

Provisoire

**Réservé aux participants**

28 février 2020

Français

Original : anglais

---

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

**Compte rendu analytique provisoire de la 3492<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 29 juillet 2019, à 10 heures

**Sommaire**

Principes généraux du droit (*suite*)

---

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

GE.19-12843 (F) 270220 280220



\* 1 9 1 2 8 4 3 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Šturma  
*Membres :* M. Argüello Gómez  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Grossman Guiloff  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M. Nolte  
M<sup>me</sup> Oral  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Petrič  
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 10.*

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

**Le Président** invite la Commission à reprendre l'examen du premier rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/732).

**M. Argüello Gómez** dit que le sujet des principes généraux du droit est très théorique et présente une utilité pratique en apparence limitée, malgré la référence qui est faite à ces principes généraux à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et qui constitue le point de départ de l'étude du Rapporteur spécial sur le sujet. Dans la pratique, les exemples d'application du paragraphe 1 c) de l'article 38, qui fait référence aux principes généraux de droit, sont tout aussi rares que les exemples d'application du paragraphe 2) de l'article 38, sur la faculté qu'a la Cour de statuer *ex aequo et bono*. Comme M. Pellet, ancien membre de la Commission, l'a fait remarquer dans un récent article publié dans *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, « [l]a Cour elle-même fait référence au paragraphe 1 c) de l'article 38 avec une extrême parcimonie. Cette disposition n'est expressément mentionnée qu'à quatre reprises dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour depuis 1922 et, chaque fois, la Cour a refusé de l'appliquer pour une raison ou pour une autre ».

M. Argüello Gómez a lui-même constaté par expérience le peu d'utilité pratique de cette disposition. En 1984, la Cour internationale de Justice s'est trouvée face à une situation inédite lorsque le Nicaragua l'a saisie d'une demande dirigée contre les États-Unis d'Amérique dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*. Au départ, le Nicaragua avait fondé sa demande sur la violation par les États-Unis d'Amérique de divers traités, en particulier du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, des articles 18 et 20 de la Charte de l'Organisation des États américains et de l'article 8 de la Convention concernant les droits et devoirs des États. Or, s'ils avaient déclaré reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour en application du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, les États-Unis avaient formulé un certain nombre de réserves, notamment la « réserve Vandenberg », qui excluait de la compétence de la Cour les différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que toutes les parties au traité concernées par la décision soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que les États-Unis acceptent expressément la compétence de la Cour. Le Nicaragua a donc dû retirer toute référence expresse à un traité, y compris à la Charte, et avait la possibilité d'invoquer le paragraphe 1 b) de l'article 38 sur la coutume internationale ou le paragraphe 1 c) de l'article 38 sur les principes généraux de droit. En définitive, il a choisi de faire valoir que les États-Unis avaient violé diverses règles du droit coutumier général, telles que celles relatives au non-recours à la force et à la non-intervention. La Cour s'est également fondée sur le paragraphe 1 b) pour motiver son arrêt. Le fait que ni la Cour ni l'État demandeur n'ait invoqué la disposition sur les principes généraux de droit illustre le caractère limité de l'utilité pratique de cette disposition.

L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* est de nature similaire à celle du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, qui portait également sur le minage de ports. Dans cette dernière affaire, la Cour a conclu que les autorités albanaises avaient l'obligation de faire connaître l'existence et l'emplacement du champ de mines, obligation fondée sur « certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre ». Au paragraphe 236 du rapport, le Rapporteur spécial cite l'*obiter dictum* figurant dans l'affaire du *Détroit de Corfou* afin de démontrer que la Cour se fonde sur les principes généraux du droit international pour motiver ses arrêts. Toutefois, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, même si elle n'avait pas la possibilité d'appliquer les conventions internationales, la Cour n'a pas jugé nécessaire de se fonder sur les principes généraux du droit, déclarant que « les États-Unis d'Amérique, en ne signalant pas l'existence et l'emplacement des mines posées par eux [...] [avaient] violé les obligations que le droit international coutumier leur impos[ait] à ce sujet ».

Ces observations ne signifient pas que M. Argüello Gómez s'oppose à ce que la Commission étudie le sujet. Il estime au contraire essentiel que, après avoir examiné le droit conventionnel et le droit coutumier, elle s'intéresse à cette source du droit international. Il conviendrait toutefois, dans le cadre de cet examen, de tenir compte du caractère éminemment théorique du sujet et de son utilité pratique limitée.

Passant au rapport lui-même, M. Argüello Gómez dit que, comme d'autres membres de la Commission, il n'est pas convaincu que les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut comprennent les principes formés dans le cadre du système juridique international, comme indiqué au projet de conclusion 3. Des membres ont proposé que la Commission limite l'étude du sujet aux principes généraux de droit visés par le Statut, et un membre a même suggéré que cela soit expressément indiqué dans le projet de conclusion 1. Rien, dans le texte de l'article 38, les travaux préparatoires du Statut ou les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice, n'indique que la référence aux principes généraux de droit vise des principes autres que ceux découlant des systèmes juridiques nationaux. M. Argüello Gómez ne pense pas non plus qu'une interprétation évolutive du Statut justifierait d'élargir le sens de la notion initiale de « principes généraux de droit ».

Comme cela est indiqué dans le rapport, l'une des principales raisons pour lesquelles il a été fait mention des principes généraux de droit à l'article 38 du Statut était que l'on souhaitait éviter un potentiel *non liquet*. Or, près d'un siècle après l'adoption de cette disposition, la Cour n'a jamais dû se fonder sur ces principes pour motiver un arrêt. Étant donné que les règles du droit international conventionnel et coutumier ont énormément évolué, suggérer que la Cour pourrait, à l'époque actuelle, être obligée d'invoquer ces principes pour éviter un *non liquet* semble presque anachronique.

Il est indiqué dans le rapport que la Cour a estimé nécessaire de développer son interprétation du paragraphe 1 c) de l'article 38 pour permettre l'application de principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. L'affaire la plus souvent citée à l'appui de cette thèse est l'affaire du *Détroit de Corfou*. Selon M. Argüello Gómez, la référence faite dans cette affaire à des « considérations élémentaires d'humanité » n'est pas fondée sur les principes généraux de droit mais sur le droit coutumier. En effet, dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a déclaré que les nombreuses règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés, qui sont si fondamentales pour le respect des considérations élémentaires d'humanité, « constitu[aient] des principes intransgressibles du droit international coutumier ». En d'autres termes, elles ne sont pas des principes généraux de droit interne ou international mais des principes du droit international coutumier au sens du paragraphe 1 b) et non du paragraphe 1 c) de l'article 38.

Un autre exemple cité à l'appui de l'argument selon lequel le paragraphe 1 c) fait également référence aux principes formés dans le cadre du système juridique international est l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, dans laquelle la Cour a précisé que le respect par les nouveaux États africains du principe de l'*uti possidetis* ne devait pas être considéré comme « une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe de droit international coutumier ». M. Argüello Gómez souscrit aux arguments avancés par M. Reinisch à cet égard.

M. Argüello Gómez doute que, même en dehors du régime établi par le Statut, il puisse exister un principe général de droit formé dans le cadre du système juridique international qui, *ipso facto*, ne soit pas ou ne devienne pas une règle du droit international coutumier. Il est inconcevable que des principes généraux du droit international ne soient pas attestés par la pratique, en d'autres termes, la coutume internationale. Comme le signale Thirlway dans *The Sources of International Law*, « [l]e droit coutumier, par exemple, ne se résume pas uniquement à des règles ; il se compose également de principes établis [...]. Lorsque ces principes sont appliqués pour régler un différend, dans le cadre d'une décision judiciaire ou d'un arbitrage, c'est le droit coutumier qui est appliqué et non le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la CIJ ».

M. Argüello Gómez estime qu'il faut en conclure que, dès l'instant où ces principes sont reconnus comme étant généralement acceptés par la communauté internationale, ils ne

sont plus simplement des principes du droit international général mais relèvent de la coutume internationale.

Pour ces raisons, M. Argüello Gómez ne pense pas que la Commission soit parvenue à un consensus suffisant pour débattre du projet de conclusion 3 proposé. Il estime comme M. Reinisch et d'autres membres que la question devrait être approfondie.

Le rapport fait également mention de la possible existence de principes généraux de droit d'application régionale. Si l'on accepte l'existence d'un droit coutumier régional, rien ne s'oppose à qu'il y ait également des principes généraux régionaux. En outre, une coutume régionale peut découler de principes généraux régionaux qui, ayant été acceptés par les États d'une région, deviennent une coutume régionale. Toutefois, comme certains membres l'ont fait remarquer, il est prématuré d'examiner plus avant cet aspect du sujet.

L'expression « nations civilisées » employée à l'article 38 a suscité de nombreux commentaires mais il s'agit simplement d'une formule désuète figurant dans un traité ancien et dont le sens a évolué. Il convient de rappeler qu'en 1920, lorsque le texte a été rédigé, sur les 34 États dont les membres de la Commission sont ressortissants, 13 seulement étaient reconnus comme tels. Ainsi, l'Égypte et l'Inde n'étaient pas considérées comme des États, alors que leur civilisation est plus ancienne que celle de n'importe quel État européen.

En conclusion, M. Argüello Gómez dit approuver le renvoi au Comité de rédaction des projets de conclusion, assortis des suggestions et observations faites en plénière.

**M<sup>me</sup> Oral** remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport approfondi et d'excellente qualité sur les principes généraux du droit. Le sujet à l'examen s'apparente à une énigme : les principes généraux de droit sont cités parmi les sources du droit international à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mais restent difficiles à cerner, comme le montrent les déclarations des membres de la Commission et les débats doctrinaux dont ils font l'objet.

Comme l'ont fait remarquer M<sup>me</sup> Galvão Teles et d'autres membres, aucun consensus ne semble se dégager sur la définition du terme « principes généraux de droit ». Les termes « principes » et « règles » sont-ils interchangeables, comme le laisse entendre la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* ou sont-ils distincts, comme le suggèrent certains auteurs ? En outre, comme le souligne le Rapporteur spécial au paragraphe 11 du rapport, la pratique pertinente des États et des juridictions internationales « a pu être qualifiée d'obscur ou ambiguë » et, partant, n'aide pas à clarifier ce qui semble être un domaine mal défini du droit international. Certains membres, comme MM. Hassouna et Murphy, ont relevé que même les travaux précédents de la Commission ne permettaient pas d'y voir plus clair. Dans cette situation, il est évident qu'il est difficile de faire la lumière sur la notion de principes généraux du droit, pourtant d'une grande importance en droit international.

Dans son premier rapport, qui fera date, le Rapporteur spécial saisit parfaitement la complexité inhérente du sujet à l'examen. Il présente clairement les nombreuses questions en jeu et propose une feuille de route pour les travaux futurs. Comme plusieurs intervenants l'ont fait remarquer, ce premier rapport est un document préliminaire mais il prépare judicieusement le terrain pour la suite des travaux de la Commission sur le sujet.

M<sup>me</sup> Oral dit qu'elle entend faire quelques observations générales sur les trois premières parties du rapport puis des commentaires plus détaillés sur la quatrième partie et sur chaque projet de conclusion.

Il est important de préciser la nature des travaux de la Commission sur le sujet ainsi que leur objectif. Sur ce dernier point, le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 10, que le rapport a pour objectif de « donner des orientations aux États, aux organisations et juridictions internationales ainsi qu'à toute personne appelée à manier les principes généraux du droit comme source du droit international ». M<sup>me</sup> Oral approuve pleinement cette observation, qui est cohérente avec les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier ». Cet objectif devrait également ressortir des projets de conclusion. En substance, la tâche de la Commission consiste à

élaborer une méthode permettant de définir les principes généraux de droit à utiliser comme source du droit international au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Sur ce point, M<sup>me</sup> Oral estime, comme M. Hmoud et d'autres membres, que les travaux de la Commission devraient porter sur cet article car celui-ci ne renvoie pas à des « principes généraux » au sens abstrait du terme mais expressément à ceux qui constituent une source du droit international au sens du Statut.

Le rapport offre également un excellent rappel de l'évolution de la notion de « principes généraux de droit » au fil du temps, à l'époque de la Cour permanente de Justice internationale, puis à celle de la Cour internationale de Justice. La partie du rapport qui y est consacrée, qui va des paragraphes 76 à 125, regorge d'informations et se lit avec intérêt. Elle replace également les « principes généraux de droit » dans un cadre historique plus large. Cependant, le droit international comme les systèmes juridiques nationaux ont évolué depuis l'adoption du Statut de la Cour internationale de Justice, l'exemple le plus frappant étant le rejet par la Commission de l'expression « nations civilisées ». Sur ce point, M<sup>me</sup> Oral convient avec M. Jalloh que cette expression est marquée par une idéologie colonialiste et que, pour cette raison, elle ne devrait plus être employée. Même si la genèse du Statut donne de précieuses indications sur les intentions des rédacteurs, la Commission ne doit pas être limitée par le principe de l'« intention initiale ». M<sup>me</sup> Oral estime que ce point revêt un intérêt particulier pour l'examen des principes généraux de droit comme source du droit international découlant des systèmes juridiques nationaux ou du système juridique international.

Le Rapporteur spécial reconnaît que la détermination des sources des principes généraux de droit représente une difficulté majeure. Les « instruments internationaux » sont l'une des sources qu'il examine. Au paragraphe 111, il fait observer qu'il est fait référence aux principes généraux du droit dans bon nombre de traités conclus après l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Même si les exemples donnés à cet égard sont en nombre relativement limité, M<sup>me</sup> Oral comprend bien que le rapport n'est qu'un document préliminaire. Elle se demande néanmoins si le Rapporteur spécial entend examiner les instruments de droit souple dans le cadre de sa méthodologie. Dans une certaine mesure, ces instruments sont liés à la pratique des organisations internationales, que le Rapporteur spécial envisage d'analyser. La catégorie des instruments de droit souple est vaste mais, de l'avis de M<sup>me</sup> Oral, elle représente une source importante de principes généraux du droit, en particulier dans des domaines du droit comme le droit international de l'environnement.

En ce qui concerne la nature des travaux, le Rapporteur spécial présente les principales questions que la Commission pourrait examiner dans le cadre du sujet à l'examen, à savoir la nature juridique des principes généraux de droit comme source du droit international, leur origine, ainsi que leurs fonctions et leurs rapports avec les autres sources du droit international.

La troisième de ces questions est l'un des aspects les plus complexes et les plus déroutants du sujet. Comme le Rapporteur spécial le démontre, les principes généraux de droit sont envisagés comme remplissant plusieurs fonctions. Si leur objectif initial et principal est d'éviter les situations de *non liquet*, comme il ressort de l'analyse historique figurant au paragraphe 50 du rapport, ils sont également considérés comme ayant d'autres fonctions. Les principes généraux de droit ont été décrits indifféremment comme des moyens de combler des lacunes du droit, des instruments d'interprétation, des sources de droits et d'obligations et des outils de systématisation des normes juridiques, entre autres catégories fonctionnelles.

Dans leurs observations sur le premier rapport, de nombreux membres de la Commission ont mis l'accent sur la fonction de « comblement des lacunes » des principes généraux de droit. S'il est indéniable que ceux-ci remplissent cette fonction, la Commission doit également examiner leurs autres fonctions essentielles. Le principe de la bonne foi, par exemple, qui est un principe classique appliqué dans les systèmes juridiques nationaux comme dans le système international, n'a pas pour fonction de combler des lacunes. Il s'agit d'une règle d'interprétation des traités au sens du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et d'une obligation en soi, consacrée notamment par l'article 26 de la même Convention (« *Pacta sunt servanda* »). M. Hassouna

s'est également référé à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, dans lequel on peut lire : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. ». La Cour a réaffirmé cette position dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*. Comme l'a souligné un auteur, de manière générale, il n'y a guère de consensus dans la doctrine quant à la signification, la fonction et la méthode de détermination des principes généraux de droit comme source du droit. De même, la pratique des États et des juridictions internationales reste variable. Il serait donc important que la Commission analyse la nature exacte des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et détermine si ces principes remplissent des fonctions multiples.

Comme l'ont souligné tous les intervenants précédents et comme cela a été analysé en détail dans la doctrine, la relation entre les principes généraux de droit et le droit international coutumier soulève plusieurs questions importantes. Dans son premier rapport en tant que Rapporteur spécial sur le sujet « Formation et identification du droit international coutumier », Sir Michael Wood fait observer que la distinction entre le droit international coutumier et les principes généraux de droit est « tout aussi importante, mais pas toujours nette dans la jurisprudence ou la doctrine ».

Des membres de la Commission ont mis l'accent sur la nécessité d'analyser cette distinction importante de manière approfondie. Si le fait même que le droit international coutumier et les principes généraux de droit soient mentionnés séparément à l'article 38 porte à croire qu'ils sont distincts, il demeure nécessaire d'établir clairement cette distinction aux fins des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen. Naturellement, cette démarche amènerait à poser une deuxième question, qu'il faudrait traiter dans les rapports futurs : si la Commission accepte que les principes généraux de droit pourraient être également une source de droits et d'obligations au regard du droit international, un seuil de normativité inférieur serait-il nécessaire ?

La détermination de l'origine des principes généraux de droit a donné lieu à des débats intéressants, en particulier entre ceux qui pensent que ces principes ne peuvent découler que des systèmes juridiques nationaux et ceux, minoritaires, qui estiment que ces principes peuvent également être formés « dans le cadre » du système juridique international. La décision de la Commission à cet égard influera sur la méthode de détermination des principes généraux de droit comme source du droit international.

Comme d'autres membres de la Commission, M<sup>me</sup> Oral appuie pleinement l'approche en deux temps proposée pour déterminer les principes généraux de droit. Il semble assez bien admis que la première de ces étapes devrait débiter par un examen de la majorité des systèmes juridiques nationaux ou d'un échantillon suffisamment représentatif de ces systèmes, et cela ne prête pas vraiment à controverse. La question décisive, qui se pose lors de la seconde étape, est la transposition du niveau national au système juridique international. Sir Michael Wood a soulevé à cet égard des points importants, auxquels M<sup>me</sup> Oral souscrit entièrement.

Il est toutefois plus intéressant de se demander si les principes généraux du droit peuvent exister ou « être formés » dans le cadre du système juridique international. À cet égard, M<sup>me</sup> Oral tend à souscrire à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle la Commission ne saurait exclure cette possibilité et doit l'examiner davantage avant d'adopter une position. Par exemple, il est largement admis que la Déclaration de Stockholm, adoptée en 1972 à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, et la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, que les États ont adoptées par consensus, sont à l'origine de nombreux principes essentiels du droit de l'environnement. La possibilité de rédiger un nouveau traité afin de codifier certains de ces principes a été récemment évoquée. Nombre de ces principes ont été transposés au niveau national ou incorporés dans d'autres instruments internationaux. En outre, le droit de l'environnement est un exemple de domaine dans lequel la distinction entre principes généraux de droit comme source de droits et d'obligations et droit international coutumier n'est pas claire.

M<sup>me</sup> Oral dit qu'elle n'entend pas simplifier exagérément la question, qui est très complexe, mais seulement souligner que celle-ci devra être analysée de manière plus approfondie dans les travaux futurs de la Commission. Elle croit comprendre que la Commission cherche à définir une méthode permettant de déterminer les principes généraux de droit. Elle convient qu'il serait utile de donner des exemples, mais pense qu'établir une liste indicative du type de celle qui a été faite pour les projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), comme cela a été proposé, risque de se révéler une tâche trop ardue. Elle réserve toutefois sa position à cet égard. En outre, les principes généraux de droit en cours de formation pourraient devenir des principes généraux de droit à part entière présentant un caractère contraignant en droit international. La Commission ne devrait pas écarter la seconde catégorie de principes proposée par le Rapporteur spécial, dont l'application dans certains domaines du droit international pourrait s'avérer utile. M<sup>me</sup> Oral attend avec intérêt que, conformément à ce qui est prévu, ces questions soient analysées plus en détail dans les futurs rapports du Rapporteur spécial.

En ce qui concerne la quatrième partie, qui est la partie centrale du rapport, M<sup>me</sup> Oral approuve la démarche du Rapporteur spécial consistant à analyser trois éléments distincts, à savoir la notion de « principes généraux de droit », l'exigence de reconnaissance et l'expression obsolète et anachronique « nations civilisées ». Elle comprend bien que l'analyse en question a un caractère préliminaire et sera plus fouillée dans les futurs rapports.

S'agissant du premier élément, il faut définir ce que signifie l'adjectif « général » en relation avec le terme « principe ». Faut-il comprendre que les principes généraux de droit s'appliquent à tous les États, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 155 ? Cette application est-elle horizontale, dans le sens où elle concerne tous les domaines du droit, comme les principes d'interprétation et le droit procédural ? Ou les principes généraux peuvent-ils comprendre des principes applicables uniquement à une branche particulière du droit, tels que les principes propres au droit commercial, au droit pénal ou au droit de l'environnement ?

Le Rapporteur spécial a également cherché à définir le sens du terme « droit » dans ce contexte. Le terme renvoie-t-il tant au droit national qu'au droit international, comme cela est suggéré au paragraphe 156 du rapport ? Le Rapporteur spécial cite l'opinion dissidente du juge Tanaka dans la deuxième phase de l'affaire relative au *Sud-Ouest africain (Libéria c. Afrique du Sud)*, dans laquelle le sens de l'expression « principes généraux de droit » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 est traité en termes assez généraux : « Dans la mesure où ces "principes généraux de droit" ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme "droit" recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc. ». Le Rapporteur spécial ne règle pas définitivement la question, puisqu'il se contente d'indiquer que différentes interprétations du terme « droit » sont « plausibles ». M<sup>me</sup> Oral ne doute pas que cette question donnera lieu à des débats d'un grand intérêt au sein de la Commission.

Une autre question examinée par le Rapporteur spécial est la relation entre les principes généraux du droit et le « droit international général ». À cet égard, M<sup>me</sup> Oral souhaite mentionner l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, dans laquelle, pour interpréter l'expression « principes du droit international » au sens du Traité de paix de 1923 signé à Lausanne, la Cour permanente de Justice internationale s'est référée au « droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale [...] [soit aux] principes [qui sont] en vigueur entre toutes les nations indépendantes et qui, partant, s'appliquent au même titre à toutes les Parties contractantes ».

Les membres actuels de la Commission ont exprimé des avis divergents sur la question. Néanmoins, le Rapporteur spécial conclut que les travaux antérieurs et les travaux actuels de la Commission confirment que le droit international général englobe les principes généraux de droit, même si cela dépend du contexte. M<sup>me</sup> Oral se demande toutefois si les travaux de la Commission auxquels le Rapporteur spécial fait référence étayent véritablement cette conclusion.



Par conséquent, M<sup>me</sup> Oral n'est pas hostile par principe à la thèse selon laquelle le « droit international général » englobe les principes généraux de droit, mais elle ne pense pas que le Rapporteur spécial ait présenté suffisamment d'arguments à l'appui de cette conclusion.

En outre, comme d'autres membres de la Commission, M<sup>me</sup> Oral émet des réserves en ce qui concerne la proposition selon laquelle les principes généraux de droit peuvent avoir une composante régionale ou bilatérale car cela semble aller à l'encontre du sens ordinaire de l'expression « principes généraux de droit », d'autant plus que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a souligné que les règles de droit international général « [devaient] s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale ». M<sup>me</sup> Oral a la même position en ce qui concerne la notion de « normes impératives régionales » (*jus cogens*). Ces principes appartiennent à une catégorie de règles différente et, à son avis, ne relèvent pas des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour. M<sup>me</sup> Oral se dit toutefois disposée à se laisser convaincre de revoir sa position au vu de la suite des travaux du Rapporteur spécial.

En ce qui concerne le deuxième élément, il est indéniable que, comme le souligne le Rapporteur spécial, la reconnaissance est la « condition indispensable » à la formation d'un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38, comme c'est le cas de l'*opinio juris* pour la formation d'une règle coutumière. Cependant, M<sup>me</sup> Oral partage l'avis de plusieurs autres membres, qui estiment que la Commission doit faire le départ entre les conditions de la reconnaissance des principes généraux du droit et les critères de formation du droit international coutumier ou de détermination des normes impératives du droit international (*jus cogens*). Une explication claire de la notion de reconnaissance des principes généraux du droit aiderait la Commission à établir une distinction entre ces principes et les autres sources du droit international, en particulier le droit international coutumier. M<sup>me</sup> Oral exposera son point de vue sur ce sujet ultérieurement.

En ce qui concerne les projets de conclusion, M<sup>me</sup> Oral se demande si le projet de conclusion 1 n'est pas formulé de façon trop générale et trop simple. Il n'offre pas de véritable orientation et n'a rien d'une disposition faisant autorité sur la nature, la portée et la fonction des principes généraux de droit.

À titre de comparaison, le projet de conclusion 1 sur la détermination du droit international coutumier définit la portée de ce sujet comme suit : « Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés. ».

M<sup>me</sup> Oral se dit favorable à ce que la Commission affine le projet de conclusion 1, de manière à préciser sa portée conformément aux propositions figurant dans le plan d'étude. Il pourrait être modifié comme suit : « Le présent projet de conclusion se rapporte à la détermination des principes généraux de droit, y compris leur nature, leur portée et leurs fonctions comme source du droit international. ».

En ce qui concerne le projet de conclusion 2, M<sup>me</sup> Oral s'inquiète de ce que cette disposition n'explique pas ce que la « reconnaissance » suppose. S'ils doivent être rédigés en termes généraux, les projets de conclusion doivent aussi fournir des orientations appropriées, qui peuvent être complétées dans les commentaires. La version actuelle du projet de conclusion 2 oblige le lecteur à se fonder de manière excessive sur les commentaires.

M<sup>me</sup> Oral se dit disposée à appuyer le projet de conclusion 3, qui prévoit que les principes généraux de droit comprennent les principes découlant des systèmes juridiques nationaux comme ceux formés dans le cadre du système juridique international, même si, à la lumière des déclarations de certains membres, il conviendrait peut-être de poursuivre les travaux afin d'étayer l'inclusion de la seconde catégorie de principes.

En conclusion, M<sup>me</sup> Oral recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

**M. Gómez-Robledo** dit qu'il pense que le premier rapport du Rapporteur spécial, qui est bien structuré, repose sur des recherches approfondies et est le fruit d'un

raisonnement juridique irréprochable, est un précieux complément aux travaux de la Commission sur les autres sources du droit international.

M. Gómez-Robledo convient que le résultat des travaux de la Commission sur le sujet devrait prendre la forme de projets de conclusion, selon la même méthode que celle employée pour la détermination du droit international coutumier et pour les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Il estime lui aussi qu'il ne serait pas opportun, du moins à ce stade, de tenter d'établir une liste des principes généraux du droit, mais qu'il serait utile d'indiquer l'origine – nationale ou internationale – de ces principes dans les commentaires, en mettant l'accent sur ceux qui sont reconnus comme des principes généraux par la jurisprudence internationale, voire régionale.

Il sera essentiel de clarifier la distinction entre « détermination » du droit international coutumier et « reconnaissance » des principes généraux de droit afin d'éviter toute confusion liée à un recours excessif à l'analogie. M. Gómez-Robledo souscrit à l'observation figurant au paragraphe 173 du rapport selon laquelle « [p]our établir la reconnaissance, il faudrait donc se reporter aux règles existantes, qui ont déjà été acceptées (ou reconnues) par les États ». Dans ce même paragraphe, le Rapporteur spécial rappelle qu'il a été avancé que « l'élément fondamental devrait être la disposition des États à se considérer comme étant liés ». Cette formulation est très semblable à celle retenue au paragraphe 1 de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier adopté par la Commission à sa soixante-dixième session. Cette similarité est reconnue à la note 307 du rapport, où il est dit que « [d]onner de l'importance à la pratique des États lorsqu'ils font valoir l'existence de ce type de principes rapprocherait ces principes des règles coutumières ».

M. Gómez-Robledo estime que, comme d'autres membres l'ont déjà suggéré, l'approche la plus intéressante consisterait à examiner dans quelle mesure la reconnaissance pourrait prendre la forme d'actes d'organisations internationales ou d'instruments similaires établissant l'existence d'un consensus des États sur ces questions, comme les résolutions de l'Assemblée générale, pour autant qu'il soit admis que les principes généraux de droit 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. L'importance donnée à la déduction est intimement liée à l'interprétation du droit en tant que système « rationnel » de règles et permet d'établir une distinction importante avec le droit coutumier. L'opinion exprimée au paragraphe 23 du rapport, selon laquelle les principes fondés « sur la nature même de l'homme en tant qu'être rationnel et social » sont « intrinsèques à l'idée de droit [et] au fondement de tous les systèmes juridiques », est très proche de la définition de la loi naturelle proposée par Saint Thomas d'Aquin, à savoir « rien d'autre que la lumière de l'intelligence ».

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'opinion du juge Cançado Trindade, citée au paragraphe 148 du rapport, selon laquelle « [c]e sont les principes généraux de droit (les *prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique », car ils « incarnent des valeurs importantes ou fondamentales ». On retrouve la même idée dans la clause de Martens, évoquée au paragraphe 80 du rapport et mentionnée lors de la rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et qui prévoit qu'en l'absence de code des lois de la guerre, des principes peuvent être tirés « des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». De même, la Cour internationale de Justice s'est référée à des « considérations élémentaires d'humanité » dans l'affaire du *Détroit de Corfou*.

Bien que la Cour internationale de Justice ait fait preuve de prudence et évité à maintes reprises de se prononcer sur les principes généraux de droit, M. Gómez-Robledo se dit convaincu que cette source du droit international général devrait, d'une manière ou d'une autre, jouer un rôle subsidiaire par rapport aux deux autres sources principales pour combler les lacunes du droit international conventionnel ou et du droit international coutumier et éviter les situations de *non liquet*. Si les principes généraux de droit doivent s'appliquer dans les relations entre sujets de droit international en général, comme cela est suggéré au paragraphe 166 du rapport, le juge peut se reporter à l'interaction entre le droit international, le droit national et les exigences de la raison, le bon sens ou des considérations morales.

Passant à une question de terminologie, M. Gómez-Robledo fait observer que le projet de conclusion 2 pose comme condition que, pour exister, un principe général de droit doit être « généralement » reconnu par les États, mais que, dans le reste du rapport, il est fait référence à d'autres niveaux de reconnaissance. Par exemple, au paragraphe 167, il est dit que la condition de reconnaissance est remplie lorsqu'un principe existe « dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux », alors qu'au paragraphe 190 il est indiqué que l'existence de principes communs à « la plupart des systèmes juridiques nationaux » suffit à satisfaire à l'exigence de reconnaissance. Le Comité de rédaction devra examiner cette question plus en détail. Si la Commission retient comme critère l'existence de principes communs à « la plupart » des systèmes juridiques, peut-on considérer qu'un principe satisfait à cette condition si, par exemple, il est commun uniquement à la moitié des systèmes juridiques plus un ?

Le Rapporteur spécial et d'autres membres ont déjà évoqué l'expression malheureuse « nations civilisées » employée au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut. Comme le Rapporteur spécial l'a fait remarquer, en 1971, le pays de M. Gómez-Robledo, le Mexique, a proposé de modifier ou de supprimer cette expression, la qualifiant de « vestige verbal de l'ancien système colonialiste ». Cette expression doit être reléguée au passé et remplacée par une formule plus appropriée. Il serait indiqué de lui substituer l'expression « communauté internationale dans son ensemble », pour reprendre la terminologie employée au projet de conclusion 17 des projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et dont le sens est expliqué dans le troisième rapport sur le sujet. Comme cela ressort du projet de conclusion 12 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, une résolution adoptée par une organisation internationale « peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ». On peut par conséquent affirmer que l'Assemblée générale des Nations Unies a repris le rôle assigné un siècle auparavant aux « nations civilisées ». L'obligation de de la participation des « grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » à la reconnaissance des principes généraux devrait être maintenue. De l'avis de M. Gómez-Robledo, l'expression « communauté internationale dans son ensemble » répondrait à toutes ces préoccupations.

La quatrième partie du rapport traite de questions intéressantes liées aux origines des principes généraux. M. Gómez-Robledo salue en particulier la distinction opérée entre les deux catégories de principes généraux de droit ; cette méthode offre un cadre rigoureux pour l'analyse des origines des principes généraux de droit et pour les travaux futurs de la Commission sur le sujet. Pour cette raison, M. Gómez-Robledo est favorable à l'emploi de la forme verbale « comprennent » plutôt que « incluent » au projet de conclusion 3. En ce qui concerne la transposition des principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux, la pratique citée dans le rapport met en évidence la nécessité d'accorder un pouvoir d'appréciation au juge et d'éviter une « introduction mécanique ».

En conclusion, M. Gómez-Robledo se dit favorable au renvoi de l'ensemble des projets de conclusion au Comité de rédaction.

**M. Ruda Santolaria** remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport bien écrit et solidement documenté sur les principes généraux du droit, un sujet intéressant et important.

M. Ruda Santolaria souscrit pleinement à l'idée que le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet devrait prendre la forme d'un projet de conclusions sur les principes généraux de droit comme source du droit international, assorti de commentaires. La Commission aura ainsi examiné la troisième source principale du droit international énoncée au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, après avoir réalisé un travail remarquable sur le droit des traités et sur la détermination du droit international coutumier. En plus de combler une lacune dans un domaine complexe, les travaux en cours contribueront très utilement à aider les États et les autres sujets de droit international à mieux comprendre la nature juridique et les caractéristiques des principes généraux de droit, et à leur donner les moyens nécessaires pour déterminer plus facilement l'existence de ces principes.

Le manque de rigueur dans la terminologie employée dans la doctrine et dans la pratique, relevé par le Rapporteur spécial, et le fait que, comme cela est indiqué au paragraphe 39 du rapport, une règle de droit international conventionnel ou coutumier puisse traiter de la même question qu'un principe général de droit sont deux problèmes méthodologiques qui compliquent la tâche de la Commission.

Ainsi que l'a signalé le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international dans les conclusions de ses travaux évoquées aux paragraphes 66 et 67 du rapport, et comme l'ont fait remarquer d'autres membres, il n'y a aucune relation hiérarchique entre les principales sources du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux de droit. Une « règle » peut ainsi être parfois considérée comme une application spécifique d'un « principe » et comme constituant « une *lex specialis* ou une *lex posterior* par rapport à celui-ci » et « s'appliquer en lieu et place ». Le « principe général ou antérieur » pourrait encore être envisagé en tant que « raison d'être ou objectif assigné à la règle spéciale ou postérieure ».

Le paragraphe 70 du rapport contient une référence utile au premier rapport sur l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/663), dans lequel il est souligné : que, au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les « principes généraux de droit » sont cités comme une source distincte du droit international coutumier, ce qui est pertinent aux fins de l'appréciation de l'effet utile de cette disposition par contraste avec les deux premiers alinéas de même paragraphe 1 ; que, dans la jurisprudence et la doctrine, les principes généraux de droit sont parfois considérés non seulement comme les principes généraux communs aux divers systèmes de droit interne mais aussi comme les principes généraux du droit international ; que la Cour internationale de Justice peut appliquer les principes généraux du droit international à défaut des critères du droit international coutumier.

Aux paragraphes 74 et 75 du rapport, le Rapporteur spécial examine la conclusion formulée par le Rapporteur spécial sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) selon laquelle l'expression « droit international général » englobe les principes généraux de droit, qui peuvent servir de fondement à des normes de *jus cogens*.

En ce qui concerne les traités conclus aux fins du règlement des différends entre le XVIII<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle, qui, comme indiqué au paragraphe 78 du rapport, contiennent de larges dispositions sur le droit applicable, M. Ruda Santolaria souhaite évoquer un exemple sud-américain. L'article VIII du Traité général d'arbitrage signé à Santiago le 28 mai 1902 entre le Chili et l'Argentine, par lequel les parties désignent le Gouvernement du Royaume-Uni comme arbitre, dispose que l'arbitre doit statuer conformément aux principes du droit international, à moins que le compromis n'impose l'application de règles spéciales ou n'autorise l'arbitre à statuer en qualité d'amiable compositeur. Cette disposition est importante étant donné que des différends entre les deux parties, comme celui relatif aux rivières Palena et Encuentro, en 1966, ont fait l'objet d'un arbitrage au titre du Traité. Le compromis d'arbitrage signé à Londres le 22 juillet 1971 par les représentants de l'Argentine, du Chili et du Royaume-Uni, qui soumet le différend relatif au canal de Beagle à un arbitrage conformément au même traité, dispose expressément au paragraphe 7 de son article 1 que « [l]a cour d'arbitrage statue conformément aux principes du droit international ».

En ce qui concerne la section du rapport consacrée aux références aux principes généraux du droit dans les traités conclus après l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, l'analyse de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale figurant aux paragraphes 113 à 120 du rapport est particulièrement pertinente. À cet égard, M. Ruda Santolaria juge très convaincante l'approche adoptée par Rüdiger Wolfrum, mentionnée à la note 199.

La remarque faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 143 du rapport, selon laquelle les principes généraux de droit ne sont pas propres à l'ordre juridique international, est également pertinente étant donné qu'une notion similaire existe dans les systèmes juridiques nationaux, même si, comme le fait remarquer le Rapporteur spécial à juste titre, la terminologie employée n'est pas toujours la même. À titre d'illustration, il convient de

signaler que, depuis la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les codes civils péruviens successifs donnent au juge la possibilité d'appliquer les principes généraux de droit pour éviter que la justice ne puisse être rendue au motif que la loi est défectueuse ou lacunaire.

Ainsi, l'article IX du Titre préliminaire du Code civil péruvien de 1852 dispose ce qui suit : « Le juge ne peut surseoir à rendre la justice ni refuser de la rendre au motif que les dispositions légales sont lacunaires, obscures ou inadéquates : en pareil cas, il statue en tenant compte : 1. de l'esprit de la loi ; 2. des autres dispositions visant des cas analogues ; 3. des principes généraux de droit, sans préjudice de la possibilité de recueillir, à part, des avis utiles, afin d'obtenir une règle précise applicable aux nouveaux cas susceptibles de se présenter. ». L'article XXIII du Titre préliminaire du Code civil péruvien de 1936 est rédigé comme suit : « Le juge ne peut refuser de rendre la justice au motif que la loi est défectueuse. En pareil cas, il applique les principes du droit. ». L'article VIII du Titre préliminaire du Code civil péruvien de 1984, actuellement en vigueur, dispose ce qui suit : « Le juge ne saurait refuser de rendre la justice au motif que la loi est défectueuse ou lacunaire. En pareil cas, il applique les principes généraux de droit, de préférence ceux dont s'inspire le droit péruvien. ».

En ce qui concerne la relation entre les termes « principe » et « règle », M. Ruda Santolaria souscrit à l'opinion de Michel Virally, citée par le Rapporteur spécial au paragraphe 146 du rapport. En outre, il appuie la conclusion formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 153, à savoir que l'expression « principes généraux de droit » figurant au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice fait référence à des normes qui ont un caractère « général » et « fondamental ». À cet égard, il convient de prendre note de la distinction qu'opère M. Valencia-Ospina entre les principes procéduraux et les principes de fond, ces derniers ayant un caractère fondamental.

Comme le souligne le Rapporteur spécial au paragraphe 155 du rapport, il peut exister des principes généraux de portée régionale mais l'adjectif « général » employé au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a un sens beaucoup plus large et évoque le caractère universel des principes généraux de droit et leur applicabilité à tous les États et aux relations entre les sujets de droit international en général. À cet égard, il est instructif que le principe de l'*uti possidetis* soit qualifié de principe général dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* : « [L]a Chambre désire [...] souligner la portée générale [principe de l'*uti possidetis*], en raison de l'importance exceptionnelle qu'il revêt pour le continent africain ainsi que pour les deux Parties. À ce propos il convient d'observer que le principe de l'*uti possidetis* paraît bien avoir été invoqué pour la première fois en Amérique hispanique [...] Ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. ».

En ce qui concerne le terme « droit », au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, M. Ruda Santolaria estime qu'un principe général de droit peut découler tant des systèmes juridiques nationaux, par transposition dans le droit international, que du système juridique international. Il souscrit à l'observation formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 158 selon laquelle, si cette interprétation est plausible, elle doit être examinée plus avant à mesure que progresse l'examen du sujet, compte dûment tenu de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales. Il pense toutefois également que les principes généraux de droit font partie du droit international général.

M. Ruda Santolaria pense comme M<sup>me</sup> Galvão Teles et M. Tladi que la condition de reconnaissance ne saurait être assimilée à celle de l'acceptation du caractère obligatoire d'une règle ou de l'existence d'une *opinio juris* qui est requise pour qu'une coutume internationale existe. Cette reconnaissance étant toutefois essentielle à l'existence d'un principe général de droit, il est nécessaire, comme le propose le Rapporteur spécial aux paragraphes 169 à 175 du rapport, d'analyser de quelle manière la reconnaissance est établie à l'égard des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux et de ceux qui sont formés dans le cadre du système juridique international.

En ce qui concerne l'expression « nations civilisées », M. Ruda Santolaria souscrit pleinement à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 184 et 185 du rapport et partagée par d'autres membres, comme M<sup>me</sup> Galvão Teles et MM. Hassouna et Tladi, à savoir qu'elle est non seulement anachronique mais également contraire au principe de l'égalité souveraine des États. Toutefois, eu égard au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il préfère employer l'expression « principes généraux de droit reconnus par la communauté des nations », étant donné que ces principes peuvent être applicables non seulement aux États mais également à d'autres sujets de droit international, comme les organisations internationales.

M. Ruda Santolaria pense également comme le Rapporteur spécial que les principes généraux de droit peuvent émaner tant des systèmes juridiques nationaux que du système juridique international. Comme le Rapporteur spécial le fait remarquer au paragraphe 235 du rapport, ce dernier cas de figure est corroboré par la pratique des États et la jurisprudence internationale. M. Ruda Santolaria estime que le principe de l'*uti possidetis*, évoqué aux paragraphes 242 et 243, en est un bon exemple. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire susmentionnée du *Différend frontalier*, la Cour internationale de Justice souligne que le principe en question tire son origine d'une situation éminemment internationale, à savoir la nécessité de conserver les frontières héritées de la colonisation et d'éviter les conflits entre les États nés dans le cadre du processus de décolonisation : « [S]ous son aspect essentiel, ce principe vise, avant tout, à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance. Ces limites territoriales pouvaient n'être que des délimitations entre divisions administratives ou colonies, relevant toutes de la même souveraineté. Dans cette hypothèse, l'application du principe de l'*uti possidetis* emportait la transformation de limites administratives en frontières internationales proprement dites. ».

M. Ruda Santolaria convient qu'il est utile de mettre en regard la position de l'Union européenne et celle des États-Unis d'Amérique et du Canada dans l'affaire *CE-Hormones*, évoquée aux paragraphes 250 à 252 du rapport. D'un point de vue théorique, il partage la position de l'Union européenne exprimée en ces termes : « Les principes généraux de droit sont des principes énoncés en droit tant national qu'international qui ne résistent pas nécessairement à l'épreuve de la pratique et de l'*opinio juris* mais expriment des valeurs communes inhérentes à la vie humaine et à la société et sont à présent généralement acceptés par tous les États et la communauté internationale. ».

M. Ruda Santolaria approuve les projets de conclusion proposés. Toutefois, en ce qui concerne le projet de conclusion 2, il fait observer que, pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par la communauté internationale, y compris les États et les autres sujets de droit international.

M. Ruda Santolaria appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction, même si, comme le Rapporteur spécial et d'autres membres l'ont fait remarquer, le Comité devrait faire preuve de prudence et se fonder sur une étude plus approfondie du sujet et sur une analyse plus fouillée de la pratique.

À son avis, il serait très utile de solliciter l'aide précieuse du Secrétariat aux fins de l'élaboration d'une étude contenant une analyse de la pratique des États et des autres sujets de droit international, qui mette particulièrement l'accent sur la jurisprudence des juridictions internationales et des juridictions arbitrales internationales. Il serait également utile d'adresser un questionnaire aux États afin d'obtenir des informations supplémentaires sur leur pratique et de recueillir leur avis sur la question.

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Ruda Santolaria juge préférable de commencer par traiter de la détermination des principes généraux de droit et des conditions de cette détermination, notamment du critère de la reconnaissance, avant d'examiner les fonctions des principes généraux de droit et leur relation avec les autres sources du droit international, en particulier les traités internationaux et la coutume internationale. Il n'estime pas nécessaire d'établir une liste indicative des principes généraux de droit car, au vu de la tâche considérable que cela représenterait, compte tenu de leur nombre, il serait préférable de s'employer à analyser les éléments susmentionnés. Il juge toutefois utile de

fournir dans les commentaires des exemples pratiques et représentatifs de principes généraux de droit.

M<sup>me</sup> Lehto remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui est bien documenté, bien structuré et bien écrit. Elle partage l'avis selon lequel la Commission est bien placée pour apporter des éclaircissements faisant autorité sur la nature, les fonctions et les catégories de principes généraux de droit, comme elle l'a fait pour le droit international coutumier et comme elle le fait actuellement pour le *jus cogens*. La nature méthodologique du sujet, telle que l'envisage le Rapporteur spécial, et la présentation du résultat des travaux sous la forme d'un projet de conclusions sont cohérentes avec les travaux récents de la Commission et méritent d'être soutenues.

M<sup>me</sup> Lehto dit que, dans un souci de concision, elle concentrera son intervention sur la quatrième partie du rapport, qui propose une première analyse de certains aspects fondamentaux du sujet, tout en gardant à l'esprit les points examinés aux paragraphes 15 à 20 du rapport. Elle approuve pour l'essentiel la teneur de ces paragraphes, à savoir que la Commission devrait prendre pour point de départ le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, et que la question de la reconnaissance revêt une importance capitale pour les travaux de la Commission.

Concernant le paragraphe 1 c) de l'article 38, M<sup>me</sup> Lehto est aussi d'avis que les principes généraux de droit constituent l'une des principales sources du droit international, qui est à distinguer des traités et du droit international coutumier. Cependant, les frontières entre ces trois sources sont perméables et il peut être particulièrement difficile de différencier les principes généraux des principes du droit international coutumier.

Ce qui précède ressort clairement de l'analyse de la notion de principe général. On peut dire qu'un « principe » diffère d'une « règle » par la généralité de son contenu. Le terme « principe général » semble toutefois dénoter d'autres qualités, parmi lesquelles une large validité. Le Rapporteur spécial conclut au paragraphe 153 de son rapport que les principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 sont des normes « "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 ». Si cette conclusion est solidement étayée par les paragraphes précédents du rapport et cohérente avec les travaux antérieurs de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, il apparaît toutefois clairement que ces qualités ne suffisent pas, à elles seules, à distinguer les principes généraux des principes du droit coutumier.

M<sup>me</sup> Lehto souhaite évoquer rapidement les références aux principes généraux de droit dans la pratique de la Cour internationale de Justice, en particulier du point de vue de l'importance à accorder au fait que la Cour n'a que rarement, voire jamais, expressément mentionné cette source.

Comme chacun sait, la Cour a souvent préféré utiliser l'expression composite « droit international général » sans préciser si celle-ci renvoyait au droit international coutumier ou aux principes généraux de droit. Ainsi, dans son avis consultatif rendu en l'affaire *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle a notoirement considéré que le principe de prévention, consacré par le droit de l'environnement, constituait une obligation générale qui faisait « maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement ». Il a été dit qu'il s'agissait d'une technique visant à éviter de prendre position sur la question de savoir si ce principe était une norme coutumière ou un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38.

Dans une publication récente, le juge Yusuf a affirmé que la réticence de la Cour internationale de Justice à mentionner le paragraphe 1 c) de l'article 38 tenait à la référence problématique aux « nations civilisées ». Cependant, selon le juge, la Cour avait déjà invoqué et appliqué des principes généraux de droit sous d'autres formes, par exemple lorsqu'elle avait renvoyé à des principes consacrés par des traités, à des principes coutumiers ou à des principes qui étaient inhérents au fonctionnement d'un système juridique ou qui traduisaient une certaine conception de la justice objective. M<sup>me</sup> Lehto dit que cette dernière distinction est très similaire à celle établie par M. Valencia-Ospina entre les règles de procédure et les règles de fond.

Il est donc possible de recenser, comme l'a fait le Rapporteur spécial au paragraphe 129 de son rapport, un certain nombre d'affaires dans lesquelles la Cour semble avoir eu recours à des principes généraux de droit. Il pourrait être judicieux de donner davantage de précisions à ce propos dans les rapports à venir.

Deux questions fondamentales ont été soulevées pendant le débat sur la référence aux « nations civilisées » : premièrement, celle de savoir s'il était possible de remplacer simplement « les nations » par « les États » ; deuxièmement, celle de savoir si, dans le contexte de la reconnaissance, la formule « les États » signifiait « tous les États ». Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, la notion n'a pas été reprise dans les instruments juridiques postérieurs, qui emploient d'autres formules telles que « l'ensemble des nations » (Pacte international relatif aux droits civils et politiques) ou « la communauté internationale des États dans son ensemble » (Convention de Vienne sur le droit des traités). Le choix qui s'offre à la Commission est donc le suivant : assurer la cohérence avec ses travaux antérieurs, notamment ceux sur le *jus cogens*, ou adopter des formules plus novatrices qui engloberaient, par exemple, les organisations internationales.

En ce qui concerne la seconde question, M. Nguyen a fait remarquer qu'aux fins de la reconnaissance, interpréter « les États » comme désignant tous les États semble aller à l'encontre du libellé même du paragraphe 1 c) de l'article 38. Sir Michael Wood a exprimé des doutes quant à la nécessité qu'un principe général de droit existe dans « une majorité » ou « un nombre suffisamment important » de systèmes juridiques nationaux. M<sup>me</sup> Lehto pense comme lui que le paragraphe 1 c) de l'article 38 énonce une norme qualitative plus que quantitative. Il semble que, pour pouvoir être transposé en droit international, un principe doit exister dans tous les grands systèmes ou toutes les grandes traditions juridiques du monde ou être représentatif d'une autre manière.

S'agissant des catégories de principes généraux, M<sup>me</sup> Lehto dit que de nombreux commentaires ont déjà été faits sur la première, celle des principes découlant des systèmes juridiques nationaux, et qu'elle peut donc être brève, puisqu'il y a peu de désaccords sur la question et qu'elle a déjà souligné qu'il fallait que ces principes soient généralement reconnus. Premièrement, le Rapporteur spécial doit être félicité pour l'excellente analyse qu'il propose aux paragraphes 190 à 230 de son rapport. Deuxièmement, même s'ils semblent le plus souvent avoir trait à la procédure et aux éléments de preuve, les principes peuvent aussi être de nature différente et concerner le droit privé, le droit pénal ou le droit public. Le principal critère à remplir est de pouvoir s'adapter de manière appropriée au droit international. Troisièmement, les principes de droit interne doivent être soumis à un processus de transposition que le juge Yusuf a décrit comme un processus de distillation visant à dégager les points communs aux diverses règles internes afin de former des principes généraux adaptés aux relations internationales.

Il ne fait aucun doute que les rédacteurs du Statut de la Cour permanente de Justice internationale avaient à l'esprit les principes généraux apparus *in foro domestico*. Le libellé de l'article 38, qui est ensuite devenu le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, n'exclut toutefois pas d'autres types de principes généraux, et les travaux préparatoires montrent que ce texte est, lui aussi, un compromis entre deux conceptions des principes généraux.

L'existence de principes généralement applicables est indispensable à tout système juridique, qu'il s'agisse des systèmes juridiques nationaux ou du système juridique international. Pour reprendre les termes du juge Cançado Trindade, cité au paragraphe 148 du rapport, « tout système juridique repose sur certains principes fondamentaux qui [...] confèrent aux normes juridiques et au système juridique tout entier leur cohésion, leur cohérence et leur légitimité ».

La seconde catégorie – celle des principes généraux du droit international qui n'ont pas d'équivalent dans les systèmes juridiques nationaux – soulève plusieurs questions, au premier rang desquelles celle de l'exigence de reconnaissance, qui devrait s'appliquer aussi à ces principes. Une autre question concerne la distinction entre ces principes et les principes du droit coutumier. Au cours du débat, certains ont dit qu'il fallait se garder de considérer les principes généraux de droit comme des « coutumes allégées », des « coutumes sans pratique » ou des « coutumes sans *opinio juris* ». Dans la *Max Planck*



*Encyclopedia of Public International Law*, Giorgio Gaja a fait part de doutes similaires et a dit que, si la coutume devait être considérée comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », plusieurs règles du droit international ne dérivant pas de traités ne cadreraient pas avec la définition, faute d'une pratique suffisante, et que cela expliquait la référence à des principes ou à des principes généraux.

Dans les *Brownlie's Principles of Public International Law*, Ian Brownlie a donné une interprétation utile lorsqu'il a présenté les principes généraux du droit international comme étant des propositions logiques sous-tendant le raisonnement judiciaire sur la base du droit international existant. Dans cet ouvrage précurseur, il a mentionné les principes du consentement, de la réciprocité, de l'égalité des États et de la liberté de la mer, et a souligné que, s'ils trouvaient souvent leur origine dans la pratique étatique, ces principes étaient avant tout des abstractions acceptées depuis si longtemps et si largement qu'elles n'étaient plus *directement* rattachées à la pratique des États. Cette interprétation excluait évidemment les principes généraux qui sont coutumiers ou qui pourraient être considérés comme une coutume émergente. Elle pourrait toutefois être compatible avec un certain nombre de principes généraux du droit international qui ont été mentionnés pendant le débat, notamment les principes généraux régissant les relations internationales entre États, tels que ceux énoncés dans la Charte des Nations Unies ou 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, les principes généraux du droit des droits de l'homme, le principe de la dignité humaine, les considérations d'humanité et les principes sous-tendant la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Se pose aussi la question de savoir si les principes généraux du droit international devraient être d'application générale, non seulement à l'égard de tous les États mais aussi dans tous les domaines du droit. Ainsi, dans le cadre de l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice mentionne, parmi les « principes généraux et bien connus », « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ». Ce principe sous-tend des règles plus spécifiques dans divers domaines du droit international. La Cour a confirmé que le principe de prévention consacré par le droit de l'environnement, en tant que règle coutumière, ainsi que les obligations plus spécifiques de précaution et d'évaluation de l'impact sur l'environnement qui en découlaient, trouvaient leur origine dans cette obligation générale de diligence raisonnable. En outre, le Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international de l'Association de droit international a souligné, dans son deuxième rapport, que le principe général de la diligence raisonnable pouvait être considéré comme une norme appliquée par défaut en l'absence d'une norme plus précise ou plus stricte qui serait fondée sur un traité ou sur la coutume. Toujours selon ce rapport, il apparaît clairement que les exigences en matière de diligence raisonnable sont définies à l'échelle du droit international plutôt que national.

La troisième question concerne la relation entre les principes généraux de différents domaines du droit international et ceux du droit international général. Ainsi que l'a notamment fait observer M<sup>me</sup> Oral, les principes généraux ont non seulement joué un rôle important dans la formation du droit des droits de l'homme et du droit de l'environnement, mais ils ont aussi conservé leur pertinence et apportent cohérence et unité à l'interprétation des règles plus particulières dont ils sont à l'origine. M<sup>me</sup> Lehto dit espérer que ce point sera examiné à l'avenir.

Les projets de conclusion proposés, tout comme le rapport, appellent l'attention sur des questions clefs liées aux principes généraux de droit. Ces questions, notamment celles qui ont trait aux différentes catégories de principes généraux de droit, à la reconnaissance et au rôle des principes généraux de droit en tant que source distincte du droit international, sont toutes liées entre elles. Bien qu'intéressant et enrichissant, le débat suscité par le rapport n'a pas abouti à un résultat concluant. Il est possible que les questions les plus litigieuses ne puissent être tranchées sans des recherches et une réflexion plus approfondies, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 158 de son rapport lorsqu'il dit estimer que la question de savoir si le terme « droit » doit être interprété comme recouvrant tant le droit national qu'international nécessite d'être étudiée plus avant à mesure que

l'examen du sujet progresse et compte tenu de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales.

En conclusion, M<sup>me</sup> Lehto dit qu'elle appuie le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

**M. Nolte** remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur les principes généraux du droit. Il s'agit d'un excellent rapport, abondamment documenté et agréable à lire, qui présente ce sujet très important de manière transparente et équilibrée.

M. Nolte dit qu'étant donné que le débat est déjà bien avancé et que la Commission est pressée par le temps, son intervention sera brève.

Le Rapporteur spécial fait observer au paragraphe 15 de son rapport que « la Commission devrait prendre pour point de départ le paragraphe 1 c) de l'article 38 [du Statut de la Cour internationale de Justice], analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux ». M. Nolte est du même avis. Toutefois, la détermination des principes généraux de droit doit reposer sur une base qui ne se limite pas à la pratique des États et à la jurisprudence des juridictions internationales telles qu'elles sont généralement comprises dans le contexte de la détermination du droit international coutumier. Dans le cas présent, la « pratique des États » recouvre dans une large mesure le droit interne, et la pratique pertinente peut être plus difficile à percevoir dans les relations diplomatiques que dans des formes plus générales de conduite. Comme l'ont notamment souligné M. Nguyen, M<sup>me</sup> Galvão Teles et M. Park, les moyens pertinents de détermination des principes généraux de droit recouvrent aussi, et probablement dans une plus large mesure que dans le contexte du droit international coutumier, la jurisprudence des tribunaux nationaux, la pratique des organisations internationales et la doctrine. M. Nolte pense comme Sir Michael Wood et M. Murphy que le sujet ne concerne pas seulement les juridictions et leurs décisions et que son examen ne devrait donc pas être axé uniquement sur les tribunaux.

M. Nolte dit souscrire à la proposition formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 24 de son rapport, à savoir que la Commission devrait examiner plus avant les rapports qui existent entre les principes généraux de droit et d'autres sources du droit international. Il souscrit également aux observations de M. Reinisch à cet égard, y compris au sujet de la règle de la *lex specialis*. Il soutient aussi la proposition de M. Aurescu visant à ce que le Rapporteur spécial examine les liens entre les principes généraux de droit et l'équité. Tout comme Sir Michael Wood et M. Aurescu, il n'est pas préoccupé par l'emploi du terme « source ». Il dit que, bien qu'il existe différentes interprétations de ce terme dans la doctrine, comme l'a souligné M. Murase, la Commission devrait simplement indiquer qu'elle se conforme à l'interprétation la plus courante, à savoir, selon lui, le processus juridique et la forme de création d'une règle de droit.

Compte tenu de ce qui précède, M. Nolte se dit convaincu que la question de la frontière entre les différentes sources du droit international est moins épineuse qu'on ne le pense parfois. Ainsi, il pense comme M. Reinisch que la différence entre une règle du droit international coutumier et un principe général de droit ne tient pas tant au caractère général de leur contenu qu'à la manière dont un principe particulier est apparu ou, comme Sir Michael Wood l'a dit, aux règles de reconnaissance distinctes qui s'appliquent. Les règles du droit international coutumier peuvent être assez générales et des principes généraux de droit peuvent acquérir le statut de règle du droit international coutumier s'il peut être démontré que ces principes sont suivis par les États dans leur pratique et généralement acceptés par ceux-ci en tant qu'*opinio juris*. Cette situation s'apparente en quelque sorte à celle des règles du droit international coutumier qui peuvent être simultanément des normes conventionnelles. Par conséquent, il n'est pas toujours possible de différencier les principes généraux de droit des règles issues d'autres sources du droit international à partir de leur formulation ou de leur contenu. Ce qui les distingue, c'est plutôt le processus par lequel ils sont apparus et les critères qu'ils doivent par ailleurs remplir.

M. Nolte juge très utile et convaincante l'analyse que le Rapporteur spécial fait, aux paragraphes 77 à 109 de son rapport, de la « pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale » et des travaux préparatoires du paragraphe 1 c)

de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et de son prédécesseur. Il souscrit aux principales conclusions qui en découlent et qui figurent aux paragraphes 108 et 109, à savoir : premièrement, comme l'ont souligné M. Hmoud et d'autres membres, les principes généraux ne devraient pas donner à la Cour le pouvoir de légiférer ; deuxièmement, les principes généraux peuvent découler de principes apparus *in foro domestico* ; troisièmement, la possibilité que les principes généraux puissent aussi trouver leur origine ailleurs n'est pas exclue. Le tour d'horizon des références aux principes généraux de droit dans les instruments internationaux et dans la pratique judiciaire internationale que fait le Rapporteur spécial aux paragraphes 111 à 139 est aussi très utile.

Concernant les « éléments » des principes généraux de droit énoncés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui font l'objet des paragraphes 141 à 187 du rapport, il importe de se demander si la généralité des principes généraux suppose qu'ils ont aussi « un caractère [...] plus fondamental », comme la Cour l'a laissé entendre dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*. La réponse à cette question dépend de ce que l'on entend par « fondamental ». M. Nolte estime que, dans le contexte des principes généraux de droit, l'adjectif « fondamental » n'indique pas nécessairement que ces principes ont un rang plus élevé ou qu'ils se distinguent par leur fond, comme c'est le cas pour les normes impératives du droit international général, mais dénote plutôt le caractère sous-jacent ou structurel de ces principes. Il souscrit donc à la conclusion formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 153 de son rapport, à savoir que les principes généraux sont « fondament[aux] au sens où [ils] sous-tendent des règles précises ». Comme d'autres membres l'ont fait observer, bon nombre de principes généraux de droit n'incarnent pas des valeurs spécialement plus élevées mais sont simplement reconnus comme étant des règles de nature générale. M. Nolte dit qu'il pense donc comme M. Hmoud et Sir Michael Wood que les principes généraux de droit peuvent incarner ou non des valeurs importantes. M. Valencia-Ospina a étayé cette conclusion en mettant l'accent sur la nature procédurale d'un grand nombre de principes généraux de droit.

Pour ce qui est de l'élément « reconnus », traité aux paragraphes 163 à 175, M. Nolte dit que, à l'instar de M. Aurescu et d'autres membres, il pense comme le Rapporteur spécial que l'exigence de reconnaissance « peut dépendre de la catégorie des principes généraux de droit » (par. 167) et qu'il reviendra sur ce point.

S'agissant des principes généraux de droit découlant de systèmes juridiques nationaux, M. Nolte pense comme le Rapporteur spécial que l'élément de reconnaissance a une double fonction, qui est, premièrement, d'« éviter d'accorder aux juges un pouvoir d'appréciation trop large dans la détermination du droit », comme indiqué au paragraphe 166, et, deuxièmement, de faire en sorte qu'un « principe commun à plusieurs juridictions nationales [...] [puisse] être appliqué dans le système juridique international », comme indiqué au paragraphe 169. En ce qui concerne la seconde fonction, M. Nolte dit que les conditions ne devraient pas être formulées de manière trop stricte. Si un principe est commun à plusieurs systèmes juridiques nationaux, on peut éventuellement présumer qu'il est « transposable » dans le système juridique international. On ne peut toutefois pas tenir cette « transposabilité » pour acquise lorsqu'un certain principe général pré suppose par exemple un arrangement institutionnel qui n'existe pas à l'échelle internationale.

Concernant les paragraphes 176 à 187 du rapport, M. Nolte pense comme le Rapporteur spécial, M. Jalloh et tous les membres de la Commission qui se sont exprimés avant lui que le terme « nations civilisées » est anachronique et ne devrait pas être employé. Il estime néanmoins que la Commission devrait trouver un autre terme qui soit pleinement compatible avec le principe fondamental de l'égalité souveraine des États et qui reprenne une fonction importante assumée par le terme précédent. En effet, l'emploi de l'expression « nations civilisées » avait pour but initial non seulement de réaffirmer la primauté illégitime de certains États, mais aussi de veiller à ce que les principes généraux ne soient pas identifiés trop facilement et sans qualification collective. Le terme servait également à garantir que les principes généraux de droit ne deviennent pas un instrument permettant aux juges et aux autres parties prenantes de justifier leurs choix.

La question se pose en particulier pour la seconde catégorie de principes généraux de droit proposée par le Rapporteur spécial, à savoir ceux « formés dans le système

juridique international ». Si des principes généraux de droit peuvent être « formés dans le système juridique international » en étant simplement « généralement reconnus par les États », cela pourrait justifier les préoccupations exprimées par MM. Tladi, Murase et Rajput, Sir Michael Wood et d'autres collègues, qui craignent que la source « principes généraux de droit » soit utilisée pour saper ou contourner les critères plus rigoureux qui président à la formation des règles du droit international coutumier. Il serait en effet difficile de concevoir qu'un principe de droit plus général puisse être formé plus facilement que les règles ordinaires du droit international coutumier.

M. Nolte propose donc de remplacer, dans le projet de conclusion 2, le membre de phrase « doit être généralement reconnu par les États » par une condition de reconnaissance plus stricte. Une solution pourrait être de reprendre l'expression « la communauté internationale des États dans son ensemble », qui figure à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cela ne veut pas dire pour autant que les principes généraux de droit seraient assimilables aux normes impératives du droit international général, car la reconnaissance d'un principe général de droit par « la communauté internationale des États dans son ensemble » ne s'appliquerait pas au caractère impératif – inexistant au demeurant – du principe général en question. L'intérêt de cette expression est que non seulement elle implique l'addition des positions individuelles des États mais elle suppose aussi d'établir que, collectivement, les États considèrent qu'un principe en particulier est un principe général de droit. Cette forme de reconnaissance exigerait l'acceptation du principe par une « très large majorité d'États » ou par « l'écrasante majorité des États », expressions qui ont été utilisées respectivement par la Commission au paragraphe 2 du projet de conclusion 7 sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et par la Cour internationale de Justice dans son arrêt en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*. Dans le même ordre d'idées, M. Hmoud a proposé d'utiliser la formule « la communauté internationale des États ». Une autre solution pourrait être de dire simplement que la reconnaissance doit émaner de la « communauté internationale », comme l'ont suggéré M<sup>me</sup> Galvão Teles et M. Hassouna. Cette proposition permettrait de faire une plus large place aux organisations internationales et autres acteurs dans le groupe des parties prenantes dont la reconnaissance est nécessaire. M. Nolte n'est pas certain qu'il soit judicieux d'adopter des approches encore plus larges qui seraient fondées sur des termes tels que « transcivilisationnel » ou « national », y compris les échelons infranational et transnational, comme le proposent respectivement M. Murase et M. Tladi.

Toutefois, l'expression « principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » pourrait peut-être restituer l'idée centrale de la plupart des propositions. Cette expression figure au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui date de 1966, soit peu après la décolonisation, à une époque où les États se sont efforcés, avec succès, d'adapter l'ancien droit international au nouveau monde décolonisé. Selon M. Nolte, l'emploi de l'expression « principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » est un moyen judicieux de traduire le terme discrédité de « nations civilisées » à l'époque actuelle tout en préservant les éléments légitimes de son objet et de son but.

Quelle que soit la manière dont la norme de reconnaissance plus stricte est formulée, il est clair que l'application concrète de cette norme ne relève pas d'un calcul mathématique, comme l'a dit Sir Michael Wood. Cela est particulièrement important compte tenu du fait que les expressions explicites de reconnaissance peuvent parfois être limitées et qu'elles peuvent provenir de diverses parties prenantes, c'est-à-dire non seulement des États, mais aussi des organisations internationales et, indirectement, d'autres acteurs.

M. Nolte souscrit largement à la description et à l'analyse convaincantes qui figurent aux paragraphes 190 à 230 du rapport et tendent à montrer que « des principes généraux du droit peuvent être tirés des systèmes juridiques internes ». Dans de nombreux cas, on peut supposer qu'un principe général issu des systèmes juridiques internes est « transposable » dans le système juridique international. M. Nolte dit qu'il juge préférable de ne parler que de « transposabilité » et non d'une exigence plus stricte de « transposition ».

Enfin, aux paragraphes 231 à 253 de son rapport, le Rapporteur spécial traite de la catégorie des « principes généraux du droit formés dans le système juridique international ». Comme l'ont notamment dit MM. Hmoud, Park et Murphy et Sir Michael Wood, cette catégorie est moins bien établie que celle des principes généraux issus de systèmes nationaux. M. Nolte ne pense toutefois pas que la Commission doive rejeter sommairement cette deuxième catégorie ou la restreindre de façon excessive. Comme il l'a déjà dit, il importe avant tout que les critères régissant la détermination des « principes généraux formés dans le système juridique international » soient suffisamment stricts. À cet égard, le projet de conclusion 3 dépend de la condition préalable énoncée dans le projet de conclusion 2. Selon M. Nolte, le Rapporteur spécial a avancé des éléments suffisants pour prouver qu'il est possible que des principes généraux de droit découlent aussi du système juridique international. En fonction des critères de détermination, la catégorie des « principes généraux du droit formés dans le système juridique international » pourrait être considérée comme un type de principe général au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans ce cas, il importerait d'établir une distinction raisonnable entre les principes généraux de droit formés dans le système juridique international et les principes généraux du droit international, en prévoyant éventuellement la possibilité de chevauchements et en évitant de trop s'attarder sur des considérations terminologiques, qui ont fait l'objet d'un mini-débat entre M. Grossman Guiloff et M. Reinisch.

En résumé, le projet de conclusion 3 pourrait être acceptable si l'exigence de reconnaissance énoncée dans le projet de conclusion 2 est suffisamment renforcée pour la catégorie des principes généraux formés dans le système juridique international.

En ce qui concerne le programme de travail futur, il semble que le Rapporteur spécial entend suivre une démarche déductive s'agissant de l'ordre et du contenu des deux rapports envisagés, en commençant par des questions générales, comme les fonctions, pour ne traiter qu'ensuite des questions plus précises, telles que la reconnaissance. Il pourrait être plus judicieux de commencer par ce qui est généralement accepté, les principes généraux découlant des systèmes juridiques internes par exemple, puis de passer à ce qui fait moins l'unanimité, comme les principes généraux formés dans le système juridique international, et de traiter ensemble les fonctions et la reconnaissance pour chacune des catégories.

Enfin, M. Nolte encourage le Rapporteur spécial à maintenir son approche large du sujet et à ne pas se contenter d'une bibliographie quand il peut inclure toutes sortes de documents pertinents dans les commentaires.

M. Nolte estime lui aussi que les projets de conclusion proposés devraient être renvoyés au Comité de rédaction mais pense qu'il pourrait être préférable, en ce qui concerne les projets de conclusions 2 et 3, d'attendre que la Commission soit en mesure de les évaluer à la lumière du prochain rapport.

**M. Cissé** dit qu'il souhaite tout d'abord féliciter le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui est détaillé et bien documenté. Nul n'ignorant l'importance des principes généraux de droit en tant que source du droit international, il convient de se demander si l'étude du sujet doit se limiter aux principes généraux du droit international ou si elle doit être plus large et porter à la fois sur les principes généraux de droit de l'ordre juridique interne et sur les principes généraux de droit formés dans le système juridique international. La Commission semble divisée sur ce point, et M. Cissé dit qu'il est favorable à la deuxième approche.

Si le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice présente les principes généraux de droit comme la troisième source du droit international, il ne les définit pas. Il y a quelques années, la Commission a entrepris de clarifier le sens, la nature et la portée des trois sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38, ainsi que les rapports qu'elles entretiennent entre elles, d'une part, et avec le droit interne, d'autre part. Ces trois sources ont certes des fonctions différentes, mais il n'existe pas de hiérarchie entre elles : les principes généraux de droit, qui arrivent en troisième position, ne sont pas une source d'un rang inférieur aux traités ou à la coutume. Ils ont pour vocation de combler les lacunes de droit, de servir de cadre aux juges statuant

en l'absence de dispositions claires et de contribuer, en tant que moyen subsidiaire d'interprétation, au développement progressif et à la codification du droit international.

Pour pouvoir poursuivre ses travaux, la Commission a besoin d'une définition claire de ce que sont les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », mais définir ce concept encore abstrait pourrait s'avérer difficile. Il faudrait en outre modifier le titre du sujet en français pour qu'il se lise comme suit : « principes généraux de droit ». En effet, selon M. Cissé, la différence est substantielle, car les principes généraux de droit sont des principes définis en droit interne, alors que les principes généraux du droit sont des principes formés en droit international.

Les avis sont également partagés sur la question de savoir si la Commission devrait essayer de dresser une liste des principes généraux de droit. Le Rapporteur spécial juge qu'une telle liste n'est pas nécessaire, mais M. Cissé et d'autres membres de la Commission ne sont pas d'accord. En effet, certains de ces principes sont déjà bien établis en droit interne ou en droit international. Établir une telle liste, même non exhaustive, sur le modèle de ce qui a été fait pour les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ne pourra que bonifier le travail de la Commission sur ce sujet et contribuer à clarifier certains points. Parmi les principes bien établis, on peut citer le délai de prescription, la *res judicata*, la *res inter alios acta*, l'état de nécessité, la force majeure, la proportionnalité, la bonne foi, le droit de la défense, la réparation des dommages, l'acquiescement, les droits acquis, le non-abus du droit d'agir en justice, la diligence raisonnable, le fardeau de la preuve, le fait de ne pas se prévaloir de sa propre turpitude, le fait de ne pas être à la fois juge et partie, la stipulation pour autrui, la répétition de l'indu, l'enrichissement sans cause, la responsabilité et son corollaire, la réparation des dommages, la présomption d'innocence, l'admission de preuves circonstanciées en l'absence de preuves écrites ou formelles, le fait de ne pas se faire justice soi-même, la *pacta sunt servanda*, le *rebus sic stantibus* dans les traités relatifs aux frontières, l'*uti possidetis*, l'intangibilité des frontières coloniales, la *stare decisis* en common law, l'égalité souveraine des États, l'intégrité territoriale et la non-ingérence dans les affaires intérieures. La Commission pourrait apporter une certaine valeur ajoutée à ses travaux sur le sujet en établissant une typologie des principes généraux du droit interne et du droit international, selon qu'ils relèvent du droit procédural ou du droit matériel.

La deuxième raison pour laquelle il est nécessaire de dresser une liste des principes généraux de droit qui relèvent tant du droit interne que du droit international tient au fait que, en faisant référence aux « principes généraux de droit », l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'établit pas de distinction. Les avis divergent sur la question de savoir si la Commission devrait étudier uniquement les principes généraux du droit international, en excluant les principes généraux du droit interne. M. Cissé soutient, comme il l'a fait lors des débats sur le *jus cogens*, que la frontière entre les deux types de principes ne doit pas toujours être perçue comme imperméable. Ainsi, le principe de l'égalité souveraine des États (comme son corollaire, celui du consentement) est considéré comme étant un principe général du droit international, mais il n'en demeure pas moins un principe général du droit interne. Les constitutions du monde entier le consacrent sous sa double dimension, nationale et internationale. Il se trouve à la jonction des systèmes juridiques interne et international mais vient aussi rappeler qu'il faut se garder d'interpréter un texte clair et d'établir des distinctions là où la loi n'en fait pas, en l'occurrence le paragraphe 1 c) de l'article 38, qui traite de principes généraux du droit interne qui ont été transposés en droit international. L'inverse est aussi possible, car il existe des principes généraux du droit international qui ont été transposés ou sont transposables en droit interne par voie de domestication ou de réception, selon que le système juridique national est dualiste ou moniste.

M. Cissé dit que cette transposition bidirectionnelle l'incite à préférer une approche plus globale du sujet qui ne soit pas trop axée sur la distinction entre droit interne et droit international, approche qui lui semble la plus réaliste, étant donné l'interdépendance entre les États, entre les États et les organisations internationales et entre les États et les acteurs privés. Lorsqu'un principe général de droit international est incorporé dans un système juridique national, il devient un principe général de droit interne, mais ne perd pas pour autant son caractère international. L'effet de la transposition prouve que le principe en

question fait désormais partie de l'ordonnement juridique de l'État, avec toutes les conséquences juridiques que cela suppose pour l'État concerné. Dans divers domaines du droit international, il arrive souvent que les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international soient reliés par des canaux diplomatiques ou judiciaires. En n'examinant pas les deux ordres au titre du sujet, la Commission s'écarterait de l'esprit et de la lettre de l'article 38.

Le libellé du projet de conclusion 2, qui ne reprend pas le terme obsolète et anachronique « nations civilisées », ne devrait susciter aucune controverse. En mettant l'accent sur l'égalité souveraine et le consentement des États dans l'exercice de leurs droits et l'accomplissement de leurs obligations, ce projet de conclusion épouse son époque et l'évolution du monde et des relations internationales. La reconnaissance par les États doit s'appliquer à tous les principes généraux de droit quelle que soit leur provenance, y compris les principes issus des systèmes juridiques européens et non européens, du système islamique et des divers systèmes coutumiers d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine. Ces principes généraux existent et pourraient être renforcés grâce à une administration plus démocratique de la justice à l'échelle nationale et internationale.

L'un des exemples – malheureusement rares – de dépassement de la distinction entre droit civil et common law est l'opinion individuelle du juge Weeramantry, alors Vice-Président de la Cour internationale de Justice, en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, dans laquelle celui-ci s'est penché sur la possibilité de l'existence du principe de développement durable en examinant presque toutes les traditions juridiques du monde. Le commentaire du projet de conclusions et les futurs rapports du Rapporteur spécial devraient mettre en lumière le manque d'universalisme qui persiste dans le contexte de la détermination des principes généraux de droit. Les systèmes non européens s'épanouissent, comme le prouvent l'utilisation du droit islamique au Pakistan et en Indonésie ou la reconnaissance du droit coutumier au Canada, en Afrique du Sud et dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Ne pas tenir compte de ces systèmes juridiques dans le contexte des principes généraux de droit serait une erreur et ne ferait que perpétuer le colonialisme.

Le Rapporteur spécial a raison d'indiquer, dans le projet de conclusion 3, qu'il existe deux catégories de principes généraux de droit, à savoir ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. Le texte du paragraphe 1 c) de l'article 38, les travaux préparatoires et l'historique de la disposition contredisent les arguments avancés par certains auteurs selon lesquels seule la première catégorie devrait être retenue. La nature générale du texte et l'absence d'élément indiquant clairement que les rédacteurs souhaitaient limiter le paragraphe à cette seule catégorie justifient l'adoption d'une interprétation plus large et plus libérale du concept et l'élargissement de son champ d'étude pour inclure les principes généraux de droit issus du droit international, en d'autres termes les principes généraux de droit qui sont invoqués par les États et les juridictions internationales, ont été formés initialement dans le cadre du système juridique international et ne découlent donc pas de systèmes nationaux, comme le principe *pacta sunt servanda*. Il ne fait aucun doute que ces principes contribuent au fonctionnement harmonieux et pacifique de la société internationale et à l'effectivité du droit international. Par exemple, le principe des responsabilités communes mais différenciées présente un intérêt limité en droit interne puisqu'il ne peut déployer tous ses effets que dans le cadre du droit international et des relations internationales, en particulier en matière d'environnement. Ce principe résulte du développement progressif du droit international de l'environnement après la Conférence des Nations Unies sur le développement de 1972 et a pris sa forme définitive lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, tenue en 1992.

Il serait pertinent de définir conceptuellement les deux catégories afin de mieux les comprendre. Il importe en outre de souligner la fluidité des principes généraux de droit, qui s'appliquent souvent simultanément dans des instances nationales et internationales. Les principes formés dans le système international peuvent influencer ceux issus des systèmes nationaux et vice versa. On peut considérer qu'un principe se développe de manière itérative, à travers les deux ordres juridiques, comme c'est le cas pour le principe de précaution, qui est apparu en Allemagne dans les années 1970 avant d'être intégré dans

plusieurs traités internationaux dans les années 1980 puis d'être consacré par la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement. À la suite de la Conférence de 1992, ce principe a été consolidé en droit international puis transposé dans les systèmes juridiques internes à travers le monde. Le développement, l'interprétation et l'application du principe de précaution, que l'on peut qualifier de principe général de droit applicable à la protection de l'environnement au sens large, peuvent être vus comme bidirectionnels. Malgré cette fluidité, certains principes généraux sont propres au système juridique international et complètement distincts du droit interne. Cependant, les deux catégories devraient être prises en compte aux fins de l'examen du sujet. La teneur des paragraphes 231 et 232 du premier rapport et du projet de conclusion 3 est rassurante à cet égard.

En conclusion, M. Cissé se dit favorable au renvoi des trois projets de conclusion au Comité de rédaction.

**M. Tladi** demande s'il n'y a pas une certaine contradiction dans le fait d'approuver l'approche adoptée dans le projet de conclusion 2, qui met l'accent sur la reconnaissance des principes généraux de droit par les États, tout en souscrivant à l'opinion du juge Weeramantry sur la recherche de tels principes dans les coutumes de communautés qui ne sont pas des États.

**M. Cissé** dit que les États sont certes les principaux sujets du droit international mais qu'il faut aussi tenir compte des autres cultures et des valeurs qu'elles véhiculent. Les principes généraux de droit peuvent émaner d'autres traditions ; ainsi, le principe de précaution est depuis longtemps une maxime villageoise dans le monde entier.

**M. Hmoud**, faisant observer que le principe des responsabilités communes mais différenciées existe dans certaines traditions de droit civil, souhaite savoir ce qui conduit M. Cissé à le qualifier de principe général de droit plutôt que de règle du droit international coutumier. La pratique des États entre les conférences de 1972 et de 1992 est suffisamment abondante pour classer ce principe dans la seconde catégorie.

**M. Cissé** répond que ce principe n'avait guère suscité d'intérêt dans les systèmes juridiques nationaux jusqu'à son développement en droit international. L'essentiel est d'envisager la création des principes généraux de droit de manière holistique et de garder à l'esprit que ces principes peuvent découler du droit interne comme du droit international et passer d'un système à l'autre.

*La séance est levée à 13 heures.*