

Provisoire

Réservé aux participants

24 novembre 2021

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3543^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 19 juillet 2021, à 11 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*suite*)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@un.org).



Présents :

Président : M. Hmoud
Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Hassouna
M. Jalloh
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
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. Ruda Santolaria, s'exprimant par liaison vidéo, dit qu'il trouve intéressante l'approche suivie par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sur les principes généraux du droit. Il pense comme lui que les travaux de la Commission sur le sujet doivent viser avant tout à mieux préciser, en termes pratiques, la manière dont peut être démontrée l'existence d'un principe général du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Pour ce faire, il faut examiner les éléments donnant à penser que le principe en question a été reconnu par ce que l'on appelait « les nations civilisées » – termes qu'il convient de remplacer par « l'ensemble des nations », comme le propose le Rapporteur spécial.

M. Ruda Santolaria souscrit à la distinction faite dans le rapport entre les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. L'approche en deux étapes proposée pour la première catégorie est appropriée pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde et constater sa transposition dans l'ordre juridique international. Comme le souligne le rapport, il convient d'étudier autant de systèmes juridiques nationaux que possible afin de s'assurer qu'un principe a été effectivement reconnu par l'ensemble des nations. Puisque les analyses comparatives doivent englober les différentes traditions et familles juridiques ainsi que les différentes régions du monde, l'emploi du libellé « principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde » est justifié.

Il est vrai, comme il est souligné au paragraphe 72 du rapport, que la pratique des organisations internationales peut être pertinente aux fins de la détermination d'un principe général du droit, en particulier dans le cas d'organisations comme l'Union européenne qui ont reçu le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour leurs États membres et directement applicables dans les systèmes juridiques de ceux-ci.

L'intervenant convient que la transposition d'un principe de l'ordre juridique interne dans l'ordre juridique international se produit si ce principe est compatible avec les principes fondamentaux du droit international et si les conditions de sa bonne application dans le système juridique international sont réunies. Comme il est souligné au paragraphe 106, le fait qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde se retrouve au niveau international dans des traités ou d'autres instruments peut constituer une preuve que ce principe a été transposé dans l'ordre juridique international. Il convient de noter, comme l'explique le paragraphe 111, que le constat de la transposition est une étape propre à cette source du droit international.

L'intervenant souscrit à l'idée exprimée au paragraphe 119 selon laquelle la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international est différente, en cela que la détermination de l'existence d'un principe exige que celui-ci soit reconnu par l'ensemble des nations. À cette fin, il est nécessaire d'établir que le principe en question est largement reconnu dans des traités et autres instruments internationaux, qu'il sous-tend des règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ou qu'il est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. La reconnaissance doit être large et représentative, reflétant ainsi une communauté de vues de l'ensemble des nations. Il est important de comprendre que les trois formes de reconnaissance mentionnées au paragraphe 121 ne s'excluent pas mutuellement et peuvent coexister dans certains cas.

Notant que des principes sont reconnus au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice du fait de leur présence dans des traités et des règles coutumières, M. Ruda Santolaria convient qu'un principe ainsi identifié peut s'appliquer indépendamment des règles concernées du droit international conventionnel ou coutumier, et même en l'absence de celles-ci. Il trouve particulièrement intéressant le raisonnement exposé aux paragraphes 146 et suivants, à savoir que la détermination des principes généraux du droit appartenant à la deuxième catégorie – c'est-à-dire ceux formés dans le cadre du système juridique international – consiste à s'assurer qu'ils sont inhérents

aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, qui est une création de l'ensemble des nations. Les références à la position du Portugal dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* sont pertinentes, dans la mesure où les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut englobent les principes généraux inhérents au système juridique international, ainsi que le principe de *l'uti possidetis juris* en tant que principe général lié ou inhérent au phénomène d'accession à l'indépendance, où qu'il se produise. L'orateur rappelle, comme il est souligné au paragraphe 152, que ce principe a acquis le statut de règle du droit international coutumier, et il souscrit à l'idée qu'une règle peut revêtir tout à la fois le statut de principe général du droit et celui de règle du droit international coutumier. Bien que les principes généraux du droit doivent être reconnus par l'ensemble des nations, des traités et d'autres instruments internationaux peuvent attester cette reconnaissance tout en servant à déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, comme il est expliqué au paragraphe 161.

Toujours en ce qui concerne la deuxième catégorie de principes généraux du droit, il convient de mentionner l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et l'article 3 de la Charte de l'Organisation des États américains, ainsi que la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, qui contient la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États. Cette dernière fait expressément référence à certains principes fondamentaux du droit international, notamment l'abstention de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, le règlement des différends internationaux par des moyens pacifiques, la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'autres États, la coopération entre les États, l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes et l'égalité souveraine des États, et la bonne foi dont doivent faire preuve les États dans l'exécution des obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Charte.

L'intervenant pense comme le Rapporteur spécial que son prochain rapport devrait porter sur les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec d'autres sources de droit international, et se dit favorable à ce que les projets de conclusions 4 à 9 soient renvoyés au Comité de rédaction.

M. Zagaynov dit que les « principes généraux du droit » constituent l'un des sujets les plus intéressants et les plus complexes inscrits au programme de travail de la Commission. L'examen de la doctrine de langue russe fait ressortir plusieurs approches : un premier groupe d'auteurs est d'avis que les principes généraux du droit sont des principes de droit international reconnus par les États dans les traités internationaux et la coutume internationale ; un deuxième groupe considère qu'il s'agit de principes communs au droit international et aux systèmes juridiques nationaux ; et un troisième estime qu'il s'agit de principes découlant des systèmes juridiques nationaux. La quasi-totalité de la doctrine se fonde sur l'idée que ces principes sont reconnus par les États, soit dans des traités, soit dans le droit coutumier, et ne doivent donc pas être considérés comme une source distincte du droit international.

L'historique du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est fréquemment évoqué dans les travaux de la Commission sur le sujet. Cet article a été rédigé il y a plus d'un siècle et repose sur des idées plus anciennes encore concernant les sources du droit international. M. Zagaynov dit qu'il pense comme d'autres membres que l'expression « nations civilisées » est anachronique. L'alinéa dans son ensemble doit être soigneusement évalué à travers le prisme de l'histoire et en tenant compte des profondes évolutions qu'a connu le droit international. Par exemple, Lord Phillimore, auteur de la proposition qui a finalement été approuvée, a déclaré qu'elle concernait des principes adoptés par toutes les nations, mais comme il n'y avait à l'origine que 44 États membres de la Société des Nations, une analyse de tous leurs systèmes juridiques à l'époque aurait été tout à fait réalisable.

Les principes généraux du droit ont avant tout pour objet de combler des lacunes afin d'éviter les situations de *non liquet*, sans pour autant donner aux tribunaux une fonction législative. Les règles de droit se sont considérablement développées dans tous les domaines de la vie internationale au cours des dernières années, notamment sur le plan qualitatif. Le risque qu'un tribunal ne soit pas en mesure de statuer en raison de l'absence de règles de droit applicables a été considérablement réduit. Au début du XX^e siècle, on pensait que les principes généraux du droit devaient englober certains principes de procédure, le principe de la bonne foi et le principe de l'autorité de la chose jugée, ainsi qu'un ensemble de maximes bien connues, comme le Rapporteur spécial l'a relevé au paragraphe 101 de son premier rapport. À l'heure actuelle, la situation des tribunaux comme celle des sujets de droit international est tout à fait différente ; il n'est ni nécessaire ni justifié de donner un sens large à la notion de principes généraux du droit, et ce n'est pas un hasard si les tribunaux internationaux sont rarement amenés à se pencher sur le sujet. Il convient d'évaluer objectivement la place et le rôle de cette catégorie de normes juridiques qui, selon l'intervenant, est assez limitée. Il importerait d'éviter tout parti pris en faveur du droit naturel et toute dérogation injustifiée au principe du consentement des États aux normes contraignantes du droit international.

M. Zagaynov dit qu'il ne trouve rien à redire à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les traités, le droit coutumier et les principes généraux du droit. Cependant, la relation entre ces sources du droit a déjà fait l'objet de discussions au sein du Comité consultatif de juristes et continue d'être étudiée par les publicistes. Il souscrit à l'opinion, exprimée dans les décisions de justice et dans la doctrine, selon laquelle les tribunaux ont recours aux principes généraux du droit lorsque les dispositions du droit des contrats et du droit coutumier ne répondent pas à leurs besoins, ce qui correspond à l'objectif initial des principes généraux du droit. Cette approche a été adoptée dans un certain nombre de traités internationaux qui contiennent des dispositions relatives au fonctionnement des juridictions internationales compétentes et invoquent la compatibilité des principes généraux du droit avec les dispositions conventionnelles. Selon l'intervenant, cela dénote la fonction subsidiaire des principes généraux du droit dans le système des sources du droit international, même si aucune hiérarchie n'a été établie. Comme l'avait relevé Sir Humphrey Waldock, un principe général du droit national reconnu en droit international aura toujours tendance à se cristalliser en droit coutumier. En effet, lorsqu'un principe général du droit est formé, il établit une norme contraignante pour les États ; dans leurs communications, ceux-ci s'en inspirent et créent ainsi une pratique générale acceptée comme étant le droit. Si tel n'est pas le cas, c'est qu'il s'agit d'un principe sans intérêt pour les relations internationales, ou d'une règle inopérante ou tombée en désuétude. Il est dit dans la doctrine que les principes généraux du droit existent à l'état latent dans l'ordre juridique international tant qu'il ne leur a pas été donné de se manifester dans la pratique internationale. À l'évidence, ils deviennent des règles du droit coutumier une fois qu'ils ont été suffisamment éprouvés dans la pratique.

Une question importante qui se pose est celle de savoir si, dans un tel cas, une règle continue d'exister parallèlement en tant que principe général du droit. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faut distinguer clairement les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international des règles du droit international coutumier. Sa position sur les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux est moins évidente : il affirme au paragraphe 107 de son deuxième rapport que la distinction est claire et qu'aucune confusion ne devrait être possible entre les deux sources et, au paragraphe 152, que rien n'empêche une norme de revêtir tout à la fois le statut de principe général du droit et celui de règle du droit international coutumier. La Commission a précédemment conclu, dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, qu'une règle du droit international coutumier pouvait subsister et rester applicable séparément d'un traité. M. Zagaynov se demande si une approche similaire est justifiée dans le cas des principes généraux du droit et si les États et les tribunaux peuvent utiliser des méthodes complètement différentes pour établir les mêmes règles, comme le Rapporteur spécial l'a déclaré à plusieurs reprises. Sur le plan pratique, on peut se demander s'il est possible de contourner la règle de l'objecteur persistant. Si, au contraire, un principe général du droit, une fois transformé en une règle coutumière, est considéré comme absorbé par cette règle et ne sert plus qu'à en rappeler la provenance historique, cela pourrait entre autres contribuer à régler la question de

la reconnaissance par les États. Comme de nombreux autres membres l'ont fait remarquer, c'est là une question cruciale et la manière dont elle est actuellement abordée pose problème.

Les considérations générales formulées au sujet de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international sont pertinentes pour la détermination des principes généraux du droit. L'orateur se dit favorable au rejet de l'expression « nations civilisées », mais ne voit pas bien comment la notion d'« ensemble des nations », tirée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'articule avec celle de « communauté internationale des États dans son ensemble », qui a fait l'objet de nombreux débats dans le cadre des travaux sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). En outre, les expressions utilisées dans les versions russe et espagnole du Pacte, qui font également foi, correspondent à « *international community* » (communauté internationale) en anglais. La suggestion de Sir Michael Wood d'utiliser le mot « États » mérite de retenir l'attention.

Comme l'ont fait remarquer M^{me} Galvão Teles et d'autres, dans le deuxième rapport, le mot « principes » est utilisé dans des contextes très divers qui ne sont pas tous liés au sujet à l'examen. Dans plusieurs cas, ce mot désigne des principes relatifs au droit international coutumier, dont l'existence est signalée dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier. En outre, tous les principes applicables aux relations internationales ne sont pas des principes de droit. Il serait utile que les travaux de la Commission permettent de mettre de l'ordre dans la terminologie utilisée et de proposer une solution aux États, par exemple dans le commentaire.

Le Rapporteur spécial propose, dans un premier temps, une analyse juridique comparative visant à mettre au jour un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde. S'il s'agit probablement de la démarche la plus logique, il convient de garder à l'esprit que la Cour internationale de Justice ne semble pas avoir procédé à une telle analyse dans les cas où elle a appliqué des principes généraux du droit. Par exemple, dans son avis consultatif sur la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour fait référence aux « principes généraux applicables à une action en justice », sans que la teneur de ces principes soit confirmée par une quelconque étude des systèmes juridiques nationaux. De même, dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, la Cour a déclaré : « Il est un principe général de droit, confirmé par la jurisprudence de la Cour, selon lequel une partie qui avance un élément de fait à l'appui de sa prétention doit établir celui-ci. » La pratique antérieure de la Cour sur la question ne fait pas non plus référence au droit interne. Il faut élargir le champ de l'analyse comparative pour qu'il soit considéré comme suffisamment large et représentatif.

Le constat de la transposition d'un principe général du droit dans le système juridique international soulève de graves questions. Le Rapporteur spécial parle de l'« applicabilité » des principes, ou de principes qui « peuvent être transposés », ce qui semble désigner leur transposition potentielle et non effective dans l'ordre juridique international. Le projet de conclusion 6 concerne les cas de transposition effective, lorsqu'un principe général du droit est compatible avec les principes fondamentaux du droit international et que sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international. Ainsi, pour qu'un principe général du droit soit reconnu par les États en tant que norme du droit international, il suffit qu'un tribunal se prononce sur la seule question de l'applicabilité potentielle de ce principe aux relations juridiques internationales ou, en d'autres termes, sur l'absence d'obstacles à son application en droit international. La compatibilité d'un principe général du droit existant dans les systèmes juridiques nationaux avec la nature de l'ordre juridique international est certes une condition nécessaire à sa transposition, mais ce n'est pas une condition suffisante car elle ne témoigne pas de la volonté des États d'appliquer le principe en question dans les relations internationales. Le rapport donne à penser que la question sera tranchée par les tribunaux, mais cela reviendrait presque à donner à ceux-ci une fonction législative.

Or, dans les *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, la Cour internationale de Justice a estimé que « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent [la] notion [de droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public], le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des "principes généraux de droit" ». Cette formulation montre clairement que la Cour faisait allusion à la nécessité d'une confirmation de la transposition du principe et non simplement à la possibilité de sa transposition.

En ce qui concerne la question de la reconnaissance, l'intervenant dit qu'il pense comme Sir Michael Wood qu'il ne s'agit pas simplement de reconnaître l'existence d'un principe général, mais également de constater que ce principe a été transposé dans l'ordre juridique international ou reconnu d'une autre manière comme faisant partie du droit international. Rien n'est dit de la reconnaissance ou de la pratique dans les projets de conclusion proposés dans le rapport ; l'absence d'objections de la part des États pourrait constituer un point de départ. En outre, bien que le Rapporteur spécial ne considère pas la pratique des États comme l'un des éléments constitutifs de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, on pourrait voir en elle une preuve de la formation d'un principe général du droit et de sa reconnaissance par les États. Pour ce qui est des formes de pratique concernées, on pourrait s'inspirer des conclusions sur la détermination du droit international coutumier.

Le Rapporteur spécial a souligné, aux paragraphes 83 et 84 du rapport, qu'un principe de droit interne devait être compatible avec les seuls principes fondamentaux du droit international, et non avec d'autres règles générales du droit international conventionnel et coutumier. Comme d'autres membres de la Commission, l'intervenant s'interroge sur le choix et la formulation des principes fondamentaux proposés. De plus, selon lui, puisque les principes généraux du droit ont avant tout pour but de combler des lacunes, ils ne devraient pas prendre corps si la question considérée relève déjà de règles applicables en droit conventionnel ou en droit coutumier. La compatibilité avec les seuls principes fondamentaux du droit international n'est donc pas un critère suffisant. Selon le juge Gaja de la Cour internationale de Justice, « [s]i la Cour concluait à la convergence des aspects pertinents des systèmes juridiques internes, il resterait à vérifier que le principe ainsi dégagé est compatible avec les principes et les règles du droit international dans le cadre desquels il devrait être appliqué ». L'examen de la compatibilité doit donc aller au-delà des seuls principes fondamentaux et inclure d'autres règles.

En ce qui concerne les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, l'intervenant partage les interrogations et les doutes exprimés par d'autres membres de la Commission. La manière dont le sujet est abordé doit être affinée, mais cela ne signifie pas que la Commission doive abandonner ses travaux.

Pour conclure, M. Zagaynov se dit d'accord avec M. Rajput qui, s'il a bien compris, a déclaré à la soixante et onzième session de la Commission en 2019, que l'objectif des travaux de la Commission n'était pas de lancer un débat théorique sur les différentes approches possibles mais de fournir des solutions pratiques pour l'application des principes généraux du droit. Il estime que dans ce cadre, il est possible de parvenir à un résultat de qualité et se dit prêt à contribuer aux travaux du Comité de rédaction sur le sujet.

M^{me} Escobar Hernández dit que la façon dont le Rapporteur spécial a abordé la question de la détermination des principes généraux du droit dans son deuxième rapport reflète bien les débats qui ont eu lieu sur le sujet en 2019, à la Commission et à la Sixième Commission. Globalement, elle approuve le raisonnement qui amène le Rapporteur spécial à proposer que l'expression « nations civilisées » soit remplacée par l'expression « ensemble des nations » qui est utilisée au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Qu'un instrument des droits de l'homme soit pris comme point de référence est une bonne chose. Cependant, l'oratrice dit s'inquiéter de ce que les différentes versions linguistiques du Pacte emploient des expressions différentes. Ainsi, là où la version anglaise dit « community of nations », le texte espagnol dit « comunidad internacional » et le français, « l'ensemble des nations ». Si la Commission retenait l'expression employée dans l'une des versions linguistiques du Pacte et la traduisait littéralement dans les autres langues dans le projet de conclusions, des questions pourraient se poser quant au sens des expressions

tant dans le projet de conclusions de la Commission que dans le Pacte. La Commission devrait donc examiner avec plus de soin le choix de l'expression. Le Comité de rédaction pourrait peut-être examiner les termes utilisés par le Comité des droits de l'homme dans ses travaux récents pour voir s'il y a eu une harmonisation des trois expressions mentionnées. Si ce n'est pas le cas, la Commission devrait s'abstenir de mentionner le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte comme source de l'expression « community of nations » et de ses traductions littérales dans les autres langues, ou utiliser dans chaque version linguistique du projet de conclusions l'expression utilisée dans la version linguistique correspondante du Pacte.

Selon l'oratrice, le terme « principes » apparaît dans diverses expressions du rapport – telles que « principes généraux du droit », « principes généraux », « principes du droit international », « principes fondamentaux du droit international » et, moins fréquemment « principes structurels du droit international » – qui correspondent à des notions et catégories juridiques distinctes. Le sujet à l'examen devant la Commission porte exclusivement sur les « principes généraux de droit », entendus comme l'une des sources de droit énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le Rapporteur spécial s'efforce d'éviter toute confusion résultant d'une telle variété d'usages, mais le terme « principes » n'est pas toujours employé avec le même sens dans le rapport. En outre, l'expression « principes fondamentaux du droit international » a été introduite dans l'alinéa a) du projet de conclusion 6. Par souci de clarté, il convient de distinguer au moins trois catégories de principes dans le projet de conclusions : premièrement, les principes généraux du droit, au sens strict du terme, en tant que source du droit ; deuxièmement, les principes fondamentaux – c'est-à-dire de base ou structurels – du droit international contemporain, qui ont un caractère substantiel manifeste ; troisièmement, les principes utilisés dans le système juridique international généralement, mais pas exclusivement, à des fins d'interprétation. Les principes généraux du droit, au sens strict, doivent également être distingués des règles fondatrices qui, sans être elles-mêmes des principes, reflètent des principes. L'oratrice dit qu'elle pense donc, comme d'autres membres, qu'un projet de conclusion supplémentaire devrait énoncer les éléments essentiels des « principes généraux du droit » en tant que source du droit, ce qui aiderait à circonscrire le sujet. L'on pourrait peut-être examiner cette proposition plus avant une fois que le Rapporteur spécial aura présenté son analyse sur les fonctions des principes généraux du droit dans son troisième rapport.

Les membres de la Commission ne s'entendent pas sur le point de savoir si les principes généraux du droit en tant que source de droit peuvent uniquement découler des systèmes juridiques nationaux ou s'ils peuvent également être formés dans le cadre du système juridique international. Si, pour trancher un différend dont ils sont saisis et pour lequel aucune règle précise ne s'applique, des praticiens du droit, des juges par exemple, tentent de discerner des éléments abstraits communs aux différentes règles du système juridique concerné, et si l'on peut considérer les principes généraux du droit comme étant le fruit de ce processus, il semble n'y avoir aucune raison de conclure que des principes abstraits ne peuvent être extraits des règles juridiques internationales et que des principes généraux du droit ne peuvent exister dans le système juridique international. Conclure de la sorte signifierait que le système juridique international ne pourrait pas recourir aux catégories abstraites utilisées par tous les systèmes juridiques pour s'acquitter de l'une des fonctions essentielles du droit : le règlement des différends et le maintien de la paix sociale. À une époque où le règlement institutionnel des différends prend de l'ampleur en droit international, les situations de *non liquet* peuvent être évitées moyennant l'application de principes généraux du droit issus soit de systèmes juridiques nationaux soit du droit international lui-même.

M^{me} Escobar Hernández dit que, sans souscrire entièrement au raisonnement du Rapporteur spécial dans le deuxième rapport ou au projet de conclusions tel qu'il est rédigé, elle est tout à fait d'accord avec le fait qu'il existe deux catégories de principes généraux du droit, la première regroupe les principes découlant des systèmes juridiques nationaux et la seconde, ceux qui sont formés dans le cadre du système juridique international. En réponse aux arguments par lesquels d'autres membres de la Commission contestent l'existence de la seconde catégorie, elle rappelle que, quoique qu'indiquent ou non les travaux préparatoires relatifs au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sur le

fait que les auteurs pensaient aux seuls principes *in foro domestico*, rien dans le texte même de l'article n'indique que le droit interne est la seule source des principes généraux du droit, et qu'il y est uniquement question des principes généraux de droit « reconnus par les nations civilisées », une formule qui doit se comprendre dans le contexte historique dans lequel elle a été adoptée. Étant donné qu'au début du vingtième siècle, le système juridique international était peu structuré et encore en voie de développement, il n'est pas étonnant que les systèmes juridiques nationaux aient été le point de référence. S'interdire une interprétation évolutive d'une disposition de traité, telle que le paragraphe 1 de l'Article 38, irait à l'encontre des travaux antérieurs de la Commission sur l'interprétation des traités à la lumière d'accords et de la pratique ultérieurs.

M^{me} Escobar Hernández juge peu convaincants les arguments qui réfutent l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux du droit au motif qu'il est difficile de distinguer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international des règles internationales fondées sur la coutume ou les traités. Cette difficulté est certes réelle, et il convient de l'aborder par un examen minutieux des rapports et, lorsque cela s'applique, des interactions entre les traités, la coutume et les principes généraux, en gardant à l'esprit qu'il n'y a pas de hiérarchie entre eux et que tous ont une fonction différente dans le système juridique international. L'argument selon lequel la détermination des principes généraux du droit international pourrait fragiliser les normes de *jus cogens* ne la convainc pas davantage, en particulier parce que, selon la définition qu'en donne l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme de *jus cogens* est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble, une description qui pourrait inclure non seulement la coutume mais aussi les principes généraux du droit formés dans le cadre du système international.

Pour ce qui est du projet de conclusions, M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle approuve l'analyse en deux étapes exposée dans le projet de conclusion 4 pour la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Toutefois, il conviendrait de reformuler ce projet de conclusion de manière à y intégrer la notion de reconnaissance qui est essentielle pour la définition de cette catégorie de principes généraux du droit. En outre, il faudrait également reformuler le membre de phrase « si ce principe est transposé dans le système juridique international » de sorte à ce qu'il ne puisse pas être interprété comme exigeant un acte formel de transposition. Ce problème concerne de manière similaire le projet de conclusion 6.

L'oratrice dit que la façon dont la notion de « familles juridiques » est présentée comme une catégorie dans le projet de conclusion 5 la préoccupe. Bien que cette catégorie soit appliquée en droit comparé, elle est peu utilisée en droit international. Comme l'ont fait observer d'autres membres, les experts en droit comparé ne s'entendent pas sur ce que sont ces « familles juridiques ». Elle propose de remplacer les termes « familles juridiques » par la formule « principaux systèmes juridiques du monde », qui est utilisée tant dans le Statut de la Cour internationale de Justice que dans celui de la Commission. Le commentaire devrait indiquer clairement que l'expression ne fait pas uniquement référence au système de la *common law* et au système de droit de tradition romane. La représentativité, y compris aux niveaux régional et sous-régional, est un élément clef dans l'examen des systèmes juridiques nationaux qui font partie des « principaux systèmes juridiques du monde ». Elle approuve l'ajout de l'adverbe « suffisamment » devant les termes « large et représentative » au paragraphe 2 du projet de conclusion 5, proposé par M^{me} Galvão Teles et approuvé par M^{me} Lehto.

Le projet de conclusion 6 est celui qui pose le plus problème parmi ceux qui traitent des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, en grande partie parce que son libellé renforce l'idée que la transposition est un acte formel. En outre, la lecture conjointe des deux paragraphes du projet de conclusion donne à penser qu'un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux n'existe pas tant qu'il n'a pas été transposé en droit international. Cette idée est incompatible avec la nature et les fonctions des principes généraux du droit qui, par définition, se dégagent dans le cadre d'un processus non formalisé, dans le contexte de la résolution d'un différend précis. Le membre de phrase « principes fondamentaux du droit international », qui a suscité d'importantes réactions de la part de divers membres, devrait être supprimé de l'alinéa a) du projet de conclusion 6 et être

remplacé par une formule traduisant mieux le critère que, selon elle, le Rapporteur spécial a voulu énoncer, à savoir qu'il ne devrait y avoir aucun conflit entre le principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et les éléments fondamentaux du système juridique international. En outre, à l'alinéa b), la référence aux conditions d'une bonne application du principe dans le système juridique international est assez générale et imprécise.

M^{me} Escobar Hernández dit avoir de sérieuses réserves sur le libellé actuel du projet de conclusion 7. La distinction entre les trois catégories de principes énoncées aux alinéas a), b) et c) – en particulier entre les deux premières – n'est pas claire. Selon elle, pour décrire le rapport entre un principe et d'autres règles de droit international aux alinéas a) et b), il serait plus approprié de dire que le principe se « reflète » [*encuentre su reflejo*] dans l'autre règle plutôt que de dire qu'il est « reconnu » dans les traités et autres instruments internationaux ou qu'il « est au fondement » de règles du droit international conventionnel ou coutumier. En outre, la référence au droit international conventionnel ou coutumier doit être précisée. On ne comprend pas bien quels principes généraux du droit pourraient relever de la catégorie visée à l'alinéa c) ; l'explication fournie dans le rapport n'est pas suffisamment claire. Il est évident que 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 la clause de Martens, que le Rapporteur spécial inclut dans l'analyse de la pratique dans son rapport, reflètent des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Cette catégorie de principes généraux du droit devrait faire l'objet d'un examen plus détaillé.

L'oratrice dit que, bien qu'elle ne s'oppose pas ce que le Rapporteur spécial ait reproduit presque mot pour mot les conclusions sur les moyens auxiliaires subsidiaires des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, le Comité de rédaction devrait se pencher minutieusement sur le langage utilisé afin de déterminer les changements qui pourraient être nécessaires et de cerner les éléments clefs à inclure dans les commentaires des deux projets de conclusion.

Il serait utile que le point soulevé par M. Valencia-Ospina, au sujet du rôle secondaire attribué aux décisions des juridictions internationales alors qu'elles constituent une source essentielle de la pratique mentionnée dans le deuxième rapport, soit abordé dans le troisième rapport. M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle ne s'oppose pas à la proposition du Rapporteur spécial de traiter dans le troisième rapport les fonctions des principes généraux de droit et leurs rapports avec d'autres sources de droit international. Toutefois, comme l'a fait remarquer M. Grossman Guiloff, examiner ces questions sans tenir compte de la manière dont les principes généraux sont formés, semble extrêmement difficile. La formation des principes généraux du droit devrait donc également être abordée dans le troisième rapport.

M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle approuve le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci les examinera en tenant compte des commentaires et suggestions formulés par les membres du Comité.

M. Gómez-Robledo dit que le Rapporteur spécial a tenu compte d'un grand nombre d'observations formulées, à la soixante et onzième session de la Commission, au sujet de la nécessité de distinguer entre la détermination du droit international coutumier et la reconnaissance des principes généraux du droit, et d'éviter de confondre les critères requis pour ce faire. Globalement, il approuve le raisonnement suivi par le Rapporteur spécial dans le rapport et les projets de conclusion proposés. Toutefois, l'expression « community of nations » retenue dans la version anglaise du projet de conclusion 2, ne constitue peut-être pas la meilleure solution pour remplacer l'expression « nations civilisées », que la Commission a décidé d'écarter. Le débat a montré qu'il n'y a pas de consensus sur le membre de phrase proposé par le Rapporteur spécial. L'orateur propose que les mots « as a whole » en anglais, « en su conjunto » en espagnol et « dans son ensemble » en français suivent immédiatement l'expression « community of nations ». Si la Commission n'examine pas plus en détail l'expression à utiliser dans le projet de conclusion 2, il sera extrêmement difficile de progresser dans la détermination des critères de reconnaissance des principes généraux du droit.

En suivant l'analyse que Georges Scelle fait de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, on pourrait dire que les principes généraux du droit sont des normes nécessaires et universelles par nature. L'universalité d'un principe général du droit se manifeste par le fait qu'il découle des principaux systèmes juridiques du monde ou qu'il a été formé dans le cadre du système juridique international, et cette universalité reflète la position de la communauté des nations dans son ensemble.

La communauté des nations ne comprend pas seulement des États : elle doit inclure les nations originelles ou Premières Nations sur lesquelles se fondent de nombreux États, comme le Mexique et l'Équateur par exemple. Ces États ont reconnu les coutumes et traditions de leurs peuples autochtones et les ont traduites dans leurs propres systèmes juridiques. Ainsi, la notion de *jus gentium*, que l'on doit au théologien espagnol Francisco de Vitoria, comprend une entité intermédiaire entre l'État et l'individu : la nation. Cette notion est indissociable de celle qui reconnaît une dignité égale aux nations autochtones et aux nations européennes. Cependant, « nation » n'est pas synonyme d'« État », comme son utilisation en anglais pourrait le suggérer. En espagnol, la nation est une condition de l'État. Cela étant, les termes « community of nations » choisis par le Rapporteur spécial ne satisfont pas aux critères d'universalité et de nécessité. Selon lui, la seule expression qui satisferait à ces critères est « community of nations as a whole » (communauté des nations dans son ensemble). Un autre avantage de cette expression est que la Commission a déjà utilisé le qualificatif « dans son ensemble » dans la conclusion 7 sur le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Les paragraphes 5 et 6 du commentaire de ce projet de conclusion sont particulièrement intéressants pour le débat en cours.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'avis du juge Cançado Trindade, selon qui les principes généraux du droit sont les principes qui « confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique », en ce qu'ils incarnent des « valeurs importantes ou fondamentales ». Si les principes généraux du droit doivent s'appliquer dans les relations entre sujets de droit international en général – qui ne se limitent pas aux États, même si c'est essentiellement sur eux que portent les travaux de la Commission – les juges peuvent avoir recours à ce que l'Union européenne, citée dans le premier rapport du Rapporteur spécial, appelle l'« interaction entre le droit international, le droit national et les exigences de la raison, le bon sens ou des considérations morales ». C'est peut-être la raison pour laquelle on se fonde si souvent sur les principes du droit romain pour dégager des principes généraux du droit : non seulement le droit romain est un système juridique adopté par de nombreux États très éloignés du bassin méditerranéen, mais il est aussi généralement reconnu comme la raison mise par écrit – *ratio scripta, ratio legis*.

Selon l'orateur, le Rapporteur spécial a fait preuve d'une grande rigueur en distinguant la méthode suivie pour la détermination du droit international coutumier, mais il a surtout évité de faire des comparaisons qui pourraient avoir un effet réducteur sur les principes généraux du droit. Il ne fait aucun doute qu'une règle du droit international coutumier peut également être contenue dans un principe général du droit, mais l'un et l'autre ont des origines différentes et des formes de détermination différentes et, de ce fait, constituent des sources égales et indépendantes du droit international.

M. Gómez-Robledo dit qu'il s'étonne donc de ce que, dans le deuxième rapport, le Rapporteur spécial n'a pas abordé la question du rapport entre les principes généraux du droit et les normes de *jus cogens*. Il espère qu'il le fera dans le troisième rapport, qui portera sur les fonctions des principes généraux du droit, ce qui permettra à la Commission d'avancer dans la définition des termes à retenir dans le projet de conclusion 2. En conclusion, il approuve le renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Argüello Gómez, s'exprimant par liaison vidéo, considère que le deuxième rapport du Rapporteur spécial est une étude approfondie et bien documentée de l'interprétation des alinéas c) et d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice en tant que source de droit international. La longueur et le niveau de détail du rapport contrastent, par exemple, avec les quatre pages que la neuvième édition très complète et détaillée de l'ouvrage *Oppenheim, International Law* consacre au sujet.

Le fait que l'étude des principes généraux du droit en tant que source du droit international se concentre sur l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est quelque peu problématique. Tout d'abord, l'objet de cet article n'était pas de déterminer les sources du droit international, mais bien les règles que la Cour devait appliquer pour statuer. Néanmoins, l'objet des travaux de la Commission ne saurait être d'expliquer à la Cour comment elle doit interpréter l'Article 38, mais bien de présenter le sens correct de la partie pertinente de l'Article 38 qui s'applique à tout domaine du droit international. En effet, le Rapporteur indique au paragraphe 10 de son rapport que le sujet à l'examen vise à « fournir des orientations pratiques aux praticiens pouvant être appelés à appliquer des principes généraux du droit ». En réalité, le sujet était censé se limiter à l'étude des conditions nécessaires qu'un principe général du droit doit remplir pour relever de l'Article 38. De l'avis de l'orateur, le lien entre le sujet et l'Article 38 du Statut fait qu'il est d'autant plus nécessaire de parvenir à une définition universellement applicable de la notion de principes généraux du droit, comme l'ont suggéré plusieurs membres de la Commission.

Pour ce qui est de l'expression « nations civilisées », la plupart des intervenants ont souligné qu'il s'agissait d'un anachronisme qu'il fallait corriger. M. Argüello Gómez dit qu'il maintient les observations qu'il a faites sur ce point lorsqu'il s'est exprimé sur le premier rapport du Rapporteur spécial à la soixante et onzième session. Cependant, il estime que d'autres aspects de l'Article 38 sont également anachroniques. Lorsque l'article a été rédigé par le Comité consultatif de juristes en 1920, le droit international accepté par les États était très limité. Après tout, l'Organisation des Nations Unies (ONU) n'existait pas, et moins encore le droit de la mer, le droit des traités ou le droit des droits de l'homme par exemple. Il ressort clairement des travaux préparatoires de l'Article 38 que c'est la crainte de voir la Cour obligée de prononcer un *non liquet*, faute de règle claire à appliquer, qui a poussé les membres du Comité à envisager des sources autres que les traités et la coutume et, partant, à inclure les alinéas c) et d). Selon lui, le fait que le droit international était très pauvre à l'époque a également entraîné la référence aux « nations civilisées », aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes.

Dans la pratique, en cent ans d'existence, la Cour internationale de Justice ne s'est jamais trouvée obligée, pour éviter de prononcer un *non liquet*, de recourir aux principes généraux du droit, et encore moins à la doctrine des publicistes ou même à ses propres décisions judiciaires. Si les mêmes questions étaient soumises à un comité de juristes aujourd'hui, la plupart de ses membres ne verraient certainement pas la nécessité d'inclure les alinéas c) et d). Bien qu'utiles, ces alinéas doivent être actualisés. Non seulement l'expression « nations civilisées » doit évoluer, mais il convient d'ajouter, aux dispositions de ces alinéas, les résolutions d'organisations internationales, en particulier de l'ONU, et les travaux d'organismes spécialisés comme la Commission.

D'aucuns pourraient faire valoir que l'on ne saurait attribuer la force d'un principe général de droit à une résolution de l'ONU, si celle-ci n'a pas été adoptée à l'unanimité. Néanmoins, si l'on considère comme moyen auxiliaire une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rendue, pas nécessairement à l'unanimité, par des juges ou arbitres souvent choisis par les parties, on peut se demander pourquoi une décision émanant le plus souvent d'une grande majorité des nations du monde ne reçoit pas ce même statut. Se pourrait-il que la majorité d'entre elles ne sont pas des nations civilisées ? Si l'on a accordé un certain pouvoir à des publicistes indéterminés en les considérant comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, où se situent alors les membres d'une commission créée par l'ONU précisément pour examiner ces questions ? Depuis toujours, la Commission considère qu'il est de la plus haute importance de tenir compte des vues exprimées, au sujet de ses travaux, par les États à la Sixième Commission, même si les États qui expriment ces vues représentent généralement moins de 20 % des Membres de l'ONU. Elle s'est félicitée, par exemple, que quatre États aient répondu à son questionnaire sur le sujet à l'examen et, pourtant, elle semble accepter que l'ONU et toutes ses entités, dont la Sixième Commission et elle-même, puissent être ignorées au profit de publicistes et d'arbitres.

Sur le point de savoir quelles nations devraient être incluses dans une nouvelle expression qui remplacerait celle de « nations civilisées », M. Argüello Gómez rappelle que certains orateurs ont indiqué qu'il conviendrait de tenir compte de la situation géographique, afin de se rapprocher le plus possible de l'universalité. Pour l'élection des juges à la Cour internationale de Justice, l'Article 9 du Statut prévoit – comme l'article 8 du Statut de la Commission elle-même – la représentation « des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde », mais dans la pratique, de l'avis de l'orateur, le seul critère qui s'est véritablement imposé a été le critère régional. Ainsi, la Cour ne compte actuellement aucun juge issu d'un pays hispanophone, doté du bagage culturel et juridique que cela implique, mais techniquement, il y a bien un juge de la région. Dans ce cas, les régions géographiques selon lesquelles l'ONU a divisé le monde sont représentées mais, de l'avis de l'orateur, les grandes civilisations et les principaux systèmes juridiques du monde ne le sont suffisamment. Cette réalité doit être prise en compte lorsque l'on fait des propositions, afin que toutes les régions du monde soient incluses. Tout ce qui s'écarte des critères énoncés à l'Article 9 du Statut de la Cour et à l'article 8 du Statut de la Commission doit être examiné avec beaucoup de prudence.

M. Argüello Gómez rappelle une observation pertinente faite par le Rapporteur spécial au sujet des différentes expressions employées dans l'Article 38, s'agissant notamment des conventions qui doivent être « reconnues » par les États en litige, de la coutume qui doit être « acceptée » comme étant le droit et des principes généraux de droit qui doivent être « reconnus » par les nations civilisées. Il dit qu'il souhaite s'arrêter sur les différences entre la détermination de l'existence d'une règle coutumière et la détermination d'un principe général de droit dans le contexte des résolutions de l'Assemblée générale. Dans la conclusion 10 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a indiqué que les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprenaient la conduite des États en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale. En d'autres termes, l'adoption par l'ONU d'une résolution ou d'une déclaration ne signifie pas qu'un État accepte que la norme sur laquelle elle porte relève du droit coutumier ; elle ne prouve pas non plus que cette norme existe en tant que telle ni qu'elle s'applique à un État qui ne l'a pas acceptée. Dans le cas des principes généraux du droit, il n'est pas nécessaire que les États se disent convaincus du caractère contraignant de ces principes : il suffit qu'ils reconnaissent ces principes. Dans ce cas, la déclaration elle-même est une forme de preuve importante, qui implique aussi que les principes soient acceptés comme contraignants. Si l'on reconnaît l'existence d'un principe général du droit, on reconnaît qu'il est contraignant, sinon il s'agit d'un principe moral ou d'un principe d'une autre nature.

Les façons différentes de déterminer l'existence d'une règle coutumière et celle d'un principe général de droit ont également mis en évidence l'importance particulière que peuvent avoir les résolutions de l'Assemblée générale qui traitent de principes généraux du droit ou qui y font référence. Si une résolution de l'Assemblée générale déclare l'existence d'un principe, en fait, elle le reconnaît. Il n'est pas nécessaire que les Membres de l'ONU expriment leur approbation et agissent en conséquence.

À l'Article 38, il y a une autre différence importante entre les alinéas a) et b) d'une part et l'alinéa c) de l'autre. Les alinéas a) et b) font référence à l'application, respectivement, des « conventions internationales » et de la « coutume internationale », tandis que l'alinéa c) ne comporte pas l'adjectif « international » et fait simplement référence aux « principes généraux de droit ». L'explication la plus évidente de cette différence est que les auteurs de l'Article 38 ne pensaient pas aux principes généraux du droit international mais plutôt du droit interne des États.

M. Argüello Gómez dit, en ce qui concerne l'existence de deux catégories de principes généraux du droit – ceux qui découlent du droit interne des États et ceux qui se forment directement dans le système international –, que les observations qu'il a faites sur la deuxième catégorie lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial à la soixante et onzième session restent valables. Un nombre important de membres, dont lui-même, n'accepte pas l'existence de la deuxième catégorie, qui ne peut se déduire ni de l'Article 38 ni des travaux préparatoires. Compte tenu de l'évolution du droit au cours des cent dernières années et du fait que la Cour n'a jamais eu à utiliser les alinéas c) et d) aux fins pour lesquelles

ils avaient été conçus, à savoir éviter d'avoir à prononcer un *non liquet*, il n'est guère justifié que la Commission cherche maintenant à élargir les catégories de principes généraux du droit.

D'aucuns ont affirmé que la deuxième catégorie de principes était fondée sur le seul droit international et non sur le droit interne des États. Les principes qui ne découlent pas du droit interne peuvent uniquement découler des normes conventionnelles et coutumières et sont donc soit les mêmes normes sous un autre nom, soit des constructions logiques reposant sur ces mêmes normes. Si l'on admet que ces constructions logiques fondées sur des normes préexistantes sont des principes émanant du droit international lui-même, on pourrait conclure que tout le système juridique international n'est rien d'autre qu'une déduction logique faite à partir de principes fondamentaux tels que la souveraineté.

M. Argüello Gómez dit que, comme d'autres membres l'ont déjà fait observer, les principes formés dans le cadre de l'ordre juridique international que le Rapporteur spécial donne comme exemples sont essentiellement dérivés des principes généraux du droit interne des États. En ce qui concerne les Principes de Nuremberg, par exemple, toutes les atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale avaient déjà été considérées comme des crimes dans les systèmes juridiques de la grande majorité des États. Les principes existaient déjà et ont simplement été transposés au niveau international à Nuremberg afin d'être appliqués au procès des criminels.

Les règles environnementales ont également émané du droit interne des États avant d'être transposées au niveau international. L'interdiction de porter atteinte à l'environnement au détriment d'autrui est une règle connue au moins depuis l'époque romaine. Le droit contemporain a simplement tracé un parallèle entre les conséquences d'un préjudice causé à une personne à l'intérieur d'une juridiction nationale avec les conséquences qu'entraînerait un préjudice causé à la personne par un autre État. De même, le droit international a extrapolé les conséquences des préjudices causés entre particuliers dans un État aux préjudices causés à tous les « particuliers » du monde.

M. Argüello Gómez rappelle que lorsqu'il s'était exprimé au sujet du premier rapport du Rapporteur spécial à la soixante et onzième session, il avait fait observer que l'affaire du *Détroit de Corfou* était similaire à l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*. Dans cette dernière, l'un des principaux points concernait le minage des ports nicaraguayens par les États-Unis, en temps de paix et sans préavis. Même si la Cour n'avait pas eu la possibilité d'appliquer des normes conventionnelles existantes, elle n'a pas jugé nécessaire de se fonder sur les principes généraux du droit ; en revanche, elle a déclaré que « les États-Unis d'Amérique, en ne signalant pas l'existence et l'emplacement des mines posées par eux [...] [avaient] violé les obligations que le droit international coutumier leur impos[ait] à ce sujet ».

M. Argüello Gómez dit qu'il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial selon qui l'*uti possidetis juris* est un principe général de droit créé au niveau international. L'*uti possidetis juris* était une institution du droit romain, dont les règles ont été incorporées dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, notamment celui des colonies d'Amérique latine. Au moment de leur indépendance, ces colonies ont transposé les règles traditionnelles du droit interne au niveau international.

Cependant, même si l'on admet qu'il existe une catégorie de principes généraux du droit directement formés au niveau international, il s'agirait en réalité d'un processus de formation de règles de droit coutumier. Les principes qui découlent du droit interne ne disparaissent pas lorsqu'ils sont transposés en droit international, mais subsistent en droit interne. Les principes créés en droit international subsisteraient vraisemblablement à ce niveau mais auraient la force de règles contraignantes, c'est-à-dire qu'ils seraient des règles de droit coutumier. Pour cette raison, de l'avis de l'orateur, cette catégorie ne devrait pas figurer dans une étude sur la formation des principes généraux du droit, car elle implique la formation d'une catégorie de règles de droit coutumier. En ce qui concerne l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle « rien n'empêche une norme de revêtir tout à la fois le statut de principe général du droit et celui de règle du droit international coutumier », il convient avec M. Park que lorsqu'un principe général de droit a évolué et est devenu du droit international coutumier, il ne peut plus être considéré comme un principe général de droit.

En ce qui concerne la distinction entre les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et le droit coutumier, le Rapporteur spécial explique au paragraphe 165 du rapport que, dans le cas de ces principes généraux du droit, nul n'est besoin de rechercher une « pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) » mais que c'est la « reconnaissance claire » de l'existence d'un principe juridique d'application générale qui importe. M. Argüello Gómez dit ne pas très bien comprendre cette distinction. Si un principe a été reconnu comme généralement applicable au niveau international, c'est que, comme la coutume, il reflète une pratique générale (la reconnaissance) qui a été acceptée comme étant le droit de la même manière que la coutume.

En ce qui concerne la transposition des règles, il importe de préciser comment la transposition est effectuée et, en particulier, par qui. Globalement, il souscrit à l'opinion exprimée par M. Murase, à savoir que la transposition ne se produit que grâce au rôle actif que joue la Cour en la matière et qu'il s'agit de la transposition de principes à un niveau « permettant de les appliquer à un différend donné ». Gardant à l'esprit que la possibilité d'être transposé est une condition fondamentale pour qu'un principe général de droit puisse être considéré comme applicable au niveau international, les conditions qu'il doit remplir se trouvent essentiellement dans la jurisprudence. Un principe peut être reconnu dans le droit interne de toutes les nations, mais c'est le juge ou l'arbitre qui décide s'il peut être transposé au niveau international. Cela étant, la pratique judiciaire est particulièrement importante dans l'analyse des conditions de transposition d'un principe général du droit au niveau international. Il convient de tenir compte de ces considérations lorsque l'on analyse les preuves d'une transposition.

De l'avis de M. Argüello Gómez, il conviendrait de réexaminer les projets de conclusion à la lumière des observations formulées en plénière à la session en cours et à la soixante et onzième session. Il faudrait examiner avec une attention particulière le projet de conclusion 3, qui inclut dans les principes généraux du droit ceux formés dans le cadre du système juridique international, et le projet de conclusion 7, qui contient des règles pour la détermination de ces principes. Des éléments importants du projet de conclusion 7 ont été remis en question et il est donc prématuré de le soumettre à l'examen du Comité de rédaction.

L'orateur considère que les projets de conclusions 4 à 6 peuvent être envoyés au Comité de rédaction, mais il souhaite faire un certain nombre d'observations à leur sujet. Bien qu'il soit communément admis que des principes généraux du droit formés et appliqués au niveau régional puissent exister, cela n'apparaît pas dans le projet de conclusions. Une référence à ce point pourrait peut-être être ajoutée au projet de conclusion 5 ; il n'est certainement pas nécessaire de procéder à une analyse large et représentative des « différentes familles juridiques et régions du monde » pour déterminer l'existence d'un principe régional. Autrement, ce point pourrait peut-être faire l'objet d'un projet de conclusion ultérieur qui lui serait expressément consacré. L'analyse comparative mentionnée dans le projet de conclusion 5, qui doit servir à déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, devrait également inclure plus largement des actes de gouvernement. Par exemple, la déclaration du Président Truman concernant le plateau continental ne saurait être considérée comme un simple acte législatif, et encore moins comme un acte judiciaire, mais c'est un acte qui a eu des répercussions majeures aux États-Unis et au niveau international.

Selon M. Argüello Gómez, le projet de conclusion 8 ne devrait pas se limiter à reproduire le contenu du paragraphe 1 c) de l'Article 38, car son libellé reflète la situation qui existait en 1920. Il devrait plutôt faire référence, entre autres, aux actes et résolutions de l'ONU qui concernent l'existence et le contenu de principes généraux du droit.

Le projet de conclusion 9 doit également être actualisé. En 1920, on a fait référence à la « doctrine des publicistes les plus qualifiés » parce que le droit international était très peu développé. À l'époque, si l'on voulait étudier le droit de la mer, il fallait consulter la doctrine de publicistes comme Grotius, alors qu'aujourd'hui, l'existence de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer signifie qu'on ne dépend plus de la doctrine de la même façon. En outre, les auteurs de l'Article 38 n'ont pas prévu la création d'organes spécialisés dans l'étude et le développement du droit international, tels que la Commission. Il est anachronique de continuer à faire référence aux publicistes et d'ignorer le contexte actuel dans lequel existent effectivement des entités créées par les « nations civilisées » – les États

Membres et les États observateurs de l'ONU. Comme l'a dit Sir Ian Brownlie, que l'on est en droit de considérer comme un publiciste hautement qualifié, les sources analogues aux écrits des publicistes, et qui font au moins autant autorité, sont les projets d'article produits par la Commission du droit international.

En conclusion, M. Argüello Gómez dit qu'il estime que les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport, à l'exception du projet de conclusion 7, devraient être envoyés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 50.