

Provisoire

Réservé aux participants

7 décembre 2019

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante et onzième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3489^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 24 juillet 2019, à 10 heures

Sommaire

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*)

Rapport du Comité de rédaction

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@unog.ch).

GE.19-12453 (F) 061219 071219



* 1 9 1 2 4 5 3 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Šturma
Membres : M. Argüello Gómez
M. Aurescu
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
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. Nolte
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État
(point 6 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/731)

Rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.939)

M. Hmoud (Premier Vice-Président), parlant au nom du Président du Comité de rédaction, appelle l'attention sur le rapport du Comité de rédaction sur le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » (A/CN.4/L.939), qui contient trois projets d'article qui ont été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et présentés à la Commission pour information à ses soixante-neuvième et soixante-dixième sessions. Il appelle en outre l'attention sur les déclarations faites sur le sujet par les présidents du Comité de rédaction lors de ces deux sessions, respectivement.

Le Président invite la Commission à adopter le texte des projets d'article adoptés provisoirement par le Comité de rédaction.

Projet d'article 1

Le projet d'article 1 est adopté.

Projet d'article 2

M. Park propose, s'agissant du texte français, de remplacer le titre du projet d'article 2, « Expressions employées », par un des titres habituellement utilisés par la Commission pour ce type de disposition, par exemple « Termes employés » ou « Définitions ».

Le Président dit que le secrétariat veillera à ce que le titre du projet d'article soit conforme à la pratique de la Commission.

Le projet d'article 2 est adopté sous cette réserve.

Projet d'article 5

Le projet d'article 5 est adopté.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État publié sous la cote A/CN.4/L.939 dans son ensemble, étant entendu que le secrétariat y apportera les modifications requises.

Il en est ainsi décidé.

Le Président dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial établira les commentaires des projets d'article pour inclusion dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante et onzième session.

Principes généraux du droit (point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/732)

M. Tladi, félicitant le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur le sujet « Principes généraux du droit » (A/CN.4/732), dit qu'il souscrit à une bonne partie du contenu de ce rapport. Le premier débat de la Commission sur le sujet offre néanmoins l'occasion non pas tant d'exprimer son ferme accord ou son désaccord que de mettre en lumière les questions auxquelles le Rapporteur spécial et la Commission doivent accorder l'attention voulue au fur et à mesure que les travaux progressent.

La principale conclusion du rapport semble être qu'il existe deux catégories de principes généraux : ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. Au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial relève à juste titre que l'exigence d'une « reconnaissance » sera au cœur des travaux de la Commission sur le sujet. Il importe donc d'établir si le terme « reconnaissance » a la même signification s'agissant de ces deux catégories. M. Tladi dit qu'il prend note de la déclaration du Rapporteur spécial selon laquelle la question de la reconnaissance fera l'objet d'un examen plus approfondi dans les rapports suivants.

Les paragraphes 21 à 23 du rapport indiquent qu'outre les catégories de principes généraux visées dans le rapport, la doctrine en a distingué d'autres. M. Tladi met en garde contre une multiplication des catégories pour des principes qui sont censés être une source unique du droit international. De plus, lorsqu'il a présenté son rapport, le Rapporteur spécial a déclaré que les catégories supplémentaires de principes généraux étaient « vagues » et n'étaient pas suffisamment étayées par la pratique. Quoi qu'il en soit, il importe de déterminer si les principes généraux du droit relevant de ces catégories supplémentaires représentent des sources du droit international différentes ou ne diffèrent que par leur contenu.

S'agissant des fonctions des principes généraux, M. Tladi dit qu'il souhaite soulever plusieurs questions qu'il espère que le Rapporteur spécial examinera dans ces rapports suivants. Premièrement, il n'est pas convaincu que la Commission doive chercher ce que recouvre l'expression « *non liquet* » et s'il existe à ce sujet une prohibition en droit international. Selon lui, la question ne relève pas des travaux sur le sujet.

Deuxièmement, M. Tladi dit que s'il pense comme le Rapporteur spécial que la Commission doit se garder de définir les principes généraux de droit comme une source « auxiliaire » du droit et préférer le terme « accessoire », ça n'est pas uniquement pour éviter la confusion qui pourrait découler de l'emploi du terme « auxiliaire » au paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais aussi parce qu'il existe une différence de fond entre les termes « auxiliaire » et « accessoire ». Le premier est plus apte à décrire des éléments qui ne sont pas en eux-mêmes des règles de droit mais qui facilitent la découverte de ces règles. En revanche, le second dénote des éléments fonctionnant comme une source « additionnelle », ce qui correspond mieux à l'idée avancée dans le rapport selon laquelle les principes généraux servent à combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier. M. Tladi dit qu'il espère que le Rapporteur spécial se penchera de plus près sur ces questions lorsqu'il examinera les fonctions des principes généraux du droit dans ses rapports suivants.

M. Tladi convient que les principes généraux du droit peuvent avoir d'autres fonctions que leur fonction accessoire consistant à « combler les lacunes ». Le rapport indique déjà qu'ils peuvent être un moyen d'interpréter d'autres règles ou d'étayer le raisonnement juridique. Ils peuvent aussi faire office de normes opérant dans les interstices des autres règles du droit international pour en assurer la cohérence et la cohésion. La Commission devra analyser la relation entre ces différentes fonctions, pas nécessairement pour élaborer des projets de conclusion spécifiques, mais pour mieux comprendre la notion de principes généraux du droit.

La Commission devra également déterminer si ces fonctions sont propres aux principes généraux du droit. Après tout, les règles du droit international coutumier et conventionnel peuvent aussi servir à l'interprétation et opérer dans les interstices. Les règles du droit international relevant de la *lex generalis* peuvent avoir une fonction accessoire par rapport à celles de la *lex specialis*. Une question plus générale est de savoir si la fonction des principes généraux du droit est différente de celle des autres règles du droit international. Il est probable qu'il existe un large degré de convergence en ce qui concerne le caractère accessoire des principes généraux du droit. La Commission devra examiner de manière approfondie si, mise à part cette différence fondamentale par rapport aux autres sources du droit, ces principes ont une fonction distincte.

La distinction entre principes généraux du droit et droit international coutumier constituera un aspect extrêmement important des travaux de la Commission sur le sujet. M. Tladi dit qu'il suppose que tous les membres conviennent qu'il existe une nette différence entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier ; cela au moins ressort de la structure du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il est toutefois plus difficile de déterminer la nature précise de cette différence. Elle ne peut résider dans le contenu des règles, puisque toute pratique répandue et générale, quel que soit son contenu, qui est acceptée comme étant le droit constitue une règle du droit international coutumier, dès lors que cette règle n'est pas en conflit avec une norme impérative. La Commission n'a pas défini les règles du droit international coutumier sur la base de leur contenu. La question de la distinction est particulièrement importante s'agissant de la seconde catégorie de principes généraux

identifiée par le Rapporteur spécial, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international.

La réponse la plus évidente est que les exigences sont différentes. Une règle n'est pas considérée comme relevant du droit international coutumier si elle ne reflète pas une pratique générale acceptée comme étant le droit. Une manière de distinguer le droit international coutumier des principes généraux du droit peut donc consister à dire qu'aucune pratique n'est exigée pour qu'un principe général existe. De ce point de vue, c'est sa reconnaissance par les États en tant que principe général qui importerait. Cette approche n'est toutefois pas sans soulever des difficultés. Par exemple, elle pourrait porter à croire que les principes généraux sont simplement des règles du droit international coutumier qui ne sont pas étayées par la pratique. Lors de la première session durant laquelle elle a examiné le sujet « Détermination du droit international coutumier », la Commission a débattu de l'importance de plusieurs décisions judiciaires, notamment l'arrêt rendu en 1986 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, dans laquelle la seule acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) a été invoquée comme établissant le caractère coutumier d'une règle. Pour le meilleur ou pour le pire, la Commission a conclu que les deux éléments étaient requis. Conclure, s'agissant des principes généraux du droit, que la « reconnaissance » suffit, risque de porter à croire que lorsqu'il y a acceptation comme étant le droit sans preuve de l'existence d'une pratique, un principe sera considéré comme un principe général du droit. En d'autres termes, la Commission devrait se demander si la notion de « principes généraux de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice offre une voie plus facile, ou au moins une autre voie, pour l'établissement d'une norme en tant que principe général.

La seconde difficulté que pose la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier sur la base de l'exigence d'une pratique est que, dans de nombreux cas, au moins en ce qui concerne les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux, il n'est pas possible de concevoir l'existence de tels principes dans ces systèmes comme une forme de pratique. Après tout, comme indiqué au paragraphe 167 du rapport à l'examen, la condition de reconnaissance est remplie lorsqu'un principe existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux. Envisagée sous cet angle, la notion de reconnaissance est similaire à celle de pratique telle que celle-ci est définie dans les conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, puisqu'elle renvoie à l'existence du principe en droit interne, entendu comme comprenant la législation, la *common law* au sens anglosaxon du terme et le droit commun au sens du droit civil, la jurisprudence et, pour les systèmes qui la reconnaissent, la coutume traditionnelle. Les principes généraux du droit en tant que source de droit peuvent donc être décrits comme le droit international coutumier moins l'*opinio juris*, ou le droit international coutumier fondé sur la seule pratique. Cette définition est manifestement différente de celle que la Commission a adoptée dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier. La relation entre le droit international coutumier et les principes généraux dépend du sens que l'on attribue au terme « reconnaissance ». Il faut espérer que la question sera examinée de manière approfondie dans les rapports suivants du Rapporteur spécial.

M. Tladi dit qu'il souscrit dans l'ensemble à l'opinion du Rapporteur spécial concernant la notion de « nations civilisées » et qu'il n'appuie pas l'emploi de cette expression. Le débat sur ce point est toutefois largement dépassé, car dans le monde moderne aucun publiciste raisonnable n'exclue l'Afrique, l'Asie ou l'Amérique latine de la communauté des « nations ». L'accent qui continue d'être mis sur l'Europe occidentale et les États-Unis d'Amérique aux fins du droit international coutumier est plus la conséquence malheureuse du fait que davantage d'éléments émanant de ces systèmes juridiques sont disponibles et accessibles que d'une croyance doctrinale dans la supériorité de ces systèmes. Les questions importantes à cet égard concernent les notions de « grands systèmes juridiques » et de « nations ».

Plus précisément, on peut se demander si l'expression « grands systèmes juridiques », employée plusieurs fois dans le rapport, ne serait pas la nouvelle version de

l'expression « nations civilisées ». Désigne-t-elle les systèmes juridiques des « pays importants », ou simplement des traditions ou des familles juridiques ? Si, comme il est probable, elle vise des traditions juridiques, existe-t-il des États dont les systèmes juridiques ne relèvent pas des grandes traditions juridiques et, dans l'affirmative, faut-il tenir compte de ces systèmes ?

Une question encore plus pertinente est celle de savoir pourquoi le Rapporteur spécial a choisi le terme « nations » et non le terme « États » ; ces termes ne sont pas synonymes. Lorsque les auteurs du Statut de la Cour internationale de Justice ont voulu viser les États, ils ont utilisé le mot « États » ; tel est le cas même au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, dont l'alinéa *a*) vise les règles conventionnelles reconnues par « les États en litige ». Il ne suffit pas d'indiquer que le terme « nations » a le même sens que le terme « États ». Il faut se demander si l'emploi du terme « nations » revêt une quelconque importance. Renvoie-t-il, comme le porte à croire l'opinion individuelle du Vice-Président de la Cour internationale de Justice, M. Weeramantry, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, à la représentation au sein de la Cour des grandes formes de civilisation et à la nécessité pour la Cour d'éviter d'être « monoculturelle » ? Oblige-t-il donc à rechercher les principes généraux du droit non seulement dans les systèmes juridiques occidentaux mais également dans les systèmes traditionnels susceptibles d'être en vigueur au sein des États ? Ces questions ne sont pas sans lien avec celle, déjà évoquée, de la distinction entre droit international coutumier et principes généraux de droit. Cette distinction peut être interprétée comme découlant essentiellement du fait que les principes généraux, à la différence du droit international coutumier, ne sont pas étroitement liés aux États. Il faut espérer que le Rapporteur spécial tiendra compte de ces considérations dans ses rapports suivants.

M. Tladi dit que s'il sait gré au Rapporteur spécial d'avoir retracé dans son rapport l'évolution historique des principes généraux du droit et du paragraphe 1 *c*) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il regrette qu'il n'ait pas analysé le lien entre les principes généraux de droit et le *jus commune* européen ayant résulté de la réception du droit romain dans les droits locaux. Le *jus commune*, y compris les droits locaux dans lesquels le droit romain a été reçu, a été en vigueur dans toute l'Europe parce que, comme l'a fait observer Helmut Coing, il était considéré comme dicté par la raison. M. Tladi souligne que lui-même a écrit, en 2006, que les principes généraux du droit avaient leurs racines dans le *jus gentium* élaboré en droit romain pour compléter le *jus civile*. L'ancien droit romain (*jus civile*), qui ne s'appliquait qu'aux citoyens romains, était strict et inflexible, et le *jus gentium*, plus souple et progressiste, a fini par lui succéder. Cela ne signifie pas que les principes généraux du droit sont les principes du *jus commune* européen ; pour M. Tladi, une telle affirmation serait anachronique et contraire à sa conviction selon laquelle la Commission doit rechercher les principes généraux du droit dans les cultures de groupes autres que les États. Ces précédents historiques peuvent toutefois être utiles pour clarifier le sens de l'expression « principes généraux du droit ».

S'agissant des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, le projet de conclusion 1, tel qu'actuellement libellé, ne définit pas clairement la portée du sujet. Le Comité de rédaction devrait peut-être le remanier pour préciser que le projet de conclusions concerne l'identification des principes généraux du droit et la définition de leurs fonctions.

M. Tladi dit qu'il espère que le Comité de rédaction n'adoptera pas les projets de conclusions 2 et 3 à la session en cours, non parce qu'ils soulèvent des problèmes de fond, mais parce qu'il serait préférable que la Commission s'entende d'abord sur une définition des principes généraux du droit de laquelle elle puisse déduire les caractéristiques de ces principes. Il propose que le Comité de rédaction demeure saisi des projets de conclusion jusqu'à l'adoption de l'ensemble du texte ; que cela soit possible ou non, il espère que dans son rapport suivant, le Rapporteur spécial proposera une définition sur laquelle fonder les projets de conclusions 2 et 3.

M. Tladi dit qu'il relève que le mot « États » est employé dans le projet de conclusion 2, une modification terminologique qui le met mal à l'aise. Pour les raisons qu'il a déjà exposées, il souhaiterait que le Rapporteur spécial explique pourquoi il est passé du mot « nations » au mot « États » ; il craint en particulier que ce changement ne limite l'inclusivité qu'implique la notion de « nations ».

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

M. Murase félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les principes généraux du droit, un sujet intéressant mais difficile du fait que le contenu et le statut de ces principes n'ont pas été clairement définis.

Le projet de conclusion 1 vise les principes généraux du droit « comme source du droit international » mais le rapport ne donne malheureusement aucune explication quant aux sources du droit. En fait, le terme « sources du droit » est polysémique : il peut désigner des sources formelles, des sources matérielles, des sources judiciaires, des sources historiques ou des sources doctrinales. Si, dans le projet de conclusion 1, il signifie « source formelle », les principes généraux du droit doivent être entendus comme constitués par le droit international conventionnel et coutumier. Cette interprétation va toutefois à l'encontre du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, puisque les alinéas a) et b) de ce paragraphe visent déjà les conventions et le droit international coutumier ; en application de la règle de l'« efficacité » de l'interprétation, le contenu de l'alinéa c) ne saurait être interprété comme reprenant celui des alinéas qui précèdent. Ainsi, l'hypothèse du Rapporteur spécial, énoncée au paragraphe 156 de son rapport, selon laquelle le terme « droit », dans l'expression « principes généraux de droit », renvoie au droit international, n'est pas soutenable. Dire que les principes généraux de droit sont une source du droit international contredit également le projet de conclusion 3 a), aux termes duquel ces principes « découl[ent] des systèmes juridiques nationaux ». Tenter de distinguer ces principes généraux du droit international coutumier, comme M. Tladi vient de le faire, est voué à l'échec.

À la différence des sources formelles, qui ont un caractère statique, les sources matérielles renvoient au processus dynamique d'élaboration du droit. Ainsi, si le terme « source » est utilisé au sens de « source matérielle », le projet de conclusion 1 peut être interprété comme signifiant que les principes généraux du droit sont un moyen de créer le droit international. Le Rapporteur spécial évoque la fonction des principes généraux du droit consistant à combler les lacunes, laquelle est précisément un attribut des sources matérielles du droit. Ces sources doivent être étudiées sous l'angle de la sociologie du droit, qui traite des forces extrajuridiques qui créent le droit international.

Si le terme « source » signifie « source judiciaire », il renvoie au droit applicable dans une instance judiciaire donnée. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énumère les types de droit applicable dans les instances devant la Cour. Comme chaque juridiction a ses propres sources judiciaires ou son propre droit applicable, il est manifestement vain de tenter de définir les sources judiciaires généralement applicables.

Rappelant que, lorsque le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a examiné le titre du sujet, Sir Michael Wood a proposé le titre « Les principes généraux du droit comme source du droit international », M. Murase dit que pour les raisons qu'il vient d'exposer, il réitère les réserves qu'il avait exprimées à cette occasion. Le Groupe de travail a décidé de ne pas ajouter les mots « comme source du droit international » au titre, et lui-même propose de supprimer ces mots dans le projet de conclusion 1.

Le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 15 de son rapport, que le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet doit être le paragraphe 1 c) de l'article 38, mais la question de savoir si le sujet ne concerne que les « principes généraux de droit » au sens de cette disposition ou s'il concerne également les principes généraux du droit dans un sens plus large est laissée sans réponse. Notant que le Rapporteur spécial relève la similarité du paragraphe 1 b) de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et d'autres dispositions conventionnelles qui ne figurent même pas dans le statut de juridictions, M. Murase dit qu'il serait souhaitable de limiter la portée du sujet à l'examen au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et aux dispositions similaires du statut d'autres juridictions internationales. Les juridictions compétentes jouent un rôle essentiel dans l'élévation des principes de droit interne au rang de principes généraux du droit ; il est donc important que les travaux de la Commission demeurent dans le domaine de compétence de ces organes de règlement des différends.

Évoquant le paragraphe 25 du rapport à l'examen, M. Murase dit qu'éviter le *non liquet* est une fonction largement admise des principes généraux du droit, alors que combler les lacunes du droit international conventionnel ou coutumier semble être une fonction plus active que celle ne consistant qu'à éviter le *non liquet*. Des exemples précis devraient être donnés pour montrer comment les principes généraux du droit peuvent combler des lacunes.

M. Murase propose en conséquence de libeller le projet de conclusion 1 comme suit : « Le présent projet de conclusions concerne les principes généraux de droit appliqués par les juridictions internationales compétentes ».

S'agissant du projet de conclusion 2 et de la question de savoir ce qu'il faut entendre par « un principe général de droit », on peut lire au paragraphe 153 du rapport que l'expression désigne des normes qui ont un caractère général et fondamental mais le paragraphe 154 indique que certains principes généraux peuvent ne pas avoir un tel caractère. M. Murase dit qu'il convient que les principes généraux du droit diffèrent du droit international coutumier de par leur caractère général et du *jus cogens* de par leur caractère fondamental.

Les principes généraux du droit peuvent être spécifiques dans leur application, comme l'atteste la pratique des juridictions. Par exemple, dans les instances concernant la nationalisation de biens étrangers introduites dans les années 1950 et 1960, les juridictions ont appliqué des principes généraux du droit relatifs au droit de propriété privée et à l'enrichissement injustifié. Lorsque le droit de propriété privée était une institution commune aux deux parties, comme dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* dont a connu la Cour internationale de Justice, son application en tant que principe général n'a posé aucun problème. À l'époque, le droit de propriété privée n'était pas reconnu dans les pays socialistes, et constituait donc une règle non pas générale mais particulière, qui a néanmoins été admise en tant que règle « commune » aux parties en litige.

S'agissant du terme « généralement reconnu », les juridictions doivent jouer un rôle actif dans la reconnaissance ou l'identification des principes généraux du droit, en particulier parce que ceux-ci peuvent les aider à éviter le *non liquet*. Le Rapporteur spécial note à juste titre que les principes généraux du droit sont apparus par le biais d'une « transposition », opérée par les juridictions, du droit interne dans le droit international. On voit donc mal comment cette transposition pourrait s'effectuer dans le cas des principes généraux du droit autres que ceux reconnus par les juridictions compétentes, si la portée du sujet était élargie à ceux-ci.

M. Murase dit qu'il est favorable à l'introduction d'une référence aux « nations civilisées » dans le projet de conclusion 2. Au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, ce terme ne visait que les États qui avaient adopté un type particulier de civilisation eurocentrique, mais il a depuis lors été interprété comme désignant de nombreux types de civilisation. Feu le professeur Yasuaki Onuma a défendu la notion de droit « transcivilisationnel » ou « multicivilisationnel ». L'idée d'une approche multicivilisationnelle pourrait peut-être être reflétée dans le projet de conclusion, qui se lirait alors comme suit : « Un principe général du droit doit être reconnu par les États comme étant reflété par la pluralité des nations civilisées de la communauté internationale et appliqué comme tel par les juridictions internationales . ».

Passant au projet de conclusion 3, M. Murase dit que les principes généraux de droit ne peuvent en aucune manière être considérés comme faisant partie du droit international, puisqu'ils sont visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et que les alinéas a) et b) du même paragraphe visent déjà le droit international, constitué par les conventions et le droit international coutumier. Les principes généraux de droit sont donc seulement des principes « découlant des systèmes juridiques nationaux ». Les principes « formés dans le cadre du système juridique international » sont des normes juridiques soit conventionnelles soit coutumières, mais ne sont pas des principes généraux de droit.

Peut-être faut-il clarifier quelles branches du droit interne peuvent donner naissance à des principes généraux du droit et décider si ces principes peuvent découler des seuls droit privé et droit procédural ou également du droit public et du droit pénal, ou de l'ensemble du

droit interne. M. Murase dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la question devra être examinée de manière plus approfondie au fur et à mesure que les travaux sur le sujet progresseront, en tenant compte de la pratique des États et de la jurisprudence internationale.

Il ne serait donc pas logique d'indiquer que les principes généraux du droit peuvent émaner du droit international. L'alinéa b) du projet de conclusion 3 devrait être supprimé, ce projet de conclusion se lisant alors comme suit : « Les principes généraux du droit sont les principes découlant des systèmes juridiques nationaux ».

S'agissant du texte final qui sera issu des travaux de la Commission sur le sujet, M. Murase dit qu'il ne devrait pas s'agir d'un « projet de conclusions » ; il est en effet profondément préoccupé par la prolifération des conclusions émanant des travaux de la Commission. Le terme « conclusions » ne peut désigner qu'un texte sur lequel un groupe d'étude s'est mis d'accord en interne et qui n'a aucune connotation normative pour le monde extérieur. Le terme le plus adapté serait « projet de directives », voire « projet d'articles » ; la Commission ne doit pas oublier qu'aux termes de l'article 20 de son statut, elle est censée établir des articles.

M. Murase dit qu'il appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Valencia-Ospina dit que le premier rapport du Rapporteur spécial offre une base solide pour un examen productif du sujet. Il souscrit d'une manière générale à l'approche méthodologique du Rapporteur spécial et aux projets de conclusion qu'il propose. Il se félicite que le rapport résume les travaux antérieurs de la Commission sur les sources du droit international, établisse la terminologie qui convient et propose un plan de travail réaliste. L'examen de la pratique des États avant et après l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale est louable.

Le rapport est axé sur l'exigence de la reconnaissance et les catégories de principes généraux du droit. Le projet de conclusion 3 porte à croire que le principal critère, voire le seul critère, permettant de différencier ces principes est leur origine ; en d'autres termes, le point de savoir s'ils découlent des systèmes juridiques nationaux ou sont formés dans le cadre du système juridique international. M. Valencia-Ospina relève toutefois l'absence de toute mention de ce qu'il considère comme le critère le plus important s'agissant de classer les principes généraux du droit en deux catégories, à savoir leur caractère procédural ou substantiel. Ces deux catégories semblent avoir été absorbées dans celles définies en fonction de l'origine. La distinction entre principes procéduraux et principes de fond a été relevée par le juge Cançado Trindade dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, qui indique que, « [c]ontrairement aux principes généraux de droit traditionnels (existant *in foro domestico*), qui revêtent un caractère assez procédural, les principes généraux du droit international – tels que ceux proclamés dans la Déclaration de 1970 [relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies] – portent sur le fond ».

M. Valencia-Ospina dit que sa propre position est différente, car des principes généraux procéduraux peuvent être formés au sein du système juridique international et que des principes généraux de fond peuvent découler des systèmes juridiques nationaux. Ces deux catégories de principes peuvent être des sources de droit au regard de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le projet de conclusion 3 devrait donc refléter également la distinction entre ces deux catégories, et la Commission expliquer les différences importantes existant entre elles.

La Cour internationale de Justice a expliqué la différence majeure existant entre les règles procédurales et les règles de fond du droit international public dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. La dichotomie entre principes généraux procéduraux et principes généraux de fond a été un thème récurrent depuis les débats initiaux concernant le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, lors desquels Lord Phillimore, le membre du Royaume-Uni du Comité consultatif de juristes, a distingué certains principes procéduraux du principe de la

bonne foi (en tant que principe de fond). De même, Bin Cheng a opéré une distinction entre certains principes propres aux procédures judiciaires et les principes ayant un caractère de fond, comme la bonne foi, la conservation de soi-même et la responsabilité internationale. Bien que dans certains cas cette distinction puisse être tenue, comme dans le cas du principe du consentement à la compétence, qui a un caractère à la fois procédural et substantiel, la Commission devrait en tenir compte dans la suite de ses travaux.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale que les principes généraux du droit ont joué un rôle considérable dans les procédures des juridictions internationales, en particulier au début. Par exemple, pour déterminer l'admissibilité d'un argument avancé par la Pologne dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour s'est référée non seulement à son Statut et son Règlement, mais également aux principes généraux du droit. Depuis lors, une longue tradition s'est fait jour consistant pour les juridictions à invoquer ces principes, et en tout premier lieu le principe de la compétence, pour clarifier les règles procédurales applicables dans leur pratique judiciaire. Ces principes procéduraux se sont révélés indispensables au fonctionnement efficace des mécanismes judiciaires de règlement des différends internationaux. Par exemple, dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, le juge Weeramantry a évoqué « les principes universellement admis et bien établis concernant la nature de la procédure judiciaire ». En diverses occasions, la Cour internationale de Justice a évoqué des principes généraux, élémentaires ou universels du droit procédural. Par exemple, dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a déclaré que « les questions d'immunité sont des questions préliminaires qui doivent être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*. C'est là un principe de droit procédural généralement reconnu, que la Malaisie était tenue de respecter ».

Le Rapporteur spécial donne d'autres exemples précis de tels principes aux paragraphes 64, 134 et 135 de son rapport, à savoir les principes du lien entre demande reconventionnelle et demande principale, la division des frais et dépens, le prononcé public des décisions judiciaires, l'égalité des armes entre les parties, le principe *iura novit curia*, l'estoppel et la charge de la preuve, entre autres. De plus, M. Rajput a proposé l'inscription au programme de travail à long terme de la Commission du sujet « L'administration de la preuve devant les juridictions internationales », et ça n'est pas sans raison que le plan d'étude pour ce sujet s'articule autour de la maxime latine *idem est non probari et non esse*.

Bien que nombre de ces principes découlent de divers systèmes juridiques nationaux (par exemple le principe de l'autorité de la chose jugée – *res judicata*), d'autres sont inhérents à l'ordre juridique international (par exemple le principe du consentement à la compétence). Ce qui distingue ces deux types de principes n'est pas leur origine, mais le point de savoir si leur objectif est d'aider les juridictions internationales à déterminer les règles procédurales et règles de preuve devant être appliquées dans telle ou telle affaire ou à statuer sur le fond de l'affaire. Selon Kolb, Quintana et Strong, il serait plus exact de considérer cette catégorie de principes généraux du droit comme des principes généraux du droit procédural. Kotuby et Sobota se sont employés à actualiser les travaux de Bin Cheng en mettant en lumière les principes contemporains du droit procédural applicable aux différends internationaux et transnationaux. Après avoir examiné la pratique et la procédure de la Cour internationale de Justice, Quintana a dressé une liste des principes généraux du droit procédural, qui comprend l'égalité des parties, la bonne administration de la justice, le principe *non ultra petita*, l'interdiction de l'abus de procédure, le principe *eius est interpretare legem cuius condere, nemo commodum capere potest de injuria sua propria* et la liberté d'appréciation des éléments de preuve par le juge. Kotuby et Sobota ajoutent, en tant que principes du droit international procédural, l'indépendance et l'impartialité des juges, l'égalité procédurale des parties, le droit d'être entendu et la condamnation de la fraude et de la corruption.

Ces exemples, qui ne doivent être considérés que comme illustratifs, sont principalement tirés de la pratique et de la procédure de la Cour internationale de Justice. Nonobstant certaines similarités dues au caractère général de la fonction judiciaire, ces

principes peuvent être différents des principes procéduraux régissant divers sous-régimes du droit international public, comme le droit pénal international, le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et celui des cours régionales des droits de l'homme, étant donné en particulier la différence de nature existant dans les procédures propres à chaque système.

Le rapport donne également des exemples de principes généraux du droit de caractère substantiel. Ils sont tirés de la pratique des États et des juridictions internationales et comprennent l'interdiction de l'enrichissement injustifié, le traitement juste et équitable, la bonne foi dans l'exécution de l'obligation de négocier, le principe de *l'uti possidetis*, le bénéfice de la loi pénale la plus douce, la protection des anticipations légitimes, le principe *ex injuria jus non oritur*, le principe « pollueur-payeur », le principe *aut dedere aut judicare*, certains principes relatifs à la responsabilité de l'État, le principe de précaution en droit de l'environnement, la *lex specialis* et la nullité des traités dont l'objet est illicite. Là encore, cette liste n'a qu'un caractère illustratif, mais elle démontre la différence importante entre les deux catégories de principes. Les principes entrant dans la seconde catégorie ne sont pas intrinsèquement liés à la fonction judiciaire mais peuvent servir de moyen complémentaire d'interprétation et de guide pour le développement du droit international. Ils sont donc étroitement liés aux autres sources du droit international public visées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

En conclusion, M. Valencia-Ospina dit qu'il serait judicieux que la Cour opère une distinction non seulement entre les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques internes et ceux formés dans le cadre du système juridique international, mais également entre principes de caractère procédural et principes de fond. Le programme de travail futur devrait être axé sur le caractère particulier des principes généraux du droit de caractère procédural, notamment sur les similarités et les différences que présentent les principes procéduraux appliqués dans les divers sous-régimes judiciaires du droit international public.

M. Valencia-Ospina dit qu'il approuve le renvoi des trois projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Hmoud dit que le Rapporteur spécial doit être félicité d'avoir présenté à la Commission un rapport riche en informations sur la jurisprudence et la pratique des États concernant les principes généraux du droit et sur les concepts qui sous-tendent le développement des sources du droit international. L'examen dans le rapport des travaux préparatoires du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale éclaire le contexte dans lequel ces principes ont par la suite été interprétés et appliqués. Pour dissiper les malentendus et éliminer les incohérences dans l'application des principes généraux du droit en tant que source du droit international, la Commission doit définir et clarifier la nature, le contenu et les fonctions de ces principes, ainsi que leur relation avec les autres sources du droit international. Il lui faudra pour cela aboutir à des conclusions conciliant les diverses positions adoptées dans la pratique et la jurisprudence, ce qui n'est pas simple. Ces conclusions ne doivent pas être en conflit avec la jurisprudence mais doivent rectifier certaines erreurs au sujet des principes généraux du droit. Les termes disparates employés pour désigner ces principes révèlent l'existence non seulement de divergences dans la définition du concept, mais également d'interprétations différentes des fonctions et du contenu de ces principes ainsi que de leur rôle en tant que source d'obligations en droit international. Certaines juridictions, lorsqu'elles invoquent des principes généraux du droit international, soit n'en indiquent pas l'origine, soit visent en réalité des règles du droit international coutumier.

M. Hmoud dit qu'il est donc d'accord avec M. Murase pour estimer qu'il importe de définir clairement le sujet et de décider si les travaux doivent ou non demeurer dans les limites du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Si la Commission déclare que la portée du sujet des principes généraux du droit en tant que source du droit international est « fondée » sur cet article, il lui faudra déterminer sur quelles autres sources du droit un élargissement des travaux pourrait reposer. Pour cette raison, la Commission devrait préciser que la portée des travaux sur le sujet est circonscrite par le paragraphe 1 c) de l'article 38, le projet de conclusion 1 se lisant alors comme suit :

« Le présent projet de conclusions concerne les principes généraux de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice ». Il importe de fixer cette limite pour éviter d'empiéter sur d'autres sources du droit international ou de risquer de créer de nouvelles sources de droit.

Certes, les divers aspects du sujet, notamment la nature, la portée, les éléments et les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources du droit devront être étudiés de manière approfondie avant de pouvoir tirer les conclusions qui s'imposent. Il faudra répondre à plusieurs questions concernant l'exigence de la reconnaissance, par exemple celle du sens de ce terme et celle de savoir qui a le pouvoir d'accorder cette reconnaissance. Une autre question est celle de savoir si les principes généraux du droit sont des « moyens de combler les lacunes » et quelles sont les implications de cette formule. La relation des principes généraux du droit avec le droit international coutumier et avec les sources de droit visées au paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut devront être clarifiés, et il conviendra de rechercher s'il existe des principes généraux de droit de caractère régional ou bilatéral. Au lieu de commencer par avancer des propositions et des thèses pour présenter ensuite, dans ses rapports suivants, des arguments et des preuves pour les étayer, la Commission devrait d'abord procéder à une analyse approfondie de la jurisprudence, de la pratique et de la doctrine. M. Hmoud dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que c'est bien en un projet de conclusions que doit consister le texte issu des travaux. Celui-ci doit essentiellement présenter une évaluation des principes généraux du droit en tant que source du droit international positif et non proposer des règles normatives visant à régir la conduite des sujets de droit international.

La deuxième partie du rapport contient un grand nombre de citations et de renvois à des travaux antérieurs de la Commission qui, bien qu'ils mettent au jour les divers éléments qui sous-tendent les principes généraux du droit, soulèvent également un certain nombre de questions. Cela est compréhensible, puisque la Commission n'a pas eu l'occasion de se prononcer elle-même sur la nature, les éléments et les fonctions des principes généraux du droit, si ce n'est dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ». On ne sait pas très bien, par exemple, si les principes envisagés dans le cadre du sujet « Formulation des principes de Nuremberg » sont des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ou une source de droit différente. Le rapport vise entre autres les principes « reconnus par les nations civilisées », les « principes de droit interne » et les « principes du droit international ». Dans les commentaires de ses projets d'article sur le plateau continental et des sujets connexes, la Commission vise simplement les « principes généraux du droit ». Dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Procédure arbitrale », la Commission semble avoir conclu que les principes généraux du droit n'étaient pas un droit prétorien, étaient ceux reconnus par les « nations civilisées » et étaient applicables en l'absence d'accord entre les parties, ce qui semble indiquer l'existence d'une hiérarchie. Toutefois, dans le cadre de ses travaux sur le projet de statut d'une cour criminelle internationale et le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a envisagé la possibilité que les principes généraux du droit puissent non seulement découler des systèmes juridiques nationaux mais également être formés dans le cadre du système juridique international. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », la Commission a souligné le rôle des principes généraux du droit en tant que source du droit et dans l'interprétation des traités. Le Président du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international, Martti Koskenniemi, a fait valoir à l'époque que les principes généraux de droit ne relevaient pas du paragraphe 1 c) de l'article 38. Selon les conclusions du Groupe d'étude, les principes généraux ont pour rôle de « combler les lacunes », mais les principales sources du droit international, y compris les principes généraux, ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques. La note de bas de page 89 du rapport du Rapporteur spécial renvoie au paragraphe 85 du rapport du Groupe d'étude, qui indique que « [n]importe quel tribunal ou juriste qui s'efforce de régler un problème normatif se tournera d'abord vers les traités, puis vers la coutume et ensuite vers les principes généraux de droit ». Au fil des ans, la Commission a également donné des

exemples de principes généraux qui peuvent être utiles pour identifier les éléments, les catégories et les fonctions de ces principes.

Le Rapporteur spécial présente une excellente analyse du développement des principes généraux du droit au fil du temps, allant de la pratique antérieure à l'adoption des statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice aux travaux préparatoires des articles pertinents des deux statuts et à la pratique et la jurisprudence postérieures à l'adoption de ceux-ci. La pratique antérieure à l'adoption des statuts montre que les organes judiciaires ont invoqué les principes de l'équité et de la justice, mais également que les principes généraux du droit ont pour l'essentiel leur origine dans les systèmes juridiques nationaux et le droit romain, et n'ont été appliqués que dans les domaines qui n'étaient pas régis par d'autres sources de droit. Les travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'article 38 et du paragraphe 1 c) de l'article 38 des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, respectivement, doivent être envisagés dans leur contexte historique, celui d'une époque où les règles du droit international positif n'étaient pas encore très développées ou codifiées. Dans de nombreux domaines, des questions essentielles n'étaient pas réglementées par le droit international, et l'objectif était d'éviter le *non liquet*. C'est pourquoi l'accent était mis sur les principes de l'équité et de la justice en tant que principes généraux du droit, mais également sur la nécessité d'empêcher les juridictions de se comporter comme des législateurs du droit international. S'il existe des preuves concluantes que le paragraphe 1 c) de l'article 38 vise les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, les éléments autres que ceux tirés de la doctrine attestant que les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international relèvent de cette disposition sont équivoques. De plus, la décision des rédacteurs de l'article 38 de ne pas retenir la proposition de mentionner l'ordre des sources dans le chapeau de cet article ne signifie pas que les principes généraux de droit jouissent de la même autorité que le droit international positif. Si une règle du droit international coutumier et un principe général de droit coexistent, tous deux sont applicables, mais s'il y a conflit, on voit mal comment le principe général prévaudrait, à moins qu'il ne soit devenu une règle du *jus cogens*, auquel cas il sera supérieur à toute autre règle du droit international. Rien n'atteste toutefois qu'un principe général de droit ordinaire ne serait pas supplanté par une règle conventionnelle ou coutumière avec laquelle il est en conflit.

La pratique des États et la jurisprudence internationale montrent que les principes généraux du droit jouent un rôle plus important dans certains domaines spécialisés du droit international comme le droit pénal international, le droit des investissements et le règlement des différends. De plus, si les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux constituent une catégorie reconnue, ceux découlant du système juridique international ne jouissent pas de la même reconnaissance. On pourrait arguer que des principes généraux de droit existent en droit pénal international, mais que tel n'est pas le cas dans d'autres domaines. Même dans celui du droit pénal international, les débats qui ont eu lieu sur certaines questions, en particulier l'interprétation du paragraphe 1 b) et c) de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, montrent que certains principes généraux ne relèvent peut-être pas du paragraphe 1 c) de l'article 38. De fait, on pourrait faire valoir que ces principes sont en eux-mêmes des règles du droit international coutumier.

La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice contient peu de références aux principes généraux du droit, comme indiqué aux paragraphes 129 et 130 du rapport à l'examen. En particulier, la Cour internationale de Justice a par le passé refusé d'examiner des arguments fondés sur des principes généraux du droit lorsque des règles du droit international conventionnel ou coutumier lui permettaient de régler le litige. Cela devrait fournir des indications quant aux fonctions et à la nature des principes généraux du droit et à leur relation avec les autres sources.

Le Rapporteur spécial cite plusieurs exemples de principes généraux du droit reconnus par les juridictions internationales. Bien que le contenu des principes eux-mêmes ne relève pas du sujet, il serait raisonnable que dans ses rapports suivants le Rapporteur spécial analyse ce contenu tel qu'interprété par les juridictions. L'estoppel, par exemple, est

un principe juridique national établi. Cela justifie-t-il de le transposer en un principe général de droit ? Lorsque des juridictions l'appliquent, le considèrent-elles comme relevant du paragraphe 1 c) de l'article 38 ou autrement ?

Le rapport donne peu d'exemples de principes généraux de droit bilatéraux ou régionaux. M. Hmoud se demande donc s'il est justifié de consacrer de tels concepts dans le cadre du sujet. Les « principes généraux de droit régionaux » peuvent reposer sur la structure constitutionnelle et juridique particulière d'une organisation régionale donnée, et ils ne permettent peut-être pas de tirer des conclusions claires susceptibles d'aboutir à des règles générales sur le sujet.

M. Hmoud dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que les trois éléments visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 doivent être analysés séparément, bien que les relations qu'ils entretiennent puissent éclairer le contenu de chacun d'eux. Par exemple, une analyse de l'expression « nations civilisées » contribuerait à clarifier le sens du terme « reconnus » et vice et versa, et les deux termes peuvent donner des indications quant aux catégories de principes généraux de droit relevant de cet article.

Les liens étroits existant entre les lois nationales, en particulier les codes civils, et le concept de principes généraux du droit sont évidents. Ces liens sont attestés dans le rapport par des exemples de lois nationales de pays appartenant aux diverses régions et traditions juridiques du monde. Le Code civil de Jordanie, comme celui d'autres États arabes, est fondé sur le droit civil, mais également sur le Code civil ottoman de 1876. L'article 2 du Code civil jordanien, dont le libellé est similaire à celui de la disposition correspondante du Code civil égyptien citée dans la note de bas de page 266 du rapport, dispose que le texte de la loi doit être appliqué et qu'en l'absence de texte, le juge applique le droit islamique, puis la coutume, puis les principes de la justice. Il est intéressant de noter que cet article dispose également que la jurisprudence joue un rôle directeur dès lors qu'elle n'est pas en conflit avec les sources de droit susmentionnées ou leur hiérarchie. Ainsi, le Code place les principes de la justice à la quatrième place de la hiérarchie, et autorise les tribunaux à interpréter la loi mais non à légiférer. D'autres systèmes juridiques mentionnés dans le rapport visent le droit naturel, les principes généraux du système juridique de l'État ou les principes de l'équité et de la justice comme sources du droit à appliquer en l'absence de dispositions législatives. En dépit de la diversité des sources nationales et des différences structurelles existant entre elles et le paragraphe 1 c) de l'article 38, leur raison d'être est similaire et peut donner des indications quant aux origines et à la nature de cet article.

M. Hmoud dit qu'il souscrit à l'explication que donne le Rapporteur spécial des différences entre les termes « règle » et « principe » et convient que les principes ont un caractère plus général, abstrait et fondamental, même si règles et principes peuvent avoir des fonctions similaires en droit international. Il ne pense toutefois pas que dans leur essence les principes consacrent des valeurs plus fondamentales. Nombre des principes généraux du droit reconnus, comme ceux de l'enrichissement injustifié, de l'estoppel et de l'inadmissibilité des preuves dans les procédures arbitrales sont loin de protéger des valeurs fondamentales, même s'ils reflètent la notion de justice. Des principes tels que la clause de Martens peuvent très bien consacrer des valeurs humanitaires essentielles, et on peut dire la même chose de nombreux principes généraux du droit reconnus, sinon de la plupart d'entre eux. Cela suppose, bien entendu, que la clause de Martens soit un principe général du droit et non une norme du droit international coutumier. L'essentiel est que le caractère général des principes généraux ne soit pas considéré comme un élément constitutif de ceux-ci.

Selon le paragraphe 155 du rapport à l'examen, le terme « généraux » qui figure au paragraphe 1 c) de l'article 38 indique que les principes généraux de droit sont applicables à « tous les États ». Or on peut lire ailleurs dans le rapport qu'il existe des principes généraux de droit dont le champ d'application est régional. Pour M. Hmoud, l'applicabilité du paragraphe 1 c) de l'article 38 à « tous les États » exclut les principes généraux de droit régionaux du champ d'application de cet article. Il ne voit donc pas comment les travaux de la Commission sur le sujet pourraient porter sur des principes généraux dont le champ d'application est régional ou bilatéral tout en demeurant dans les limites du paragraphe 1 c) de l'article 38. Les principes généraux de droit font partie du droit international général, ce qui signifie qu'ils « doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale », comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans les

affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. La Commission devrait délimiter la portée de ses travaux sur le sujet sur la base de cette applicabilité universelle, et ne devrait pas sortir du cadre du paragraphe 1 c) de l'article 38.

Après avoir donné des exemples de diverses opinions sur le point de savoir si le terme « droit » renvoie uniquement aux principes découlant du droit interne ou également à des principes en vigueur au sein du système juridique international, le Rapporteur spécial déclare à juste titre, au paragraphe 158 de son rapport, que le sens de ce terme devra être examiné plus avant à mesure que progresse l'examen du sujet.

Au paragraphe 163, le Rapporteur spécial indique que le terme « reconnu » est étroitement lié à la question de l'identification des principes généraux du droit, qui sera examinée dans un rapport futur, et que le premier rapport se borne donc à quelques considérations générales sur la reconnaissance. Cette approche est judicieuse, car la question de la reconnaissance doit être analysée de manière approfondie, au regard en particulier de la distinction entre la reconnaissance en tant que condition de l'existence d'un principe général de droit, et l'acceptation comme étant le droit en tant qu'élément du droit international coutumier. Cette analyse contribuera à dissiper la confusion qui entoure ces deux concepts et permettra de classer comme il convient la source d'une règle ; en d'autres termes, de déterminer s'il s'agit d'un principe général du droit, d'une règle du droit international coutumier ou de l'un et de l'autre. M. Hmoud dit qu'il pense par conséquent que le Rapporteur spécial ne devrait proposer le projet de conclusion 2, sur l'exigence de la reconnaissance, qu'après avoir étudié plus avant la question dans ses rapports suivants. Le projet de conclusion 2 contient deux éléments, à savoir « généralement reconnu » et « par les États », dont on peut supposer qu'ils reposent sur les documents et l'analyse préliminaire présentés dans le rapport. En tout état de cause, la Commission devrait examiner soigneusement les preuves étayant les deux éléments proposés pour parvenir aux bonnes conclusions. Cela est d'autant plus nécessaire que le rapport indique que les formes que peut prendre la reconnaissance peuvent être différentes selon la catégorie dont relève tel ou tel principe ; en d'autres termes, si ce principe découle des systèmes juridiques nationaux ou s'est formé dans le cadre du système juridique international.

Au paragraphe 167 de son rapport, le Rapporteur spécial note que selon la doctrine et la pratique, la condition de reconnaissance en ce qui concerne les principes généraux de droit découlant de systèmes juridiques nationaux est remplie lorsqu'un principe existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux. M. Hmoud se demande toutefois si c'est bien ce que signifie le terme « reconnaissance », ou s'il désigne la reconnaissance par les États en droit international. La jurisprudence et la doctrine portent à croire que c'est la première définition qui est la bonne. Serait ainsi exclue la possibilité que soient reconnus des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international, et l'existence de cette catégorie de principes dans son ensemble mise en doute. À cet égard, M. Hmoud renvoie à la note 307 du rapport à l'examen, dans laquelle le Rapporteur spécial cite une déclaration du juge Giorgio Gaja selon laquelle « [d]onner de l'importance à la pratique des États lorsqu'ils font valoir l'existence de [principes formés dans le cadre du système juridique international] rapprocherait ces principes des règles coutumières ».

La question de la transposition, ou de l'applicabilité des principes généraux découlant du droit interne dans l'ordre juridique international, est également pertinente. Elle a été évoquée dans un certain nombre de décisions de juridictions nationales et internationales et par les États dans le cadre d'instances judiciaires, ce qui semble indiquer qu'elle est étroitement liée à la reconnaissance.

Le terme « nations civilisées » qui figure au paragraphe 1 c) de l'article 38 et son évolution devraient donner un contexte à la condition de reconnaissance. Ce terme est manifestement obsolète et a des connotations juridiques et politiques associées à la genèse historique du concept de principes généraux de droit. Toutefois, cette genèse, et l'évolution de la terminologie utilisée, indiquent que les principes en question sont ceux découlant des systèmes juridiques nationaux. Naturellement, divers termes ont été employés dans la jurisprudence et la doctrine. La question est de savoir si par « reconnaissance », il faut entendre la reconnaissance par tous les États, par la communauté des nations, par la communauté internationale des États dans son ensemble ou par les États en général. Selon

le rapport, les travaux préparatoires du paragraphe 1 c) de l'article 38 portent à croire qu'il s'agit de la reconnaissance par tous les États qui composent la communauté internationale. Or si cela signifie qu'un principe général de droit donné doit exister dans le système juridique de tous les États, la condition de reconnaissance sera très difficilement remplie. La Commission devrait donc s'efforcer d'établir une définition juridiquement solide mais pratique de la portée de la reconnaissance. Le projet de conclusion 2 serait à cet égard plus équilibré si les mots « reconnu par les États » qui y figurent étaient remplacés par les mots « reconnu par la communauté internationale des États ». M. Hmoud dit qu'il pense comme M. Tladi que le terme « nations » a une acception plus large que le terme « États », ce qui renforce l'argument voulant que la Commission utilise des termes plus forts que « généralement reconnu par les États ». M. Hmoud dit qu'il espère que les rapports suivants contiendront des analyses approfondies de la question, qui aideront la Commission à aboutir aux conclusions qui s'imposent.

La pratique, la jurisprudence et la doctrine sont presque unanimes à considérer que les principes généraux du droit qui découlent des systèmes juridiques nationaux sont une source du droit international. Les documents cités dans le rapport et d'autres documents dénotent certaines caractéristiques de ces principes : ils existent dans les systèmes juridiques nationaux, même si la mesure dans laquelle ils existent ou sont identiques dans les différents systèmes continue de faire débat ; ils comblent des lacunes, au sens où ils sont pertinents parce qu'aucune règle conventionnelle ou coutumière n'est applicable ; ils doivent être transposés dans le système juridique international par un processus lié à la reconnaissance, bien que certains auteurs expriment l'opinion contraire. Ce processus implique la recherche de dénominateurs communs à ces principes et la détermination de la manière dont leur contenu a été adapté dans la grande majorité des systèmes juridiques, une question que la Commission devra examiner. Ces principes lient tous les sujets de droit international, y compris les organisations internationales, même s'ils ne participent pas à leur création ou leur reconnaissance. De plus, bien que les principes généraux découlant de sources nationales soient plus présents ou plus notables dans certains domaines du droit international que dans d'autres, ils existent dans tous les domaines.

Le concept de principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international est discutable et n'est pas suffisamment étayé par la pratique des États et la jurisprudence. Le fait que le droit international ne régleme pas telle ou telle matière ne signifie pas que des principes généraux ont nécessairement été formés dans l'ordre juridique international pour combler cette lacune. Le droit international demeure un droit permissif, dont il n'est pas obligatoire de combler les lacunes. De plus, si le juge ne peut trouver de règle applicable du droit international coutumier, il n'est pas obligé de déduire des principes généraux du système juridique international pour combler la lacune, même si les règles procédurales peuvent constituer une exception à cet égard, comme l'a relevé M. Valencia-Ospina. La Commission devrait, à titre de politique juridique, faire preuve de prudence s'agissant de cette catégorie de principes. Si elle conclut que cette catégorie existe effectivement, et pas simplement dans certains domaines limités du droit international mais aussi en droit international général, elle doit la définir avec précision. La Commission devrait également faire en sorte que tous les éléments des principes entrant dans cette catégorie, notamment leur identification, leur nature et leur fonction, soient solidement fondés en droit international. Le matériel présenté dans la section B du chapitre II de la quatrième partie du rapport est au mieux peu concluant en ce qui concerne cette catégorie et ces éléments, y compris la question de la reconnaissance. M. Hmoud dit qu'il est toutefois persuadé que les rapports suivants envisageront tous les éléments pertinents.

M. Hmoud dit qu'il souscrit aux propositions figurant dans la cinquième partie du rapport. Il estime que l'interprétation des autres règles du droit international est parmi les fonctions importantes des principes généraux du droit. Cette fonction interprétative est soulignée dans la doctrine, mais la Commission devrait la définir précisément, en particulier le rôle des principes généraux de droit au regard du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En conclusion, M. Hmoud recommande le renvoi des projets de conclusions 1 à 3 au Comité de rédaction.

M. Park remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui retrace et analyse la genèse et l'évolution des principes généraux du droit. La portée des travaux sur

le sujet, qui complètent ceux de la Commission sur les sources du droit international, semble réduite par rapport à celle d'autres sujets, mais la Commission fait face à deux principaux obstacles. Premièrement, les principes généraux du droit n'ont été mentionnés directement ou indirectement que dans quelques affaires portées devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice. Deuxièmement, dans la plupart des décisions de juridictions internationales que la Commission est appelée à analyser, le sens de l'expression « principes généraux du droit » est relativement obscur. C'est pourquoi, pour clarifier les termes utilisés dans la jurisprudence, la Commission n'a d'autre choix que de s'appuyer davantage sur la doctrine qu'elle ne l'a fait dans le cadre de ses travaux sur d'autres sujets. Malheureusement, même dans la doctrine, il existe de nombreuses opinions divergentes sur les aspects substantiels des principes généraux du droit. À cet égard, Prosper Weil a fait valoir que ces principes étaient au cœur de la controverse doctrinale et jurisprudentielle dont fait l'objet la question des contrats conclus par des États ou des autorités paraétatiques avec des personnes privées étrangères. Toutefois, même lorsqu'il existe une multitude d'opinions, il est toujours possible de distinguer une opinion majoritaire et une opinion minoritaire. La Commission devrait, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, identifier l'opinion majoritaire et tenir raisonnablement compte de l'opinion minoritaire.

Dans ce contexte, la plupart des cinq facteurs énumérés au paragraphe 39 du rapport à l'examen semblent utiles pour décider si tel ou tel terme peut être considéré comme désignant un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces facteurs peuvent servir de moyens d'interprétation pour déterminer le sens qu'il convient d'attribuer à chaque terme compte tenu du contexte dans lequel il est employé et de son objet et de son but.

M. Park dit qu'il approuve l'essentiel de la logique juridique suivie par le Rapporteur spécial dans son rapport, excepté dans la section B du chapitre II de la quatrième partie, intitulée « Principes généraux du droit formés dans le système juridique international ». L'interprétation *lato sensu* de la notion de principes généraux du droit comme comprenant des principes formés dans le système juridique international adoptée par le Rapporteur spécial est en effet problématique.

M. Park dit que sa propre conception des principes généraux du droit en tant que principes qui sont communs aux ordres juridiques internes (*in foro domestico*) et transposables dans l'ordre juridique international est issue d'une analyse de la jurisprudence internationale pertinente et de l'opinion majoritaire de la doctrine française et coréenne. Cinq principaux attributs des principes généraux du droit peuvent à cet égard être identifiés. Premièrement, ces principes constituent une source directe et autonome du droit international. Deuxièmement, ils sont communs aux systèmes juridiques nationaux ; la règle procédurale ou de fond en cause doit exister dans tous les grands systèmes de droit. Troisièmement, ils constituent une source subsidiaire du droit, au sens où ils sont invoqués pour combler des lacunes du droit international coutumier ou conventionnel ou pour éviter le *non liquet*. Quatrièmement, ils sont transposables dans l'ordre juridique international. Toutefois, tous les principes communs aux systèmes juridiques nationaux ne sont pas applicables dans l'ordre juridique international ; seuls ceux qui sont compatibles avec les caractéristiques fondamentales de l'ordre international peuvent être transposés. Cela étant, les juges des juridictions internationales jouent un rôle important en ce qu'ils débarrassent les règles du droit interne de leurs particularités nationales et en extraient les aspects les plus généraux pour les transposer dans le droit international. Cinquièmement, les principes généraux du droit sont une source « transitoire » et « récessive » du droit international : leur application répétée au niveau international les transforme en normes coutumières.

La plupart de ces attributs reposent sur l'interprétation *stricto sensu* du concept de principes généraux du droit qui est largement admise. Aux termes du paragraphe 1 c) de l'article 21 du Statut de Rome, la Cour pénale internationale applique « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues ».

Le Rapporteur spécial exprime toutefois une opinion différente, comme l'indique le paragraphe 253 de son rapport: « De l'avis du Rapporteur spécial, la pratique ... montre que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice englobent non seulement ceux découlant des systèmes juridiques nationaux mais aussi ceux endogènes au système juridique international ». M. Park dit qu'il juge cette conclusion douteuse, car il interprète différemment le contexte historique et la jurisprudence postérieure concernant les principes généraux du droit.

S'agissant du contexte historique, selon l'opinion majoritaire des membres du Comité consultatif de juristes établi en 1920, les principes généraux de droit sont des principes en vigueur *in foro domestico*, et le juge international a seulement le pouvoir de rechercher les principes déjà établis dans les ordres juridiques nationaux. Toutefois, comme le relève le Rapporteur spécial, on ne peut exclure « la possibilité que les principes généraux du droit soient également puisés ailleurs ». Dans le même ordre d'idées, Hugh Thirlway fait valoir que selon certains, les principes visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 ne se limitent pas à ceux tirés du droit interne mais comprennent des principes de niveau supérieur, fondamentaux pour le droit international, comme le principe *pacta sunt servanda*.

En second lieu, il convient de souligner les inconvénients éventuels du concept de principes généraux du droit *lato sensu* par rapport au concept *stricto sensu*. L'un des graves inconvénients du concept *lato sensu* est qu'il complique la définition de la spécificité des principes généraux du droit en tant que source autonome, puisque ces principes peuvent être confondus avec des règles du droit international coutumier ou des obligations conventionnelles. À la différence du droit international coutumier, les principes généraux du droit ne reposent pas sur la pratique des États accompagnée de l'*opinio juris*, mais sur des instruments juridiques nationaux spécifiques. De plus, si les principes fondamentaux du système juridique international devaient être inclus dans les principes généraux du droit, ces principes pourraient avoir le même statut que les traités et le droit international coutumier, voire un statut supérieur. Eu égard à la déclaration de M. Tladi, qui a souligné la distinction entre principes généraux du droit et droit international coutumier, il n'est pas certain que le concept *lato sensu* de principes généraux du droit puisse être clairement défini.

Le Rapporteur spécial avance un autre argument juridique discutable à l'appui du concept *lato sensu* de principes généraux du droit. Aux paragraphes 156 et 232 de son rapport, renvoyant à un article de J. G. Lammers, il fait valoir que « pris dans son sens ordinaire », le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'exclut pas l'existence de principes généraux de droit émanant du système juridique international. M. Park dit qu'il lui est difficile de souscrire à cette proposition s'agissant des mots « sens ordinaire ». L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes. Il est difficile de trouver au paragraphe 1 c) de l'article 38 un seul mot évoquant des principes généraux de droit découlant de l'ordre juridique international. S'il est vrai que désormais, pris dans leur sens ordinaire, les mots « nations civilisées » désignent simplement tous les États, le texte du paragraphe 1 c) de l'article 38 n'étaye aucunement l'idée que des principes généraux de droit peuvent émaner du système juridique international.

Troisièmement, les décisions judiciaires citées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 236 à 251 pour étayer son raisonnement emploient des formules diverses dont le sens est équivoque, par exemple « certains principes généraux et bien reconnus », « principes reconnus par les nations civilisées », « principe général », « principe généralement reconnu du droit international » et « principe général de droit international ». Or une analyse du contexte dans lequel chacune de ces expressions est utilisée montre que la plupart peuvent être interprétées comme renvoyant au droit international coutumier. En particulier, le Rapporteur spécial considère que la formule « certains principes généraux et bien reconnus » figurant dans un dictum de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 9 avril 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou* renvoie aux principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38. Or une analyse récente a interprété ce dictum comme renvoyant non aux principes généraux de droit mais à des principes qui

existent en droit coutumier et à une règle codifiée dans des dispositions conventionnelles, en particulier celles de la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. De plus, Thirlway a fait valoir que si l'expression « principe général » se retrouve dans plusieurs décisions, cette expression ne renvoie pas nécessairement à l'un des principes visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 en tant que fondement de ces décisions indépendamment d'autres sources.

Enfin, en ce qui concerne la pratique des États relative aux principes généraux du droit mentionnée aux paragraphes 239 et 240, s'agissant des arguments avancés devant la Cour internationale de Justice par le Portugal et par l'Éthiopie et le Libéria, respectivement, dans certaines affaires les États ont effectivement invoqué des principes généraux du droit devant la Cour, mais celle-ci a tranché ces affaires sur un fondement différent ou jugé inutile de se prononcer sur l'applicabilité du principe invoqué.

M. Park dit qu'eu égard à ces considérations, il estime que dans son libellé actuel le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial est incorrect parce qu'il accorde à l'opinion minoritaire sur le concept de principes généraux du droit le même poids juridique qu'à l'opinion majoritaire. Il propose donc soit de supprimer l'alinéa b), « formés dans le cadre du système juridique international », soit de remanier le projet de conclusion comme suit :

« Les principes généraux du droit comprennent les principes :

- a) en premier lieu et dans la plupart des cas, qui découlent des systèmes juridiques nationaux ;
- b) dans certains cas, qui sont formés dans le cadre du système juridique international. ».

Les mots « dans certains cas » devraient figurer à l'alinéa b) parce que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales peut aussi contribuer à la formation des principes généraux du droit. Cela ne contredit pas le concept *stricto sensu* de principes généraux du droit parce que la majeure partie du droit des organisations internationales est fondée sur le droit administratif des États.

M. Park relève par ailleurs que le Rapporteur spécial analyse plusieurs questions juridiques importantes dans son rapport, par exemple le rôle éventuel des organisations internationales dans la formation de principes généraux du droit, l'emploi et le choix des termes, la distinction entre règles et principes, la question du droit naturel, la question du caractère « général » et « fondamental », et les principes généraux du droit dont le champ d'application est régional, autant de questions importantes pour une étude exhaustive du sujet. Deux de ces questions appellent des observations et devront être examinées plus avant au fur et à mesure que les travaux progressent, à savoir celles du droit naturel et de la distinction entre principes et règles.

Du point de vue théorique, il existe deux positions juridiques fondamentales quant au concept de principes généraux du droit. L'une repose sur le droit positif, l'autre sur le droit naturel. Les positivistes considèrent généralement les principes généraux du droit comme une sous-catégorie du droit international conventionnel et coutumier et jugent inopportun d'ajouter au droit international quoi que ce soit de nouveau qui ne reflète pas le consentement des États. M. Park dit que par principe, il estime que la nature juridique des principes généraux du droit repose sur le droit positif, non sur le droit naturel, parce que ces principes sont communs aux systèmes juridiques nationaux et découlent de ceux-ci. Ils ne doivent donc pas être associés au droit naturel. M. Park précise qu'il ne propose pas que la Commission ouvre un débat purement théorique, à la lumière de ses travaux sur le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Toutefois, un paragraphe du rapport semble contredire la position qu'il vient d'exposer, à savoir le paragraphe 143, qui risque d'être indûment interprété comme impliquant que les principes généraux du droit relèvent en fait du droit naturel, parce qu'il cite des lois nationales qui renvoient au droit naturel sans procéder à leur évaluation juridique. Le Rapporteur spécial devrait revenir sur ce paragraphe pour clarifier la question, sans s'aligner sur telle ou telle école de pensée juridique. De plus, la relation entre la « justice », l'« équité » et les principes généraux du droit devra peut-être être clarifiée. M. Park se demande en particulier

si le principe de l'équité peut être analysé comme un aspect des principes généraux du droit. Il espère que la Commission se penchera sur ces questions.

La relation entre règles et principes fait l'objet d'un débat entre théoriciens du droit. Au paragraphe 153, le Rapporteur spécial conclut que la caractéristique distinctive des principes généraux du droit est leur caractère « général » et « fondamental ». Cela n'est toutefois pas pertinent, parce qu'ainsi que l'indique le paragraphe 154, certains principes généraux du droit ne peuvent être considérés comme fondamentaux. En d'autres termes, il peut exister des principes généraux du droit de caractère fondamental ou non fondamental, ou de caractère substantiel ou procédural. Il est donc difficile d'arguer que le caractère fondamental est la principale caractéristique permettant de distinguer les principes des règles. Une autre approche consiste à examiner comment les États distinguent les principes des règles. Le paragraphe 1 c) de l'article 38 vise précisément les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Cela signifie que la manière dont les États reconnaissent des principes par opposition à des règles est pertinente dans l'identification des principes généraux de droit. La Commission pourra donc vouloir examiner la jurisprudence des tribunaux internes en vue de définir cette différence. Si la Commission tire des conclusions pertinentes de cet examen, elle pourrait, en distinguant les principes des règles, contribuer au développement progressif du droit international.

Passant aux projets de conclusion proposés, M. Park dit que le projet de conclusion 1 n'appelle pas d'observations particulières. Le projet de conclusion 2 est intitulé « Exigence de reconnaissance ». Le Rapporteur spécial se penche brièvement sur le sens du mot « reconnu » dans la section B du chapitre I de la quatrième partie, et indique que la question de l'exigence de la reconnaissance sera examinée à un stade ultérieur. Peut-être serait-il donc logique que le projet de conclusion 2 soit une définition des principes généraux du droit au lieu d'être consacré à l'exigence de la reconnaissance. M. Park propose la définition suivante : « Les principes généraux du droit sont des principes communs aux systèmes juridiques nationaux et transposables dans le droit international » ou peut-être « transposables dans l'ordre juridique international ». De plus, le mot « généralement » qui figure dans le projet de conclusion 2 dans l'expression « généralement reconnu » ne figure pas au paragraphe 1 c) de l'article 38. Le Rapporteur spécial devrait à cet égard définir des critères plus précis lorsqu'il étudiera la question de l'exigence de la reconnaissance. Que faut-il entendre par « généralement », et quel degré de certitude cet adjectif implique-t-il ? Les États qui sont parties à un différend peuvent ne pas avoir la même opinion sur le point de savoir si un principe général donné satisfait à la condition de généralité. Un critère devrait être défini à cet égard.

En ce qui concerne le texte issu des travaux sur le sujet, M. Park dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'il doit prendre la forme de conclusions accompagnées de commentaires, comme pour les autres sujets concernant les sources de droit international que la Commission a étudiés. Il propose, bien que cela soit peut-être prématuré, que la Commission établisse une liste indicative des principes généraux du droit afin d'aider les États à invoquer et comprendre plus précisément ces principes. En ce qui concerne le programme de travail futur, les quatre questions mentionnées aux paragraphes 260 et 261 semblent appropriées. M. Park dit qu'il espère que leur examen permettra de clarifier des points essentiels concernant les principes généraux du droit, y compris leur nature juridique, les critères permettant de les identifier, leur contenu et leurs conséquences juridiques, les domaines traditionnels et nouveaux dans lesquels ils s'appliquent – une question qui est peut-être étroitement liée à celle de leur « fragmentation » – et le rôle que les organisations internationales peuvent jouer dans leur formation. M. Park indique qu'il est favorable à l'élargissement des travaux sur le sujet à la pratique des organisations internationales en la matière, pour deux raisons principales. Premièrement, la participation des organisations internationales aux relations internationales s'est accrue de manière significative depuis l'adoption, dans les années 1920, du texte qui est devenu le paragraphe 1 c) de l'article 38. Deuxièmement, les principes généraux de droit peuvent être invoqués s'agissant non seulement des activités internes des organisations internationales mais également de leurs relations avec les États, d'autres organisations internationales ou des tiers.

M^{me} Galvão Teles remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui marque le début des travaux de la Commission sur la seule source primaire du droit international qu'elle n'a pas encore étudiée. L'objet de ses travaux, indiqué au paragraphe 10 du rapport à l'examen, est de « donner des orientations aux États, aux organisations et juridictions internationales ainsi qu'à toute personne appelée à manier les principes généraux du droit comme source du droit international ». Bien que la doctrine ait accordé beaucoup d'attention aux principes généraux, elle s'est principalement intéressée à leur identification et leur application mais en a négligé les aspects théoriques en tant que source du droit. Les travaux de la Commission sur le sujet seront donc extrêmement novateurs de même que pertinents, comme le montre la réaction des États à la Sixième Commission. Dans son rapport, le Rapporteur spécial énumère quatre questions principales qu'il se propose d'analyser : la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international, leur origine, leurs fonctions et leur relation avec les autres sources du droit international, et leur identification. Les deux premières de ces questions sont traitées dans le premier rapport, et les troisième et quatrième le seront dans les rapports suivants.

L'examen de la nature juridique des principes généraux en tant que source du droit international doit commencer par une analyse des différents éléments du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le sens de l'expression « principes généraux de droit » est loin d'être évident et appelle une analyse approfondie. Il existe un désaccord sur la définition du terme « principe » ainsi que sur la distinction entre principes et règles en droit international. Des indications peuvent être trouvées dans les systèmes juridiques internes, puisque la plupart comprennent des principes en tant que source du droit et donnent une définition du terme. Les définitions nationales ne peuvent toutefois pas être simplement transposées en droit international, puisqu'il existe des différences structurelles entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques nationaux. Cela signifie que les principes généraux doivent, comme indiqué dans le rapport, « présenter des caractéristiques qui leur sont propres ». La jurisprudence de la Cour internationale de Justice n'est pas particulièrement utile à cet égard, puisque la Cour n'a pas encore clairement établi la portée des principes généraux en tant que source du droit. En fait, dans l'affaire concernant la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, la Cour a jugé que la principale distinction entre règles et principes était que le terme « principes » était utilisé pour désigner des règles du droit international de caractère plus général et plus fondamental, assimilant ainsi les deux concepts.

Cela a créé une incertitude considérable au sujet des principes généraux en tant que source de droit et a brouillé la distinction entre principes généraux et droit international coutumier. De plus, les États et les juridictions internationales ont invoqué de prétendus « principes généraux du droit » qui ne sont pas particulièrement généraux dans leur application, aggravant ainsi les difficultés que soulève la distinction entre les deux concepts. Règles et principes ont également été associés dans la doctrine, en particulier en relation avec le droit international coutumier ou le droit international général. On ne sait pas trop si les auteurs y voient des sources distinctes, par exemple lorsqu'ils évoquent le droit international coutumier comme constituant le cadre juridique unitaire de principes et règles assurant la cohérence du système dans son ensemble, ou lorsqu'ils soutiennent que la Cour internationale de Justice emploie les deux termes de manière interchangeable. En droit international, la distinction entre règles et principes est toutefois pertinente et doit être maintenue. Les principes généraux doivent être considérés comme autonomes par rapport aux autres sources du droit international et se voir conférer un champ d'application spécifique dans l'ordre juridique international. En fait, l'analyse des travaux préparatoires de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale atteste que les « principes généraux » ont été inclus parmi les sources du droit que la Cour permanente devait appliquer pour combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier et pour éviter le *non liquet*. Une interprétation différente obligerait à conclure que le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'a pas d'effet utile et serait contraire aux règles de l'interprétation des traités.

Plusieurs auteurs ont attribué aux principes généraux un statut juridique autonome. Robert Kolb les distingue des règles au motif que leur contenu juridique est moins étroit et

moins précisément défini que celui des règles, tout en notant qu'ils ne sont pas aussi larges que des concepts politiques généraux ou de « vagues idées », bien qu'étant assez généraux et souples pour servir de base à des interprétations dynamiques et à un développement du droit quant au fond. De même, Samantha Besson définit les principes comme des normes juridiques fondamentales qui sont structurellement indéterminées. Selon Kolb, la fonction des principes ne consiste pas seulement à combler des lacunes ; il s'agit de « normes-sources » qui permettent l'adaptation des règles aux impératifs constitutionnels, aux faits et aux besoins nouveaux, aux valeurs fondamentales et à la justice. D'autres auteurs conviennent que les principes guident l'interprétation des autres normes internationales et explicitent certains choix et intérêts concernant les valeurs.

Cela n'exclut pas que l'expression « règles générales du droit international » puisse être interprétée comme visant tant les principes généraux que les règles du droit coutumier, comme proposé dans le rapport. Dans ce contexte, le terme « règles » doit être entendu dans une acception large, comme désignant tant les règles *stricto sensu* que les principes généraux. En fait, tout principe général du droit est une règle, mais toute règle n'est pas un principe. Comme indiqué au paragraphe 150 du rapport à l'examen, c'est ce qui ressort de l'emploi du terme « règles de droit » au sens large au paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La relation entre « règles » et « principes » devrait être envisagée non dans les projets de conclusion mais dans les commentaires. En particulier, les commentaires devraient également expliquer que les principes généraux de droit en tant que source autonome du droit international ne doivent pas être confondus avec les principes généraux ou fondamentaux du droit international, dont la source primaire peut être le droit conventionnel et coutumier. C'est pourquoi la Commission doit analyser de manière approfondie les caractéristiques propres aux principes généraux de droit en tant que source du droit lorsqu'elle examine les fonctions de ces principes et leur relation avec les autres sources du droit – la troisième question que le Rapporteur spécial propose d'examiner dans le cadre de l'étude du sujet.

La seconde partie du paragraphe 1 c) de l'article 38 vise la reconnaissance des principes généraux par les nations civilisées. L'exigence de la reconnaissance est étroitement liée au processus d'identification des principes en vigueur, que la Commission examinera à un stade ultérieur. M^{me} Galvão Teles dit que, bien que la question n'ait pas encore été pleinement analysée par le Rapporteur spécial, elle tient à souligner au stade actuel qu'elle ne considère pas l'exigence de la « reconnaissance » comme similaire à celle de l'« acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*), l'une des conditions qui doit être satisfaite aux termes du paragraphe 1 b) de l'article 38 du Statut pour qu'une coutume internationale existe. Étant donné que le Statut utilise des termes différents, la Commission ne peut qu'attribuer des sens juridiques différents aux deux expressions et doit résister à la tentation de minimiser la différence entre les deux sources du droit international concernées. Le terme « reconnaissance » doit s'entendre comme désignant des principes communs aux grands systèmes de droit, non comme une acceptation générale au sens de l'*opinio juris*.

Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'expression « nations civilisées » par le terme « États » pour désigner les entités dont doit émaner la reconnaissance. S'il est clair que l'expression « nations civilisées » est datée et qu'il est généralement admis qu'elle n'est plus de mise, la Commission risque, en ne mentionnant que les « États », de ne pas viser l'ensemble des acteurs participant à la formation des principes généraux. De fait, la doctrine considère que la jurisprudence des juridictions internationales, les résolutions des organisations internationales et les déclarations de politique générale des conférences internationales peuvent toutes contribuer à la formation et à la reconnaissance des principes généraux. La question mérite d'être analysée de manière plus approfondie par la Commission, comme dans le cadre des travaux sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », lors desquels la contribution des organisations internationales et d'autres acteurs à la « pratique générale » a été longuement examinée. Ce point a été souligné par le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté son rapport. Comme l'analyse approfondie de l'exigence de la reconnaissance ne doit être entreprise que dans les rapports suivants, l'étude des acteurs susceptibles de contribuer à la formation des principes généraux doit également être reprise à un stade ultérieur. Le résultat de cette analyse risque toutefois de montrer que le libellé du projet de conclusion 2 est trop restrictif. Viser la

reconnaissance « par la communauté internationale » indiquerait peut-être mieux que divers acteurs peuvent être concernés. S'agissant du même projet de conclusion, M^{me} Galvão Teles dit qu'elle n'est pas certaine que le titre « Exigence de reconnaissance » soit approprié. Le Comité de rédaction devrait examiner la question.

Il est largement admis que l'une des origines possibles des principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 est le système juridique national des États. Comme indiqué dans le rapport, cette proposition est étayée par les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, la pratique antérieure à l'adoption de ce texte, la pratique récente des États et la jurisprudence internationale. L'une des conditions devant être satisfaites pour qu'un principe puisse être considéré comme faisant partie du droit international semble être qu'il soit reconnu par un nombre suffisant d'États dans leur ordre juridique national ; en d'autres termes, il doit être « commun aux principaux systèmes juridiques du monde » comme l'a déclaré le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, « commun à la plupart des systèmes juridiques » comme l'a déclaré la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou, aux termes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « reconnu[...] par l'ensemble des nations ». De plus, le principe en cause doit satisfaire à un critère d'applicabilité ou de transposabilité des systèmes nationaux dans l'ordre juridique international. La définition précise de ces conditions, qui ne sont que brièvement envisagées dans le rapport, devra être établie par la Commission à un stade ultérieur des travaux.

Un autre ensemble de principes généraux peut avoir son origine dans le système international ou les relations internationales elles-mêmes. Cette idée est elle aussi largement étayée par la pratique et la doctrine, comme le démontre le Rapporteur spécial. Bien que la Cour internationale de Justice ait invoqué ces principes plus souvent que ceux découlant des systèmes nationaux, leur processus de formation et leur relation avec les autres sources du droit international telles que la coutume sont moins clairs. La Commission doit donc analyser cette relation. M^{me} Galvão Teles dit que pour cette raison, elle réserve sa position quant à la mention, dans le projet de conclusion 3, des principes généraux « formés dans le cadre du système juridique international » en tant que catégorie autonome de principes généraux du droit.

Le Rapporteur spécial propose d'étudier, dans son rapport suivant, les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources du droit international. Plusieurs questions envisagées dans le cadre d'une telle étude ont déjà été identifiées : l'autonomie des principes généraux en tant que source distincte du droit, la distinction entre principes généraux et règles coutumières et le rôle des principes généraux, outre leur fonction consistant à combler les lacunes, dans l'interprétation, le développement et l'adaptation d'autres normes. L'identification des principes généraux et les conditions auxquelles doivent satisfaire les nouveaux principes seront étudiées dans le troisième rapport, de même que la question de savoir quels acteurs peuvent participer à la formation et l'identification de ces principes. Enfin, eu égard au caractère nettement méthodologique du sujet, la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le texte issu des travaux de la Commission consiste en un projet de conclusions est particulièrement judicieuse. Ce texte fera de plus écho à celui issu des travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier.

Le premier rapport du Rapporteur spécial contient un examen approfondi des travaux antérieurs de la Commission, de la doctrine, de la jurisprudence internationale et de la pratique des États en ce qui concerne les principes généraux à ce jour. Sur la base de cette analyse, le Rapporteur spécial a formulé, sur l'autonomie et l'origine des principes généraux de droit en tant que source du droit, des projets de conclusion sur lesquels la Commission devra peut-être revenir ultérieurement. Dans le même temps, les travaux menés jusqu'ici montrent qu'il y a peu de documents qui définissent et décrivent la portée et les caractéristiques de cette source du droit. La Commission devra donc être rigoureuse dans l'examen des sources existantes, mais également créative en explicitant des concepts qui sont, pour le moment, relativement obscurs. En conclusion, M^{me} Galvão Teles dit qu'elle appuie le renvoi des projets de conclusions 1 à 3 proposés au Comité de rédaction, compte tenu du débat en plénière.

La séance est levée à 13 heures.