Provisoire

Réservé aux participants

23 novembre 2021
Français
Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3542e séance
Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 16 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).

Merci de recycler

Présents :

Président :	M. Tladi (Premier Vice-Président)
Membres :	M. Argüello Gómez
	M. Cissé
	M^me^ Escobar Hernández
	M. Forteau
	M^me^ Galvão Teles
	M. Gómez-Robledo
	M. Grossman Guiloff
	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. Vázquez-Bermúdez
	Sir Michael Wood
	M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission

En l'absence de M. Hmoud, M. Tladi (premier Vice-Président), prend la présidence.

La séance est ouverte à 11 heures.

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

M. Rajput, poursuivant sa déclaration commencée à la séance précédente, rappelle qu'il avait souligné les problèmes que soulevait, dans le deuxième rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/741 et Corr.1), l'utilisation de la méthode déductive pour étayer le projet de conclusion 7 et indiqué qu'il fallait, pour éviter la subjectivité inhérente à cette méthode et assurer la clarté des travaux de la Commission sur le sujet, recourir à la méthode inductive.

Outre les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (les Principes de Nuremberg), le Rapporteur spécial prend l'exemple de la clause de Martens pour étayer son argument selon lequel des principes généraux du droit peuvent être créés au niveau international. L'argument tiré de la clause de Martens n'est toutefois pas convaincant, car il semble reposer sur le contenu de la clause et non sur sa nature juridique. Si ce contenu appelle assurément l'application de principes généraux, cela ne suffit pas pour en conclure que la clause elle-même est, par sa nature, 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.

Au paragraphe 133 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial indique que, dans un exposé écrit relatif à l'avis consultatif de la Cour sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Nauru a déclaré ce qui suit : « La clause de Martens semble appeler l'application de principes généraux de droit. ». Cela ne signifie toutefois pas que la clause de Martens elle-même est un principe général ; Nauru en expose simplement la teneur. De plus, dans l'avis consultatif en question, la Cour elle-même n'a pas explicitement qualifié la clause de principe général ni même de règle du droit coutumier, mais a seulement déclaré qu'elle faisait partie du droit international humanitaire. Il en est de même dans l'avis consultatif donné par la Cour sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Si la clause de Martens continue de s'appliquer en tant que règle conventionnelle ou, selon certains, règle coutumière, elle n'est qualifiée de principe général dans aucun des exemples cités dans le rapport. Curieusement, dans l'exemple cité au paragraphe 132, elle est visée comme découlant du droit international coutumier et non comme principe général.

M. Rajput dit qu'il craint qu'en partant de l'hypothèse que des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 sont créés au niveau international, la Commission ne cause des bouleversements systémiques larges et profonds dans diverses branches du droit international. Le principe pollueur-payeur peut être cité pour illustrer cette crainte. Aux paragraphes 135 à 137 du rapport, le Rapporteur spécial ne produit aucune preuve attestant que, d'un point de vue normatif, le principe pollueur-payeur est un principe général du droit international si ce n'est, peut-être, que sa qualification de « principe » permet de présumer qu'il peut très bien en être un.

Il importe également de rappeler les travaux préparatoires du principe pollueur-payeur. Les pays en développement se sont opposés à son inclusion, en tant que principe 16, dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Ils étaient en effet réticents à accepter le coût de l'internationalisation de ses conséquences, craignant que son inclusion dans la Déclaration ne compromette leurs stratégies de développement, ne fasse obstacle à leurs aspirations développementales, ne leur impose un fardeau supplémentaire et ne les désavantage par rapport aux pays développés. Bien que certains auteurs aient tenté de lui conférer un statut normatif supérieur, d'autres considèrent qu'il n'est qu'une coutume régionale propre à l'Europe.

Si la proposition du Rapporteur spécial est acceptée, alors même que les éléments constitutifs de la coutume ne sont pas réunis, il est à craindre que n'importe quel principe en vienne à lier les États, même s'il ne constitue pas une norme conventionnelle, si les États concernés n'y ont pas consenti, et si les États en général ne l'appuient guère ou pas du tout. Dans une telle situation, les première et deuxième sources du droit international visées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice − à savoir les traités

et la coutume − deviendraient superflues. M. Rajput dit qu'il n'est donc pas convaincu que l'introduction par une voie détournée de certains principes en tant que règles contraignantes du droit international soit appropriée et il craint qu'elle ne crée un déséquilibre par rapport aux autres sources du droit international.

Curieusement, le Rapporteur spécial n'affirme pas que le principe des responsabilités communes mais différenciées, évoqué dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (la Déclaration de Stockholm) avant d'être formulé dans la Déclaration de Rio, est un principe général au sens de l'Article 38 bien qu'il ait été repris dans plusieurs traités, en particulier dans l'Accord de Paris sur les changements climatiques. M. Rajput dit qu'à l'issue d'une brève analyse comparative, il a constaté que 15 traités multilatéraux visaient le principe des responsabilités communes mais différenciées mais 12 seulement le principe pollueur-payeur ; or c'est ce dernier, et non le premier, qui est qualifié de principe général par le Rapporteur spécial. Si celui-ci approuvait cette analyse et déclarait que le principe des responsabilités communes mais différenciées est lui aussi un principe général du droit, les différentes priorités associées à ces deux principes risquent d'entrer en conflit. Le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682) permettrait peut-être de régler ce conflit particulier, mais non tous les conflits de ce type. Il s'agit là d'un seul exemple de conflit potentiel mais il en existe assurément d'autres.

Le projet de conclusion 7 soulève également d'autres questions. Il implique que tous les traités sont des traités de codification, ce qui n'est absolument pas le cas. Lorsqu'un traité codifie effectivement une norme, cette norme est soit une norme impérative du droit international, comme dans le cas de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, soit une règle du droit international coutumier, comme dans le cas des articles 15, 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui codifie les règles en matière de délimitation maritime. Supposer que tous les traités codifient des règles soulève plusieurs problèmes. La norme du traitement juste et équitable, par exemple, est l'une des normes les plus controversées du droit international des investissements. Certains tribunaux d'investissement l'ont interprétée de manière indûment large pour restreindre les pouvoirs réglementaires exercés par les États pour protéger l'intérêt général, l'environnement et les normes du travail. Si le projet de conclusion 7 est adopté, la norme du traitement juste et équitable peut, parce qu'elle est fréquemment reprise dans des traités, en venir à être considérée comme un principe général au sens de l'Article 38.

En raison des problèmes associés à l'interprétation large de cette norme, plusieurs États ont supprimé la disposition correspondante de traités types sur les investissements bilatéraux, par exemple ceux de l'Inde et de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est. Si le projet de conclusion 7 est adopté, la norme de traitement juste et équitable sera applicable en tant que principe général du droit et pourra être invoquée comme liant les États alors même qu'elle ne figure pas dans un traité d'investissement, en particulier parce qu'il n'y a pas de hiérarchie des sources. La Commission ne doit pas défendre une conception fragmentée du droit international ; elle doit envisager les problèmes de manière holiste. Le projet de conclusion 7 reflète peut-être le droit naturel, mais il risque de créer de graves difficultés dans l'application et la mise en œuvre du droit international. La norme de traitement juste et équitable n'est qu'un exemple : il y en a d'autres, innombrables.

Affirmer que des principes généraux du droit peuvent se former au niveau international comme au niveau national peut apparaître comme une bonne idée, parce qu'il y aurait alors davantage de règles et que, par rapport aux règles de droit interne, les règles de droit international sont relativement peu nombreuses. Malheureusement, cette démarche estimable aboutirait à brouiller la distinction entre *jus cogens*, droit conventionnel et droit international coutumier, en permettant de faire valoir que certains des principes relevant de ces droits doivent être considérés comme des principes généraux et donc comme moins contraignants. Si l'absence de hiérarchie formelle entre les différentes sources ne saurait être mise en doute, les travaux préparatoires de l'Article 38 et l'application des principes généraux dans la pratique prouvent abondamment que ces derniers ont essentiellement pour fonction de combler les lacunes afin d'éviter le *non liquet*. Comme M. Forteau l'a souligné, la Commission ne doit pas porter atteinte au statut des normes supérieures telles que celles du *jus cogens*. Par exemple, qualifier l'interdiction du génocide de principe général du droit,

comme le Rapporteur spécial le fait aux paragraphes 125 et 130 du rapport à l'examen, restreint la rigueur normative de ce principe.

Une autre question qui se pose est celle de savoir ce qui se passerait en cas de conflit entre un principe reconnu en droit interne et un principe reconnu au niveau international. Les principes généraux formés au niveau international vont à l'encontre de l'exigence de reconnaissance consacrée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, à juste titre examinée en détail par le Rapporteur spécial au chapitre II de la deuxième partie de son rapport. S'il est une chose dont la Commission doit s'abstenir, c'est bien de réécrire le Statut de la Cour internationale de Justice et de créer une source de droit supplémentaire entrant en concurrence non seulement avec les traités et la coutume mais également avec le *jus cogens*.

Invoquer de prétendus principes formés dans le cadre du système juridique international pour déclarer l'existence de principes généraux semble être une démarche discutable. M. Rajput rappelle qu'il a déjà souligné que l'invocation des arguments avancés par le seul Portugal devant la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* constituait une erreur, puisque la position de l'Inde était diamétralement opposée à celle du Portugal. De même, pour les raisons exposées par M. Tladi, invoquer l'*uti possidetis* n'est pas non plus convaincant. Plus précisément, le fait que dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* la Cour internationale de Justice ait visé l'*uti possidetis* comme un principe général n'étaye pas la conclusion qu'en tire le Rapporteur spécial au paragraphe 150 de son rapport, puisque la Cour n'a aucunement mentionné l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut.

En conclusion, M. Rajput dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion à l'exception du projet de conclusion 7.

M. Reinisch dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial est un document très fouillé qui donne un aperçu impressionnant de l'étude de droit comparé à mener pour déterminer l'existence de principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde. Il pense lui aussi qu'il existe de tels principes non seulement en droit privé mais également en droit public. Le droit des investissements démontre qu'une analyse comparative des principes de droit public, tels que ceux de la certitude juridique, de la proportionnalité, de l'équité de la procédure administrative et de la protection des droits acquis, peut constituer un champ d'investigation fructueux.

M. Reinisch indique qu'en raison des contraintes de temps, il ne fera pas d'observations sur la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux mais présentera par écrit ses commentaires sur cet aspect du sujet.

S'agissant du chapitre III de la deuxième partie du rapport et du projet de conclusion 6, qui définit les circonstances dans lesquelles un principe général du droit est transposé dans le système juridique international, le libellé actuel de ce projet de conclusion donne à penser que la transposition est un acte conscient accompli par certains acteurs. Or, comme expliqué dans le rapport, la transposition s'effectue selon que des principes découlant du droit interne peuvent objectivement être appliqués au niveau international dans le cadre d'un processus qui, comme le Rapporteur spécial le reconnaît, n'est pas automatique. Par exemple, au paragraphe 75 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial vise la capacité d'un principe d'« opér[er] dans le cadre plus large du droit international » et, au paragraphe 73, un principe dont on ne peut présumer « qu'il opérera » dans l'ordre international. Cela étant, les termes « transposabilité » et « transposable » reflètent peut-être mieux l'idée selon laquelle cette capacité est objectivement déterminée.

M. Reinisch dit qu'il partage les préoccupations exprimées par certains membres en ce qui concerne la section A du chapitre III de la deuxième partie du rapport, intitulée « Compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international ». Bien que les arguments justifiant l'exigence de compatibilité soient convaincants et logiques dans leur principe, la norme elle-même est trop vague. Pour mieux comprendre ce que sont les « principes fondamentaux du droit international », il serait utile de savoir si le Rapporteur spécial considère qu'entrent dans cette catégorie certains seulement ou l'intégralité des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies et visés dans l'annexe à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale. Il serait également utile de savoir si un conflit entre la norme en cause et ces « principes fondamentaux » fera nécessairement obstacle à

l'apparition d'un principe général. L'indication, au paragraphe 75 du rapport à l'examen, selon laquelle le test de compatibilité vise à garantir qu'un principe juridique est reconnu « comme opérant dans le cadre plus large du droit international » donne à penser que la barre est placée plus haut.

En ce qui concerne la seconde condition de la transposition, à savoir la « bonne application du principe dans l'ordre juridique international », M. Reinisch dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'il s'agit essentiellement à cet égard de déterminer si un principe général peut être appliqué dans l'ordre juridique international, et que la condition en question constitue donc un filtre nécessaire pour la transposition des principes découlant des systèmes juridiques nationaux.

Les aspects les plus novateurs et, comme l'ont noté des membres de la Commission, les plus controversés du rapport figurent dans la troisième partie de celui-ci, intitulée « Détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international ». Le rapport indique que ces principes peuvent être déterminés de trois manières. S'agissant de la jurisprudence analysée à cet égard, le rapport souligne qu'il importe de déterminer si, dans une affaire donnée, une méthode distincte a été employée pour établir l'existence de la norme. Ce critère doit être à la base de la démarche de la Commission : le facteur déterminant doit être la méthode employée par l'organe judiciaire saisi pour établir l'existence d'une norme donnée en droit international. Cette méthode est peut-être même plus importante que les termes précis employés par l'organe en question.

Cela dit, l'interprétation par le Rapporteur spécial de certaines affaires n'est pas pleinement convaincante. La première catégorie de « principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international » visée dans le rapport est celle des « principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux ». Les exemples cités comprennent des principes relevant du droit pénal international, à savoir les Principes de Nuremberg et l'interdiction du génocide, du droit international humanitaire, à savoir la clause de Martens, et du droit international de l'environnement, à savoir le principe pollueur-payeur. Toutefois, le rapport ne propose pas de méthode unique et uniforme susceptible d'être employée pour expliquer le caractère prétendument contraignant de ces différents principes. D'un point de vue général, le rapport affirme qu'il est possible de déterminer si un tel principe existe en vérifiant s'il est « largement repris dans les traités et autres instruments internationaux, tels que les résolutions de l'Assemblée générale », mais le seul principe cité comme ayant été « largement repris » dans des traités est le principe pollueur-payeur. M. Reinisch fait observer qu'en 2004, après l'adoption de tous les traités cités comme prouvant la reconnaissance de ce principe, le tribunal arbitral constitué pour connaître d'un différend entre la France et les Pays-Bas concernant la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures a conclu que le principe pollueur-payeur ne faisait pas « partie du droit international général ».

Aucun des autres principes cités dans le rapport n'a été « largement repris dans les traités » ; ils ont été repris dans certains instruments d'une importance particulière à un moment donné. Parmi les principes cités dans le rapport, l'interdiction du génocide est consacrée dans deux instruments et les Principes de Nuremberg dans plusieurs, outre qu'ils sont implicitement reconnus dans divers traités relatifs aux droits de l'homme. La clause de Martens est reprise dans plusieurs traités et des indices attestent qu'elle était déjà considérée comme juridiquement pertinente en 1948, puisqu'elle avait été incorporée dans les Conventions de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1899 et 1907 et dans le Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques de 1925.

Comme preuve supplémentaire du caractère de principe général de l'interdiction du génocide, le rapport cite l'avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le Génocide*, dans lequel la Cour internationale de Justice a déclaré que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel ». Le Rapporteur spécial souligne à juste titre, au paragraphe 130 du rapport à l'examen, que les termes ainsi employés rappellent l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour. Il convient également de noter que la Cour elle-même a par la suite cité ce passage dans son arrêt de 2007 sur l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*

(Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) lorsqu'elle a examiné, « [a]insi [qu'elle] l'a[vait] souligné en 1951, les exigences du droit international coutumier ».

Plus important toutefois, l'application de la méthode proposée qui consiste à vérifier si un principe a été « largement repris dans les traités » ne tient pas compte des principes qui ont été largement repris dans de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux mais ne sont manifestement pas considérés comme faisant partie du droit international général. Entrent dans cette catégorie divers principes incorporés dans des accords internationaux d'investissement et dans des traités d'extradition et des conventions fiscales. M. Reinisch dit qu'il souhaiterait savoir si le Rapporteur spécial juge nécessaire, pour distinguer entre les différents effets juridiques produits par la large reprise de certains principes dans des traités, de tenir compte du caractère de ces traités.

La Commission a précisément examiné cette question dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale (*international liability*). Dans son troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/566), le Rapporteur spécial, M. Rao, déclarait ce qui suit : « [o]n ne peut se contenter d'affirmer avec autorité de façon convaincante qu'un principe s'inscrit dans le droit international général du simple fait que, d'un commun accord, des États l'ont repris à leur compte à maintes reprises dans le texte de traités. … Quand bien même ces traités seraient en vigueur, ils seraient de prime abord et jusqu'à preuve du contraire considérés au mieux comme la simple expression d'arrangements bilatéraux et multilatéraux et, partant, comme applicables uniquement entre les parties aux traités en cause. Ils ne sauraient donc être considérés en soi comme étant à la source d'un principe général de droit international. ». Cette définition du problème est très pertinente : « jusqu'à preuve du contraire », un principe repris dans divers traités ne constitue qu'un engagement conventionnel réitéré à maintes reprises par diverses parties. Il conviendrait donc de réfléchir davantage aux éléments additionnels qui doivent exister pour qu'un principe soit considéré comme relevant du droit international général.

Un argument possible est que de tels « principes » peuvent être invoqués pour préciser comment des institutions internationales peuvent exercer les pouvoirs qui leur sont conférés. On peut à ce propos citer la sentence arbitrale relative à la délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement-Armée populaire de libération du Soudan, dans laquelle le tribunal arbitral avait dû appliquer les « principes généraux de droit et usages ». Dans cette sentence, le tribunal déduit à maintes reprises l'existence de principes généraux − notamment ceux relatifs à la possibilité d'une nullité partielle des décisions et ceux concernant l'existence d'erreurs substantielles dans les critères applicables au réexamen − de décisions de juridictions internationales, de traités et d'instruments non contraignants.

La deuxième catégorie de principes formés dans le cadre du système juridique international identifiée dans le deuxième rapport est celle des « principes au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ». Après avoir indiqué que la reconnaissance de ces principes « semble être induite de l'acceptation générale des règles qu'ils sous-tendent », le Rapporteur spécial déclare ce qui suit : « Leur existence est déterminée selon une méthode reposant essentiellement sur la déduction : il faut analyser telle règle du droit international et en déduire les principes qui la sous-tendent. ». Le rapport ne donne toutefois guère d'exemples pour étayer cet argument, puisqu'il ne cite que l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, les écritures de l'Indonésie en relation avec l'avis consultatif de la Cour sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* et les conclusions de la Chambre de première instance du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a essentiellement tenu compte de trois principes : 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 ». La Cour n'a ni expliqué la source de ces « principes généraux et bien reconnus », ni utilisé une méthode bien définie pour en établir l'existence ; elle a simplement renvoyé à la Convention (VIII) de La Haye relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact de 1907, dont on peut dire qu'elle consacre des règles reflétant ces principes.

L'origine de ces principes divise la doctrine depuis lors. Certains auteurs cités par le Rapporteur spécial appuient explicitement les conclusions tirées dans le rapport, mais d'autres adoptent une attitude beaucoup plus prudente, déclarant simplement que les principes en question peuvent avoir été déduits de la Convention (VIII) de La Haye. D'autres auteurs ont soutenu avec force que la Cour avait appliqué ces principes en tant que normes du droit international coutumier. La démarche de la Cour elle-même donne à penser que son arrêt relatif au *Détroit de Corfou* fait quelque peu figure d'exception, ce que confirme sa jurisprudence postérieure relative aux « considérations élémentaires d'humanité », dans laquelle elle vise ces considérations non comme une source autonome d'obligations juridiques mais comme une caractéristique inhérente aux règles humanitaires. De plus, dans ses avis consultatifs sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, elle associe ces « considérations élémentaires d'humanité » à des règles conventionnelles et vise expressément des normes coutumières.

La position adoptée par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie étaye également la conclusion selon laquelle le principe des « considérations élémentaires d'humanité » est reflété dans diverses règles du droit international humanitaire. Ce principe semble toutefois être considéré comme une norme d'interprétation et non comme une source d'obligations autonome. Dans l'affaire *Le Procureur* c. *Kupreškić et consorts*, la Chambre de première instance a relativisé le rôle des « considérations élémentaires d'humanité » en précisant qu'elle n'invoquait ces « considérations » qu'en tant qu'elles étaient reflétées dans la clause de Martens, qui « fai[sait] maintenant partie du droit international coutumier ». En outre, la Chambre de première instance a souligné qu'on ne pouvait faire dire à cette clause que « ces "principes de l'humanité" et "exigences de la conscience publique" [avaient] été élevés au rang de sources indépendantes du droit international, puisque la pratique internationale le dément[ait] ».

On peut ainsi se demander si ces principes peuvent être considérés comme une source de droit au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En particulier, l'affirmation, au paragraphe 145 du rapport à l'examen, selon laquelle ces principes peuvent « être appliqué[s] indépendamment de la règle du droit international conventionnel ou coutumier concernée, voire en l'absence de telle règle », appelle un examen plus approfondi et doit être étayée par des preuves supplémentaires.

Une troisième catégorie de principes formés dans le cadre du système juridique international identifiée par le Rapporteur spécial est celle des « principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international ». Il indique que ces principes peuvent être déduits « des caractéristiques et conditions fondamentales » ou des « caractères essentiels et […] présupposés fondamentaux » du droit international mais n'explique aucunement quelle méthode utiliser à cette fin. Il cite toutefois plusieurs exemples de principes relevant de cette catégorie : le principe du consentement à la compétence ; les principes évoqués par les parties dans l'affaire du *Droit de passage*, parmi lesquels l'indépendance et l'égalité des États ; le principe de l'*uti possidetis juris*, tel qu'appliqué par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* ; les principes régissant la délimitation des frontières maritimes, tels qu'appliqués dans l'affaire des *Pêcheries* ayant opposé le Royaume-Uni à la Norvège ; et, enfin, certains principes invoqués par la Chambre de première instance du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, lorsqu'elle évoque la possibilité pour une chambre de rectifier « une erreur de l'Accusation dans la qualification juridique des faits ».

De manière générale, il convient de souligner que ces principes sont « reconnus » par les États, à supposer qu'ils le soient, à un niveau extrêmement abstrait. Plus précisément, les « caractéristiques fondamentales » du système juridique international, par exemple la notion de souveraineté, ne sont pas créées par les États mais existent dans le contexte de nombreuses normes du droit international et découlent de celles-ci.

Pour rendre sa décision dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie devait mettre en balance deux exigences, à savoir assurer le respect du droit de l'accusé à un procès équitable et « accomplir sa mission efficacement et dans l'intérêt de la justice ». La première exigence découle de l'article 21 du

statut du Tribunal lui-même, une disposition calquée sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel définit les garanties assurant l'équité du procès. Pour interpréter ces garanties, la Chambre de première instance a tenu compte de « l'état rudimentaire » du droit pénal international et s'est ainsi écartée de ce que l'article 14 du Pacte pouvait exiger au plan interne. De ce point de vue, le Tribunal n'a pas établi l'existence d'un quelconque principe général au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mais a seulement procédé à une interprétation.

La question demeure de savoir si la seconde exigence, à savoir que le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie soit en mesure d'exercer ses pouvoirs pour s'acquitter le plus pleinement possible de sa mission, est un principe général. Si ce « principe » émane assurément du droit positif, on peut contester qu'il existe indépendamment du statut du Tribunal et hors du cadre de celui-ci. De plus, le raisonnement de la Chambre de première instance montre que l'exigence en question est manifestement secondaire, puisqu'elle n'autorise la Chambre à poursuivre la procédure que dans la mesure où il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense. La décision rendue dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* a ainsi été décrite comme énonçant une déclaration de politique judiciaire dépourvue de contenu juridique substantiel et non un principe général du droit.

L'approche suivie par le Rapporteur spécial s'agissant des projets de conclusions 8 et 9, à savoir prendre pour exemple les travaux de la Commission sur le droit international coutumier, semble très raisonnable. Toutefois, la doctrine a souvent été invoquée pour prouver non l'existence de principes généraux du droit en tant que tels mais la large reconnaissance de tels principes dans les systèmes juridiques nationaux. Par exemple, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a régulièrement invoqué des publications telles que l'*International Encyclopedia of Comparative Law* à cette fin. Ce point est également illustré par les exemples cités aux paragraphes 179 et 180 du rapport.

En conclusion, M. Reinisch dit qu'il appuie la poursuite des travaux sur le sujet suivant la voie qui a été choisie et approuve le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^me^ Oral remercie le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, un document clair et bien structuré. Elle convient pleinement que les travaux de la Commission doivent continuer d'avoir pour objet d'expliquer, de manière concrète, comment établir l'existence d'un principe général du droit. Elle convient de plus que les critères de détermination de l'existence d'un tel principe doivent être rigoureux sans être trop difficiles à manier ni trop stricts, et elle a pris note des observations de M. Forteau sur la nécessité de ménager un certain pouvoir discrétionnaire à cet égard.

Comme l'indiquent le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/732) et le Secrétariat dans son étude (A/CN.4/742), l'une des difficultés à laquelle la Commission doit faire face est le manque de clarté dans la terminologie utilisée pour désigner les principes généraux du droit. Un aspect particulièrement intéressant du sujet est la question de savoir s'il existe deux catégories de principes généraux du droit, ceux découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. M^me^ Oral rappelle qu'ainsi qu'elle l'a indiqué en 2019 lors de l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial, elle considère qu'il existe effectivement deux catégories distinctes de principes généraux du droit.

Les États et les membres de la Commission sont unanimes à considérer que l'expression « nations civilisées » est obsolète et péjorative. M^me^ Oral indique qu'elle était initialement quelque peu hésitante à accepter la proposition du Rapporteur spécial de remplacer cette expression par l'expression « l'ensemble des nations » car cette dernière, bien qu'elle figure dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, peut également être considérée comme anachronique. Sir Michael Wood a proposé de viser plus simplement « les États », mais ces mots n'expriment pas la notion de collectivité que dénote le terme anglais « *community* ». M^me^ Oral dit que M. Saboia a avancé des arguments très convaincants pour démontrer que le terme « nations » pouvait effectivement être plus inclusif qu'elle-même ne le pensait initialement. Sa position est donc désormais différente, et elle approuve l'expression « l'ensemble des nations » (*the community of nations*). Quoi qu'il en

soit, la Commission devra expliquer dans le commentaire le sens exact qu'elle donne à l'expression retenue.

M^me^ Oral dit qu'elle doute que l'expression « principaux systèmes juridiques du monde » soit appropriée, pour deux raisons : premièrement, cette expression n'est utilisée que dans le statut de la Commission du droit international et le Statut de la Cour internationale de Justice et, deuxièmement, elle est elle aussi datée puisqu'elle remonte à la Société des Nations. Lorsque l'on interprète l'expression « principaux systèmes juridiques du monde », il ne faut pas oublier qu'elle a été formulée pour la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes, au sein duquel les systèmes européens étaient surreprésentés. Il importe que la Commission fasse des efforts perceptibles pour adopter une conception large et inclusive des systèmes juridiques du monde, qui transcende la dichotomie classique entre droit civil et *common law* évoquée par M^me^ Lehto. Il n'y a aucune raison de ne pas utiliser l'expression « systèmes juridiques du monde ».

L'une des principales difficultés que soulève le sujet est de savoir comment distinguer les principes généraux du droit des règles du droit international coutumier. La réponse donnée à cette question influencera les travaux futurs du Rapporteur spécial sur les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources de droit. Il faut espérer que le Rapporteur spécial traitera de ces points plus en détail dans son rapport suivant.

S'agissant des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport, la méthode définie dans le projet de conclusion 4 pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux est claire. C'est la seconde étape, à savoir celle consistant à vérifier qu'un principe a été transposé dans l'ordre juridique international, qui distingue 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 des autres sources du droit international. L'idée qu'il doit y avoir transposition de la sphère nationale à la sphère internationale est clairement reflétée à l'alinéa c) susvisé, qui précise que les principes généraux de droit doivent être « reconnus par [l'ensemble des] nations ». L'élément fonctionnel de « reconnaissance » consacré dans le projet de conclusion 4 assure « l'internationalisation » des principes généraux du droit découlant des systèmes nationaux, de manière qu'ils puissent constituer une source du droit international. M^me^ Oral dit qu'elle convient avec M. Cissé que la transposition peut s'effectuer dans les deux sens. Cela est particulièrement vrai de la seconde catégorie de principes généraux du droit, ceux formés dans le cadre du système juridique international, dont certains peuvent être et ont été transposés dans des systèmes juridiques nationaux.

S'agissant du projet de conclusion 5, une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux est nécessaire, comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, pour établir l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde. Cette analyse doit être large et représentative et englober les différentes familles juridiques et régions du monde. M. Tladi a fait observer à juste titre que, si cette analyse doit assurément être large, elle ne doit pas nécessairement être exhaustive. Bien qu'elle soulève des questions concrètes et que la pratique en la matière soit erratique, on ne saurait en faire l'économie. La question de savoir ce que l'on entend exactement par « familles juridiques et régions du monde » est toutefois importante. Certains membres considèrent l'expression « familles juridiques » comme trop étroite, mais elle n'a pas un caractère formaliste et permet de tenir compte de systèmes juridiques plus divers, comme ceux des cultures autochtones et traditionnelles. Cela devrait être précisé dans le commentaire.

Aux termes du projet de conclusion 6 proposé par le Rapporteur spécial, un principe de droit interne doit remplir deux conditions pour être transposé dans le système juridique international. Plusieurs membres ont estimé que l'expression « principes fondamentaux » était trop vague, et il est probable qu'il reviendra aux juridictions internationales, voire aux tribunaux internes, de déterminer quels principes sont « fondamentaux ». M^me^ Oral dit qu'elle estime toutefois que l'adjectif « fondamentaux » doit être conservé, car il établit un seuil important et est suffisamment clair aux fins des projets de conclusion. En revanche, bien qu'elle comprenne l'intention qui sous-tend l'alinéa b), elle considère que son libellé actuel n'est pas clair et devrait être revu par le Comité de rédaction.

S'agissant du projet de conclusion 7, relatif à la détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international, le rapport donne de nombreux exemples de tels principes tirés de différentes branches du droit, notamment le droit international de l'environnement. Sont ainsi cités comme exemples les principes énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, qui sont souvent repris dans le préambule d'instruments internationaux. M^me^ Oral estime qu'il s'agit assurément là d'une preuve de leur reconnaissance par l'ensemble des nations. Elle souscrit également pleinement aux nombreuses observations pertinentes faites par M. Cissé au sujet des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. L'adjectif « formés » ne signifie pas nécessairement que les principes en question émanent exclusivement d'un processus international, mais indique que leur formation a été parachevée au niveau international. Ainsi, le principe de précaution a peut-être son origine en Allemagne, mais son adoption par les États dans la Déclaration de Rio lui a conféré davantage de poids. Plus important, il a été reconnu non seulement dans d'autres instruments internationaux mais également dans de nombreuses législations internes, dans le droit de l'Union européenne et dans des instruments régionaux. Le principe des responsabilités communes mais différenciées est un autre principe qui a son origine dans le système juridique international et a été formé dans le cadre de celui-ci, tant dans des instruments de droit souple que dans des conventions. Il s'agit d'un principe général fondamental pour les États en développement. Le point crucial est que, à la différence des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, ces principes ne sont pas des principes juridiques communs aux systèmes juridiques nationaux mais le produit de processus normatifs et de négociations intervenus au niveau international. Limiter les principes généraux du droit à une seule catégorie comprenant ceux découlant des systèmes juridiques nationaux ne rendrait pas compte de la création et de l'existence de ces principes, qui se sont formés dans le cadre du système juridique international.

Bien que le principe de l'estoppel ne fasse pas en soi partie du droit international de l'environnement, il a été cité comme un principe général du droit par le tribunal arbitral dans l'*Arbitrage concernant l'aire marine protégée des Chagos*. Dans sa sentence, le tribunal a déclaré qu'en droit international, l'estoppel différait des classifications, modalités, catégories, sous-catégories et caractéristiques procédurales complexes de son équivalent en droit interne. Il a distingué l'estoppel tel qu'il existe en droit international pour expliquer comment il différait de certaines formes d'estoppel existant en droit interne. Ainsi, ce qui peut apparaître comme un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux peut en réalité être un principe général du droit analogue formé dans le cadre du système juridique international dont les fonctions essentielles sont similaires mais pas nécessairement identiques.

En conclusion, M^me^ Oral dit qu'il serait très étrange et, de fait, paradoxal, que la Commission conclue que le texte par excellence faisant autorité quant aux principales sources du droit international, à savoir l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, exclut les normes créées dans le cadre du système juridique international de la catégorie des principes généraux. Cela reviendrait à dire que le Statut de la Cour exclut de cette catégorie les normes formées au sein du système juridique même qu'il vise à protéger. M^me^ Oral dit qu'elle n'a pas d'observations à faire au sujet des projets de conclusions 8 et 9 et qu'elle appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Murase remercie le Rapporteur spécial pour son excellent deuxième rapport. En 2019, les membres n'ont pas disposé de suffisamment de temps pour examiner le sujet des principes généraux du droit, que ce soit en plénière ou dans le cadre du Comité de rédaction. Il est regrettable que la Commission ait provisoirement adopté le projet de conclusion 1, intitulé « Champ d'application du sujet », si hâtivement qu'elle n'a pas adéquatement expliqué si le mot « source » désignait les sources formelles, matérielles, judiciaires ou autres. Pour M. Murase, le membre de phrase « les principes généraux du droit comme source du droit international » crée une confusion qui imprègne également le deuxième rapport.

Le Rapporteur spécial indique dans ce rapport que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est le « point de départ » des travaux de la Commission, sans préciser dans quelle mesure la Commission doit aller au-delà de cette disposition ou s'en écarter, ni quelle sera sa destination. Outre des affaires dont a connu la

Cour internationale de Justice, le rapport renvoie entre autres à des décisions de tribunaux arbitraux ad hoc, de la Cour pénale internationale, du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, de la Commission des réparations Érythrée-Éthiopie et de la Cour européenne des droits de l'homme, tous organes qui ont des ensembles différents de droit applicable. Si une juridiction n'incorpore pas expressément l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 dans le droit qu'il applique, on voit mal comment les principes généraux du droit peuvent être intégrés dans un ensemble unique de principes compatibles, en dépit des similarités ostensibles qu'ils présentent. M. Murase dit que néanmoins, comme le Rapporteur spécial réaffirme que son deuxième rapport porte sur la détermination des principes généraux de droit « au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 », c'est sur cette hypothèse qu'il fondera ses observations. Comme M. Rajput, il estime que l'intitulé du sujet devrait être « 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 », ce afin d'éviter toute confusion.

L'Article 38 du Statut indique quel droit la Cour doit appliquer. Comme chaque juridiction a son propre droit applicable, il est vain de vouloir généraliser. L'objet du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut n'est pas de définir les « sources », formelles ou substantielles, du droit international, mais d'indiquer à la Cour quel droit elle doit appliquer. La fonction de la Cour consiste à régler les différends conformément au droit applicable prescrit à l'Article 38, à savoir les conventions internationales et le droit international coutumier. Il s'agit là de sources formelles du droit international ; ce droit n'existe sous aucune autre forme. La Cour est censée appliquer ces normes dans l'ordre dans lequel la disposition les énumère − d'abord les conventions, puis le droit international coutumier − sans que cela implique l'existence d'une hiérarchie entre elles. Les principes généraux de droit visés à l'alinéa c) constituent pour la Cour le troisième ensemble de droit applicable. Il importe de répéter que les principes généraux de droit ne sont pas une « source » du droit international dans ce contexte. M. Murase rappelle qu'en 2019 il avait souligné que ces principes étaient ceux découlant des droits internes et ne pouvaient être formés dans le cadre du système juridique international.

Le Statut de la Cour internationale de Justice est un traité comme un autre et doit être interprété selon les règles ordinaires d'interprétation des traités. Les paragraphes et alinéas de chaque article doivent être interprétés de manière à ne pas faire double emploi ni entrer en conflit. Le principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités l'exige, afin d'aboutir à une interprétation cohérente. Or la manière dont l'alinéa c) est interprété dans le rapport est contraire à ce principe. La teneur de cet alinéa c) doit en effet, en tant que droit applicable autonome, être interprété comme différente de celle des alinéas a) et b), sans double emploi ni conflit. Il est donc logique de considérer que l'alinéa c) renvoie aux principes de droit interne, à l'exclusion des principes de droit international. C'est la seule manière d'interpréter l'alinéa c) de manière cohérente, conformément au principe de l'effet utile.

M. Murase dit qu'il ne comprend pas pourquoi les principes énoncés dans une convention ou relevant du droit international coutumier, qui sont déjà visés aux alinéas a) et b), respectivement, devraient être ramenés au rang des principes visés à l'alinéa c). Assimiler les principes conventionnels et coutumiers aux principes généraux de droit affaiblirait l'autorité normative des traités et du droit international coutumier, ce qu'il faut à tout prix éviter. Si les termes d'une disposition conventionnelle sont ambigus, il convient de consulter les travaux préparatoires du traité concerné. La Commission sait qu'il ressort des travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale adopté en 1920 que les principes envisagés sont des principes de droit interne, comme l'a expliqué M. Rajput.

M. Murase dit que quoi qu'il en soit, comme il l'a déclaré en 2019, c'est à juste titre que l'alinéa a) du projet de conclusion 3 définit les principes généraux de droit comme « découlant des systèmes juridiques nationaux ». Il est par contre erroné de considérer que des principes généraux de droit se forment « dans le cadre du système juridique international » comme l'indique l'alinéa b) du même projet de conclusion. M. Murase dit qu'il n'appuie donc pas le projet de conclusion 7.

Les principes généraux du droit découlent exclusivement des systèmes juridiques nationaux. La raison pour laquelle l'alinéa c) a été inséré au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut est bien connue : comme indiqué dans le premier rapport du Rapporteur spécial

(A/CN.4/732), les principes généraux du droit servent à « combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier ou […] à éviter le *non liquet* ». Il est largement admis qu'éviter le *non liquet* est la fonction des principes généraux du droit. Combler les lacunes est la fonction de la Cour, ce qu'il convient de reconnaître clairement et consciemment dans le cas des principes généraux de droit. La transposition de ces principes dans le droit applicable de la Cour doit être envisagée comme un processus dynamique par lequel la Cour incorpore des principes de droit interne dans son droit applicable. Cette fonction de la Cour devrait être soulignée dans les projets de conclusion.

Si la Commission reconnaît à la Cour une large compétence en matière d'application des principes généraux du droit, elle peut définir des critères d'application plus souples que ceux énoncés dans les projets de conclusions 4, 5 et 6. La souplesse est extrêmement importante pour que ces principes soient appliqués de manière cohérente. Les conditions énoncées dans les projets de conclusions 4, 5 et 6 semblent trop rigoureuses et ne reflètent pas la pratique effective de la Cour.

M. Murase dit que d'une manière générale, il approuve le projet de conclusion 4, bien que son alinéa a), qui contient l'expression « commun aux principaux systèmes juridiques du monde », doive être interprété avec souplesse. Si à l'occasion d'une affaire la Cour peut examiner 10 ou 20 systèmes juridiques nationaux, jamais elle n'examinera le système juridique de tous les États du monde. Ce qui importe est de déterminer si une institution juridique donnée est commune aux parties au différend en cause. À la différence du droit international coutumier, les principes généraux de droit sont essentiellement propres au différend concerné et transitoires. S'agissant de l'alinéa b), il n'y a pas de « transposition » si la Cour ne prend pas de mesures concrètes à cet effet, et le rôle actif qu'elle joue en la matière devrait être explicitement mentionné dans le texte. De plus, les principes ne sont pas transposés « dans le système juridique international », mais à un niveau permettant de les appliquer à un différend donné.

En ce qui concerne le projet de conclusion 5, M. Murase convient que lorsqu'elle applique des principes généraux de droit, la Cour procède normalement à une sorte de comparaison entre les systèmes juridiques nationaux des États en litige et d'autres États, même si pour ce faire elle ne procède peut-être pas à une analyse comparative poussée. Au paragraphe 1, les mots « une analyse comparative » devraient peut-être être remplacés par une expression plus nuancée, par exemple « un examen comparatif ». Les paragraphes 2 et 3 devraient être supprimés, car les conditions qu'ils énoncent sont très rigoureuses.

M. Murase dit qu'il n'est pas convaincu que le projet de conclusion 6 soit nécessaire, puisque la question de la transposition est déjà traitée dans le projet de conclusion 4. Comme il l'a déjà dit, le projet de conclusion 7 devrait être supprimé. S'il ne s'oppose pas aux projets de conclusions 8 et 9, il n'est pas sûr que des « moyens auxiliaires » de détermination des principes généraux du droit soient réellement nécessaires. Si les principes généraux sont des principes de droit interne, la Cour peut prouver leur existence en examinant les législations et jurisprudences nationales. La jurisprudence nationale n'est donc pas un moyen auxiliaire mais un moyen direct de détermination des principes en question. Ces projets de conclusion devraient donc être transférés dans les commentaires.

Dans l'ensemble, le deuxième rapport semble impliquer que les principes généraux du droit imprègnent l'ensemble du droit international, ce qui est contraire à l'intention première des rédacteurs de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 et à la méthode admise d'interprétation des traités. M. Murase propose qu'à l'approche « maximaliste » suivie par le Rapporteur spécial, la Commission substitue une approche « minimaliste » et considère que les principes généraux du droit sont uniquement des principes découlant du droit interne et qu'ils ont pour seule fonction de combler des lacunes. La Commission pourrait à cet égard créer un groupe de travail pour réfléchir à la meilleure manière de faire avancer ses travaux sur le sujet. Tous les projets de conclusion, à l'exception du projet de conclusion 7, devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

M. Šturma dit que l'excellent deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit est clair, bien structuré et solidement étayé. Bien qu'il ne soit pas nécessairement d'accord avec tous les arguments qui y sont avancés, il considère que ce rapport offre indéniablement matière à réflexion.

M. Šturma indique que comme il intervient à un stade relativement tardif du débat, il s'abstiendra de commenter la plupart des aspects du rapport et les projets de conclusions 4, 5, 8 et 9, au sujet desquels il est en général d'accord avec le Rapporteur spécial. Il ne voit donc pas d'obstacle au renvoi de ces projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Šturma dit qu'il approuve également la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle il convient, pour déterminer les principes généraux du droit, de procéder à une analyse en deux étapes. Toutefois, si l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est déterminée au moyen d'une analyse comparative aussi large et représentative que possible, il ne voit pas comment un tel principe pourrait ne pas être compatible avec les règles ou principes fondamentaux du droit international, et donc pourquoi l'alinéa a) du projet de conclusion 6 exige qu'il le soit. Après tout, ce sont essentiellement les États qui élaborent les normes dans le cadre tant du système juridique international que des systèmes nationaux. De ce fait, si un principe est réellement commun aux principaux systèmes juridiques du monde et peut être transposé dans le système juridique international, il ne peut être incompatible avec des normes impératives ou d'autres normes fondamentales du droit international. De plus, le concept de « principes fondamentaux du droit international » n'est pas clair.

Les principaux problèmes que soulève le rapport concernent la terminologie, en particulier les sens différents donnés au mot « principe », et le projet de conclusion 7, notamment l'analyse sur laquelle repose cette disposition. Premièrement, comme il ressort du rapport à l'examen et de l'étude du Secrétariat, le mot « principe » est très fréquemment utilisé dans des traités, dans d'autres instruments comme des résolutions, dans des décisions arbitrales et judiciaires et par la doctrine. L'abondance de ce matériel présente à la fois des avantages et des inconvénients car, comme l'ont relevé M^me^ Galvão Teles et M^me^ Oral, le terme « principes » est utilisé dans des acceptions diverses. Ces sources, notamment les décisions judiciaires, semblent laisser subsister une sorte d'ambiguïté constructive sur le point de savoir si le mot « principe » est utilisé pour désigner les principes du droit international ou 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. Par exemple, la clause de Martens, évoquée aux paragraphes 131 à 134 du rapport, vise à la fois « les principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis », c'est-à-dire le droit international coutumier, et les « lois de l'humanité et […] exigences de la conscience publique », une formule que l'on interprète comme incorporant dans un traité, par renvoi, certaines normes non juridiques. Un autre exemple est celui du principe pollueur-payeur, évoqué aux paragraphes 135 à 137 du rapport. M. Šturma dit que, s'il ne conteste pas qu'il s'agit probablement d'un principe général du droit, il n'est pas persuadé qu'il n'existait pas déjà dans le système juridique d'au moins certains États avant d'être énoncé dans plusieurs traités relatifs à l'environnement et dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992.

Toutefois, ce qui ne constitue pas un grave problème dans le cas d'un principe donné mentionné dans un instrument particulier ou une décision particulière, dès lors que son contenu est reconnu par les États comme l'une des formes du droit énumérées à l'Article 38 du Statut, peut très bien constituer un problème dans le contexte du sujet à l'examen. Comme les projets de conclusion visent la détermination des principes généraux du droit en tant que source formelle du droit international, il conviendrait d'expliquer aussi clairement que possible que les autres types de « principes » ne relèvent pas du sujet.

M. Šturma rappelle qu'en 2019, lors du débat en plénière sur le premier rapport du Rapporteur spécial, il avait fait observer que la doctrine donnait au moins cinq ou six sens différents au mot « principe ». Il est au minimum nécessaire de distinguer entre les principes en tant que catégorie de règles ou normes du droit international, qui ont habituellement un caractère abstrait ou général, et les principes généraux de droit en tant que source formelle du droit international distincte des traités et de la coutume. Les premiers renvoient au contenu des règles du droit international, les seconds à leur forme.

M. Šturma dit que cela étant, il a des doutes sérieux quant au contenu des alinéas a) et b) du projet de conclusion 7. Bien que la troisième partie du rapport présente une analyse utile des principes reconnus dans des traités ou en droit international coutumier et cite de nombreux exemples, ces principes conservent la forme juridique des traités ou de la coutume,

dont ils tirent leur force obligatoire ; il ne s'agit pas de principes généraux de droit, du moins au sens susvisé. Plusieurs autres membres de la Commission partagent cette opinion.

M. Šturma dit qu'il a également des doutes au sujet de l'alinéa c) du projet de conclusion 7, qui vise les principes généraux de droit « inhérents […] aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international ». Bien qu'il soit en grande partie d'accord avec M. Forteau et M. Tladi pour considérer que certains des principes appliqués par la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales peuvent découler d'une interprétation judiciaire de règles énoncées dans le statut de ces juridictions ou de l'exercice par celles-ci de leurs pouvoirs inhérents ou implicites, il n'exclut pas a priori que de tels principes puissent exister.

En conclusion, M. Šturma dit qu'il est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction, bien qu'il continue d'avoir des doutes et des réserves au sujet du projet de conclusion 7.

M. Grossman Guiloff, parlant par liaison vidéo, dit que l'excellent deuxième rapport du Rapporteur spécial traite de manière approfondie de la question de la détermination des principes généraux du droit à la lumière de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

L'approche suivie dans le rapport appelle quelques observations initiales d'ordre général. Premièrement, l'expression « nations civilisées » employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut ne doit pas être utilisée dans le cadre des travaux sur le sujet. Cette expression est anachronique et postule que seules certaines nations sont civilisées, et renvoie ainsi à des notions de supériorité qui n'ont pas leur place dans les relations internationales contemporaines. Cette expression était même peut-être déjà obsolète lorsque le Statut a été adopté.

À cet égard, M. Grossman Guiloff sait gré au Rapporteur spécial des efforts qu'il a faits pour la remplacer par une expression plus actuelle. Il doute toutefois que l'expression « l'ensemble des nations » soit appropriée, puisqu'elle implique que cet « ensemble » ne comprend que les nations et que d'autres acteurs essentiels de la communauté internationale, par exemple les organisations internationales, en sont exclus. Comme l'a fait observer le Bélarus dans ses observations écrites, « il pourrait être utile de suivre la pratique consistant à utiliser l'expression "communauté internationale" ». M. Forteau a déjà évoqué cette question lors du débat.

Deuxièmement, M. Grossman Guiloff dit qu'il approuve l'analyse en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, une analyse qui consiste, premièrement, à déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde et, deuxièmement, à vérifier que ce principe a été transposé dans le système juridique international. Cette opération composite permet de démontrer qu'il a été satisfait à la condition de reconnaissance énoncée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut.

Troisièmement, bien qu'il puisse être difficile de formuler une définition des principes généraux du droit, il conviendrait d'en proposer une dans un projet de conclusion distinct pour clarifier la portée des travaux de la Commission sur le sujet et la place de ces principes dans le système juridique international. Le paragraphe 56 du rapport fournit un bon point de départ, qui indique qu'un principe qui « peut être élevé […] au rang de principe général du droit faisant partie du droit international » est 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 ».

De plus, une définition contribuerait à clarifier la distinction entre les principes généraux du droit et les autres principes du droit international, tels que les principes énoncés à l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, dont on peut considérer qu'ils représentent la constitution de la communauté internationale, et 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. Ni la relation entre ces deux catégories de principes ni les différences qu'ils présentent ne sont expliquées dans le rapport, ce qui est problématique parce que dénotant un raisonnement circulaire.

Quatrièmement, certains membres de la Commission semblent douter de l'existence même de la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. M. Grossman Guiloff rappelle qu'ainsi qu'il l'a déclaré en 2019 lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial, l'existence de cette catégorie de principes généraux du droit est attestée par la possibilité d'identifier certaines caractéristiques primordiales du système juridique international. Ces principes peuvent servir à régler des situations qui n'ont pas d'équivalent dans les systèmes nationaux et resteraient autrement sans solution.

S'agissant des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport, M. Grossman Guiloff dit qu'en ce qui concerne le projet de conclusion 4, il approuve l'analyse en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial pour la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Il est toutefois préoccupé par le fait que ce projet de conclusion ne mentionne pas la condition de reconnaissance. Il conviendrait donc d'établir un lien plus clair entre les projets de conclusions 4 et 2. De fait, la reconnaissance est la condition essentielle de l'existence d'un principe général du droit.

L'expression « principaux systèmes juridiques du monde » est appropriée dans le contexte des projets de conclusion. D'un point de vue méthodologique, il est plus simple d'analyser les systèmes nationaux regroupés en familles juridiques en fonction de leurs similarités que les analyser séparément.

S'agissant du projet de conclusion 5, qui définit la première étape de l'analyse permettant de déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, une analyse comparative de ces systèmes est effectivement nécessaire. Comme indiqué dans le rapport, on peut dans une certaine mesure présumer que les familles juridiques partagent une série de règles et principes, ce qui permet d'isoler plus facilement les principes communs. Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable. Comme le note le Rapporteur spécial, on ne saurait présumer que tous les États appartenant à telle ou telle famille juridique partagent les mêmes principes ; il importe donc de maintenir la diversité dans le cadre de l'analyse comparative.

M. Grossman Guiloff pense également comme le Rapporteur spécial qu'ainsi que l'indique le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, « [l]'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde ». C'est en effet la seule manière de montrer qu'un principe est effectivement « général », ou commun aux principaux systèmes juridiques du monde et pas seulement à un petit nombre de familles juridiques ou régions géographiques. M. Grossman Guiloff souhaiterait toutefois avoir des éclaircissements quant au sens de l'adjectif « large ». Il est enclin à penser comme M. Forteau que l'adjectif « représentative » est suffisant. La représentativité, qui renvoie à la diversité régionale et aux différentes cultures juridiques, est un aspect essentiel de la reconnaissance d'un principe général du droit.

Les exemples tirés de la pratique des États cités dans le rapport, en particulier aux paragraphes 29 à 46, ne reflètent pas pleinement cette représentativité. Presque chacun de ces exemples a trait aux États-Unis d'Amérique ou au Royaume-Uni ou à l'Angleterre, et les autres États ne sont mentionnés qu'en alternance. Ces exemples soulèvent deux autres questions : quel est le niveau d'acceptation requis, et de quels États cette acceptation doit-elle réellement émaner ? Par exemple, comme indiqué au paragraphe 47 du rapport, la Cour internationale de Justice a jugé que l'*actio popularis* ne pouvait être considérée comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut. Il est intéressant de noter que ce principe est totalement rejeté aux États-Unis, au motif qu'il viole certaines doctrines de justiciabilité, comme celle de la qualité pour agir, mais qu'ainsi que la Cour l'a relevé, il s'agit d'un principe général commun à de nombreux systèmes juridiques nationaux. Il est impératif, pour ne pas accorder trop de poids aux systèmes juridiques de certains États, de veiller à la diversité des systèmes juridiques pris en compte dans le cadre de l'analyse comparative, ce afin de ne pas s'écarter de la règle fondamentale de l'égalité souveraine des États.

Dans le même ordre d'idées, il serait également utile que le Rapporteur spécial clarifie la mesure dans laquelle un principe doit exister dans les principaux systèmes juridiques nationaux pour être considéré comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du

paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Ce principe doit-il exister dans la majorité des systèmes juridiques nationaux, ou une norme différente s'applique-t-elle, par exemple l'existence de ce principe dans un grand nombre de systèmes juridiques nationaux divers ? La relation entre la diversité et la représentativité rend l'analyse comparative des familles juridiques plus complexe parce que, comme indiqué dans le rapport, un principe ne saurait être considéré comme reconnu s'il ne bénéficie pas d'une représentation géographique suffisamment diverse. Il convient de souligner que la diversité comprend plusieurs dimensions − elle doit notamment être géographique et juridique − et, dans le même temps, de rappeler qu'il est possible que d'autres acteurs, par exemple les organisations internationales, puissent jouer un rôle dans la reconnaissance.

M. Grossman Guiloff se félicite que le Rapporteur spécial reconnaisse que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales pourrait être pertinente aux fins de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. S'agissant en particulier de l'Union européenne, il est indiqué au paragraphe 72 du rapport que lorsque les règles émanant des organisations internationales obligent leurs États membres et sont directement applicables dans les systèmes juridiques de ceux-ci, il convient de tenir compte de ces règles dans le cadre de l'analyse comparative. M. Grossman Guiloff dit qu'il convient qu'étant donné le caractère particulier de l'ordre juridique de l'Union européenne, dans lequel les règlements, les directives et les décisions judiciaires ont un effet direct dans les systèmes juridiques des États membres, des principes généraux du droit peuvent effectivement être déduits de ces sources. Il n'est toutefois pas facile de dire si des principes ainsi déduits doivent être considérés comme des principes découlant des systèmes juridiques nationaux ou des principes formés dans le cadre du système juridique international ; le système de l'Union européenne étant supranational, certains de ses principes auront donc un caractère nettement international. Ils peuvent, selon leur nature, entrer dans l'une ou l'autre des deux catégories.

Enfin, M. Grossman Guiloff dit qu'il pense comme M. Valencia-Ospina que, par souci de clarté, le projet de conclusion 5 devrait indiquer que les sources à prendre en compte ne sont pas uniquement celles mentionnées au paragraphe 3.

S'agissant du projet de conclusion 6, comme l'affirme à juste titre le Rapporteur spécial, la transposition des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux n'est pas automatique. Ces principes ne peuvent être transposés que s'ils sont applicables dans le système international. Le libellé du projet de conclusion appelle toutefois certaines réserves. Le membre de phrase « s'il est compatible avec les principes fondamentaux du droit international » prête quelque peu à confusion. Premièrement, affirmer qu'un principe général du droit doit être compatible avec les principes fondamentaux du droit international semble relever d'un raisonnement circulaire, en particulier parce que ces expressions n'ont pas été clairement définies. Deuxièmement, il existe un conflit hiérarchique inhérent entre les règles du *jus cogens* et les principes généraux du droit, puisque les premières comprennent, par exemple, l'interdiction de la torture et celle du crime de génocide, largement considérées comme des « règles fondamentales » du droit international. M. Grossman Guiloff propose donc de remplacer l'expression « principes fondamentaux du droit international » par l'expression « règles du droit international général » afin d'éviter toute confusion avec les autres sources du droit international.

En outre, l'un des exemples cités dans le rapport soulève une question de fond plus générale en ce qui concerne le projet de conclusion 6. S'agissant des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, il est indiqué au paragraphe 80 du rapport à l'examen que la Cour internationale de Justice a jugé que le principe de la « part juste et équitable » ne pouvait être considéré comme un principe général de droit parce qu'il était incompatible avec le régime juridique du plateau continental. Pour M. Grossman Guiloff, la conclusion de la Cour dans ces affaires doit plutôt être envisagée sous l'angle de la spécificité. Il considère en effet que la Cour a rejeté le principe de la « part juste et équitable » uniquement dans le contexte du plateau continental. Dans d'autres situations, ce principe peut être un principe général de droit. Les règles d'évitement des conflits, comme celle de la *lex specialis*, permettent de déterminer si ce principe s'applique dans une situation donnée. M. Grossman Guiloff propose donc de modifier l'alinéa a) comme suit : « s'il est compatible avec "les règles du droit international général" sur lesquelles, dans le système juridique international, le droit positif

régissant la matière est fondé. ». Ce libellé est certes beaucoup plus long, mais il est nécessaire de préciser que la question principale est celle de la compatibilité avec les règles du droit international qui sont pertinentes dans le cas d'espèce.

Dans le même ordre d'idées, le Rapporteur spécial doit être félicité des efforts qu'il a faits pour clarifier la distinction entre la méthode de détermination des principes généraux du droit et la méthode de détermination du droit international coutumier. Ces deux sources du droit diffèrent toutefois également du point de vue de la précision. Sans être moins contraignants que le droit conventionnel ou le droit international coutumier, les principes généraux du droit sont en général moins précis. C'est pourquoi, lorsqu'une situation particulière relève de dispositions conventionnelles et/ou du droit international coutumier d'une part et d'un principe général de droit de l'autre, les règles d'évitement des conflits peuvent être utilisées pour déterminer l'étendue des obligations en cause. Par exemple, en droit international humanitaire, les principes généraux d'humanité et de distinction opèrent en même temps que les règles spécifiques énoncées dans les Conventions de Genève et déterminent avec celles-ci les obligations qui naissent dans une situation donnée.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, la méthode appliquée par le Rapporteur spécial est très utile. S'agissant des mots « autres instruments internationaux » figurant à l'alinéa a), il est expliqué dans le rapport que, pour établir l'existence d'un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, ces instruments peuvent comprendre les résolutions de l'Assemblée générale. On voit toutefois mal quels instruments autres que les résolutions sont visés par cette expression. Des éclaircissements devraient être fournis dans le rapport suivant, peut-être sous la forme d'une note de bas de page donnant une liste exhaustive de ces « autres instruments ». En ce qui concerne l'alinéa c), bien que le rapport donne certains exemples de « caractères essentiels » et « présupposés fondamentaux » du système juridique international, il est nécessaire de clarifier ces notions. D'autres membres de la Commission ont exprimé des préoccupations légitimes en ce qui concerne les conditions précises auxquelles un principe doit satisfaire pour être considéré comme une règle du droit international général.

Pour ce qui est des projets de conclusions 8 et 9, M. Grossman Guiloff dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que la Commission devrait, s'agissant des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit, s'inspirer de l'approche qu'elle a suivie pour définir les moyens auxiliaires de détermination du droit international coutumier. Comme M. Jalloh l'a déjà souligné, la Commission doit veiller à la cohérence de ses travaux sur les différents sujets lorsque ceux-ci sont connexes.

En ce qui concerne le projet de conclusion 9, la Commission devrait prendre acte du rôle que les organes internationaux d'experts peuvent jouer comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Il importe par exemple de tenir compte des rapports du Comité juridique interaméricain, qui a beaucoup contribué à l'identification des principes généraux ayant présidé à l'élaboration de la Charte de l'Organisation des États américains, en particulier l'article 3 de celle-ci. Ces principes se sont révélés particulièrement pertinents dans des domaines tels que la protection des droits de l'homme dans des contextes nouveaux et progressistes et dans des situations où les structures et pratiques politiques et juridiques de certains États avaient connu une régression.

En ce qui concerne la suite des travaux, le Rapporteur spécial fait valoir au paragraphe 10 de son deuxième rapport qu'il est inutile pour la Commission d'« élucider systématiquement les processus complexes par lesquels les principes généraux du droit apparaissent, évoluent ou tombent en désuétude ». On voit mal comment la Commission pourrait examiner le sujet comme il convient, en particulier la fonction des principes généraux du droit et leurs interactions avec les autres sources du droit international, sans réfléchir plus avant à la manière dont ces principes apparaissent, évoluent et cessent d'exister. M. Grossman Guiloff dit qu'il songe en particulier aux situations dans lesquelles un principe général du droit qui peut avoir été considéré comme fondamental deux cent ans, voire quatre-vingts ans, auparavant semble dépassé au regard du droit international contemporain. Cette question n'est pas totalement dissociable du concept de « nations civilisées » qui, chacun en convient, n'a pas sa place dans les travaux de la Commission. La réalité est que depuis que l'Organisation des Nations Unies a été fondée, le nombre de ses États Membres est passé de 51 à 193. Ne pas reconnaître que des principes généraux du droit peuvent être apparus, avoir

évolué ou avoir cessé d'exister durant cette période reviendrait à privilégier les principes définis par certains États, ce qui porterait atteinte au principe de l'égalité souveraine et entraverait le développement du droit international. D'importants principes généraux du droit peuvent apparaître qui prévalent sur des principes existants obsolètes. Il serait utile que le Rapporteur spécial examine ces questions dans son rapport suivant.

La Commission est l'organe le mieux à même de clarifier la question des principes généraux du droit en tant que source du droit international. Ses travaux sur le sujet pourront fournir des indications utiles aux États. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie le renvoi au Comité de rédaction des six projets de conclusion proposés dans le rapport à l'examen.

La séance est levée à 12 h 45.