

Provisoire

Réservé aux participants

16 mars 2023

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3591^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 8 juillet 2022, à 10 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. Tladi
Membres : M. Argüello Gómez
M. Aurescu
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
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. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Principes généraux du droit (point 6 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/753)

M^{me} Galvão Teles dit que sa déclaration portera principalement sur trois aspects de l'excellent troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/753), à savoir la reconnaissance des principes généraux du droit, leur fonction de suppléance des lacunes du droit et la relation entre les principes généraux et les autres sources du droit, en particulier le droit international coutumier.

S'agissant de la condition de reconnaissance, à sa soixante-douzième session la Commission est convenue que pour identifier un principe général du droit, il fallait procéder à une analyse en deux étapes pour déterminer, premièrement, si le principe était commun aux divers systèmes juridiques du monde et, deuxièmement, s'il avait été transposé dans l'ordre juridique international. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial explique que cette approche en deux étapes est une « opération double » visant à démontrer qu'un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a été reconnu. Dès lors, pour le Rapporteur spécial, la reconnaissance d'un principe général du droit, en tant que condition de l'existence de celui-ci, doit intervenir au niveau tant international que national. Il ne suffit pas qu'un principe donné existe dans les systèmes juridiques nationaux, et « [i] semble donc bon d'exiger la reconnaissance sous quelque forme de ce que tel principe commun aux différents systèmes juridiques du monde peut trouver application dans l'ordre international ».

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle partage la position du Rapporteur spécial sur ce point. Il existe des principes qui, bien qu'étant communs à la plupart des systèmes juridiques du monde, ne peuvent être transposés dans le système juridique international en raison des différences entre ce système et les systèmes juridiques nationaux. Le principe de droit interne voulant que les parties à un litige aient accès à des voies de recours judiciaires constitue un bon exemple à cet égard ; en droit international, c'est un principe opposé, celui du consentement à la compétence, qui prévaut. Il se peut également qu'un principe soit applicable en droit international moyennant certains ajustements. Par exemple, dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (alias « Pavo »), Hazim Delic et Esad Landzo (alias « Zenga »)*, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que le principe de légalité était applicable en droit international à condition qu'il soit tenu dûment compte de certaines caractéristiques de l'ordre juridique international, notamment « la nature du droit international, l'absence de politiques et normes législatives internationales [...] et l'hypothèse fondamentale selon laquelle les normes du droit pénal international seront consacrées dans le droit pénal interne des divers États » [traduction non officielle].

La question de savoir comment établir si un principe général du droit a été transposé n'a toujours pas reçu de réponse. M^{me} Galvão Teles dit qu'elle souscrit au postulat fondamental proposé par le Rapporteur spécial, à savoir que les principes généraux sont identifiés « dans le cadre d'un processus non formalisé » ; exiger des États ou autres acteurs un acte de transposition formel et exprès serait incompatible avec la souplesse et le caractère non écrit des principes généraux du droit. La Commission doit néanmoins fournir des orientations quant à la manière dont il est satisfait à la condition de transposition tout en préservant la souplesse des principes généraux du droit ainsi que leur autonomie par rapport aux autres sources. Il importe à cet égard de distinguer la notion de reconnaissance dans le contexte des principes généraux du droit de la condition d'« acception comme étant le droit » dans le contexte de la détermination des règles coutumières. La première ne renvoie pas à l'opinion des États mais à leur reconnaissance qu'un principe donné est compatible avec le système juridique international.

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle attend avec intérêt de prendre connaissance, dans le cadre du Comité de rédaction, du nouveau texte que le Rapporteur spécial se propose de formuler pour le projet de conclusion 6. Sa proposition de simplifier ce projet de conclusion doit être appuyée, en particulier si le texte simplifié prévoit, pour la transposition, une seule condition au lieu de deux. La différence existant entre les deux conditions énoncées dans le texte actuel du projet de conclusion 6 n'est pas claire ; de plus, le fait qu'un principe soit difficile à appliquer ne signifie pas nécessairement qu'il est incompatible avec la nature du

droit international. Le projet de conclusion 6 devrait simplement indiquer que, pour être reconnu comme un principe général du droit international, un principe commun aux divers systèmes juridiques du monde doit être compatible avec la « nature fondamentale » ou les « caractéristiques fondamentales » ou les « caractéristiques essentielles » du système juridique international, ou simplement compatible avec « le droit international et les règles et normes internationales reconnues », pour reprendre la formule utilisée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le commentaire pourrait ensuite indiquer quels aspects du système juridique international peuvent déterminer qu'un principe n'est pas compatible avec le droit international, et donner des exemples de principes qui ont été transposés et de principes qui sont incompatibles avec le droit international.

Invoquant la section du rapport à l'examen qui porte sur la fonction supplétive des principes généraux du droit, M^{me} Galvão Teles rappelle que ceux-ci ont d'abord été visés dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale comme source auxiliaire du droit censée combler des lacunes en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières applicables dans une situation donnée. En ce sens, leur fonction la plus fondamentale est d'éviter les situations de *non liquet*, dans lesquelles une juridiction internationale saisie d'un différend ne peut statuer sur une question parce que ni les dispositions conventionnelles pertinentes ni le droit international coutumier ne la réglementent. Cela était clair pour le Comité consultatif de juristes. M^{me} Galvão Teles dit que si elle n'est pas en désaccord avec ces considérations, elle considère que la fonction supplétive attribuée aux principes généraux doit être envisagée avec prudence à la lumière des particularités distinguant le système juridique international des systèmes juridiques nationaux, en particulier le fait que le premier est beaucoup moins complet que les seconds.

Le fait pour une juridiction internationale de conclure qu'aucune règle juridique, positive ou négative, ne régit telle ou telle question – et donc qu'elle doit constater une situation de *non liquet* si elle ne peut faire fond sur des principes généraux du droit – doit être distingué de la situation dans laquelle une juridiction conclut qu'une prétention n'est pas étayée par une règle de droit positive. Cette conclusion est assimilable à une décision indiquant que le droit invoqué n'existe pas, avec pour conséquence que le défendeur l'emporte. Cette idée est exprimée dans les conclusions souvent citées de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire du S.S. « Lotus »*, dans laquelle la Cour a jugé que « [l]es limitations de l'indépendance des États ne se présument [...] pas. ». De même, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour internationale de Justice a jugé qu'aucune règle du droit international coutumier ne conférait un droit de réparation à un État autre que l'État dont la société a la nationalité, concluant ainsi à l'inapplicabilité des considérations d'équité.

Ces décisions diffèrent du passage de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* cité par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, dans lequel la Cour a jugé qu'il convenait d'appliquer des principes généraux tirés du droit interne puisque le droit international n'envisageait pas les questions particulières des droits et de la relation entre les sociétés et leurs actionnaires. Elles se distinguent également du raisonnement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans le jugement portant condamnation qu'il a rendu en 1996, dans l'affaire *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, dans lequel la Chambre de première instance a décidé de recourir à des principes généraux du droit au motif que la question de la durée de l'emprisonnement pour les crimes contre l'humanité n'était pas envisagée dans le Statut ou le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal.

On a aussi relevé que le problème de l'identification des lacunes du droit international semble avoir été soulevé plus fréquemment s'agissant du droit coutumier que du droit conventionnel. Dans l'*Affaire Haya de la Torre*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé que la Convention de La Havane du 20 février 1928 relative à l'asile ne donnait pas de réponse complète à la question de savoir de quelle manière l'asile devait prendre fin, et qu'il appartenait donc aux parties d'y répondre. La Cour n'a en l'espèce accordé aucun rôle aux principes généraux du droit.

Le rapport à l'examen souligne que les principes généraux du droit ne remplissent une fonction supplétive que pour autant qu'ils existent et puissent être identifiés ; il n'est pas possible d'éliminer complètement les situations de *non liquet* en droit international. Si cette idée est importante, il est tout aussi important de souligner que les principes généraux du

droit ne sont appelés à remplir une fonction supplétive qu'en l'absence de dispositions conventionnelles ou coutumières pertinentes et lorsqu'une réglementation est nécessaire pour que le droit international opère comme il convient – lorsqu'une lacune dans les règles internationales applicables amènerait effectivement une juridiction internationale à constater une situation de *non liquet*.

Le projet de conclusion 13 devrait donc mentionner la relation entre la fonction supplétive des principes généraux du droit et la prévention des situations de *non liquet*. Il pourrait par exemple se lire comme suit : « La fonction essentielle des principes généraux du droit est de combler les lacunes pouvant exister dans les traités et le droit international coutumier et de prévenir les situations de *non liquet* devant les juridictions internationales. ». Le commentaire de ce projet de conclusion devrait expliquer dans la mesure du possible la différence entre la situation dans laquelle le droit revendiqué n'existe tout simplement pas en droit international et celle dans laquelle aucune règle juridique ne régit la question qui se pose et où une réglementation est nécessaire, en soulignant que c'est seulement dans ce dernier cas qu'une lacune existe.

En ce qui concerne la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle des principes généraux peuvent coexister avec des règles du droit international conventionnel et coutumier au contenu identique ou analogue est compréhensible du point de vue de la relation entre les principes généraux et le droit conventionnel. Un principe général du droit peut être codifié, intégralement ou partiellement, dans un instrument conventionnel tout en conservant son existence et son applicabilité propres, et servir à interpréter ou compléter la disposition conventionnelle ou à renforcer le raisonnement juridique. Par contre, la proposition selon laquelle les principes généraux du droit coexistent avec des règles du droit international coutumier de contenu analogue ou même identique ne tient pas. Elle risque de brouiller la distinction entre principes généraux du droit et droit international coutumier, d'autant plus que les processus de formation et d'identification des premiers et du second ne sont pas formalisés et se recoupent fréquemment. Tant l'identification des règles du droit international coutumier que la détermination de l'existence de principes communs aux divers systèmes juridiques du monde impliquent une évaluation des législations internes, des décisions des juridictions nationales et d'autres textes pertinents. De plus, le droit international coutumier peut être invoqué comme source pour déterminer si un principe général du droit existe.

Les principes généraux du droit sont, par définition, fondamentaux en ce qu'ils contribuent aux fondements et à la justification axiologiques de l'ordre juridique, et indéterminés en ce qu'ils s'appliquent à toutes les situations couvertes par celui-ci et non uniquement à certains sujets de droit et relations juridiques. Une caractéristique distinctive du droit international coutumier est qu'il doit avoir un caractère normatif ; en d'autres termes, il doit être possible de déduire d'une règle coutumière le comportement que les parties doivent adopter. M^{me} Galvão Teles dit qu'elle ne saurait donc souscrire à l'affirmation selon laquelle la distinction entre une règle du droit international coutumier et un principe général du droit dépend de leur processus de formation, conformément aux règles distinctes de reconnaissance de chaque source. L'existence d'une pratique conforme à un principe général du droit ne peut transformer ce principe en une règle du droit international coutumier. Toutefois, elle démontre que les États ou autres acteurs ont reconnu ce principe général et elle peut, si toutes les conditions sont réunies, aboutir à la formation de règles du droit international coutumier qui précisent comment le principe s'applique dans des situations particulières et confèrent un caractère coutumier à certains droits et obligations qui ne découlaient auparavant que de principes généraux du droit.

Le projet de conclusion 11 devrait donc être révisé pour mieux rendre compte de cette distinction et il pourrait être simplifié en indiquant que « les principes généraux du droit peuvent coexister avec le droit international conventionnel et coutumier » ou que « les principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles du droit international conventionnel ou coutumier régissant les mêmes matières ». Le commentaire pourrait expliquer en quoi la relation entre principes généraux du droit et droit conventionnel diffère de la relation entre principes généraux et droit international coutumier.

S'agissant des projets de conclusions 6, 10, 12, 13 et 14, certains concepts et termes juridiques utilisés dans le troisième rapport et susceptibles d'être utiles pour définir et conceptualiser le terme fondamental de « principes généraux du droit » devraient être clarifiés. Par exemple, quelle est la relation entre les principes généraux du droit et les « principes fondamentaux du droit international » visés dans le projet de conclusion 6 ? Les termes « droit international général » et « principes généraux du droit international » devraient également être clarifiés.

Comme M. Murphy, M. Valencia-Ospina et d'autres l'ont souligné, il existe une tension entre les projets de conclusions 10 et 13. Le poids actuellement accordé à la fonction supplétive des principes généraux du droit comme étant « essentielle » donne à penser que ces principes jouent un rôle secondaire et complémentaire, suggérant l'existence d'une hiérarchie implicite ou informelle, qu'il y ait ou non « subordination » – un terme utilisé par le Rapporteur spécial au paragraphe 82. Examiner si l'adjectif « essentielle » est nécessaire et utile pourrait contribuer à éliminer cette tension.

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle convient que les projets de conclusions 13 et 14 peuvent être réunis. Qu'il soit ou non opportun d'opposer la fonction « essentielle » des principes généraux à leurs fonctions « spécifiques », les projets de conclusions 13 et 14 n'indiquent pas clairement que la fonction des principes généraux du droit comme moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles du droit international relève en fait de leur fonction supplétive, comme le suggère le paragraphe 122, pas plus qu'ils ne reflètent l'opinion du Rapporteur spécial, exprimée au paragraphe 139, selon laquelle la fonction systémique est la conséquence de la fonction supplétive. Les fonctions identifiées étant liées entre elles, il conviendrait de les examiner ensemble.

Enfin, comme l'ont déjà souligné de nombreux membres de la Commission, il faut réexaminer le projet de conclusion 12. Le libellé actuel énonce le principe de la *lex specialis* comme le plus important des principes régissant la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international. Or cette relation est également régie par d'autres principes, règles et normes, comme le principe de la *lex posterior*. Le projet de conclusion 12 devrait être modifié en conséquence ou supprimé, et l'idée qui le sous-tend être exposée dans le commentaire.

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^{me} Oral remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, un document bien structuré et clairement rédigé. Elle considère comme lui que le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet doit être l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, bien qu'ils ne soient pas limités par cette disposition. En effet, si la Commission ne les faisait porter que sur cet alinéa, ils n'aboutiraient qu'à une reformulation des conclusions de la Cour à cet égard. Les travaux de la Commission sur le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ont pris comme point de départ la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités mais ne se limitent pas à ce texte. Dans le cadre du sujet à l'examen, l'occasion est donnée à la Commission de rendre compte d'une importante évolution du droit international en ce qui concerne la compréhension, l'application et l'invocation des principes généraux du droit par les États, les juridictions et autres acteurs, y compris les organisations internationales. Il est donc essentiel d'adopter une méthode claire et de s'y tenir.

Le Rapporteur spécial a passé en revue les opinions exprimées par les membres de la Commission à la soixante-douzième session sur la question de la transposition et le projet de conclusion 6, ainsi que les déclarations faites par les États à la Sixième Commission en 2021. Bon nombre d'États ont fait des observations judicieuses et, dans l'ensemble, ont appuyé les travaux de la Commission et l'approche adoptée jusqu'alors par le Rapporteur spécial. Comme le souligne celui-ci, la question de la transposition des principes généraux doit être envisagée sur la base de critères objectifs ménageant une certaine souplesse. Comme il le suggère au paragraphe 12 de son rapport, le projet de conclusion 6 devrait être simplifié.

Comme l'indique le Rapporteur spécial, la transposition est une condition nécessaire de la reconnaissance par la communauté internationale. Bien que l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne l'indique pas expressément, cette condition est implicite.

Sur ce point, M^{me} Oral dit qu'elle pense comme le Rapporteur spécial que la seule existence d'un principe général du droit dans différents systèmes juridiques nationaux ne suffit pas pour que les conditions du paragraphe 1 de l'Article 38 soient réunies et qu'un élément additionnel de reconnaissance est nécessaire. La transposition au niveau international est parachevée par la reconnaissance de la communauté internationale des nations.

Le Rapporteur spécial donne plusieurs exemples de principes généraux formés dans le cadre du système juridique international. Si la pratique est limitée en la matière, elle est suffisante pour que de tels principes soient reconnus comme constituant une seconde catégorie de principes généraux du droit. Par exemple, dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale a jugé que « [c]'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate » et qu'un « principe [...] qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite ». Bien que la Cour n'ait pas utilisé l'expression « principe général du droit », le principe de la réparation qu'elle a fait sien est un principe autonome qui ne relève ni du droit conventionnel ni du droit international coutumier. Il découle expressément de la pratique des États et des décisions des tribunaux arbitraux. En fait, ce principe a peut-être été invoqué pour combler une lacune, puisque la Cour l'a appliqué parce que la convention pertinente ne contenait pas de disposition expresse sur la réparation.

M^{me} Oral dit qu'elle est parfaitement consciente qu'il existe des opinions divergentes quant à l'existence d'une seconde catégorie de principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial a résumé clairement les trois grands courants d'opinion qui se dégagent parmi les États sur cette question. Si certains États nient purement et simplement l'existence d'une seconde catégorie de principes généraux, la majorité d'entre eux est plus nuancée sur ce point. L'une des principales préoccupations des États, exprimée par exemple par l'Allemagne, le Japon et la Nouvelle-Zélande, est que la Commission doit définir les critères permettant de distinguer cette seconde catégorie de principes généraux du droit international coutumier. Il est néanmoins important que, dans l'ensemble, la plupart des États, s'ils restent prudents, ne s'opposent pas à l'idée d'une seconde catégorie à condition que la Commission tienne compte de leurs préoccupations soit dans les commentaires, soit dans les projets de conclusion eux-mêmes. Il faut toutefois souligner que les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international peuvent se recouper.

C'est à juste titre que le Rapporteur spécial fait valoir, au paragraphe 29 de son troisième rapport, que la question qui se pose à la Commission est de savoir comment expliquer clairement la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système international. M^{me} Oral dit qu'elle fait pleinement confiance au Comité de rédaction pour définir une méthode adéquate et élaborer un texte répondant aux préoccupations exprimées, tout en reconnaissant l'existence de cette seconde catégorie de principes généraux.

Comme indiqué au paragraphe 36, plusieurs États ont, à la Sixième Commission, souligné qu'il importait de définir les fonctions des principes généraux du droit. La plupart des délégations ont dit que ces principes avaient pour vocation de combler les lacunes du droit ou d'éviter le *non liquet*. Certains États ont évoqué la fonction systémique des principes généraux du droit dans l'ordre juridique international. Étant donné l'intérêt manifesté par les États pour la question des fonctions des principes généraux, la Commission devrait appuyer les travaux du Rapporteur spécial visant à définir précisément ces fonctions.

Le projet de conclusion 10 porte sur l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international, un principe bien admis en droit international. Lors de l'élaboration de l'Article 38, une proposition visant à établir une hiérarchie a été rejetée. Néanmoins, si en principe il n'y a pas de hiérarchie entre les trois sources de droit, il peut y avoir une hiérarchie dans leur application concrète. M. Murphy a donné certains exemples à cet égard, notamment en ce qui concerne les normes du *jus cogens*. De plus, il est clair que si un traité lie les parties, il s'appliquera avant les principes généraux du droit éventuellement applicables. M^{me} Oral dit qu'elle doute que le projet de conclusion 10 soit réellement nécessaire et utile.

Le Rapporteur spécial a essentiellement fondé le projet de conclusion 11 sur la jurisprudence concernant la coexistence des traités et du droit international coutumier, élargie par analogie aux principes généraux du droit. Il explique, au paragraphe 85 du rapport à l'examen, que, dès lors qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les traités, la coutume et les principes généraux du droit, rien ne justifie de s'écarter de la solution retenue par la Cour internationale de Justice en ce qu'elle envisage que les principes généraux du droit et des règles de droit international provenant des deux autres sources de droit puissent coexister. Le Rapporteur spécial donne plusieurs exemples, tirés de la jurisprudence, d'affaires dans lesquelles la juridiction saisie a reconnu que des principes généraux du droit coexistaient avec d'autres sources. Les exemples donnés aux paragraphes 86 à 92 étayaient la proposition énoncée par le Rapporteur spécial dans le projet de conclusion 11.

Peut-être ce projet de conclusion peut-il être remanié pour en clarifier l'objectif, qui semble être de souligner que les principes généraux du droit n'ont pas seulement un caractère transitoire et que l'apparition ultérieure d'une règle de droit international coutumier ou la codification du principe général en cause ne fait pas disparaître celui-ci, qui continue d'exister en tant que source de droit distincte, selon la position adoptée par le Rapporteur spécial au paragraphe 83 de son rapport.

S'agissant du projet de conclusion 12, la question de la relation entre les principes généraux du droit et le principe de la *lex specialis* est intéressante. Toutefois, en s'appuyant principalement sur ses travaux relatifs à la fragmentation du droit international sans invoquer d'éléments additionnels tirés de la pratique des États ou de la jurisprudence, la Commission fait reposer ce projet de conclusion sur un fondement fragile.

Le projet de conclusion 13 porte sur la fonction supplétive des principes généraux du droit. M^{me} Oral dit que l'adjectif « supplétive », qui est assez clair, ne lui pose aucun problème. La fonction essentielle des principes généraux du droit est de combler les lacunes du droit conventionnel et du droit international coutumier. Elle se demande toutefois si le projet de conclusion 13 ne devrait pas être à la place qui est actuellement celle du projet de conclusion 10, puisque la fonction supplétive est considérée comme la fonction la plus commune et la plus fréquemment mise en œuvre des principes généraux du droit.

De plus, le projet de conclusion 13 est trop concis. Il manque de contexte, en particulier en ce qui concerne les types de lacunes qu'il vise et les circonstances dans lesquelles ces lacunes peuvent se faire jour hors du droit international coutumier ou du droit conventionnel. Il conviendrait par exemple de préciser si les lacunes en question apparaissent en l'absence de dispositions coutumières ou conventionnelles applicables ou dans le cadre de l'application du droit international coutumier ou conventionnel. Ce projet de conclusion est très général, alors qu'au paragraphe 110 de son rapport le Rapporteur spécial identifie des fonctions supplétives spécifiques dont l'existence est largement admise.

L'alinéa a) du projet de conclusion 14 dispose que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et à des obligations. Cette fonction est secondaire par rapport à la fonction supplétive, la fonction principale faisant l'objet du projet de conclusion 13. Certains États ont toutefois souligné que la Commission devait veiller à ce que les principes généraux ne soient pas invoqués pour contourner les traités ou le droit international coutumier. M^{me} Oral dit qu'elle souscrit à l'argument formulé par M. Murphy en ce qui concerne le principe de la bonne foi, qui ne crée pas de nouveaux droits ou obligations. La Commission doit pouvoir clarifier la nature des droits et obligations reposant sur des principes généraux du droit d'après la nature des droits et obligations créés par les traités et le droit international coutumier.

Les exemples donnés par le Rapporteur spécial, comme celui du principe de l'estoppel au paragraphe 115, sont pertinents. L'exemple de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et du principe de l'*uti possidetis* est particulièrement intéressant. Dans cette affaire, les parties sont convenues d'appliquer « le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation », lequel pourrait être ajouté à la liste des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit : « Or l'obligation de respecter les frontières internationales préexistantes en cas de succession d'États découle sans aucun doute d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve

ou non son expression dans la formule *uti possidetis*. ». La Cour semble toutefois avoir utilisé les termes « principe » et « règle » de manière interchangeable.

Constituent également des exemples le principe de la liberté du consentement, le principe de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda*, qui sont tous universellement considérés comme des principes du droit. Il sera toutefois nécessaire d'expliquer la nature des droits et obligations fondés sur les principes généraux du droit et en quoi ils diffèrent de ceux fondés sur les autres sources du droit international.

M^{me} Oral recommande à la Commission de renvoyer tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^{me} Lehto remercie le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport, qui donne à la Commission ample matière à réflexion. S'agissant de la question de la transposition et de la transposabilité envisagée dans la première partie de ce rapport, elle souscrit aux considérations formulées aux paragraphes 12 à 14 et se félicite que le Rapporteur spécial propose de simplifier le libellé du projet de conclusion 6. Il appartiendra au Comité de rédaction de décider comment procéder, mais le texte proposé par M. Murphy est un bon point de départ.

S'agissant de la deuxième partie du rapport, consacrée aux principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, M^{me} Lehto dit qu'ainsi qu'elle l'a déjà souligné, cette seconde catégorie de principes généraux du droit constitue un aspect important du sujet, et la Commission doit examiner pleinement les méthodes permettant de déterminer les principes qui en relèvent. Elle ne doute pas que le Comité de rédaction puisse s'entendre sur une version consolidée du projet de conclusion 7 en tenant compte des paragraphes 31 à 33 du rapport à l'examen.

C'est à juste titre que le Rapporteur spécial conclut, au paragraphe 27 de son troisième rapport, que la pratique, la jurisprudence et la doctrine autorisent à dire qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux du droit. Outre la pratique examinée par le Rapporteur spécial dans ses trois rapports et celle invoquée par d'autres membres de la Commission, l'étude récente de Marija Dordesca sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, qui recense jusqu'à 156 principes généraux du droit invoqués par ces deux juridictions dans des arrêts et ordonnances rendus entre 1922 et 2018, pourrait également être mentionnée.

Dans la déclaration qu'il a faite devant la Sixième Commission en 2019, qui est citée au paragraphe 140 du rapport à l'examen, il importe que noter que le juge Yusuf, alors Président de la Cour internationale de Justice, a distingué trois grandes catégories de principes généraux que la Cour avait appliqués : les principes inhérents à tout ordre juridique, comme celui de la bonne foi, les principes généraux du droit international, comme l'égalité souveraine et l'interdiction de l'emploi de la force, et les principes généraux issus des systèmes juridiques internes, qui relèvent essentiellement du droit procédural. Il a conclu que le recours aux principes généraux avait aidé la Cour à résoudre deux problèmes structurels, celui du processus normatif en droit international et celui du besoin de cohérence de l'ordre juridique international. Bien que la Cour ait rarement invoqué expressément des principes généraux de droit au sens de l'Article 38 – parce que cette disposition contient l'expression anachronique « nations civilisées » – il est évident qu'elle avait cette disposition à l'esprit dans de nombreux cas.

Si la Cour internationale de Justice a invoqué des principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux, elle l'a fait moins fréquemment que les juridictions pénales internationales et les tribunaux arbitraux. Par exemple, dans l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, la Cour a appliqué la règle protégeant la confidentialité des communications entre l'avocat et son client, qui a son origine dans les pays de common law. Il est toutefois remarquable qu'elle se soit fondée non sur une analyse comparative des règles de droit interne en la matière mais sur le principe de l'égalité souveraine des États.

En ce qui concerne les fonctions des principes généraux, qui font l'objet de la troisième partie, M^{me} Lehto dit que, comme d'autres, elle se demande si tous les principes généraux sont censés remplir les mêmes fonctions. Certains auteurs divisent les principes

généraux en trois catégories selon qu'il s'agit de principes substantiels, procéduraux ou interprétatifs. Les principes généraux substantiels sont une source autonome de droits et d'obligations, alors que les principes interprétatifs servent à interpréter et compléter d'autres règles du droit international. Les principes procéduraux concernent essentiellement la procédure devant les juridictions internationales. Il ne s'agit pas de ranger les principes généraux dans des catégories distinctes selon leur fonction dans le projet de conclusions, mais peut-être des éclaircissements pourraient-ils être fournis sur ce point dans les commentaires.

Une question centrale concerne la fonction supplétive des principes généraux du droit qui, aux termes du paragraphe 39, peut être « regardée comme leur fonction essentielle et en définit le rôle fondamental dans l'ordre juridique international ». La fonction supplétive est à l'évidence une fonction reconnue des principes généraux : en l'absence de règle conventionnelle ou coutumière, les principes généraux sont une source de droit international applicable. Comme l'a noté l'Association de droit international s'agissant du principe qui veut que chaque État ait l'obligation de ne pas laisser sciemment utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États, ce principe général de diligence peut être considéré comme une norme par défaut qui s'applique en l'absence de norme définissant la diligence de manière plus précise ou plus stricte. En ce sens, la fonction supplétive est étroitement liée aux principes généraux du droit servant de fondement autonome à des droits et obligations.

S'agissant de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, la première question concerne l'absence de hiérarchie entre les différentes sources. Comme Bin Cheng l'a déclaré dans son ouvrage fondamental de 1953, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, les principes généraux du droit peuvent être considérés comme hiérarchiquement supérieurs à la coutume et aux traités parce qu'ils « fournissent le fondement juridique des traités et de la coutume et régissent leur interprétation et leur application ». Dans le même temps, « ayant valeur supplétive et vocation à combler des lacunes du droit », ainsi que le Rapporteur spécial les définit au paragraphe 24 du rapport à l'examen, les principes généraux du droit peuvent être considérés comme une source secondaire. Ces deux opinions se défendent, et des arguments valides peuvent être opposés à l'une comme à l'autre, ce qui montre que la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international ne saurait être définie en termes de hiérarchie. La question peut aussi se poser de savoir si un projet de conclusion sur l'absence de hiérarchie, que le Rapporteur spécial qualifie de « non controversée », est nécessaire. Dans l'affirmative, le Comité de rédaction pourra en examiner la formulation. M^{me} Lehto relève que M. Jalloh a déjà proposé un texte sur cette question pour le projet de conclusion 10.

Sur la même question, M^{me} Lehto dit qu'elle souscrit à la conclusion figurant au paragraphe 93, à savoir que des principes généraux du droit peuvent coexister avec d'autres règles du droit international au contenu identique.

En ce qui concerne le rôle de la *lex specialis* dans la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, la *lex specialis* est certes pertinente mais d'autres outils peuvent également être utilisés. S'il n'y a pas de conflit de normes, par exemple entre un principe général et ses applications plus spécifiques, la question se pose de savoir si des règles et techniques de règlement des conflits de normes sont nécessaires. Dans de telles situations, la *lex specialis* devrait s'entendre au sens de l'application concurrente, la *lex generalis* demeurant à l'arrière-plan et complétant les règles spécifiques ou en régissant l'interprétation et l'application.

La relation entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier soulève également d'autres questions, comme celle de savoir comment l'existence d'un principe général doit être prise en compte dans l'évaluation des preuves de la pratique étatique aux fins de la détermination d'une règle coutumière. Peut-être invoquée à cet égard l'opinion individuelle de la juge Donoghue dans les affaires jointes concernant *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, dans laquelle celle-ci évoque les « paramètres fondamentaux de l'ordre juridique international » et « les piliers des relations entre États » tels que « la souveraineté territoriale et l'égalité souveraine » et souligne leur rôle « lorsque la pratique des États et l'*opinio juris*

n'offrent que des éléments incomplets ou contradictoires ». De même, Gerald Fitzmaurice a évoqué « l'importance des principes généraux, en particulier dans un domaine comme celui du droit international, dans lequel la pratique est loin d'être uniforme et où il peut exister de très nombreux doutes ou controverses quant à la règle applicable ou à ce qu'elle devrait être ».

En ce qui concerne les fonctions spécifiques des principes généraux du droit, M^{me} Lehto dit qu'elle convient que ces fonctions, en particulier celles consistant à assurer la cohérence de l'ordre juridique international, doivent être considérées comme secondaires ou additionnelles. L'existence d'une lacune ne doit pas être une condition préalable à l'application des principes généraux, qui remplissent une fonction majeure dans l'interprétation et l'application des règles existantes et assurent la cohérence entre les différentes branches du droit international.

M^{me} Lehto dit qu'elle appuie le renvoi de tous les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction pour examen à la lumière du débat en cours.

M. Petrič dit que, dans son rapport bien étayé, le Rapporteur spécial s'est efforcé de présenter les vues des membres de la Commission et celles des États à la Sixième Commission ainsi que la doctrine concernant les principes généraux du droit. Il indique qu'il axera ses observations sur l'aspect du sujet qui s'est révélé le plus controversé pour les membres de la Commission et les États – la question de savoir si l'on peut affirmer avec certitude qu'il existe des principes généraux du droit, au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, formés dans le cadre du système juridique international. Telle est la question cruciale. Si un accord peut être trouvé sur ce point, il sera beaucoup plus facile d'examiner les autres questions importantes que soulèvent les projets de conclusions 10 à 14.

M. Petrič indique qu'à l'issue du débat qui a eu lieu sur le sujet à la soixante-douzième session de la Commission, il a effectué ses propres recherches pour se familiariser avec la notion de principes généraux du droit, principes dont bon nombre remplissent une importante fonction supplétive en permettant au système juridique international de fonctionner convenablement et aux juridictions internationales d'éviter les situations de *non liquet*. Il ressort des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale que les principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 sont les principes qui existent *in foro domestico* et sont communs à tous les systèmes juridiques nationaux, et qui peuvent servir de moyen auxiliaire pour régler certaines questions qui se posent à la communauté internationale lorsqu'aucune règle conventionnelle ou coutumière du droit international n'est applicable.

Au paragraphe 143 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial cite un auteur qui définit les principes généraux du droit comme « les principes en l'absence desquels aucun système juridique ne peut simplement pas fonctionner » et un autre qui affirme qu'« ils opèrent comme outils de promotion de la convergence intrasystémique » et qu'ils « concourent à conférer au système sa cohérence interne en rapprochant le droit international des systèmes de droit interne ». Telles étaient les fonctions envisagées pour les principes généraux du droit lorsque l'Article 38 a été rédigé, et elles sont demeurées les mêmes.

Si une seconde catégorie de principes généraux du droit doit être établie, elle doit être fondée sur la pratique des États. Or la pratique est limitée, voire inexistante, qui prouverait qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux, ceux formés dans le cadre du système juridique international, qui ne sont pas simultanément des principes du droit international coutumier ou conventionnel. En droit international, l'interprétation textuelle d'une norme revêt une importance particulière. Ainsi, il ressort du paragraphe 1 de l'Article 38 que les principes généraux du droit existent *in foro domestico*. Aucune disposition de l'Article 38 n'indique que ceux qui l'ont rédigé considéraient qu'il existait d'autres principes généraux du droit. En fait, l'idée qu'il existe d'autres principes généraux du droit que ceux existant *in foro domestico* a été clairement écartée à l'époque. Les États ont admis cette interprétation du paragraphe 1 c) de l'Article 38 sans difficulté depuis lors, et ils n'ont pris aucune initiative pour amender cette disposition ou l'interpréter différemment. La question se pose donc de savoir s'il appartient à la Commission de donner

de l'Article 38, une des pierres angulaires de l'ordre juridique international, une interprétation novatrice.

Les principes généraux du droit sont généraux non parce qu'ils sont formulés de manière générale mais parce qu'ils sont généralement acceptés dans tous les systèmes juridiques. Des principes tels que *pacta sunt servanda* et *ex injuria jus non oritur* et des principes procéduraux tels que la présomption d'innocence et *nulla poena sine lege*, qui sont de nos jours également appliqués par les juridictions pénales internationales, existent de facto dans tous les systèmes juridiques, car ils découlent simplement du développement de la société humaine et constituent des valeurs communes aux systèmes juridiques nationaux et international.

Si la Commission entend introduire une seconde catégorie de principes généraux du droit, ceux formés dans le cadre du système juridique international – et M. Petrič précise qu'il n'y est pas totalement opposé – elle doit procéder sans hâte et avec prudence. Pratiquement tous les principes cités comme entrant dans cette seconde catégorie lors du débat en cours – comme le principe de l'*uti possidetis* et l'interdiction de l'emploi de la force – reposent sur des règles conventionnelles ou coutumières. Les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international qui ne relèvent pas du droit international conventionnel ou coutumier sont rares, et leur fonction n'est pas claire dans le meilleur des cas.

La question se pose aussi de savoir qui établira et identifiera les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et comment il le fera. La doctrine indique que les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international doivent refléter la pratique et les résolutions des organisations internationales. Cela signifie-t-il qu'un principe général juridiquement contraignant et dont les effets sont *erga omnes* peut être créé par des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple, alors même que ces résolutions ont un caractère politique et non juridique ?

À la soixante et onzième session de la Commission, il a été proposé dans le cadre du Comité de rédaction de laisser en suspens la partie du sujet concernant la seconde catégorie de principes généraux du droit, qui fait l'objet des projets de conclusions 3 et 7. De nouveau à la session en cours, M. Hmoud a proposé de ménager la possibilité qu'il existe une seconde catégorie de principes au moyen d'une clause « sans préjudice ». M. Petrič appuie cette proposition, qui signifierait que la Commission pourra, si elle le juge nécessaire, revenir sur la seconde catégorie de principes généraux du droit dans sa nouvelle composition, lors du prochain quinquennat.

Pour M. Petrič, il ne sera pas possible au stade actuel d'aboutir à un consensus sur l'inclusion de cette seconde catégorie de principes généraux du droit. Si cette question est laissée en suspens, comme le propose M. Hmoud, l'examen des autres projets de conclusion dans le cadre du Comité de rédaction en sera facilité, car leur formulation dépend dans une large mesure du point de savoir si la Commission entend étudier les seuls principes généraux du droit envisagés à l'origine à l'Article 38 ou également la seconde catégorie de principes.

M. Petrič dit que bien qu'il ait des doutes au sujet des projets de conclusions 10 à 14 et pense comme d'autres membres que certains d'entre eux ne sont peut-être pas nécessaires, il en recommande le renvoi au Comité de rédaction.

M. Cissé félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport sur les principes généraux du droit, un document très bien rédigé et instructif. Il convient qu'une analyse plus poussée des principes généraux du droit en tant que troisième source primaire du droit international est nécessaire. Bien que ces principes soient visés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ils ne sont pas définis en tant que tels. Ils ont néanmoins la même portée juridique que la coutume internationale et les traités internationaux, dans la mesure où l'Article 38 du Statut n'établit pas de hiérarchie entre les diverses sources primaires du droit international.

Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial rappelle certaines des fonctions des principes généraux du droit, à savoir interpréter d'autres règles du droit international, combler les lacunes du droit et analyser le raisonnement sur lequel reposent les décisions des

juridictions internationales. Les efforts qu'il fait pour définir la portée et les limites de cette source fondamentale du droit international sont louables, eu égard en particulier aux divergences d'opinions qui caractérisent la doctrine et la jurisprudence internationale en ce qui concerne l'identification, l'appréciation et l'applicabilité des principes généraux du droit. Bien qu'ils soient invoqués par les juges pour combler les lacunes du droit international, certains auteurs les considèrent toujours comme une source « subsidiaire ». À l'heure actuelle, ces principes ne sont invoqués qu'exceptionnellement dans la jurisprudence, car les États préfèrent s'appuyer sur d'autres sources, plus consensuelles, pour étayer leurs prétentions.

En droit international, les principes généraux sont généralement rangés dans deux catégories : premièrement, les principes considérés comme s'étant formés dans le cadre du système juridique international, en d'autres termes, les principes généraux du droit international qui régissent les relations entre États et, deuxièmement, les principes communs aux systèmes juridiques nationaux. Il n'y a toutefois pas, à l'heure actuelle, de consensus sur le processus et la méthode d'identification et d'évaluation des principes généraux du droit. Une méthode devrait être définie pour améliorer la stabilité du recours à ces principes.

M. Cissé dit qu'à la différence de certains membres de la Commission, il considère qu'il existe bien deux catégories de principes généraux. Le texte du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les travaux préparatoires de cette disposition et le contexte historique de son élaboration ne font pas de distinction entre ces deux catégories. L'argument de certains auteurs selon lequel seuls les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux doivent être retenus aux fins du paragraphe 1 c) de l'Article 38 est donc quelque peu excessif. Le caractère général du texte autorise une interprétation libérale de la notion de « principes généraux de droit ».

De plus, comme le souligne le Rapporteur spécial dans son rapport, plusieurs principes de droit invoqués par les États et les juridictions internationales sont des principes qui se sont incontestablement formés dans l'ordre juridique international et ne découlent donc pas des systèmes juridiques nationaux. L'existence de cette catégorie de principes de droit n'est guère surprenante, puisque le caractère unique du système juridique international, de la communauté internationale et de la communauté des États a forcément engendré les principes nécessaires au bon fonctionnement du droit international. Ces principes, de par leur nature même, ne peuvent découler des systèmes juridiques nationaux. Par exemple, le principe des responsabilités communes mais différenciées existant en droit de l'environnement n'a pas son pendant en droit interne, puisqu'il a son origine dans les relations internationales et vise à assurer le bon fonctionnement du système juridique international, plus précisément du droit international de l'environnement. Il est le résultat du développement progressif de ce droit, qui a commencé avec la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain tenue à Stockholm en 1972 et s'est poursuivi avec la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio de Janeiro en 1992.

Les deux catégories de principes généraux du droit ne sont pas étanches, mais les identifier est un exercice conceptuel et théorique utile qui peut contribuer à en clarifier le sens et la portée. Il importe de reconnaître que souvent elles coexistent dans le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux, lesquels s'influencent mutuellement. Il est donc possible qu'un principe général du droit, après s'être formé en droit international ou en droit interne, se développe indistinctement dans l'un et l'autre de ces systèmes juridiques. Un excellent exemple est donné par le principe de précaution en droit de l'environnement, qui est apparu en Allemagne dans les années 1970 et a ultérieurement été adopté au niveau international, d'abord dans les années 1980 dans le cadre d'une série d'accords internationaux sur la protection de la mer du Nord, avant d'être consacré lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio de Janeiro en 1992. Le principe de précaution s'est par la suite consolidé au niveau international tout en continuant à se développer dans les systèmes juridiques nationaux dans le monde entier. Le développement, l'interprétation et l'application du principe de précaution, qui est incontestablement devenu un principe général du droit, doivent donc être envisagés à la fois du point de vue du système juridique international et de celui des systèmes juridiques nationaux. Il serait erroné de limiter les principes généraux du droit à une seule de ces catégories.

Un second exemple est donné par le principe de l'équité, qui lui aussi existe tant dans le système juridique international que dans les systèmes juridiques nationaux. Il a été largement et systématiquement invoqué par la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux dans le domaine du droit de la mer, et plus précisément en matière de délimitation des frontières maritimes entre États côtiers dont les côtes sont adjacentes ou se font face. Lorsqu'il est apparu que les articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relatifs à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental de ces États, n'offraient pas aux États et aux juridictions internationales des méthodes de délimitation conventionnelles juridiquement contraignantes, c'est le principe de l'équité qui a permis aux tribunaux de régler les différends en matière de délimitation maritime, la décision la plus récente ayant été rendue en 2021 dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*. Le recours des juridictions internationales à ce principe a permis de combler les lacunes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de régler les différends interétatiques relatifs aux frontières maritimes, ce qui a fait de ce principe la norme fondamentale en matière de délimitation maritime. Quoique les parties à un différend puissent penser, la méthode de délimitation retenue par le juge international est celle que celui-ci considère comme la plus équitable et elle relève de la *res judicata*.

On peut lire ce qui suit dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* : « L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application. ». La jurisprudence de la Cour internationale de Justice a également contribué à clarifier d'autres questions dans le domaine du droit de la mer, comme celles de la nationalité des navires ou de la protection du milieu marin. Par exemple, la nécessité d'un « lien effectif » pour qu'une nationalité puisse être attribuée à un navire au regard de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer découle en grande partie de l'arrêt rendu par la Cour dans l'*Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* en 1955. Dans cette décision, la Cour a déclaré que, lorsqu'un État souhaite exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux, la nationalité devait être la traduction juridique d'un lien factuel, « effectif », entre l'individu et l'État. Si, en pratique, la nécessité d'un « lien effectif » s'agissant de la nationalité des navires n'a pas toujours été largement prise en compte, la nécessité de l'existence d'un « lien substantiel » a été énoncée à l'article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Un troisième exemple est fourni par le principe de la souveraineté de l'État et son corollaire, le principe du consentement de l'État. Bien que le premier de ces principes soit considéré comme un principe général du droit international, c'est également un principe du droit interne, puisque toutes les constitutions du monde le protègent dans ses deux dimensions, nationale et internationale. Ce principe général du droit est donc à la jonction du droit interne et de l'ordre juridique international qui, dans plusieurs domaines du droit international, s'influencent et se tempèrent.

Ces trois exemples montrent qu'il est difficile de concevoir les principes généraux du droit comme cantonnés dans la sphère du droit interne, que ce soit en théorie ou en pratique. Le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'entend pas distinguer deux catégories de principes généraux du droit et la maxime « Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas » est pertinente en l'espèce.

S'agissant du projet de conclusion 10, l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international est bien établie par le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces trois sources sont placées sur un pied d'égalité, bien que dotées chacune de fonctions particulières. Le fait que, dans cet article, les principes généraux du droit soient mentionnés après la coutume internationale et les traités n'implique pas qu'une source du droit international est supérieure ou inférieure aux autres.

En ce qui concerne le projet de conclusion 11, il ne semble pas opportun d'inclure un projet de conclusion sur la possibilité que des principes généraux du droit coexistent avec des règles conventionnelles ou coutumières de contenu analogue. Ce projet de conclusion pourrait être incorporé au projet de conclusion 10.

Pour ce qui est du projet de conclusion 12, l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international soulève la question légitime de savoir si le principe de la *lex specialis* ne serait pas un moyen détourné d'établir une telle hiérarchie, puisqu'il impliquerait qu'un principe général du droit considéré comme *lex specialis* a la primauté sur un traité ou une règle coutumière. On peut se demander dans quelles circonstances précises le principe de la *lex specialis* a vocation à s'appliquer en lieu et place d'une règle conventionnelle ou coutumière. La Commission pourrait peut-être, par prudence, envisager ce principe dans les commentaires du projet de conclusions.

Les projets de conclusions 13 et 14 devraient être réunis puisqu'ils traitent de la même question, à savoir les fonctions des principes généraux du droit. De plus, la distinction entre la fonction essentielle et les fonctions spécifiques ne semble pas opportune, car elle risque de rendre la définition de ces principes beaucoup plus complexe. On voit mal en outre comment des principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et obligations. Il serait utile de donner des précisions sur ce point dans les commentaires. S'agissant de l'alinéa c) du projet de conclusion 14, qui dispose qu'assurer la cohérence du système juridique international est une des fonctions spécifiques des principes généraux du droit, la cohérence du système juridique international va bien au-delà des fonctions des principes généraux du droit. C'est la cohérence entre les sources du droit international et les règles, principes et normes de ce droit qui devraient être assurée, et non la cohérence du système juridique international en tant que tel. M. Cissé recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^{me} Escobar Hernández remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, un document clair et riche d'enseignements dont elle croit comprendre qu'il s'agit de son dernier rapport sur les principes généraux du droit avant que la Commission adopte le projet de conclusions en première lecture.

S'agissant des première et deuxième parties de ce rapport, M^{me} Escobar Hernández sait gré au Rapporteur spécial d'avoir procédé à une analyse plus poussée des questions de la transposition dans le système juridique international, de l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre de ce système et du fondement des règles propres à celui-ci. Elle lui sait gré en particulier d'avoir tenu compte de l'opinion des membres de la Commission et des États pour essayer de répondre à leurs préoccupations. Elle le remercie également de l'ouverture d'esprit dont il a fait preuve lors de l'examen de ces préoccupations au Comité de rédaction, en particulier en ce qui concerne les critères pour la détermination de la seconde catégorie de principes visée dans le projet de conclusion 6.

Il est néanmoins difficile d'apprécier la nouvelle approche suivie par le Rapporteur spécial puisqu'il n'a, ce qui est compréhensible, fait aucune nouvelle proposition pour les projets de conclusions 6 et 7, en dehors d'unifier les critères pour la détermination des principes généraux du droit. M^{me} Escobar Hernández dit que ses vues sur ces questions n'ont pas changé depuis la session précédente, et qu'elle reste en particulier convaincue qu'il existe des principes généraux du droit international formés sur le fondement de règles du droit international, même si ces principes sont peut-être difficiles à identifier et peu nombreux. Sans s'arrêter davantage sur ces questions de fond, elle souscrit à la nouvelle approche adoptée par le Rapporteur spécial s'agissant de simplifier les projets de conclusions 6 et 7. Quoi qu'il en soit, elle réserve sa position jusqu'à ce que ces deux projets de conclusion aient été examinés par le Comité de rédaction.

S'agissant de la troisième partie du rapport, M^{me} Escobar Hernández remercie le Rapporteur spécial d'avoir analysé la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international. Bien qu'il l'ait fait dans le contexte des fonctions des principes généraux du droit, elle préfère quant à elle analyser cette relation séparément, considérant qu'elle mérite un traitement autonome et parce que les deux questions ont été envisagées séparément dans les projets de conclusions 10 à 12 et les projets de conclusions 13 et 14, respectivement.

M^{me} Escobar Hernández indique que bien que la question de la relation entre les règles du système juridique international n'ait pas été envisagée dans les travaux connexes de la Commission, elle n'est pas opposée en principe à ce qu'elle le soit dans le projet de conclusions sur les principes généraux du droit, parce qu'il est essentiel, pour établir

l'autonomie de ces principes, d'analyser leur relation avec les autres règles du droit international, en particulier les règles du droit international général. Il semble toutefois que la question de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international n'ait pas été exhaustivement analysée dans le troisième rapport, puisqu'elle n'y est envisagée qu'en relation avec les traités et la coutume. Si la raison pour laquelle le Rapporteur spécial a adopté cette approche est compréhensible, un tel réductionnisme semble inopportun, d'autant plus que l'identification des principes généraux du droit fondés sur des règles du droit international est étroitement liée au droit des organisations internationales.

De même, il serait peut-être préférable de traiter de la relation entre les principes généraux du droit et les traités et la coutume ailleurs dans les projets de conclusion. La question de la relation entre les règles en vigueur dans l'ordre juridique international se pose toujours après que l'existence d'une règle a été établie et, pour cette raison, elle ne devrait être envisagée qu'une fois que les éléments définissant chaque catégorie de règles, les critères à appliquer pour en établir l'existence et les fonctions de cette catégorie en droit international ont été évalués. Si les projets de conclusion en question sont conservés, et M^{me} Escobar Hernández considère qu'ils doivent l'être, ils pourraient être placés à la fin du texte.

M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle souscrit en grande partie à nombre des observations déjà faites par d'autres membres sur les projets de conclusions 10 à 12 et, comme ces projets de conclusion ont ostensiblement le même objet, elle propose de les réunir en en modifiant le libellé afin qu'ils ne contiennent pas le terme « hiérarchie », qui risque d'être mal interprété. L'expression générale « autres sources du droit international » utilisée dans le projet de conclusion 12 devrait être maintenue pour les raisons qu'elle a déjà exposées.

M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle approuve l'esprit qui a présidé à la rédaction du projet de conclusion 11 mais qu'elle engage le Rapporteur spécial à envisager d'y faire figurer un renvoi plus générique aux règles du droit international avec lesquelles les principes généraux du droit coexistent. En tout état de cause, la question pourra être examinée au Comité de rédaction. Lorsqu'il examinera la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, celui-ci devra tenir compte de la différence entre la définition de la relation entre les règles et celle des critères pour la détermination des principes.

Définir les fonctions des principes généraux du droit international est une condition préalable à l'établissement de la nature de ces règles. M^{me} Escobar Hernández sait gré au Rapporteur spécial de l'analyse intéressante et fouillée de la pratique qui figure dans son rapport. Celui-ci expose clairement la fonction essentielle des principes généraux du droit dans le système juridique international, à savoir combler les lacunes de ce système, qui est la raison d'être de ces principes et concerne le droit tant interne qu'international. Elle souscrit pleinement à l'approche adoptée par le Rapporteur spécial en la matière, qui montre clairement que les principes généraux du droit constituent une méthode nomogénétique permettant de dégager une nouvelle règle juridique à l'issue d'une procédure inductive-déductive spéciale sur la base de l'analyse de règles préexistantes et qui n'opère qu'en l'absence de règles spécifiques qui permettraient de régler le différend. Elle relève avec un intérêt particulier la référence dans le rapport à l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui, et cela est peut-être surprenant, ne s'écarte pas du modèle établi par le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais l'explique dans le contexte d'un système normatif spécifique. Il est évident, à la lecture de cet article 21, que les principes généraux du droit sont considérés comme ayant pour fonction de combler les lacunes du droit. L'indication, à l'alinéa c) de cet article 21, que les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux ne doivent pas être incompatibles avec le Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues, devrait être prise en compte s'agissant de la transposition.

Le but principal de la fonction supplétive des principes généraux du droit est de contribuer au règlement des différends et d'éviter les situations de *non liquet*. M^{me} Escobar Hernández dit que pour cette raison, si elle n'est pas totalement en désaccord avec l'affirmation, figurant au paragraphe 72 du rapport à l'examen, selon laquelle les principes généraux du droit peuvent combler des lacunes dans d'autres matières que la matière contentieuse internationale, elle estime que cette affirmation devrait être modulée par une

référence à l'invocation directe de principes généraux du droit par les États dans leurs relations mutuelles. Si elle n'a aucun doute quant à cette application directe lorsqu'un principe général du droit existe déjà, elle n'est pas sûre que les États puissent être les agents de la procédure nomogénétique aboutissant à la formation d'un principe général du droit ou, à tout le moins, qu'ils puissent l'être sans que d'autres agents interviennent.

En dernier lieu, la fonction supplétive des principes généraux du droit implique nécessairement la création de nouveaux droits et obligations, que les principes concernés soient procéduraux ou substantiels. Les exemples donnés à cet égard par le Rapporteur spécial sont extrêmement intéressants. La création de droits et d'obligations n'est pas, en fait, une fonction propre aux principes généraux du droit ; il s'agit d'une fonction commune à toutes les sources du droit international.

Il en va de même du recours aux principes généraux du droit pour interpréter et compléter d'autres règles du droit international et pour assurer la cohérence du système juridique international. Ces fonctions sont inhérentes à toute règle juridique et relèvent davantage de la question de la relation entre les règles que de celle de l'identification des éléments permettant de définir les étapes de la procédure nomogénétique que constituent les principes généraux du droit.

M^{me} Escobar Hernández dit que pour ces raisons, elle considère que le projet de conclusion 14 devrait être revu et éventuellement incorporé dans le projet de conclusion 13, sans préjudice des références spécifiques à cette question qui pourront figurer dans les commentaires. Quoi qu'il en soit, c'est le Comité de rédaction qui est le mieux placé pour s'en charger.

En conclusion, M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle n'a aucune objection à formuler contre la proposition du Rapporteur spécial concernant la suite des travaux et elle recommande de renvoyer tous les projets de conclusion au Comité de rédaction étant entendu que, comme toujours, celui-ci examinera les textes proposés dans le rapport à la lumière des commentaires et propositions faites en plénière.

M. Zagaynov dit que le Rapporteur spécial a élaboré un troisième rapport intéressant et instructif tenant compte des débats qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission.

Si l'absence de hiérarchie formelle entre les sources du droit international a amené certains membres de la Commission à douter que les principes généraux du droit soient en fait une source du droit international, des arguments en faveur d'une hiérarchie informelle existent dans la doctrine et dans les textes issus des propres travaux de la Commission, notamment le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. La conclusion du Rapporteur spécial, qui figure au paragraphe 41 du rapport à l'examen, selon laquelle la fonction supplétive des principes généraux du droit signifie que « l'on peut faire appel à ces principes en présence de telle question de droit insuffisamment ou non réglée par tel ou tel traité ou par la coutume », semble bien indiquer qu'il existe une hiérarchie informelle. Pour cette raison, même si le projet de conclusion 10 est peut-être satisfaisant du point de vue formel, il donne au lecteur, quant à la place, la fonction et l'importance des principes généraux du droit par rapport aux traités et au droit coutumier, une indication qui n'est peut-être pas totalement exacte. Il est de plus inutile. S'il est néanmoins conservé, peut-être devrait-il mentionner l'absence de hiérarchie formelle et viser le caractère complémentaire et subsidiaire des principes généraux du droit.

S'agissant de la coexistence des principes généraux du droit avec d'autres sources du droit international, le Rapporteur spécial n'est pas fondé à affirmer, comme il le fait au paragraphe 83 de son rapport, que la proposition selon laquelle les principes généraux du droit sont une source transitoire, ou qu'ils cessent d'exister lorsqu'ils se transforment en règles coutumières ou conventionnelles, est inexacte. L'idée que les principes généraux du droit sont transitoires mérite d'être prise en compte, car la doctrine la consacre, notamment en ce qui concerne la formation de règles coutumières sur le fondement de principes généraux du droit. Une règle coutumière peut évoluer et changer au fil des décennies ou même des siècles. En d'autres termes, le principe général de droit originaire peut être différent dans son contenu de la règle du droit international coutumier à laquelle il a donné naissance.

Qu'un principe général du droit puisse être appliqué de façon indépendante est contestable. Par exemple, si l'on considère que le principe du changement fondamental de circonstances est un principe général du droit découlant du droit civil, son contenu devra être déterminé au moyen d'une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux. On peut douter qu'une telle analyse aboutirait au même résultat si son contenu devait être établi à partir des règles existantes du droit international coutumier ou si l'on appliquait les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le droit international a connu une évolution considérable sur cette question et les opinions sur la possibilité d'appliquer ce principe aux traités internationaux ont évolué. Les avantages d'une approche postulant la coexistence d'un principe général du droit et d'une règle du droit coutumier de contenu identique ne sont pas évidents. Or le projet de conclusion 11 prévoit cette possibilité. Affirmer que les principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles conventionnelles et coutumières de contenu identique et analogue tout en affirmant qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les uns et les autres risque d'encourager l'invocation de principes généraux du droit en lieu et place des règles conventionnelles coutumières, ce qui est loin d'être souhaitable. À cet égard, un principe général du droit peut être considéré comme faisant partie du contexte historique, comme une source qui a contribué à la formation d'une règle du droit coutumier. C'est toutefois cette dernière qui établit la portée et le contenu des droits et obligations correspondants des États.

Une interprétation large de la fonction des principes généraux du droit est actuellement infondée. La situation est totalement différente de celle qui existait au début du XX^e siècle, une époque où de nombreuses normes n'avaient pas encore été consacrées dans des règles du droit coutumier et conventionnel. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial a mis l'accent sur la fonction supplétive des principes généraux du droit en droit international dans la prévention des situations de *non liquet* sans attribuer au juge de fonction normative. Toutes les lacunes ne peuvent toutefois être comblées de cette manière. On peut envisager que les principes généraux du droit servent à appliquer et compléter d'autres règles du droit international et également à assurer la cohérence du droit international, mais il convient de noter que, lorsque la Commission a analysé les autres sources du droit, elle n'a pas distingué entre leurs diverses fonctions. Peut-être conviendrait-il de refléter ces considérations dans le commentaire.

En ce qui concerne la transposition dans le système juridique international et la reconnaissance, le Rapporteur spécial a raison de dire que la reconnaissance par les États est la condition essentielle de l'application des principes généraux du droit. Toutefois, selon le Rapporteur spécial, la reconnaissance concerne le fait qu'un principe commun aux divers systèmes juridiques du monde « est susceptible de trouver application au niveau international ». Cette formulation indique que la transposition d'un principe général du droit dans le droit international est possible plutôt qu'établie. Toute règle doit reposer sur la volonté expresse des États ; les études menées par la Commission ont montré que cette condition s'applique sans exception aux sources de droit telles que les traités internationaux ou les règles du droit international coutumier, et il n'y a aucune raison de faire une exception pour les principes généraux du droit. Il serait erroné de n'appliquer le critère de compatibilité, qui vaut pour l'ensemble du droit international, qu'aux principes fondamentaux du droit. Invoquer un principe existant dans les systèmes juridiques nationaux n'a aucun sens si ce principe est incompatible avec les règles du droit international positif, même si ces règles n'énoncent pas de principes fondamentaux.

Les doutes de certains membres quant à l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international demeurent ; il faut espérer que le Comité de rédaction pourra les dissiper.

M. Gómez-Robledo, se référant au projet de conclusion 2, dit que, bien que la formule « communauté des nations dans son ensemble » (« *community of nations as a whole* ») ait été rejetée par le Comité de rédaction, elle rend compte plus fidèlement de deux aspects essentiels des principes généraux du droit, à savoir qu'il s'agit de normes qui sont à la fois nécessaires et universelles. Les termes retenus par la Commission à la session précédente ne traduisent pas ces deux qualités. En fait, il serait préférable de viser la « communauté internationale dans son ensemble » pour désigner les principes généraux du droit reconnus à la fois par les organisations internationales, les États et les nations. La

Commission devrait tenir compte de ce qu'a dit le juge Cançado Trindade, pour qui les principes généraux du droit sont des principes qui « confèrent à l'ordre juridique (interne comme international) sa dimension axiologique inéluctable », dans la mesure où ils consacrent des « valeurs importantes ou fondamentales ». Si les principes généraux du droit ont vocation à s'appliquer de manière générale dans les relations entre sujets de droit international, lesquels ne sont pas uniquement des États, le juge peut invoquer ce que les Communautés européennes, dans une déclaration orale faite devant l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, ont appelé l'« interaction entre le droit international, le droit interne et les impératifs de la raison, du bon sens ou de la morale ». Cette approche permettrait de réduire nombre de dilemmes que le troisième rapport du Rapporteur spécial pose à la Commission.

Comme indiqué au paragraphe 17 de ce rapport, la transposition dans l'ordre juridique international des principes généraux du droit reconnus en droit interne appelle une analyse rigoureuse. Si le processus de reconnaissance ne doit être ni laborieux ni contraignant, il est toutefois essentiel de veiller à ce que les principes généraux du droit soient pertinents dans l'ordre juridique international. Certaines règles, comme l'obligation de diligence, qui ont été consacrées et développées dans diverses branches du droit international comme le droit de l'environnement et les droits de l'homme, ne s'appliquent qu'aux obligations entre États et aux obligations de ceux-ci envers les individus. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial souligne qu'une certaine souplesse est nécessaire s'agissant de déduire un principe général du droit d'une source nationale ou internationale. Les principes généraux du droit expriment l'interaction dynamique entre systèmes nationaux et système international, qui se nourrissent et se renforcent mutuellement. Constituent des critères pour la reconnaissance d'un principe général du droit son effet utile sur le corpus de droit dans lequel il est incorporé, son application à défaut de tout autre principe et la mesure dans laquelle il envisage tous les aspects de la question qu'il vise à réglementer. Les principes généraux du droit peuvent être considérés comme une réserve de règles qui coexistent avec d'autres règles du droit international, qu'elles complètent, ou comme le fondement autonome de droits et obligations.

M. Gómez-Robledo rappelle qu'à la session précédente de la Commission, il a souligné qu'il convenait d'éviter de faire une analogie trop poussée entre les critères pour la détermination de l'existence des règles du droit international coutumier et ceux de la reconnaissance des principes généraux du droit. La démarche proposée par le Rapporteur spécial est la bonne, mais peut-être la Commission devrait-elle envisager d'établir une liste non exhaustive des principes généraux du droit qui sont reconnus par la communauté internationale dans son ensemble, car cela améliorerait la compréhension de cette source du droit international. La solution retenue s'agissant des normes impératives du droit international (*jus cogens*) pourrait aussi l'être en l'espèce et montrerait que les principes généraux du droit découlent du droit interne comme du droit international et continuent de se développer avec ces deux sources.

Le Rapporteur spécial distingue nettement la méthode permettant de déterminer le droit international coutumier de celle permettant d'établir la reconnaissance des principes généraux du droit, tout en évitant les comparaisons risquant d'avoir un effet réducteur sur ces principes. Une règle du droit international coutumier peut toutefois coïncider avec une règle énoncée dans un principe général du droit, même si leur origine et les formes de leur reconnaissance sont différentes, et elles constituent donc des sources du droit international égales et indépendantes.

M. Gómez-Robledo dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'une des fonctions des principes généraux du droit est de fournir un moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles du droit international. Le projet de conclusion 13 consacre cette fonction en ce qu'il indique que la fonction essentielle de ces principes est de suppléer les lacunes éventuelles des traités et du droit international coutumier. Il méconnaît toutefois la fonction subsidiaire que remplissent les principes généraux du droit lorsqu'une règle repose sur un principe de droit qui est son fondement et sa raison d'être, dont la clause de Martens fournit un exemple. Cette dernière a été pour la première fois énoncée dans le préambule de la Convention de La Haye (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 1899) puis, dans une interprétation plus contemporaine, au paragraphe 2 de l'article 1 du Protocole

additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 adopté en 1977. Quelles que soient la situation militaire et les avancées technologiques de l'industrie de l'armement, les combattants ont l'obligation d'agir conformément aux principes de l'humanité et, lorsque ceux-ci ne suffisent pas, aux exigences de la conscience publique. Dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a évoqué les « considérations élémentaires d'humanité ». Même en l'absence de règles spécifiques sur la conduite des hostilités, la clause de Martens fixe les limites de ce qui est autorisé dans un conflit armé.

M. Gómez-Robledo dit qu'il a conscience que pour un anglophone, le mot « *subsidiary* » peut signifier quelque chose de différent de l'idée qu'il vient d'exprimer, peut-être en raison de la formule « *subsidiary means* » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, rendue fidèlement en français par les mots « moyen auxiliaire » et en espagnol par les mots « *medio auxiliar* ». Dans le contexte des principes généraux du droit, le terme « auxiliaire » peut s'entendre comme qualifiant des principes auxquels il faut se référer non tant en ce qu'ils comblent des lacunes mais en ce qu'ils définissent l'objet et le but de la règle et lui donnent son effet utile, et en ce qu'ils « révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble », pour reprendre les termes utilisés par le juge Cançado Trindade dans l'opinion individuelle citée au paragraphe 141 du rapport à l'examen. M. Gómez-Robledo se demande si, en définitive, la fonction consistant à assurer la cohérence du système juridique international n'a pas un effet réducteur. Si l'on considère que son seul effet est d'assurer la cohérence de ce système, l'idée que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et obligations est battue en brèche. En tout état de cause, le projet de conclusion 13 devrait être révisé pour tenir compte de ces considérations.

Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial n'a pas analysé la relation, si relation il y a, entre les principes généraux du droit et les normes du *jus cogens*. M. Gómez-Robledo est convaincu qu'il le fera dans son quatrième rapport. Il recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

Le Président, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit qu'ainsi qu'il l'a déclaré à la soixante-douzième session, il considère que le Rapporteur spécial a adopté une approche inutilement compliquée de la transposition des principes dans le système juridique international. En effet, la question est simple : le principe en question est-il transposable dans le système juridique international ? Il ne s'agit pas seulement d'une question de souplesse ; l'approche adoptée dans le projet de conclusion 6 soulève plusieurs problèmes de fond. Il faut donc se féliciter que le Rapporteur spécial convienne, au paragraphe 12 du rapport à l'examen, que le projet de conclusion 6 peut être simplifié : la Commission pourra assurément en améliorer le libellé.

Le Président dit que comme il l'a également souligné à la session précédente, il croit intuitivement en la notion de principes généraux du droit émanant du système juridique international. Il n'est toutefois pas certain que cette position soit étayée par suffisamment d'éléments. De plus, il est très difficile d'expliquer les différences entre les principes généraux et les règles du droit international coutumier. Une solution pourrait consister à réviser le projet de conclusion 6 afin qu'il ne soit pas prescriptif et n'exclut pas que les principes généraux du droit ne soient pas définitifs et puissent évoluer.

S'agissant des fonctions de principes généraux du droit, le Président dit que la catégorisation de ces fonctions au chapitre III de la troisième partie du rapport le laisse sceptique. Se référant au paragraphe 37, il indique qu'à la différence de certains membres, il comprend la position du Rapporteur spécial car il ne voit aucune contradiction entre la fonction supplétive des principes généraux du droit et l'absence de hiérarchie entre les traités, le droit international coutumier et ces principes. En 2019, le Rapporteur spécial a opéré une distinction entre les principes généraux du droit en tant que source « accessoire » (« *supplementary* ») – alors que c'est l'adjectif « auxiliaire » (« *subsidiary* ») qu'il convenait d'employer – et la question de la hiérarchie des sources, le premier de ces adjectifs renvoyant à la fonction, le second à une priorité et donc à une hiérarchie. Cette position semble toutefois si nuancée qu'elle établit des distinctions là où il n'en existe pas. Il pourrait pour cette raison être préférable, comme l'ont suggéré certains membres, de laisser de côté la question relativement théorique de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources

du droit international et de ne donner qu'une description très générale du rôle que peuvent jouer ces principes par rapport aux autres sources – en d'autres termes, de leur « fonction ».

Le Président dit qu'il partage l'opinion des membres qui pensent qu'il serait préférable de ne pas prétendre à l'exhaustivité ou à l'exclusivité s'agissant de la question des fonctions. L'approche proposée par Sir Michael Wood est à cet égard séduisante. Certes, il appartiendra au Comité de rédaction d'établir le texte, mais toutes les complications découlant des nombreuses questions soulevées par les membres, y compris les difficultés que présente le traitement séparé de la question de la *lex specialis*, peuvent probablement être évitées en définissant les diverses fonctions des principes généraux du droit en termes généraux.

Certains membres ont tiré argument du fait que le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'était pas une liste de sources mais une directive, adressée à la Cour, quant aux sources des règles qu'elle doit appliquer. Comme il est toutefois admis que cet article énumère les sources du droit international, il serait étrange d'affirmer maintenant qu'il en va autrement. Bien entendu, d'autres instruments de *lex specialis* peuvent contenir des listes différentes, mais il n'en demeure pas moins que, d'une manière générale, c'est le paragraphe 1 de l'Article 38 qui énumère les sources du droit international. Il est inconcevable qu'il soit prescrit à la principale juridiction internationale d'appliquer des règles qui ne relèvent pas des sources du droit international ou d'exclure des règles qui en relèvent. En bref, en soulevant ces questions, certains membres ont fait beaucoup de bruit pour rien. Le Rapporteur spécial peut donc être rassuré : il est en terrain sûr. Le Président dit qu'il recommande volontiers le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

Comme le suggère le Rapporteur spécial, la Commission devrait achever ses travaux sur le sujet sur la base du troisième rapport, si possible à sa soixante-quatorzième session, et il faut espérer qu'elle parviendra à adopter rapidement le projet de conclusions en première lecture.

La séance est levée à 12 h 30.