

Provisoire

Réservé aux participants

18 décembre 2019

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3491^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 26 juillet 2019, à 10 heures

Sommaire

Organisation des travaux de la session (*suite*)

Principes généraux du droit (*suite*)

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

GE.19-12627 (F) 171219 181219



* 1 9 1 2 6 2 7 *

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^{me} Oral
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.

Organisation des travaux de la session (point 1 de l'ordre du jour) *(suite)*

Le Président appelle l'attention sur le programme de travail révisé pour les deux dernières semaines de la seconde partie de la session qui a été établi par le Bureau élargi.

M^{me} Escobar Hernández dit que le programme révisé qui vient d'être distribué aux membres est différent de celui approuvé la veille par le Bureau élargi. Elle demande donc pourquoi la séance du Comité de rédaction sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » a été déplacée de l'après-midi du 29 juillet au matin du 30 juillet.

Le Président dit que, après un long débat sur la répartition du temps disponible entre les séances plénières et les séances du Comité de rédaction, il a été décidé de diviser de manière égale le temps dont disposait le Comité de rédaction entre les sujets « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et « Principes généraux du droit ». Le Rapporteur spécial chargé de ce dernier sujet espère vivement que le débat en plénière sur celui-ci pourra s'achever lors de la séance de l'après-midi du 29 juillet.

M^{me} Escobar Hernández dit que, bien qu'en principe elle ne s'oppose pas au calendrier modifié s'il permet à la Commission de poursuivre l'examen du sujet « Principes généraux du droit », elle considère que les décisions du Bureau élargi doivent être respectées. La modification du programme de travail n'a pas été décidée par le Bureau élargi et elle-même n'a pas été consultée.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'en sa qualité de Rapporteur spécial pour le sujet « Principes généraux du droit », il sait gré à M^{me} Escobar Hernández de la compréhension dont elle fait preuve. Il est important de réaliser des progrès substantiels dans l'examen des deux sujets. Il croit se souvenir qu'aucune décision définitive n'avait été prise par le Bureau élargi, qui avait laissé au Président le soin de décider comment répartir de manière optimale le temps dont dispose le Comité de rédaction.

Le Président dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter le programme de travail révisé tel que proposé.

Il en est ainsi décidé.

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

M. Jalloh dit que, s'il souscrit pour l'essentiel aux vues exprimées par le Rapporteur spécial dans son excellent premier rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/732), il souhaite faire cinq observations générales.

Premièrement, comme l'indique le rapport, le point de départ des travaux de la Commission doit être l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Bien que cette disposition soit parfois critiquée dans la doctrine comme obsolète ou incomplète, elle définit les sources du droit international que doit appliquer la Cour dans le règlement des différends interétatiques. La Commission a joué un rôle important dans la clarification des sources du droit visées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 38. Comme le droit conventionnel et le droit international coutumier sont relativement bien fixés, la décision d'étudier les principes généraux du droit est opportune, en particulier parce qu'ainsi que l'a déclaré le représentant de la Slovaquie à la Sixième Commission lors de la soixante-douzième session de l'Assemblée générale (A/C.6/72/SR.19), les principes généraux du droit sont un complément essentiel des sources primaires du droit international auquel la Commission n'a pas encore accordé beaucoup d'attention. Les travaux de la Commission sur le sujet donneront à n'en pas douter des indications précieuses aux États, aux organisations internationales, aux juridictions, aux universitaires et à tous ceux pouvant être appelés à connaître de la question parfois énigmatique des principes généraux du droit en tant que source du droit international.

Deuxièmement, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial a souligné le caractère méthodologique du sujet. L'objectif de la Commission devrait être de clarifier la nature, la portée et les fonctions des principes généraux du droit et les moyens permettant de les

identifier ; il ne s'agit pas de cataloguer les principes généraux existants. M. Jalloh se félicite donc qu'au paragraphe 41 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne que les exemples qui seront donnés dans le rapport ne le seront qu'à titre indicatif.

Troisièmement, le rapport confirme qu'il y a autant d'opinions sur la méthode à appliquer pour identifier les principes généraux du droit qu'il y a d'auteurs. Deux principales écoles de pensée semblent en particulier mériter de retenir l'attention. Oppenheim, Lauterpacht, Grapin, Schlesinger, Herczegh, McNair et Jenks appuient une approche comparative reposant sur le droit interne, alors que Brownlie et Guggenheim défendent une approche hybride. Le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a noté dans son rapport (A/CN.4/L.682) que l'expression « droit international général » pouvait renvoyer aux principes du droit international proprement dits et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire. M. Jalloh dit que s'il serait certes judicieux de garder l'esprit ouvert à cet égard, il approuve pleinement le choix de l'approche hybride fait par le Rapporteur spécial, car il est plus conforme aux travaux antérieurs de la Commission.

Quatrièmement, en ce qui concerne la portée des travaux sur le sujet, M. Jalloh dit que, d'une manière générale, il pense comme le Rapporteur spécial que, pour étudier la nature juridique des principes généraux du droit en tant que source du droit international, la Commission devrait s'efforcer d'expliquer trois concepts : le sens des mots « principes », « généraux » et « droit », tout en ayant à l'esprit leur effet combiné ; la notion de « reconnaissance » et ce qu'elle implique ; et l'expression « nations civilisées ». Elle doit analyser les origines et les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources, en particulier le droit international coutumier. Surtout, la Commission doit s'efforcer de déterminer la méthode à appliquer pour identifier les principes généraux du droit. À cette fin, elle doit suivre l'approche en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial : elle doit d'abord identifier un principe commun à la majorité des systèmes juridiques nationaux, puis déterminer si et comment ce principe peut être transposé dans l'ordre juridique international, qui est structurellement différent. Comme l'ont fait observer plusieurs membres, les principes généraux du droit jouent un rôle important dans certains domaines du droit international, comme le droit pénal international et le droit des investissements. Il est donc évident que la Commission doit adopter une approche prudente, rigoureuse et souple pour tenir compte des particularités des nombreux domaines du droit international qui relèvent du sujet.

Cinquièmement, en ce qui concerne le texte qui sera issu des travaux sur le sujet, M. Jalloh dit que, bien qu'il comprenne la préférence de M. Murase pour un projet d'articles, il pense comme le Rapporteur spécial que, comme dans le cas des sujets « Détermination du droit international coutumier » et « Normes impératives de droit international général (*jus cogens*) », qui sont aussi de caractère méthodologique, le texte issu des travaux doit prendre la forme d'un projet de conclusions. Pour mieux souligner le caractère méthodologique de celui-ci et l'aligner davantage sur le sujet connexe « Détermination du droit international coutumier », il conviendrait de l'intituler « Détermination des principes généraux du droit ». Ainsi modifié, le titre du sujet indiquerait également sans aucune ambiguïté que la Commission n'a pas l'intention d'étudier les principes généraux du droit quant au fond.

Dans le cadre de ses travaux, la Commission étudiera la troisième des principales sources du droit international visées au paragraphe 1 a) à c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Notant qu'à la Sixième Commission certaines délégations ont fait observer qu'ainsi la Commission compléterait ses travaux sur les sources du droit, M. Jalloh dit qu'il se demande si elle ne pourrait pas également vouloir étudier le « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » visé à l'alinéa d), à savoir « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Bien que les matières des alinéas c) et d) puissent se chevaucher et les sources du droit international puissent interagir et s'influencer mutuellement, se pencher sur la catégorie de sources visée à l'alinéa d) d'une manière aussi tangentielle ne rend peut-être pas pleinement justice à son importance en tant que moyen distinct, bien qu'auxiliaire, de détermination des règles de droit. M. Jalloh dit qu'il a donc l'intention de proposer un nouveau sujet dont l'étude aidera

la Commission à compléter ses travaux en la matière. Il souhaiterait connaître l'avis des membres sur cette proposition.

M. Jalloh dit qu'il a trouvé la deuxième partie du rapport, qui passe en revue les nombreux travaux antérieurs de la Commission, d'une lecture fascinante, s'agissant en particulier des paragraphes consacrés à la distinction entre règles et principes et au contenu normatif des unes et des autres. Cette analyse illustre bien la difficulté inhérente à l'identification des principes généraux du droit et montre pourquoi la Commission doit faire preuve de suffisamment de souplesse dans l'étude du sujet.

Passant à la troisième partie du rapport et aux quatre conclusions que le Rapporteur spécial tire des travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, M. Jalloh dit qu'il n'est pas certain que la Commission doit décider si, lorsqu'ils ont rédigé les dispositions relatives aux principes généraux de droit, les rédacteurs ont créé une nouvelle source de droit ou codifié une source existante. S'il admet qu'ils se sont efforcés de combler les lacunes et d'éviter le non liquet, il n'est pas sûr, à l'instar de M. Tladi, qu'analyser le sens précis du non liquet relève du sujet. En tentant de définir cette expression, la Commission risque de brouiller la distinction entre étude méthodologique et examen au fond des principes généraux. Il est peut-être donc plus sage que la Commission réserve sa position sur cette question et reprenne éventuellement, à un stade ultérieur, ce débat essentiellement académique.

M. Jalloh dit que d'une manière générale il peut souscrire aux quatre conclusions énoncées aux paragraphes 108 et 109. Quant à la possibilité de déduire des principes généraux du droit de principes existant *in foro domestico*, il convient de noter que Elihu Root, qui a proposé la version finale du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, a rejeté cette possibilité au motif que les principes du droit interne étaient appliqués différemment dans les divers États. Dans le même temps, la Commission devrait examiner les arguments avancés par d'autres membres du Comité consultatif de juristes, comme Phillimore, Loder et de Lapradelle. Certes, la prudence s'impose, car l'examen de ces arguments risque de rouvrir le débat sur l'opposition entre naturalisme et positivisme et sur le rôle de ces deux écoles de pensée dans la conception des principes généraux du droit et de leur statut en droit international.

M. Jalloh dit qu'il apprécie en particulier l'examen par le Rapporteur spécial du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, car les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux du monde entier jouent un rôle crucial dans le développement du droit pénal international ; l'article 21 du Statut de Rome porte précisément sur la question du droit applicable. Lorsque cette disposition a été élaborée, une délégation a proposé que, dans le développement des principes du droit, la Cour mène une étude des lois nationales des États représentant les grands systèmes juridiques du monde et tienne compte de ses résultats. M. Jalloh dit que puisqu'il souscrit à la proposition figurant au paragraphe 120 selon laquelle « la pratique des États et la pratique judiciaire confirment que les principes généraux du droit peuvent découler des systèmes juridiques nationaux », il pense lui aussi que le paragraphe 1 b) et c) de l'article 21 du Statut de Rome entretient une relation unique avec le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Bien entendu, il est nécessaire de tenir compte de la jurisprudence de la Cour pénale internationale et de veiller à ce que l'interprétation de la Commission ne soit pas en conflit avec celle de la Cour.

La position du Rapporteur spécial est également étayée par la décision rendue le 28 juin 2012 par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone dans l'affaire *The Independent Prosecutor v. Hassan Papa Bangura et al.*, qui reconnaît que, en vertu de l'article 72 bis iii) du Règlement de procédure et de preuve, le droit que doit appliquer le Tribunal spécial comprend les principes généraux du droit découlant des lois nationales des systèmes juridiques du monde, y compris les lois nationales de la République de Sierra Leone. Il importe toutefois de ne pas oublier que l'invocation des principes généraux dans la jurisprudence des tribunaux spéciaux comme le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone relève peut-être davantage du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice que de l'article 21 du Statut de Rome.

L'opinion dissidente jointe par le juge Moore à l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est instructive, en ce qu'elle fait valoir qu'exiger qu'un tribunal soit compétent pour pouvoir agir est un des principes communs à tous les systèmes juridiques. Les auteurs considèrent de même que l'*Affaire du « Lotus »* donne des indications quant à la manière de déterminer si un principe général existe.

Si la Cour internationale de Justice semble avoir invoqué des principes généraux de droit dans plusieurs arrêts et avis consultatifs, elle a également, comme l'a relevé Cherif Bassiouni dans son article intitulé « A Functional Approach to "General Principles of International Law" », fréquemment omis d'indiquer la méthode ou le processus employé pour établir l'existence d'un principe général au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. On ne saurait toutefois le reprocher à la Cour, car la question des principes généraux se pose généralement à elle dans le cadre de différends interétatiques susceptibles d'être réglés en appliquant des dispositions conventionnelles et coutumières. La jurisprudence de la Cour risque donc de n'être guère éclairante et la Commission doit l'envisager avec prudence. M. Jalloh aurait souhaité que le rapport donne un exemple d'une affaire dans laquelle la Cour a rejeté des arguments reposant sur des principes généraux du droit ou a simplement estimé que, puisque des règles conventionnelles ou coutumières lui permettaient de régler le litige, elle n'avait nul besoin de déterminer si un principe général de droit existait. S'agissant de la référence, au paragraphe 210 du rapport, à l'arrêt rendu par la Cour en 1962 dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, en réalité cet arrêt ne mentionne pas le principe de la forclusion mais ne fait qu'indiquer que le silence d'une partie qui pouvait et devait réagir est assimilable à son consentement (« *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* »). Dans une opinion dissidente, le juge Spender mentionne le principe de la forclusion et reproche à l'arrêt de transformer ce principe en une « maxime ... informe ».

M. Jalloh dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que l'invocation des principes généraux du droit par les juridictions internationales démontre la pertinence de ces principes dans l'ordre juridique international. Elle démontre aussi que ces principes sont considérés comme une source du droit également importante et susceptible d'être invoquée par les États comme par les juridictions.

M. Jalloh dit qu'il souscrit pareillement à l'opinion exprimée dans la quatrième partie du rapport, à savoir que les éléments essentiels des principes généraux de droit sont énoncés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. C'est pourquoi il convient d'examiner l'expression « principes généraux de droit », l'exigence de la reconnaissance et l'expression « nations civilisées ». La Commission doit de plus expliquer la mesure dans laquelle ces principes doivent être généraux, en identifier l'origine et déterminer par qui ils doivent être « reconnus ». Il est évident que « généraux » ne signifie pas « universels », car les principes généraux de droit existant dans les systèmes de droit civil et de *common law* peuvent être interprétés différemment dans ces systèmes, ou ne pas exister dans d'autres systèmes. Tout en approuvant ce qui est dit au paragraphe 153 quant au sens de l'adjectif « général », M. Jalloh souligne que cet adjectif doit également s'entendre comme renvoyant aux principes ayant un large champ d'application existant dans les différents systèmes juridiques des États.

Le Rapporteur spécial relève à juste titre que la relation entre les termes « principe » et « règle » a suscité une attention considérable. À cet égard, il pense comme M. Aurescu qu'un principe n'est pas en lui-même une règle mais quelque chose qui sous-tend une règle. La notion de « droit » peut englober des règles découlant des systèmes juridiques nationaux, mais également des règles émanant du droit international. Il appelle toutefois l'attention sur la mise en garde exprimée par le juge Tanaka dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt rendu en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud)*, à savoir que les emprunts au droit interne, au droit public, au droit constitutionnel et administratif, au droit privé, au droit commercial, au droit touchant au fond et au droit de procédure ne doivent pas être effectués mécaniquement, en important des institutions d'ordre privé, en bloc, toutes faites et complètement équipées d'un ensemble de règles. Le juge Tanaka a de plus fait valoir que les principes de base ou principes directeurs ne doivent pas procéder seulement des dispositions législatives et des institutions de droit

interne, mais doivent procéder aussi des concepts fondamentaux qui sont à la base de chaque branche du droit et du droit en général, dans la mesure où l'on peut les considérer comme « reconnus par les nations civilisées ».

M. Jalloh dit que, bien qu'il souscrive à l'analyse pondérée du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 163 à 174 et à la conclusion qu'il tire au paragraphe 175, il considère que l'exigence de la reconnaissance ne doit pas être entendue comme une pratique générale acceptée comme étant le droit. La condition de reconnaissance doit être réputée remplie lorsque la pratique en question existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques du monde, y compris le droit coutumier africain, bien que la forme précise que doit prendre la reconnaissance dépendra de la catégorie de principes généraux en cause. L'expression « nations civilisées » est anachronique. Pendant trois siècles, elle a constitué la justification intellectuelle d'une prétendue « mission civilisatrice », alors qu'en réalité elle a servi à justifier les déprédations d'un colonialisme et d'une domination impitoyables imposés par une poignée d'États d'une petite région géographique aux États et aux peuples du reste du monde.

Les travaux des publicistes du « tiers monde », par exemple Antony Anghie, Upendra Baxi, James Gathii et Obiora Okafor, ont joué un rôle essentiel dans la mise en lumière de la nécessité de décoloniser le droit international. Dans son traité classique publié en 2005 et intitulé *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Anghie fait valoir que lorsque le mot « civilisé » était utilisé pour décrire un peuple, une nation ou un État, il l'était par opposition à son contraire, « non civilisé ». Les « civilisés », ou ceux dotés d'une civilisation, ont été reconnus comme sujets de droit international, tandis que les « non civilisés », ou ceux qui n'avaient pas de civilisation, ont été laissés en dehors de ce droit. Comme l'a expliqué Carl Schmitt, le terme « civilisation » était synonyme de civilisation européenne.

Il n'est pas surprenant qu'à mesure que progressait le processus de décolonisation, le terme « civilisé » ait disparu des instruments juridiques. L'un des derniers emplois de l'expression « nations civilisées » dans un traité figure à l'article 7 de la Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe en 1950. Depuis lors, les rédacteurs d'instruments internationaux ont abandonné cette expression anachronique, et ont visé soit les « principes généraux du droit », soit les « principes généraux du droit reconnus par la communauté des nations ». Le terme « civilisées » qui figure au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est inutile et superflu, comme l'a à juste titre mais en vain fait valoir le juriste français Albert de Lapradelle lors de l'élaboration du texte à l'origine de cette disposition – puisque le concept même de droit implique la civilisation, et que tous les États et peuples du monde contemporain sont civilisés. Comme l'a souligné Georg Schwarzenberger, la Commission a trois options : n'accorder aucun sens à cet « adjectif embarrassant », recourir à ses connaissances sociologiques pour l'expliquer, ou accepter pour ce faire le travail effectué par d'autres, par exemple les historiens. M. Jalloh dit qu'il préférerait personnellement que ce terme soit expliqué dans les commentaires puis abandonné. Cette approche serait conforme aux vues du Rapporteur spécial et de pratiquement tous les membres de la Commission qui se sont exprimés sur le sujet.

Les débats qui ont abouti à l'adoption du paragraphe 1 c) de l'article 38 montrent que le mot « nation » a été utilisé au sens de « peuple » et non au sens d'« État ». On voit mal pourquoi l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 exige la reconnaissance des principes généraux par les « nations » alors que l'alinéa a) de la même disposition vise la reconnaissance par les « États ». Comme l'a observé M. Tladi, ces deux mots ne sont pas synonymes. M. Valencia-Ospina a cité l'opinion individuelle du juge Christopher Weeramantry dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*. En outre, dans une opinion dissidente jointe à l'avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, le juge Sergei Krylov a exclu le mot « civilisées » s'agissant des principes généraux, considérant qu'il introduisait un élément de discrimination.

M. Jalloh dit qu'il souscrit à ce que dit le Rapporteur spécial au paragraphe 22 de son rapport en ce qui concerne les deux catégories de principes généraux de droit que semblent dénoter le paragraphe 1 c) de l'article 38. Au paragraphe 23, le Rapporteur spécial

visé d'autres catégories de principes généraux du droit recensées dans la doctrine, par exemple « les principes intrinsèques à l'idée de droit au fondement de tous les systèmes juridiques ». Il serait bon d'expliquer en quoi ces catégories sont distinctes de celles visées au paragraphe 22. Si un principe est au fondement de tous les systèmes juridiques, il sera considéré comme un principe général de droit.

Passant aux projets de conclusion proposés, M. Jalloh dit que le projet de conclusion 1 pourrait être plus clair et plus direct. Il propose à cette fin de le libeller comme suit : « Le présent projet de conclusions concerne la manière dont l'existence et le contenu des principes généraux de droit doivent être déterminés ». Ce libellé est calqué sur celui de la conclusion 1 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier.

M. Jalloh dit qu'il est d'accord avec les membres qui ont proposé d'étoffer la teneur du projet de conclusion 2 ; il faudrait pour cela analyser de manière plus approfondie l'exigence de la reconnaissance. Les vues exprimées à cet égard par M. Murase et M. Park sont intéressantes.

Le projet de conclusion 3 touche au cœur du sujet et devra être examiné avec soin au Comité de rédaction, étant entendu que la Commission pourra devoir y revenir ultérieurement, en fonction des progrès réalisés dans l'étude du sujet.

Aux paragraphes 259 à 261 de son rapport, le Rapporteur spécial propose d'analyser de manière plus approfondie dans ses rapports suivants les principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources du droit international. M. Jalloh appuie cette proposition et espère que le Rapporteur spécial clarifiera que les principes généraux du droit ont pour fonction de combler des lacunes et ne sont pas une source autonome du droit.

M. Jalloh appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction. Comme M. Tladi et Sir Michael Wood, et à condition que le Rapporteur spécial soit d'accord, il pense que les projets de conclusions 2 et 3 devraient demeurer au Comité de rédaction jusqu'à 2020, car une étude plus approfondie est nécessaire pour en préciser le libellé.

M. Aurescu dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour son excellent premier rapport, la présentation intéressante et exhaustive qu'il en a faite et ses efforts de vulgarisation en rapport avec le sujet. Les observations faites par les délégations durant les débats de la Sixième Commission en 2017 et 2018, dont il est rendu compte dans l'introduction du rapport, attestent l'appui général dont jouissent les travaux de la Commission sur le sujet.

M. Aurescu dit qu'il souscrit à la proposition du Rapporteur spécial, formulée au paragraphe 10, tendant à ce que la Commission « éclairci[sse] à plusieurs égards la question des principes généraux du droit ... de manière pragmatique, sur la base du droit et de la pratique actuels », et estime lui aussi que, comme indiqué au paragraphe 11, « [l]a pratique des États et des juridictions internationales a pu être qualifiée d'obscur ou ambiguë », ce qui signifie qu'« une approche prudente et rigoureuse est de mise ». Le rapport à l'examen suit une telle approche, que M. Aurescu approuve dans son principe, mais la prudence ne devrait pas empêcher la Commission de tirer des conclusions lorsqu'elle le peut.

M. Aurescu dit que, d'une manière générale, il convient que l'examen du sujet doit être axé sur les questions énumérées par le Rapporteur spécial. Il convient par exemple qu'ainsi que l'indique le paragraphe 18, « [l]'exigence d'une "reconnaissance" ... est peut-être au cœur des travaux de la Commission sur le sujet » et que les questions à élucider comprennent « les différentes formes que peut prendre la reconnaissance, les éléments pertinents pour en constater l'existence et leur poids respectif et la mesure dans laquelle cette reconnaissance est exigée ». Avant de se pencher sur d'autres questions, la Commission devrait clarifier dans quelle mesure la reconnaissance est requise. La toute première question à laquelle il convient de répondre est toutefois celle de savoir si les principes généraux du droit sont effectivement une source du droit international et, dans l'affirmative, quel type de source. Cette question n'est pas analysée dans le rapport. Or les principes généraux du droit sont une source du droit international d'un type particulier.

La Commission se doit de commencer par analyser le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais elle ne doit pas oublier que, comme il ressort des travaux préparatoires relatés dans le rapport, cet article n'a pas été rédigé dans le but d'identifier en théorie les sources du droit international. Il n'est pas exhaustif, car il ne mentionne pas les actes unilatéraux ou les déclarations, bien que ceux-ci soient une source du droit international invoquée par la Cour dans sa jurisprudence. Cet article n'a été rédigé que pour donner des indications pragmatiques à la Cour quant aux normes à appliquer, et quant à ce qu'elle devait faire en l'absence de normes, lorsqu'elle examinait les différends dont elle était saisie.

De ce point de vue, il serait très utile d'examiner « les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec d'autres sources du droit international, en particulier les traités et la coutume » comme proposé au paragraphe 24 du rapport à l'examen. À cet égard, M. Aurescu fait sien le « point de vue largement partagé » – pour citer le paragraphe 25 – selon lequel les principes généraux du droit sont « une source accessoire de droit international, en ce sens qu'ils viendraient combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier ou serviraient à éviter le *non liquet* » et considère, comme indiqué au paragraphe 26, qu'ils constituent un moyen « d'étayer le raisonnement juridique ».

Il est donc important que la Commission examine la relation des principes généraux du droit non seulement avec les traités et la coutume mais également avec l'équité qui, comme les principes généraux du droit, est invoquée par les juridictions internationales pour régler les différends et qui, par certains aspects, renvoie à l'éthique des relations internationales ou en découle. Comme indiqué au paragraphe 52 du rapport, la Commission a par le passé qualifié l'équité de « principe général ».

M. Aurescu dit qu'il s'attendait à ce que le Rapporteur spécial examine, ou au moins mentionne, la nécessité d'analyser la nature des principes que la Commission a adoptés dans le cadre de ses travaux sur divers sujets.

Enfin et surtout, le rapport ne mentionne pas la nécessité de procéder à une analyse comparative des principes généraux du droit et des principes fondamentaux du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies et dans de nombreux autres documents, notamment la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale et l'Acte final d'Helsinki de 1975. Le rapport ne contient que trois mentions secondaires, aux paragraphes 182, 186 et 258, du principe fondamental de l'égalité souveraine des États. De même, il ne mentionne pas la nécessité de procéder à une analyse comparative des principes généraux du droit et des principes régissant les diverses branches du droit international. M. Aurescu considère que tous ces principes constituent un système de principes de droit international et qu'il ne faut pas négliger les relations qu'ils entretiennent.

M. Aurescu dit que, bien qu'il convienne que « la Commission ne devrait pas examiner la question des principes généraux du droit quant au fond » comme indiqué au paragraphe 41, il souhaiterait connaître l'avis du Rapporteur spécial sur la possibilité d'établir une liste indicative de principes généraux du droit, comme la Commission l'a fait s'agissant du *jus cogens*.

M. Aurescu dit qu'il souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 27, à savoir que les principes généraux du droit sont distincts des traités et de la coutume. Au paragraphe 32, le Rapporteur spécial propose que la Commission « clarifie[...] le rôle joué par les décisions judiciaires et la doctrine comme “moyens auxiliaires” ... dans la détermination des principes généraux du droit » et tienne compte des « avis selon lesquels les décisions des juridictions internationales aident non seulement à déterminer les principes généraux du droit, mais jouent également un rôle important dans la formation de cette source de droit international ». Cette piste de recherche serait certes intéressante, mais il est à craindre qu'elle amène la Commission à s'écarter du sujet.

Au paragraphe 33, le Rapporteur spécial suggère que la Commission se penche sur la question des principes généraux du droit régionaux, voire bilatéraux. Or on peut douter de l'existence de tels principes. En attendant l'examen de la question dans un rapport futur, toute conclusion quant à l'existence de principes généraux du droit régionaux ou bilatéraux dépendra essentiellement du sens que la Commission attribue au terme « généraux » et de la

décision qu'elle prendra quant à l'étendue de la reconnaissance nécessaire pour qu'un principe général du droit soit considéré comme tel.

M. Aurescu dit qu'il considère comme particulièrement utile les sections du rapport consacrées aux travaux antérieurs de la Commission concernant les principes généraux du droit, à la pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, aux travaux préparatoires de l'article 38 du Statut et à la pratique postérieure à l'adoption des statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice.

Au paragraphe 108, le Rapporteur spécial déclare que la mention des « principes généraux de droit » à l'article 38 du Statut « semble avoir été en partie liée à une crainte de voir la Cour refuser d'exercer sa compétence et prononcer un *non liquet* », ce qui signifie que les principes généraux ont d'emblée été considérés comme une source complémentaire du droit international. Au paragraphe 109, le Rapporteur spécial affirme « qu'il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les diverses sources du droit international mentionnées dans la disposition », une conclusion qui semble tirée du fait que la mention d'un ordre entre les sources a été supprimée dans le chapeau de l'article 38. Cela semble contredire l'idée que les principes généraux sont visés dans le Statut pour fournir à la Cour un moyen de combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier et d'éviter le *non liquet*.

M. Aurescu dit qu'il souscrit en substance à l'affirmation selon laquelle il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les sources du droit international énumérées à l'article 38, ni même entre les sources qui n'y sont pas mentionnées, mises à part « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », qui sont des sources auxiliaires. Toutefois, une telle conclusion ne peut être tirée du fait que le texte final de l'article 38 ne mentionne aucun ordre entre les sources, car un ordre existe bien. L'article 38 a été rédigé dans le seul but, pragmatique, d'aider la Cour à régler les différends. Pour ce faire, la meilleure méthode consiste à rechercher d'abord des normes conventionnelles applicables puis, en l'absence de telles normes, à rechercher des normes coutumières, une tâche plus complexe, et, si cette recherche est vaine, à se tourner vers les principes généraux. Le paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale mentionne expressément l'existence d'un ordre. Néanmoins, l'absence de hiérarchie formelle entre les principales sources du droit international ne signifie pas que leurs fonctions respectives, la mesure dans laquelle elles sont invoquées et leur champ d'application ne sont pas différents dans la pratique.

M. Aurescu se félicite que le rapport donne un aperçu de la jurisprudence internationale relative aux principes généraux du droit. Au paragraphe 139, le Rapporteur spécial déclare qu'il ressort de cet aperçu que, « depuis l'adoption, en 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les États et les cours et tribunaux internationaux ont fait référence à cette source du droit international à plusieurs reprises et dans différents contextes, ce qui ne laisse subsister aucun doute quant à sa pertinence dans l'ordre juridique international ». M. Aurescu dit que s'il ne conteste pas la pertinence des principes généraux du droit dans l'ordre juridique international, il estime que cette conclusion va à l'encontre de l'affirmation figurant au paragraphe 127 selon laquelle « [l]a Cour internationale de Justice et sa devancière ne semblent s'être clairement référées que dans quelques cas aux principes généraux de droit », et de la teneur du paragraphe 128, dans lequel le Rapporteur spécial cite des affaires dans lesquelles la Cour permanente de Justice internationale a rejeté l'application de tels principes.

La question de la différence entre « principes » et « règles » est abordée pour la première fois au paragraphe 146 du rapport, et peut-être aurait-elle pu l'être au début de celui-ci. M. Aurescu dit qu'il partage l'opinion rapportée dans ce paragraphe, selon laquelle « on entend surtout par principe ou principe général de droit, par opposition à règle ou règle générale de droit, quelque chose qui ne constitue pas à proprement parler une règle mais qui sous-tend cette règle ». Cette opinion est extrêmement abstraite et comporte une dimension axiologique, comme souligné au paragraphe 148.

Au paragraphe 153, le Rapporteur spécial conclut que l'expression « principes généraux de droit » fait référence à « des normes qui ont un caractère "général" et "fondamental" ». Ces normes sont « générales » en ce sens que leur contenu présente un

certain degré d'abstraction, et "fondamentales" au sens où elles sous-tendent des règles précises ou incarnent des valeurs importantes ». M. Aurescu dit qu'il approuve cette définition dans ses grandes lignes mais pas dans son intégralité. Premièrement, elle est circulaire, puisqu'elle explique que les principes « généraux » sont des normes « générales ». Deuxièmement, il n'est pas d'accord que les principes sont des « normes ». Il convient toutefois qu'ils « sous-tendent des règles précises ou incarnent des valeurs importantes ». Les autres éléments de la définition sont acceptables, y compris la référence au caractère « fondamental », à condition de ne pas confondre principes généraux de droit et principes fondamentaux du droit international.

S'agissant de la « reconnaissance », M. Aurescu dit qu'il partage pleinement l'opinion exprimée au paragraphe 165 selon laquelle la reconnaissance est « la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit comme source du droit international ». Il souscrit également, dans son principe, à l'affirmation figurant au paragraphe 171 selon laquelle « il pourrait être nécessaire d'établir la reconnaissance d'une autre manière » en fonction de la catégorie dont relève le principe général de droit qui doit être reconnu. Il est de plus manifeste que l'expression « nations civilisées » est obsolète.

M. Aurescu dit qu'il partage également l'idée, implicite au paragraphe 183, que la reconnaissance doit être largement représentative. Il ne comprend toutefois pas très bien pourquoi le Rapporteur spécial considère, ou semble considérer, que la nécessité pour la reconnaissance d'être largement représentative ne s'applique qu'aux principes généraux de droit découlant des systèmes nationaux. Cette question doit être clarifiée et développée dans les rapports suivants, eu égard en particulier à l'extrême prudence dont le Rapporteur spécial fait preuve au paragraphe 187 lorsqu'il énumère les questions touchant la reconnaissance qui doivent être examinées dans les rapports futurs.

La section du rapport consacrée aux principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux est très intéressante. Au paragraphe 230, le Rapporteur spécial conclut que « l'une des catégories de principes généraux de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice est celle des principes dégagés à partir du droit interne, pour autant qu'on puisse trouver dans la majorité des systèmes juridiques nationaux des principes communs ». Bien qu'il soit d'accord, M. Aurescu dit qu'il considère qu'eu égard à l'ensemble de la pratique examinée dans le rapport, cette conclusion devrait être complétée en y ajoutant les mots « et que ces principes se prêtent à une application en droit international ».

La section du rapport traitant des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international est également intéressante, mais elle ne contient pas de conclusion concernant la reconnaissance, une question qui, aux termes du paragraphe 253, sera examinée dans un futur rapport.

En ce qui concerne les projets de conclusion proposés, M. Aurescu dit que dans son principe, le projet de conclusion 1 ne lui pose pas de problème. Dans le même temps, le rapport n'examine pas la question de savoir si les principes généraux de droit sont une source du droit international et n'envisage que de manière tangentielle la question de savoir quel type de source ils constituent, sans tirer aucune conclusion. Cela étant, il considère donc que le projet de conclusion 1 pourrait être aligné sur le titre du sujet, afin qu'il se lise comme suit : « Le présent projet de conclusions concerne les principes généraux de droit. ». Il pourrait être procédé à cette modification étant entendu que la Commission reviendra sur le projet de conclusion après que les questions qu'il vient de mentionner auront été examinées dans un rapport futur ; il sera alors possible d'ajouter les mots « comme source du droit international » sous la forme que le Comité de rédaction jugera appropriée.

M. Aurescu dit que le projet de conclusion 2 ne lui pose pas de problème quant au fond, mais qu'il considère que son libellé est également prématuré. De nombreux aspects de la question de la reconnaissance, y compris sa généralité et la distinction éventuelle entre les deux catégories de principes généraux au regard de ses paramètres, n'ont pas encore été analysés en profondeur par le Rapporteur spécial. Dans ce contexte, l'adverbe « généralement » dans la formule « généralement reconnu par les États » n'est pas fondé sur les recherches exposées dans le rapport ; l'adjectif « général », dans l'expression « principe général de droit », doit également être expliqué. La référence aux « États »

pourrait peut-être être complétée par une référence aux autres acteurs susceptibles de participer à la formation des principes généraux du droit.

M. Aurescu dit qu'à la lumière de ces considérations, il estime que le projet de conclusion 2 devrait soit être réexaminé à un stade ultérieur, soit remanié comme suit : « La reconnaissance est une condition essentielle de l'existence d'un principe général de droit. ». Il serait entendu, dans ce dernier cas, que la Commission reviendra sur la question une fois que les aspects de celle-ci qu'il a évoqués auront été examinés dans un rapport futur. Le projet de conclusion 3 n'appelle pas d'observations.

M. Aurescu dit que compte tenu de ses observations et propositions, il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Nguyen dit qu'il se joint aux autres membres pour remercier le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport et l'intéressante présentation orale qu'il en a faite. Ce rapport fournit de très nombreux éléments tirés de la pratique des États, de la jurisprudence, des décisions de tribunaux internes et de la doctrine, et témoigne des efforts considérables faits par la Commission pour combler les lacunes dans l'étude des principales sources du droit international. Il suit de près l'achèvement ou le quasi-achèvement des travaux de la Commission sur les sujets « Détermination du droit international coutumier », « Application provisoire des traités » et « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». En d'autres termes, la Commission a examiné presque tous les aspects du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Le rapport rend compte de manière exhaustive de l'élaboration et de l'application du paragraphe 1 c) de l'article 38 tant avant qu'après l'adoption des statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Il donne aussi à la Commission la possibilité de se prononcer sur l'emploi de termes tels que « principes », « principes généraux », « principes généraux de droit » et « principes généraux du droit international », souvent employés d'une manière incohérente et qui est source de confusion.

Les questions que le Rapporteur spécial propose à l'examen de la Commission sont les mêmes que celles évoquées durant le débat sur le sujet au sein du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme et dans le document de travail établi par Secrétariat en 2016 (A/CN.4/679/Add.1). La liste de ces questions n'est pas exhaustive et peut être complétée. Dans son rapport, le Rapporteur spécial met l'accent sur les fonctions des principes généraux du droit et sur la relation entre ces principes et les autres sources du droit international, en particulier les normes conventionnelles et coutumières. S'il est exact que les principes généraux du droit sont distincts des normes du droit international coutumier et qu'il ne faut pas confondre les uns et les autres, comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 28 de son rapport, ces deux sources interagissent et se complètent. La possibilité que deux principes généraux du droit portant sur la même question puissent être en conflit mérite également de retenir l'attention. Un conflit peut exister entre, par exemple, des principes humanitaires et le principe de la souveraineté, la responsabilité de protéger et le principe de la non-intervention dans les affaires intérieures, ou l'intervention militaire à des fins humanitaires et l'interdiction de l'emploi de la force. Quelle règle faut-il appliquer pour régler un tel conflit : la *lex specialis*, la *lex posterior* ou une règle différente ? Une autre question est celle de la possibilité de modifier les principes généraux du droit. Peuvent-ils être modifiés ou remplacés, ou peuvent-ils servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international ?

Dans la deuxième partie de son rapport, le Rapporteur spécial se réfère au droit humanitaire et au droit économique et évoque, en raison de leur relation étroite avec le sujet à l'examen, les sujets « Détermination du droit international coutumier » et « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Or les travaux de la Commission sur plusieurs autres sujets concernent également des principes généraux du droit, notamment la règle de la continuité de la nationalité et la règle générale de non-succession pour ce qui est du sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État », et le principe de la réparation intégrale pour ce qui est du sujet « Protection de l'environnement en relation avec les conflits armés ».

Dans la troisième partie du rapport, consacrée au développement des principes généraux du droit au fil du temps, diverses références à ces principes sont invoquées dans le contexte des traités et de la jurisprudence internationale. M. Nguyen se demande à cet égard pourquoi la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale) n'est pas citée, alors même que le Rapporteur spécial recommande, au paragraphe 20, que la Commission examine le rôle des organisations internationales dans la formation des principes généraux du droit en tant que source du droit international. La pratique des organisations internationales devrait être considérée comme pertinente aux fins des travaux sur le sujet. M. Nguyen dit que, sur ce point, il partage les vues de M^{me} Galvão Teles et de M. Park, qui ont fait valoir 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 de principes généraux du droit. Ces principes sont invoqués par les États et les organisations internationales dans leurs relations mutuelles. Cette question est liée à celle de la portée des travaux, que certains membres voudraient limiter au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice de crainte que l'étude du sujet ne soit trop complexe. Or si la portée des travaux est ainsi limitée, le titre du sujet devrait être modifié et se lire « Les principes généraux de droit en tant que source du droit international au sens de l'article 38, paragraphe 1 c) », et les principes généraux du droit ne relevant pas de cet article être examinés au titre d'un sujet distinct. Si la majorité des membres de la Commission souhaite limiter la portée du sujet de cette manière, la question des principes juridiques en général, au-delà du champ d'application de l'article 38, devrait être examinée dans le prochain rapport et évoquée dans les commentaires.

Au paragraphe 16 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial divise le paragraphe 1 c) de l'article 38 en trois parties. Des auteurs ont discerné quatre éléments dans cette disposition, à savoir « principes », « généraux », « reconnus » et « nations civilisées ». Avant d'examiner le premier élément, « principes généraux de droit », le Rapporteur spécial se penche sur le terme « principe » et sur sa relation avec le terme « règle », ainsi que sur l'association de l'adjectif « général » au terme « principe ». M. Nguyen dit qu'il convient avec le Rapporteur spécial que l'expression « principes généraux de droit » figurant au paragraphe 1 c) de l'article 38 a été interprétée en diverses occasions soit comme un tout, soit mot à mot. L'essentiel est de trouver l'interprétation qui reflète l'intention de ceux qui ont rédigé la disposition.

L'adjectif « généraux » peut signifier « qui ne sont pas uniques ». Il est certes établi que les principes généraux de droit découlent des systèmes juridiques internes, mais l'adjectif « généraux » employé au paragraphe 1 c) de l'article 38 n'exclut pas l'existence de principes généraux émanant du système juridique international. M. Nguyen dit qu'il pense toutefois comme Sir Michael Wood qu'il n'y a guère de pratique à cet égard, voire aucune. De même, le terme « généraux » ne peut être interprété comme excluant l'existence de « principes généraux » dans un contexte régional. En fait, l'apparition de principes généraux dans les systèmes juridiques internes peut impliquer qu'ils existent dans le contexte régional. Par exemple, l'*uti possidetis* est un principe apparu dans le cadre de l'accession à l'indépendance d'États d'Amérique, d'Asie et d'Afrique. Il vient du droit romain et est devenu un principe régional avant d'être reconnu comme un principe général du droit international. L'adjectif « généraux » reflète les valeurs fondamentales et essentielles du système juridique. Il peut signifier « non particuliers », mais l'expression « principes généraux » doit être interprétée en fonction des circonstances. Le même principe général peut s'appliquer dans un cas mais non dans un autre.

Les principes généraux du droit s'appliquent en l'absence de règles de droit coutumier ou d'accords entre les États. Si des règles énoncent des directives qui doivent être respectées, les « principes généraux » renvoient à des solutions susceptibles de s'appliquer dans diverses situations. Le fait que ni l'adjectif « national » ni l'adjectif « international » ne qualifie le mot « droit » montre que les rédacteurs du paragraphe 1 c) de l'article 38 considéraient que les principes généraux, en tant que source du droit international, pouvaient découler des systèmes juridiques nationaux ou se former dans le cadre du système juridique international. En d'autres termes, leur origine était double.

La difficulté consiste à distinguer entre les critères ou normes applicables à la reconnaissance des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et les critères ou normes applicables à la reconnaissance de ceux formés dans le cadre du système juridique international. M. Nguyen dit que, sur ce point, il est d'accord avec M. Valencia Ospina, M. Hmoud et M. Murphy. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux sont plus facilement reconnus que ceux formés dans le cadre du système juridique international, car la distinction entre principes généraux du droit et règles du droit coutumier n'est pas nette. Il est rare que des principes généraux du droit se forment dans le cadre du système juridique international parce que certains d'entre eux peuvent être élevés au rang de règles coutumières. L'étude comparative de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine à laquelle a procédé le Rapporteur spécial ainsi que les débats de la Commission contribueront à clarifier le sens de l'expression « principes généraux de droit ».

L'ordre des dispositions du paragraphe 1 de l'article 38 devrait être analysé avec les autres éléments pour clarifier le statut juridique des principes généraux de droit et la mesure dans laquelle ils sont reconnus. Le paragraphe 1 de l'article 38 ne mentionne aucune hiérarchie entre les trois sources visées aux alinéas a), b) et c), et la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine indiquent qu'elles sont égales, indépendantes et autonomes. Le chapeau du paragraphe 1 de l'article 38 indique seulement que la Cour peut appliquer les trois sources pour régler les différends qui lui sont soumis. Il ne confère à la Cour aucun pouvoir législatif. Du point de vue de l'application, les normes conventionnelles ont la priorité parce que leur texte est plus précis que celui des règles coutumières ou des principes généraux de droit. Les règles coutumières et les principes généraux de droit doivent être identifiés et transposés avant de pouvoir être appliqués. Bien entendu, il n'est pas nécessaire d'appliquer les sources dans l'ordre dans lequel elles sont visées au paragraphe 1 de l'article 38. Toutefois, le fait qu'il soit plus facile d'interpréter les normes conventionnelles que d'identifier des règles coutumières ou des principes généraux de droit abstraits influe sur l'application. Les principes généraux de droit sont une source autonome du droit, non une source auxiliaire ou subsidiaire. Les considérer comme une source complémentaire ou additionnelle serait contraire à l'esprit du paragraphe 1 c) de l'article 38, car les auteurs de cette disposition ont consacré un paragraphe distinct à chaque source. M. Rajput a avancé le même argument la veille, lorsqu'il a déclaré que les principes généraux de droit en tant que source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 occupaient le même rang que les traités ou la coutume.

Les difficultés de l'identification influent également sur les critères à appliquer pour déterminer l'existence de chaque source du droit international. L'acceptation est requise dans le cas des règles coutumières, alors que la reconnaissance est liée aux principes généraux du droit. Les normes impératives du droit international général doivent être à la fois acceptées et reconnues. Le sens de chaque terme doit être précisé dans chaque cas. Dans le texte qu'il a proposé pour le projet de conclusion 8 dans le cadre du sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », le Rapporteur spécial pour ce sujet, M. Tladi, a souligné la distinction entre l'acceptation et la reconnaissance en tant que critères d'identification des normes du *jus cogens* et la reconnaissance aux fins des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38. L'acceptation, dans le cas des règles coutumières, doit être attestée par une pratique générale des États et une *opinio juris*, et l'acceptation accompagnée de la reconnaissance élève certaines règles coutumières au rang de normes du *jus cogens*. Dans le cadre de ses débats sur le projet d'articles sur le droit des traités et, plus récemment, sur le quatrième rapport consacré aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a semblé encliner à conclure que l'acceptation et la reconnaissance par une large majorité d'États suffisaient pour qu'une norme soit considérée comme une norme du *jus cogens*. Si l'acceptation est étroitement liée à la pratique des États, la reconnaissance peut être déduite de la pratique d'un nombre limité d'États représentant tous les grands systèmes de droit, et ne nécessite donc pas la pratique et l'*opinio juris* d'une large majorité d'États. Dans le cas des normes du *jus cogens*, le facteur est l'acceptation et la reconnaissance par une très large majorité d'États ; dans le cas des principes généraux de droit, c'est la reconnaissance par les « nations civilisées ». Les implications politiques de l'expression « nations civilisées » mises à part, son emploi par les rédacteurs de l'article 38 implique qu'un nombre limité de

nations représentant les grands systèmes juridiques du monde suffit pour représenter la civilisation. Comme l'indique le Rapporteur spécial dans l'introduction de son rapport, l'expression « nations civilisées » est désormais inappropriée compte tenu du principe fondamental de l'égalité souveraine des États.

La structure du paragraphe 1 c) de l'article 38 pourrait être expliquée dans les commentaires. Plus précisément, ceux-ci pourraient indiquer que les critères de la reconnaissance de l'existence d'un principe général de droit n'exigent pas la reconnaissance par tous les États mais seulement par une très large majorité des membres de la communauté internationale représentant les principales formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde. En pratique, l'*uti possidetis* a été reconnu comme un principe général de droit par des pays et nations d'Amérique, d'Asie et d'Afrique avant d'être accepté par les États européens.

Les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial sont brefs et reflètent comme il convient l'interprétation usuelle du paragraphe 1 c) de l'article 38. Le projet de conclusion 1 n'appelle pas d'objection. S'agissant du projet de conclusion 2, M. Nguyen dit qu'il souhaite faire une proposition mineure. Pour souligner que l'existence d'un principe général est déterminée de manière indépendante et objective, puisque c'est la reconnaissance qui l'atteste, il propose de remplacer les mots « reconnu par les États » par les mots « reconnu par une très large majorité de la communauté internationale ». De plus, cette formulation consacre la possibilité d'une reconnaissance par le biais des organisations internationales. En ce qui concerne le projet de conclusion 3, M. Nguyen dit qu'il appuie la proposition de M. Park tendant à ce que l'alinéa b) soit modifié comme suit : « Les principes généraux de droit comprennent ceux [qui], dans certains cas, sont formés dans le cadre du système juridique international. ». En ce qui concerne le programme de travail futur, M. Nguyen dit qu'il est tout à fait d'accord avec les membres qui estiment que la Commission doit se concentrer sur les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources du droit international. La relation des principes généraux entre eux devrait également être examinée. M. Nguyen dit qu'il appuie le renvoi des trois projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est suspendue à 11 h 35 et reprise à midi.

M. Saboia dit que le premier rapport du Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit repose sur des recherches approfondies et est bien documenté. Par sa précision et sa clarté, il pose un fondement solide pour les travaux sur un important sujet. Comme indiqué au paragraphe 4, ce rapport est par nature une introduction préliminaire qui vise à permettre à la Commission d'ouvrir le débat et de définir la direction à donner aux travaux. À la Sixième Commission, plusieurs délégations se sont félicitées de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission et ont déclaré que l'examen des principes généraux du droit en tant que source du droit international compléterait comme il convient les travaux déjà menés par la Commission sur les autres sources du droit international.

Comme certains auteurs l'ont relevé, l'intérêt pour les principes généraux du droit s'est récemment accru, peut-être en raison de la fragmentation du droit international et du développement de nouveaux domaines du droit comportant davantage de lacunes, comme le droit pénal international avec la création de juridictions pénales internationales. Dans le chapitre I de la première partie, le Rapporteur spécial définit la portée du sujet et formule une proposition quant à la forme que doit revêtir le texte issu des travaux, indiquant à juste titre que la Commission est en mesure de clarifier divers aspects des principes généraux du droit de manière pragmatique sur la base du droit et de la pratique actuels. L'objectif devrait être de fournir des indications aux États, aux organisations internationales, aux juridictions et à tous ceux appelés à utiliser les principes généraux du droit en tant que source du droit international. En ce qui concerne le résultat des travaux, un projet de conclusions est approprié. M. Saboia prend note de la proposition tendant à ce que la Commission examine quatre questions principales : premièrement, la nature juridique des principes généraux du droit, deuxièmement, les origines des principes généraux du droit, troisièmement, les fonctions des principes généraux du droit et leur relation avec les autres sources du droit international et, quatrièmement, l'identification des principes généraux du droit. M. Saboia dit que le projet de conclusion 1 proposé au paragraphe 34 et intitulé

« Champ d'application » n'est pas controversé, ou au moins ne lui semblait pas l'être avant qu'il entende les déclarations d'autres membres.

Le chapitre II de la première partie traite de la question importante de la méthodologie. M. Saboia dit qu'il partage l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 35 à 37 quant aux bases sur lesquelles doivent reposer les travaux de la Commission. Comme dans le cas des autres sujets de nature similaire, c'est dans la pratique des États et des organisations internationales, la jurisprudence des juridictions internationales et la doctrine que des éléments pertinents doivent être recherchés. Comme indiqué au paragraphe 38, le choix des éléments pertinents est rendu plus difficile par le fait que différentes expressions sont utilisées dans la pratique et dans la doctrine pour désigner les catégories de normes susceptibles d'être considérées comme des principes généraux du droit. Au paragraphe 39, le Rapporteur spécial propose judicieusement des critères objectifs rigoureux pour sélectionner les éléments pertinents et, au paragraphe 41, il souligne à juste titre que les exemples de principes généraux du droit donnés dans le cadre des travaux sur le sujet ne le seront qu'à titre indicatif, sans être examinés quant au fond.

La deuxième partie du rapport à l'examen contient un large aperçu des travaux antérieurs de la Commission sur les principes généraux du droit, qui contient tant des références générales qu'une analyse de questions spécifiques. Cet aperçu, qui figure aux paragraphes 46 à 64, démontre éloquemment le rôle que jouent les principes généraux du droit en ce qui concerne la plupart des sujets sur lesquels a travaillé la Commission, notamment la formulation des Principes de Nuremberg, le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international.

La troisième partie analyse le développement des principes généraux du droit au fil du temps et de la pertinence de cette évolution historique. Elle commence par donner un aperçu de l'abondante pratique du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, avant la création de la Cour permanente de Justice internationale. Comme indiqué au paragraphe 78, de nombreux traités conclus pour le règlement des différends durant cette période contenaient, sur le droit applicable, de larges dispositions faisant appel à des notions telles que « le droit des gens », « les principes du droit international » et « l'équité ». Les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 et les instruments et tribunaux arbitraux établis par la suite prévoient le recours à des règles et principes tirés de sources autres que les traités et la coutume. S'agissant de l'évocation dans le rapport de la Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, il convient de rappeler le contexte historique de cette convention, qui n'est jamais entrée en vigueur. Premièrement, on se souviendra que l'une des raisons pour lesquelles la Cour des prises proposée n'a pas été créée est que sa composition aurait été fondée sur la puissance militaire, au mépris du principe de l'égalité souveraine des États. Deuxièmement, la note de bas de page 115 du rapport à l'examen montre le pouvoir extraordinaire qui aurait été conféré à ses juges, qui auraient tout simplement été appelés à « faire le droit ». Des débats sur le pouvoir discrétionnaire à accorder aux juges ont eu lieu tout au long de l'histoire de l'établissement des institutions qui a abouti à la création de la Cour permanente de Justice internationale. Une autre innovation notable de la période est la clause de Martens, dont la pertinence actuelle a été soulignée dans le cadre d'autres sujets actuellement examinés par la Commission. L'importance de cette pratique antérieure est reflétée dans la conclusion énoncée au paragraphe 89, dans lequel le Rapporteur spécial souligne la pertinence considérable du processus ayant abouti à la rédaction du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

Le chapitre II de la troisième partie du rapport retrace les travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente et de la disposition correspondante du Statut de la Cour internationale de Justice. Le fait qu'un tel texte ait survécu à l'épreuve du temps, aux guerres et à d'autres événements politiques est remarquable et atteste de la prudence et de la sagesse dont les membres du Comité consultatif de juristes ont fait preuve lorsqu'ils ont rédigé le Statut de la Cour permanente. M. Saboia se félicite que deux célèbres juristes brésiliens, Raul Fernandes et Clóvis Beviláqua, aient été présents lors de ce moment fondateur. Selon Fernandes, cité au paragraphe 101 du rapport, « [c]e qui est vrai et légitime dans le domaine national, par des raisons qui tiennent de la logique, et non par concession arbitraire de la souveraineté, ne

peut être faux et illégitime dans le domaine international, où, d'ailleurs, la législature faisant défaut et la règle coutumière étant de formation très lente, la nécessité pratique d'admettre l'empire d'une telle vérité s'imposera davantage ».

La quatrième partie du rapport est consacrée aux éléments et aux origines des principes généraux du droit. La section A du chapitre I contient un examen détaillé du sens de l'expression « principes généraux de droit ». Une comparaison des termes « règle » et « principe » amène le Rapporteur spécial à conclure que le mot « principes » figurant au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice doit s'entendre de normes qui ont un caractère général et fondamental. Cette conclusion est toutefois battue en brèche par des opinions divergentes et par certaines réalités, qui font qu'il est difficile de parvenir à des conclusions catégoriques, au moins tant que la question n'a pas été examinée plus avant. En lui-même, l'adjectif « général » renvoie à toutes les branches du droit. L'étude indique également que les principes généraux de droit comprennent tant ceux découlant des systèmes juridiques internes de nombreux États que ceux qui se sont formés en droit international. Les conclusions provisoires de cette analyse figurent au paragraphe 162.

La section B porte sur l'exigence de la « reconnaissance », une question qui doit être examinée plus avant avec celle de l'identification et des origines. La reconnaissance par les États est une condition *sine qua non* de l'existence d'un principe général de droit. Comme indiqué au paragraphe 166, cette exigence répond à la nécessité de ne pas conférer aux juges un trop large pouvoir d'appréciation dans la détermination du droit applicable, voire le pouvoir de légiférer. La constatation de cette reconnaissance doit reposer sur une analyse objective. Cette conclusion découle en fait clairement des travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Les modalités de la reconnaissance peuvent varier en fonction de la catégorie de principes généraux concernée. En particulier, un processus d'évaluation différent doit être mis en œuvre pour déterminer si les principes généraux du droit pouvant se former dans le cadre du système juridique international satisfont à la condition de reconnaissance.

L'emploi de l'expression « nations civilisées » pour désigner les États dont la reconnaissance est requise est examiné dans le rapport. L'opinion quasi unanime est que cette expression est une relique du passé, est obsolète et doit être remplacée par une formule reflétant l'égalité souveraine des États. Au paragraphe 186 de son rapport, le Rapporteur spécial propose une solution qui semble adéquate, à savoir utiliser la formule « principes généraux de droit reconnus par les États ». Compte tenu des réserves exprimées au paragraphe 187, qui indique que certaines questions touchant la reconnaissance seront examinées dans les rapports suivants, le projet de conclusion 2 est acceptable. M. Saboia dit que s'il approuve de prime abord la proposition du Rapporteur spécial, il comprend les préoccupations exprimées par M. Tladi et d'autres membres qui craignent qu'en remplaçant purement et simplement l'expression « nations civilisées » par le mot « États » la Commission n'exclue certains acteurs pouvant être à l'origine de principes généraux de droit, par exemple la communauté internationale, à laquelle une attention particulière a été accordée dans le cadre du sujet relatif au *jus cogens*.

Le chapitre II de la quatrième partie porte sur les origines des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial recense les catégories de principes généraux les plus généralement admises, à savoir les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux qui sont formés dans le cadre du système juridique international, tout en indiquant qu'il se penchera de manière plus approfondie dans un futur rapport sur les formes que peut prendre la reconnaissance des principes relevant de ces deux catégories.

Après avoir longuement passé en revue la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, y compris des juridictions nationales, le Rapporteur spécial, au paragraphe 223 de son rapport, énumère certaines des formules utilisées pour désigner les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, par exemple « la grande majorité de systèmes juridiques internes du monde ». Il importe de noter que l'identification des principes en question requiert un examen de leur adaptabilité au système juridique international. Un processus de transposition peut être nécessaire pour éviter les

distorsions, compte tenu des différences existant entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre juridique international.

Lors du débat de la Commission sur le sujet à l'examen à la présente session, certains membres ont contesté l'existence de la seconde catégorie de principes généraux du droit, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international. L'existence de cette catégorie est toutefois solidement corroborée par les recherches approfondies et méticuleuses du Rapporteur spécial. Aux paragraphes 236 à 252, celui-ci démontre comment la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales a invoqué des principes relevant du droit international. M. Saboia dit que les deux catégories que le Rapporteur spécial propose dans le projet de conclusion 3 devraient donc être conservées.

Enfin, M. Saboia dit qu'il appuie le contenu du chapitre III de la quatrième partie, consacré à la terminologie, et la cinquième partie, relative au programme de travail futur sur le sujet. Il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Reinisch remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui pose des fondements solides pour la poursuite des travaux de la Commission sur le sujet. Comme indiqué dans ce rapport, certaines questions touchant la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international appellent des éclaircissements. Le rapport indique en particulier qu'il est largement admis dans la doctrine que les principes généraux du droit sont une source accessoire du droit international en ce qu'ils comblent les lacunes du droit international conventionnel et coutumier, permettant ainsi d'éviter le *non liquet*.

La pratique judiciaire contemporaine semble toutefois placer les principes généraux sur un pied d'égalité avec les autres sources du droit. Ainsi, les juridictions internationales ont réglé des conflits de normes sur la base de la *lex specialis* et de la *lex posterior*. Si cela signifie souvent, en pratique, que la priorité est donnée à d'autres sources que les principes généraux, il faut davantage y voir la conséquence du contenu normatif général de ces principes qu'une présomption quant à leur rôle accessoire ou subsidiaire. S'agissant de la relation entre une norme coutumière bilatérale et un principe général de droit, la Cour internationale de Justice a jugé, dans *l'Affaire du droit de passage sur territoire indien*, qu'« [u]ne telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles », envisageant ainsi la relation sous l'angle de la *lex specialis*. L'opinion selon laquelle les principes généraux du droit ont le même rang que les autres sources du droit international est aussi confirmée par les travaux préparatoires et le libellé du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et avec la conclusion du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international selon laquelle « les règles et les principes de droit international n'entret[ien]nent pas de relations hiérarchiques entre eux. ... [L]es sources du droit (traité, coutume, principes généraux du droit) ne sont pas classées non plus selon un ordre général de priorité. ».

M. Reinisch dit que bien que le Rapporteur spécial indique qu'il examinera la question des principes généraux de droit applicables à l'échelon régional dans son troisième rapport, il souhaite faire de brèves observations à ce propos. À l'appui de la proposition selon laquelle il existe des principes généraux de droit dont le champ d'application est ainsi limité, le Rapporteur spécial invoque certains traités d'organisations régionales, à savoir le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Règlement intérieur de la Cour économique de la Communauté d'États indépendants, et le fait que la Cour de justice de l'Union européenne applique les « principes généraux du droit communautaire ». M. Reinisch dit qu'à la différence de M. Murphy et de M. Hmoud, il ne doute pas que la possibilité qu'il existe des principes généraux du droit au niveau régional relève du sujet. Après tout, la Commission a aussi envisagé que des coutumes régionales puissent exister dans le cadre de ses travaux sur le sujet « Détermination du droit international coutumier ». Toutefois, étant donné que tous les exemples qui viennent d'être cités concernent des organisations régionales, on ne voit pas très bien s'ils ont trait à des principes généraux dont le champ d'application est régional ou simplement à des principes qui ne sont applicables que dans certains sous-domaines spécialisés du droit international, par exemple l'ordre juridique de l'Union européenne, dont les membres sont tous dans une région donnée. Pour qu'un principe général de droit

véritablement régional existe, il faudrait également qu'il s'applique dans les États d'une région donnée hors du cadre des organisations régionales. Il ne semble pas exister de pratique à l'appui d'une telle proposition, bien que l'existence de tels principes ne puisse être exclue a priori. Bien que les systèmes juridiques internes des parties dans l'affaire concernant *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)* fussent très similaires, le Liechtenstein a invoqué le principe de l'enrichissement injustifié non en tant que principe « bilatéral » ou « régional », mais en tant que principe de droit universellement reconnu. Le Rapporteur spécial pourra vouloir prendre ces points en considération dans ses rapports suivants.

En ce qui concerne les exemples tirés de la jurisprudence internationale cités dans le rapport, M. Reinisch dit qu'il ne voit pas très bien comment le Rapporteur spécial a pu conclure, au paragraphe 135 de son rapport, que la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait considéré que le principe « d'égalité devant la loi, d'égale protection de la loi et de non-discrimination » était un principe général de droit qui constituait, de surcroît, une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). En fait, dans le passage pertinent, la Cour n'emploie pas l'expression « principes généraux de droit » et vise le « droit international général », affirmant que « le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination fait partie du droit international général ». De fait, la Cour a considéré que ce principe relevait du *jus cogens*, parce que toute la structure juridique de l'ordre public national et international repose sur ce principe et qu'il s'agit d'un principe fondamental qui imprègne toutes les lois. Quant à l'affirmation de M. Murphy selon laquelle l'avis de la Cour conférant le statut de *jus cogens* au principe de l'égalité devant la loi est contesté, la position de la Cour peut aussi être interprétée comme indiquant qu'elle considère que ce principe fait désormais partie du droit international général en tant que coutume.

L'examen du terme « principe » par opposition au terme « règle » qui figure dans le chapitre I de la quatrième partie du rapport n'est pas sans intérêt. M. Reinisch dit que s'il pense comme M^{me} Galvão Teles et M. Rajput que tout principe général de droit est une règle mais que toute règle n'est pas un principe, il semble que les principes généraux du droit, tels qu'appliqués dans la pratique internationale, ne sont pas nécessairement des « principes » au sens d'axiomes généraux sous-jacents que leur attribue la théorie juridique. Il partage donc l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle les principes généraux du droit ont été invoqués par les États et appliqués par les organes judiciaires internationaux avec divers degrés de précision. En ce qui concerne l'expression « nations civilisées », il pense que, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 185 de son rapport, la distinction entre nations « civilisées » et « non civilisées » ne peut être maintenue et qu'il est donc préférable de viser simplement les « États ». De plus, comme l'a noté Werner Schroeder, distinguer entre nations civilisées et nations non civilisées serait incompatible avec le paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, qui consacre le principe de l'égalité de tous les États et n'autorise aucune discrimination à l'encontre des membres de la communauté internationale quels qu'ils soient.

S'agissant de la méthodologie proposée à la section A du chapitre I de la quatrième partie, M. Reinisch dit qu'il appuie l'adoption d'une méthodologie en deux étapes, consistant dans un premier temps à déterminer la mesure dans laquelle un principe est reconnu dans les systèmes juridiques internes puis à examiner si ce principe a été adapté ou transposé dans l'ordre international. On trouve un exemple de cette seconde étape dans les arrêts que la Cour internationale de Justice a rendus dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, dans lesquels la Cour a jugé que la doctrine de la part juste et équitable, invoquée par l'Allemagne en tant que principe général de droit, était « absolument étrangère et opposée à la conception fondamentale du régime du plateau continental ». Cela signifie que les principes généraux ne peuvent contredire l'ordre juridique international existant. À cet égard, M. Reinisch dit qu'il attend avec intérêt le rapport futur du Rapporteur spécial sur l'identification des principes généraux du droit.

M. Reinisch dit qu'il souscrit à la distinction nette que fait le Rapporteur spécial entre « principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux » et « principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international ». Toutefois, comme la formule « principes généraux du droit international » a été utilisée

pour désigner des choses différentes, il importe dès le départ de déterminer la signification précise que lui attribuent les États, les juridictions et la doctrine. En particulier, la question se pose de savoir si son emploi renvoie d'une manière ou d'une autre à une « normativité » allant au-delà des sources du droit international visées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et invoquées dans la pratique de la Cour. Dans la mesure où les travaux de la Commission doivent viser à clarifier la théorie des sources, les cas dans lesquels une telle « normativité » est alléguée sont particulièrement pertinents. À l'opposé, les cas dans lesquels l'expression est utilisée de manière purement descriptive doivent être clairement distingués par la Commission, puisqu'ils semblent beaucoup moins pertinents aux fins de ses travaux. M. Reinisch dit qu'il souhaite donner quelques exemples de cas dans lesquels la formule en question a des sens extrêmement différents.

Premièrement, la formule « principes généraux du droit international » a parfois été utilisée au sens de « principes généraux de droit » découlant des systèmes juridiques nationaux. Dans le contre-mémoire qu'elle a présenté dans l'affaire des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, l'Australie a fait valoir que le seul fait qu'une forme de privilège professionnel juridique existait dans de nombreux systèmes juridiques internes ne suffisait pas pour donner naissance à un nouveau principe général du droit international. De même, il est fréquent que les auteurs mentionnent des principes ayant leur origine en droit interne comme des principes généraux du droit international.

Deuxièmement, la formule est utilisée dans d'autres contextes comme formule générale s'entendant à la fois des règles du droit international coutumier et des principes généraux du droit pour renvoyer au droit international général. Par exemple, les clauses relatives au droit applicable de plusieurs traités bilatéraux d'investissement autorisent les tribunaux à appliquer les « principes généraux du droit international » en même temps que le droit interne de l'État hôte et le droit conventionnel applicable. Ces dispositions ne visent certes pas le droit international coutumier, mais les tribunaux ont interprété l'expression « principes généraux du droit international » comme englobant tant la coutume que les principes généraux.

Troisièmement, les principes fondamentaux du droit conventionnel ou coutumier ont parfois été qualifiés de « principes généraux du droit international ». Cela est particulièrement vrai des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et réaffirmés dans la Déclaration sur les relations amicales annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale. Dans un arrêt récent de la Cour internationale de Justice, les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et celui de la non-intervention, visés à l'article 4 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, sont qualifiés de « principes généraux du droit international ». Plus généralement, l'expression « principes de droit international » est souvent employée pour désigner des normes coutumières, et non comme renvoyant spécifiquement au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour.

Il est évident que la Commission ne doit pas se fonder sur l'un quelconque de ces emplois de la formule en question pour tirer des conclusions sur le point de savoir si les principes généraux qui sont formés dans le cadre du système juridique international constituent l'une des sources du droit international visées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Commission devrait en fait procéder à une évaluation critique de la question. Le rapport évoque le principe de l'*uti possidetis* dans le contexte des principes généraux du droit international en se fondant sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, dans lequel la Cour a jugé que le principe de l'*uti possidetis* était un « principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste ». La Commission d'arbitrage de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie (Commission Badinter) a adopté la même position dans son opinion n° 3, également mentionnée dans le rapport à l'examen. Si au moins un auteur a considéré que l'arrêt relatif au *Différend frontalier* visait les principes généraux de droit, il semble plus probable que la Cour ait invoqué le principe de l'*uti possidetis* en tant que norme coutumière. En particulier, l'arrêt souligne l'acceptation de ce principe dans la pratique des

États et l'*opinio juris*. De plus, la plupart des auteurs voient dans l'*uti possidetis* une norme du droit international coutumier.

Même si la Cour internationale de Justice semble considérer l'*uti possidetis* comme un principe général, l'adjectif « général » semble renvoyer au champ d'application territorial du principe et non à son origine. Dans son arrêt relatif au *Différend frontalier*, la Cour souligne à maintes reprises que l'*uti possidetis* n'est pas un principe régional mais une règle de portée générale et non un principe « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique ».

Le Rapporteur spécial invoque également l'opinion de la Cour constitutionnelle de Slovénie selon laquelle l'*uti possidetis* est « un principe généralement admis du droit international ». Or ce libellé précis est tiré de l'article 8 de la Constitution slovène, qui dispose que les lois et règlements doivent être conformes aux principes généralement admis du droit international. Selon la Cour constitutionnelle de Slovénie, cette expression englobe, en particulier, les règles du droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Il n'est donc pas certain que les décisions de cette juridiction puissent être considérées comme étayant le concept de principes généraux du droit international en tant que source distincte.

Il existe néanmoins une pratique limitée concernant la catégorie des « principes généraux du droit international » ou « principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international » en tant que source distincte de contenu normatif venant s'ajouter à la liste des sources traditionnellement admises. Les deux méthodes proposées pour déterminer l'existence des principes en question devraient toutefois être examinées séparément. La première, telle qu'exposée dans le rapport, concerne les principes qui se font jour à l'issue d'un processus de déduction ou d'abstraction à partir de règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier. Ces « principes généraux du droit international » ont été reconnus dans la pratique du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, la Chambre de première instance de la Cour a jugé qu'elle pouvait s'appuyer sur « les principes généraux du droit international pénal, qu'ils soient formulés par le biais de l'interprétation, de la généralisation ou de la déduction logique » ; elle a ensuite examiné les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence des organes conventionnels créés par ces traités. De même, dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Serbie-et-Monténégro soutenait devant la Cour internationale de Justice qu'il existait un principe selon lequel « un tribunal international peut examiner ou réexaminer la question de sa compétence quelle que soit la phase de la procédure » sur la base de « certaines conventions internationales et [d]es règlements d'autres juridictions internationales ». Or la Cour a rejeté l'existence d'un tel principe général qui lui serait applicable, considérant que son propre statut était clair à cet égard. Ainsi, la question est loin d'être réglée. Quoi qu'il en soit, si ce type de principe général du droit international semble aller au-delà du droit conventionnel et coutumier dont il est apparemment tiré, les auteurs ne considèrent pas de tels principes comme une source distincte du droit international.

L'autre méthode proposée pour identifier les principes généraux du droit international repose sur la preuve du consensus des États tel qu'exprimé dans les actes des organisations internationales ou dans des instruments comparables, comme les résolutions de l'Assemblée générale. L'accent mis sur la reconnaissance internationale des principes par les États soulève nécessairement la question de la relation de ces principes avec le droit international coutumier. M. Reinisch dit qu'en particulier, il n'est pas convaincu que la seule preuve de l'*opinio juris* suffise pour créer le droit international, ce qu'elle ferait, par exemple dans le cas des résolutions de l'Assemblée générale, si le consensus et l'acceptation étaient considérés comme des actes pertinents.

La notion de principes généraux du droit international en tant que source autonome et distincte n'est pas étayée par la pratique judiciaire ou les déclarations des États. Il est regrettable que la pratique examinée dans le rapport ne soit guère éclairante à cet égard.

De nombreux membres de la Commission ont dit douter que les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international constituent une source du droit international au regard de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; M. Park est allé jusqu'à proposer d'importantes modifications au projet de conclusion 3. Les opinions ainsi exprimées montrent que la question des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international appelle un examen beaucoup plus poussé.

M. Reinisch dit que s'il convient que l'établissement d'une liste indicative de principes généraux du droit, proposé par M. Park, serait utile aux États, il craint qu'il ne se révèle impossible, étant donné la multiplicité des principes généraux. Il est donc d'accord avec les autres membres qui considèrent que la Commission ne devrait donner d'exemples de principes généraux que dans les commentaires. De plus, une telle approche serait conforme à celle adoptée par la Commission dans le cadre de ses travaux sur le sujet de la détermination du droit international coutumier, dans le cadre desquels elle s'est abstenue d'établir une liste de règles du droit international coutumier et s'est seulement employée à définir les caractéristiques de ces règles.

En conclusion, M. Reinisch dit qu'il appuie la poursuite des travaux sur le sujet par le Rapporteur spécial et le renvoi des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Grossman Guiloff dit qu'il souhaiterait que M. Reinisch clarifie les observations qu'il a faites sur les diverses expressions utilisées pour désigner les principes généraux de droit. M. Reinisch pense-t-il que même si un État ou un organe judiciaire emploie une formule autre que « principes généraux de droit », il se peut néanmoins qu'il invoque ou applique ce faisant un de ces principes ? Il lui semble en effet que le contexte est tout aussi important que la terminologie.

M. Reinisch dit que les diverses formules utilisées pour désigner les principes généraux découlant du droit interne et ceux découlant du droit international rendent assurément le sujet encore plus complexe. Il convient avec M. Grossman Guiloff que ce n'est pas seulement la terminologie qui compte, mais aussi le contexte et le concept visé. En ce qui concerne l'affirmation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif sur les *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, selon laquelle le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination est un principe général de droit et, de surcroît, constitue une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), M. Reinisch dit qu'il a l'impression que la Cour utilise l'expression « principe général de droit » pour désigner une règle sous-jacente fondamentale qui est devenue coutumière. On peut bien entendu débattre de la question de savoir si le principe d'égalité et de non-discrimination est effectivement devenu une norme du *jus cogens*. Quoi qu'il en soit, il n'a relevé dans cet avis aucune prise de position sérieuse sur la question de savoir s'il s'agit d'un « principe général du droit » au sens des travaux de la Commission sur le sujet.

La séance est levée à 13 heures.