveau du droit international a été suscité par la proposition, avancée par cinq puissances neutres et finalement rejetée, d'inclure des principes généraux fondés sur le droit international. Le Comité a conclu que les principes devant être visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 étaient essentiellement ceux ayant leur origine *in foro domestico*, à savoir le droit international formé par emprunt à l'ordre juridique interne. Hersch Lauterpacht, dans son ouvrage célèbre intitulé *Private Law Sources and Analogies of International Law*, s'est appuyé sur ces éléments pour conclure sans ambiguïté que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 étaient les principes empruntés au droit interne via le droit comparé, et non ceux *apparatus* en droit international. Le Rapporteur spécial cite également le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais les travaux préparatoires du Pacte révèlent que lorsque les États ont élaboré cette disposition, ils avaient également à l'esprit le droit interne, *in foro domestico*, et non le droit international. Il convient de noter que la proposition initiale du Président du Comité consultatif, le Baron Descamps, était comparable au projet de conclusion 7 proposé et évoquait la création de principes au niveau du droit international. Cette proposition, qui visait « les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés », a été catégoriquement rejetée. Si la Commission décide de revenir à la proposition du Président ou de retenir une autre proposition de même effet, et ainsi d'aller à l'encontre de la position du Comité consultatif de juristes, elle amenderait ou réécrirait le Statut de la Cour internationale de Justice et remettrait en question une source du droit international considérée comme établie depuis plus d'un siècle et acceptée comme telle par les États.

Il semble que dans la troisième partie du rapport à l'examen comme dans son premier rapport, le Rapporteur spécial ait considéré que le fait que des décisions de juridictions internationales visaient « les principes de droit », « les principes généraux du droit ou du droit international » ou « les nations civilisées » suffisait pour conclure que ces décisions témoignaient de la formation dans l'ordre juridique international de principes généraux au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. À cet égard, on peut appliquer le test judiciaire proposé par Alain Pellet, qui a fait valoir à juste titre que bien que ces expressions figuraient dans plusieurs décisions judiciaires, les juridictions concernées avaient pris soin de ne viser l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 dans aucune d'entre elles parce que, lorsqu'elles avaient examiné cette question, elles n'avaient pas l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 à l'esprit puisque les principes généraux du droit international relevant de cette disposition étaient exclusivement ceux formés *in foro domestico*. La Commission devrait utiliser le test méthodologique proposé par M. Pellet pour déterminer si, lorsqu'une juridiction mentionne les nations civilisées ou les principes généraux, elle vise effectivement les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38.

Le Rapporteur spécial déclare honnêtement, aux paragraphes 138, 145, 166 et 168, qu'il a eu recours à la méthode « déductive » pour parvenir à ses conclusions. Cette méthode est diamétralement opposée à celle suivie par Bin Cheng qui, dans la première étude systématique – et primordiale – sur le sujet, a appliqué la méthode « inductive ». L'inconvénient de la méthode déductive est qu'elle consiste à adopter d'emblée une position théorique pour tirer ensuite des conclusions conformes à cette position. Suivant la méthode inductive, on procède d'abord à des observations empiriques dont on tire ensuite des conclusions. La Commission doit veiller à ne pas suivre une démarche déductive en utilisant des exemples, comme le fait le Rapporteur spécial, pour confirmer la conclusion finale selon laquelle des principes généraux du droit se forment au niveau international.

Les exemples cités par le Rapporteur spécial appellent d'ailleurs certaines observations. Premièrement, le Rapporteur spécial cite les Principes de Nuremberg comme étant des principes généraux du droit. Cette conclusion semble découler de la seule utilisation des termes « principes » ou « nations civilisées ». De ce fait, lorsque le Rapporteur spécial, au paragraphe 128, cite l'avis consultatif relatif aux *Réserves à la Convention sur le Génocide*, il ne tient pas compte du fait qu'une lecture holiste du passage qu'il cite montre que la Cour se réfère au caractère impératif de la prévention du génocide et non à un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. Les éléments fondamentaux des Principes de Nuremberg sont, selon la doctrine, des règles du droit international coutumier. Si la proposition du Rapporteur spécial était acceptée, ces règles auraient pour seule fonction de combler des lacunes.

M. Rajput dit qu'il juge ironiques les renvois répétés et insistants à la résolution 95 (I) par laquelle l'Assemblée générale a adopté les Principes de Nuremberg. Cette résolution a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale en 1946, alors que la communauté internationale ne comptait que 55 États. Il va sans dire que tous ces États étaient civilisés, puisque les autres peuples du monde n'étaient pas encore considérés comme assez civilisés pour se gouverner par eux-mêmes. L'Inde a été l'un des premiers pays à accéder à l'indépendance, en 1947, un an après l'adoption de la résolution en question. À l'issue de la décolonisation, le reste du monde a pu s'exprimer et a critiqué sans équivoque les Principes de Nuremberg comme représentant la justice partielle des vainqueurs. M. Rajput dit qu'il se permet de conseiller au Rapporteur spécial de lire attentivement l'opinion dissidente du juge Radhabinod Pal, l'un des juges du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, pour comprendre les sensibilités que la résolution en question a heurtées et le ressentiment qu'elle a suscité. La citer comme exemple est ironique parce qu'ainsi la Commission, tout en éliminant le terme « nations civilisées », semblerait vouloir perpétuer ce qui a été fait sous le couvert de ce terme. M. Rajput dit qu'il serait étonné si la mesure dans laquelle le Rapporteur spécial s'appuie sur la résolution 95 (I), et l'enthousiasme avec lequel il le fait, n'étaient pas considérés par les juristes du tiers monde comme la continuation d'un état d'esprit colonial, ce qui serait embarrassant pour la Commission.

La séance est levée à 13 h 5.