Provisoire

Réservé aux participants

10 décembre 2021
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-douzième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3545e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 21 juillet 2021, à 11 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*suite*)

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

GE.21-09979 (F) 101221 101221

Merci de recycler

Présents :

Président :	M. Hmoud
Membres :	M. Argüello Gómez
	M. Cissé
	Mme Escobar Hernández
	M. Forteau
	Mme Galvão Teles
	M. Gómez-Robledo
	M. Grossman Guiloff
	M. Hassouna
	M. Jalloh
	M. Laraba
	Mme Lehto
	M. Murase
	M. Murphy
	M. Nguyen
	Mme Oral
	M. Ouazzani Chahdi
	M. Park
	M. Petrič
	M. Rajput
	M. Reinisch
	M. Saboia
	M. Šturma
	M. Tladi
	M. Vázquez-Bermúdez
	Sir Michael Wood
	M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 11 heures.

Principes généraux du droit (point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/741 et Corr.1)

M. Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial) tient à remercier les membres de la Commission pour leurs précieuses contributions et les observations très pertinentes qu'ils ont pu faire au cours du débat qui, comme en 2019, a été extrêmement dense ; les discussions, qui ont permis d'apporter des éclaircissements sur tout un éventail de questions essentielles à l'examen du sujet, constituent une excellente base pour la suite des travaux de la Commission. M. Vázquez-Bermúdez résumera le débat, avant d'examiner les principaux points soulevés. Compte tenu des contraintes de temps, il ne sera pas en mesure de répondre à l'ensemble des arguments, des observations et des propositions des membres, mais assure avoir prêté la plus grande attention à tous les points soulevés et fait savoir que toute question qui n'aura pas été examinée à la présente séance sera traitée en temps voulu.

Commençant par des observations d'ordre général sur le champ du sujet, M. Vázquez-Bermúdez rappelle que, comme convenu précédemment par les membres de la Commission et par la Sixième Commission, la Commission a pris comme point de départ pour ses travaux l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique et de la jurisprudence, ainsi que de la doctrine pertinente. Il croit donc comprendre que les travaux de la Commission devraient porter exclusivement sur les principes généraux du droit expressément et formellement cités comme sources du droit international à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38.

S'il est vrai que l'article 38 du Statut a pour objet de définir les différentes sources du droit applicables par la Cour internationale de Justice, comme l'a relevé M. Murase, il ressort de la jurisprudence et de la pratique des États que cette disposition vise les sources du droit international puisque différentes juridictions internationales, parmi lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce et les tribunaux internationaux d'arbitrage en matière d'investissement, l'ont expressément invoquée dans leurs raisonnements. Certains membres de la Commission, dont M. Argüello Gomez, M. Hmoud, M. Murase, M. Petrić et M. Rajput, ont dit douter qu'il ait été tenu compte de cet aspect essentiel du sujet dans le deuxième rapport et ont remis en question, en particulier, l'analyse de la deuxième catégorie de principes généraux du droit présentée dans le rapport. M. Vázquez-Bermúdez estime que, comme l'a fait observer Sir Michael Wood, l'examen du sujet suppose que l'on s'attache avant tout, et c'est là un des défis inhérents à cette tâche, à déterminer précisément la portée de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, soit en d'autres termes à définir la portée des principes généraux du droit. La Commission ne saurait considérer qu'elle a achevé ses travaux avant d'avoir examiné comme il se doit cette question, qui préoccupe de longue date les juristes.

À ce propos, M. Forteau et Sir Michael Wood ont également soulevé la question des termes employés dans les versions française et espagnole du rapport pour désigner les principes généraux du droit, soulignant qu'il est question à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice des « *principes généraux de droit* » et des « *principios generales de derecho* », en français et en espagnol, respectivement, alors même que l'intitulé du sujet, ainsi qu'il a été adopté dans ces deux langues et ainsi qu'il figure dans le rapport, est « *principes généraux du droit* » et « *principios generales del derecho* ». M. Vázquez-Bermúdez ne partage pas l'avis de M. Forteau, qui estime qu'en reprenant l'expression initialement employée dans la version française du Statut, on limiterait le sujet aux principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, position qui, au surplus, semble n'être défendue que par une poignée de commentateurs français.

La jurisprudence et la pratique des États ont varié depuis l'adoption, en 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Si les termes initialement employés dans le Statut ont effectivement été repris, cela n'a pas toujours été le cas, loin de là. En outre, on observe des différences terminologiques comme celle-ci lorsqu'il est question non seulement des principes généraux du droit, mais également du droit international coutumier, par exemple. Les termes employés dans les travaux de la Commission et ailleurs diffèrent de ceux qui figurent à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, qui parle notamment non pas de « droit international coutumier » mais de « la coutume internationale comme

preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». En outre, on ne trouve pas, dans cette disposition, le terme « *opinio juris* », qui renvoie à l'un des deux éléments constitutifs du droit international coutumier ; pourtant, ce terme est employé par la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions et a été repris par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, sans que l'on ait débattu de la question de savoir si la teneur de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut avait changé. Quels que soient les termes employés aux fins des travaux sur le sujet, M. Vázquez-Bermúdez convient avec Sir Michael Wood que la formule qui sera finalement retenue par la Commission sera sans préjudice des différentes origines possibles des principes généraux du droit et des diverses catégories auxquelles ces principes peuvent appartenir.

L'expression espagnole « *principios generales del derecho* » et son pendant français « *principes généraux du droit* » sont les plus couramment utilisés dans la pratique internationale, sans toutefois qu'il soit fait de distinction avec la formule retenue pour le Statut. On les trouve, par exemple, à l'article 67 de la quatrième Convention de Genève de 1949, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et dans les statuts des juridictions pénales internationales et leur jurisprudence. Ces mêmes formules sont employées par la Commission dans les commentaires des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, sujet dont l'examen s'est achevé tout récemment, en 2018. Qui plus est, aucun État n'a demandé que l'on modifie la formule retenue pour le sujet à l'examen, d'autant que l'on pourrait penser qu'une telle modification aurait des répercussions sur la teneur du texte, surtout si elle ne concerne que les versions française et espagnole. Si la Commission était contrainte de reprendre mot pour mot l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, sans tenir compte de la pratique et de la jurisprudence internationales, elle devrait, de la même façon, conserver le terme anachronique « nations civilisées », par exemple, pour la seule et unique raison que celui-ci figure également dans le Statut.

Si la plupart des membres de la Commission semblent favorables à ce que l'on remplace le terme « nations civilisées » par l'expression « ensemble des nations », la Commission ne devrait pas ignorer les préoccupations légitimes soulevées par Mme Escobar Hernández et M. Zagaynov, qui ont fait observer que les différentes traductions officielles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contenaient pas toutes l'expression « ensemble des nations », ce qui risquait de prêter à confusion ; on trouve, par exemple, dans le texte espagnol du Pacte l'expression « *comunidad internacional* » (communauté internationale). D'autres solutions possibles ont été proposées au cours du débat, comme en 2019, notamment les termes « États », « ensemble des États », « communauté internationale » ou « communauté des nations dans son ensemble ». Toutes ces questions doivent être examinées par le Comité de rédaction.

Certains membres, notamment M. Gómez-Robledo, M. Saboia et M. Tladi, ont souligné qu'il importait que la méthode utilisée pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux tienne compte des systèmes juridiques des peuples autochtones et indigènes, proposition à laquelle M. Vázquez-Bermúdez, en tant que Sud-Américain, est naturellement sensible. Étant donné qu'il y a généralement un lien − par exemple, au plan constitutionnel − entre le système juridique des peuples autochtones et celui de l'État dans lequel les systèmes autochtones évoluent, il pourrait être opportun de tenir compte de ces systèmes. Cela étant, cette question pourrait être traitée dans les commentaires.

M. Forteau et Mme Oral, notamment, ont soulevé une autre considération d'ordre général qui concerne la nécessité de trouver un juste milieu entre souplesse et rigueur dans la méthode utilisée pour déterminer les principes généraux du droit. Étant donné que ces principes sont une source du droit visant à apporter des réponses à des questions qui ne sont pas, ou pas suffisamment, réglementées par le droit conventionnel et le droit international coutumier, il faut effectivement faire preuve d'une certaine souplesse pour les déterminer. Cette considération − sur laquelle M. Vázquez-Bermúdez reviendra ultérieurement − imprègne tous les débats et toutes les préoccupations concernant la détermination des principes généraux appartenant aux deux catégories.

M. Vázquez-Bermúdez tient également à évoquer brièvement le lien qui existe entre les principes généraux du droit et d'autres sources du droit international, lien auquel plusieurs membres ont fait allusion, appelant l'attention sur le fait que les principes généraux du droit avaient un caractère complémentaire et qu'ils permettaient de combler les vides juridiques et

d'éviter les situations de *non liquet*. Il prévoit d'examiner cet aspect du sujet en 2022 mais, entre-temps, il lui semble utile de faire une observation d'ordre général à ce propos. M. Park et M. Argüello Gómez ont estimé que, dès lors qu'il devenait une règle de droit international coutumier, un principe général du droit ne pouvait plus être considéré comme tel. Les principes généraux cesseraient donc d'exister dès qu'ils deviennent des règles coutumières, approche qui n'est pourtant pas étayée par la pratique, puisqu'un principe général du droit peut exister en parallèle de règles issues d'autres sources du droit. À titre d'exemple, bien que le principe de bonne foi ait été codifié dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et que les articles correspondants de la Convention soient devenus des règles du droit international coutumier, ce principe reste un principe général du droit, ainsi que l'ont fait observer l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce et les tribunaux internationaux d'arbitrage en matière d'investissement, entre autres. Dans son prochain rapport, M. Vázquez-Bermúdez se penchera sur les cas dans lesquels des principes généraux du droit ont conservé leur caractère complémentaire ou leur rôle en matière d'interprétation des règles coutumières ou conventionnelles portant sur le même sujet.

Les membres de la Commission sont tombés d'accord sur un autre point en lien avec ce qui précède, à savoir sur le fait qu'il n'existe pas d'ordre hiérarchique entre les trois sources du droit international. Comme M. Vázquez-Bermúdez l'expliquera plus en détail dans son prochain rapport, le rôle des principes généraux du droit pour ce qui est de « combler les lacunes » suppose que le principe de la *lex specialis* prime tout autre caractère complémentaire inhérent aux principes généraux du droit, comme l'a confirmé le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international dans son rapport.

La dernière observation d'ordre général formulée par M. Vázquez-Bermúdez concerne la proposition de Mme Escobar-Hernández et de M. Grossman Guiloff d'ajouter un projet de conclusion comportant une définition des principes généraux du droit, proposition dont il reconnaît le bien-fondé, sachant qu'un projet de conclusion de cette nature permettrait de préciser du mieux possible la portée des travaux de la Commission. Cela étant, la question de la définition des principes généraux du droit pourrait attendre que l'on ait procédé à une analyse approfondie de la finalité des principes généraux et élucidé les questions touchant les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

Pour ce qui est des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, un consensus s'est dégagé parmi les membres de la Commission concernant la méthode globale de détermination de ces principes généraux. L'approche retenue consiste à procéder à une analyse en deux étapes visant à déterminer, en premier lieu, si le principe est commun aux principaux systèmes juridiques du monde et, en deuxième lieu, s'il a été transposé dans le système juridique international. Différentes questions ont été soulevées et plusieurs solutions ont été proposées concernant la méthode.

La grande majorité des membres ont approuvé l'emploi de la formule « principaux systèmes juridiques du monde » pour délimiter la portée de l'analyse comparative permettant de déterminer l'existence d'un principe général du droit. MM. Forteau et Grossman Guiloff ont estimé qu'il suffisait que cette analyse soit « représentative » et qu'il n'était pas nécessaire qu'elle soit « large », tandis que d'autres membres, parmi lesquels Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles et Mme Lehto, étaient d'avis que l'analyse devait simplement être « suffisamment » large et représentative, selon l'approche suivie par la Commission pour le paragraphe 1 de la conclusion 8 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier. M. Vázquez-Bermúdez convient qu'il faudrait ajouter l'adverbe « suffisamment » pour donner un peu plus de souplesse à la méthode employée.

Pour plus de souplesse, également, M. Murase a proposé de remplacer l'expression « analyse comparative » par la formule « examen comparatif » dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 5. Si cette proposition pourrait certes être examinée par le Comité de rédaction, M. Vázquez-Bermúdez estime que M. Murase va trop loin en suggérant qu'au nom de la souplesse, on supprime les paragraphes 2 et 3 du projet de conclusion 5 de sorte qu'il en soit rendu compte uniquement dans les commentaires. Sans ces paragraphes, le projet de conclusion ne permettrait pas de donner aux juristes les orientations voulues.

Certains membres doutaient que l'on puisse employer des méthodes de droit comparé dans le cadre de l'analyse nécessaire pour déterminer l'existence de principes généraux du droit. Sur ce point, M. Vázquez-Bermúdez juge utile de préciser qu'il n'avait pas l'intention de laisser entendre, dans son deuxième rapport, qu'il fallait nécessairement employer ces méthodes en toutes situations, mais bien d'émettre l'idée que le droit comparé pouvait fournir de précieux outils que l'on pouvait utiliser le cas échéant, sans pour autant être tenu de le faire. Certains membres ont jugé préférable de remplacer le terme « familles juridiques » par l'expression « principaux systèmes juridiques » dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 et de donner, dans le commentaire, des précisions sur la nature de l'analyse à effectuer pour déterminer l'existence de principes généraux du droit, ce qui pourrait également être envisagé par le Comité de rédaction.

Certains membres ont évoqué les difficultés pratiques susceptibles de se poser, pour des questions d'accessibilité ou de langue ou pour d'autres raisons, lorsqu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques était mis en évidence. Ces difficultés, loin d'être propres à la détermination des principes généraux du droit, se posent également dans d'autres domaines, notamment dans le cadre de la détermination du droit international coutumier. Elles représentent un défi permanent pour les spécialistes du droit international qui souhaitent instaurer un système juridique international véritablement représentatif qui ne tienne pas uniquement compte des positions d'une poignée d'États. M. Forteau a estimé qu'il ne fallait pas nécessairement considérer que l'analyse des législations nationales ou de la jurisprudence devait être cumulative ou approfondie. Cette proposition, si elle était retenue, permettrait de donner un peu plus de souplesse au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, et mériterait par conséquent d'être envisagée par le Comité de rédaction. D'autres membres de la Commission, notamment M. Valencia-Ospina et M. Rajput, ont à l'inverse estimé qu'il fallait ajouter les décrets, entre autres, parmi les exemples de textes issus des systèmes juridiques nationaux qui pourraient être consultés dans tel ou tel cas, proposition qui pourrait également être examinée par le Comité de rédaction.

D'autres membres, notamment Mme Oral et M. Tladi, ont demandé dans quelle mesure un principe devait être « général » ou « abstrait ». Comme il l'a fait observer dans son introduction du sujet, M. Vázquez-Bermúdez estime que la Commission ne devrait pas se montrer excessivement prescriptrice sur ce point, les principes devant être analysés au cas par cas, avec la souplesse voulue. Ainsi qu'il l'avait indiqué dans son premier rapport, certains principes généraux du droit semblent plus ou moins précis que d'autres. Cette question pourra être examinée plus avant dans le prochain rapport, qui comportera une analyse de la finalité des principes généraux du droit.

Les opinions divergent quant au rôle que peuvent jouer les organisations internationales dans l'analyse visant à mettre en évidence l'existence d'un principe général du droit, point qui renvoie à la question de savoir quelle interprétation donner aux termes « nations civilisées » et « ensemble des nations ». Les membres de la Commission ont approuvé l'analyse présentée dans le deuxième rapport, à tout le moins de façon générale, bien que, comme indiqué dans le rapport, la pratique en la matière soit succincte. Il importe de souligner que, dans le rapport, il n'était en aucun cas question de dire que les organisations internationales habilitées à édicter des règles directement et automatiquement applicables dans les systèmes juridiques internes de leurs États membres pourraient se substituer à ces États. On ne saurait ignorer le fait que la pratique en la matière a toujours consisté à analyser les systèmes juridiques des États pour tenter de mettre en évidence l'existence de principes généraux ; on peut, à titre complémentaire, procéder à une analyse des règles édictées par une organisation internationale pour en dégager des principes généraux, mais cette méthode ne saurait remplacer l'analyse des systèmes juridiques nationaux.

Les avis divergent également au sujet de la deuxième phase de l'analyse à laquelle il convient de procéder pour mettre en évidence des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux − à savoir, la phase de transposition. Sur ce point, M. Reinisch a soulevé une question fondamentale, concernant l'emploi, dans le deuxième rapport, du terme « transposition » pour désigner cette phase de la méthode, s'interrogeant sur la question de savoir s'il ne serait pas plus opportun d'opter pour le terme « transposabilité », puisque le mot « transposition » suppose qu'il y ait eu un acte formel de la part de certains acteurs, alors même que le projet de conclusion 6 conditionne la transposition à des critères objectifs sans

lien avec l'existence d'un acte formel de transposition. Cette question renvoie à celles soulevées par Mme Escobar Hernández, M. Valencia-Ospina, Sir Michael Wood et M. Zagaynov, mais aussi par M. Murphy au cours du débat de 2019, concernant le rôle de la reconnaissance dans le contexte de la transposition.

M. Vázquez-Bermúdez partage les préoccupations de M. Reinisch car elles ont trait à la question de savoir comment déterminer à quel stade on peut considérer qu'un principe général s'est formé et fait partie du droit international. Lorsqu'un principe général du droit s'est formé après avoir été largement reconnu par les États dans leur droit interne, on peut parler de « transposabilité ». Dans ce contexte, le critère de transposabilité ne serait pas nécessaire à la détermination d'un principe général *stricto sensu*, mais servirait au contraire à déterminer si un principe faisant déjà partie du droit international peut s'appliquer dans une situation donnée, c'est-à-dire, en d'autres termes, que « transposabilité » prendrait simplement le sens d'« applicabilité », sans que la reconnaissance du principe en question entre en ligne de compte.

En revanche, si un principe général doit non seulement avoir été reconnu *in foro domestico* mais aussi avoir été transposé dans le système juridique international pour pouvoir faire partie du droit international, il semble plus indiqué de parler de « transposition ». Ce scénario soulève différentes questions, notamment celle de savoir quel rôle joue précisément la reconnaissance, de qui doit émaner l'acte de transposition, et quelle forme doit prendre cet acte. Quoi qu'il en soit, si l'on suivait cette approche, les conditions à appliquer aux fins de la détermination des principes généraux du droit seraient certainement plus rigoureuses. Encore que, comme l'a fait observer Mme Escobar Hernández, il est dans une certaine mesure contradictoire d'exiger qu'il existe un acte formel de transposition pour qu'un principe puisse devenir un principe général du droit, alors même que ces principes, tout comme les règles du droit international coutumier, font partie du droit non écrit et que, de ce fait, aucun acte formel n'est nécessaire à leur formation.

M. Vázquez-Bermúdez estime, tout comme certains membres, qu'il convient de prendre des éléments objectifs comme point de départ pour déterminer la teneur des principes généraux. S'il a retenu le terme « transposition » dans le rapport, c'est parce que la transposition s'inscrit dans le cadre du processus de détermination de la teneur des principes généraux du droit applicables au plan international, tandis que le terme « transposabilité » pourrait porter à croire qu'un principe général applicable au plan international est, dans tous les contextes, rigoureusement identique au principe général correspondant découlant des systèmes juridiques nationaux et que déterminer la « transposabilité » d'un principe revient simplement à déterminer si le principe en question, tel qu'il existe en droit interne, pourrait s'appliquer directement comme faisant partie du droit international. Si certains principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux pourraient, certes, s'appliquer au plan international exactement de la même manière qu'en droit interne, d'autres doivent être adaptés au moment de leur transposition en droit international. En pareil cas, le résultat final de la transposition n'est pas rigoureusement identique au principe général du droit interne mis en évidence dans le cadre de l'analyse comparative.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, Sir Gerald Fitzmaurice a souligné qu'il importait de ne pas oublier « que les conditions qui règnent dans le domaine international peuvent être très différentes de celles de l'ordre interne et que l'application stricte de règles pleinement justifiées pour celui-ci devient parfois moins défendable lorsqu'on les transpose sur le plan international ». Dans le même ordre d'idées, Sir Arnold McNair a déclaré ce qui suit en l'affaire concernant le statut international du Sud-Ouest africain : « Quand le droit international puise [dans le droit interne], ce n'est pas en important des institutions de droit privé "en bloc[".] [L]a juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions ». Lorsque le principe de l'estoppel et le principe de légalité ont été transposés en droit international, par exemple, certains éléments de ces principes juridiques tels qu'ils étaient reconnus au plan national étaient incompatibles avec les conditions et prescriptions imposées par le système juridique international et ne pouvaient donc pas être transposés au plan

international, c'est pourquoi les principes généraux de l'estoppel et de légalité applicables en droit international diffèrent des principes correspondants du droit interne.

À l'évidence, il s'agit là de questions complexes qui, loin d'être simplement théoriques, pourraient modifier considérablement la manière dont la Commission aborde le sujet dans son ensemble. Dans son deuxième rapport, compte tenu de la pratique en la matière, M. Vázquez-Bermúdez adopte une position intermédiaire, estimant que la transposition est un élément nécessaire pour déterminer l'existence d'un principe général du droit et qu'elle survient implicitement lorsque le principe en question remplit certaines conditions : premièrement, il doit être compatible *in foro domestico* avec les principes fondamentaux du droit international ; et, deuxièmement, les conditions propices à son application doivent être réunies dans le système juridique international.

Concernant un aspect de la transposition qui préoccupe les membres de la Commission, à savoir l'emploi de la formule « principes fondamentaux du droit international » à l'alinéa a) du projet de conclusion 6, relatif à la compatibilité, il importe de souligner, avant tout, que cette partie de la méthode employée pour déterminer les principes généraux du droit semble être étroitement liée à la question des fonctions remplies par ces principes. M. Hmoud a estimé que, si les principes généraux avaient pour fonction de combler les vides juridiques pour éviter les situations de *non liquet*, on devait en conclure qu'il fallait examiner, d'une manière ou d'une autre, la compatibilité des principes admis *in foro domestico* avec les règles déjà en vigueur en droit international, ainsi qu'il ressortait de la pratique en la matière.

Dans son deuxième rapport, M. Vázquez-Bermúdez avance que les principes admis *in foro domestico* devraient être compatibles avec les principes fondamentaux du droit international, qu'il entend comme comprenant ceux énoncés dans la Charte des Nations Unies et développés dans 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 − soit, en somme, les éléments fondamentaux du système juridique international. Il a toutefois été suggéré au cours du débat que cette formule n'était peut-être pas la plus adaptée et que l'on pourrait réfléchir à d'autres possibilités, certains membres, parmi lesquels M. Zagaynov, M. Forteau, M. Grossman Guiloff, M. Hmoud et M. Ouazzani Chahdi, ayant estimé en particulier que les critères de compatibilité devaient être plus larges, qu'ils devraient concerner non pas uniquement les principes fondamentaux du droit, mais également d'autres règles du droit international, surtout celles dans le contexte desquelles les principes généraux devaient s'appliquer. Cette question pourrait être examinée plus avant par le Comité de rédaction et, l'année suivante, à la lumière du troisième rapport. Cela étant, comme indiqué précédemment, le rôle que jouent les principes généraux du droit pour ce qui est de combler les vides juridiques résulte du principe de la *lex specialis* et non d'une hiérarchie formelle qui existerait entre les trois sources du droit international, de sorte que, comme M. Vázquez-Bermúdez l'explique dans son rapport, la détermination des principes généraux du droit ne devrait pas dépendre de la compatibilité de ces principes avec des règles de droit conventionnel ou coutumier, quelles qu'elles soient, puisque cela reviendrait ni plus ni moins à établir une hiérarchie entre les trois sources du droit international.

Pour ce qui est de la deuxième condition de transposition, à savoir, la règle selon laquelle les conditions de la bonne application d'un principe reconnu *in foro domestico* doivent être réunies dans le système juridique international, certains membres ont estimé que les termes employés à l'alinéa b) du projet de conclusion 6 n'étaient pas tout à fait clairs, et se sont demandé pourquoi la difficulté à appliquer un principe devrait faire obstacle à la détermination d'un principe général du droit. Sur ce point, il est utile de rappeler que cette condition de transposition, ainsi que l'attestent d'ailleurs la pratique et la doctrine, repose sur l'idée qu'il existe des différences fondamentales entre le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux, si bien qu'un principe qui est admis *in foro domestico* n'est pas forcément adapté à une application au plan international. En d'autres termes, il est fait une analogie entre différents systèmes pour garantir qu'un principe qui existe dans un système puisse être correctement appliqué dans un autre, et éviter ainsi que le principe en question ne soit dénaturé ou que son application ne donne lieu à des abus. Comme l'ont suggéré certains membres, on pourrait simplifier légèrement le projet de conclusion de sorte

qu'il soit libellé comme suit : « si sont réunies les conditions de son application » ; il faudrait alors apporter de plus amples précisions sur ce point dans le commentaire.

Concernant la question posée par M. Tladi et M. Valencia-Ospina, qui se sont demandé l'un comme l'autre si les deux conditions de transposition énoncées dans le projet de conclusion 6 étaient cumulatives, il s'agit de deux conditions distinctes, qui suivent un raisonnement différent. S'il est vrai que, dans la pratique, les deux conditions ne sont pas examinées dans tous les cas, comme l'a souligné M. Tladi, cela ne signifie pas nécessairement qu'elles ne s'appliquent pas toutes les deux. Il n'est pas rare en effet que, dans la pratique, on n'examine pas chacune des conditions à remplir pour déterminer l'existence d'une règle de droit, dans la mesure où, si l'une des conditions n'est pas remplie, en principe, cela met fin à l'analyse.

Certains membres ont également estimé que le projet de conclusion 6 pourrait être simplifié, M. Tladi ayant proposé, par exemple, qu'il prévoie simplement la transposabilité des principes admis *in foro domestico*, et que l'explication des conditions de cette transposabilité soit déplacée dans le commentaire. Si cette proposition ne semble guère avoir remporté l'adhésion des membres au cours du débat, elle pourrait néanmoins être examinée par le Comité de rédaction. La Commission pourrait contribuer davantage au sujet si elle parvenait à établir un consensus sur les conditions de la transposition, dans le système juridique international, des principes découlant des systèmes juridiques nationaux. M. Vázquez-Bermúdez a pris note de la proposition de M. Forteau concernant la nécessité d'examiner la nature exacte des sujets de droit auxquels les principes généraux du droit sont censés s'appliquer, c'est-à-dire en d'autres termes la question de savoir si les principes s'appliquent uniquement entre les États ou également, par exemple, entre les États et les personnes, et quelle incidence cela aurait dans le contexte de la transposition. Cette question pourrait être examinée dans son prochain rapport.

Plusieurs membres ont formulé des observations sur la distinction faite, dans le rapport, entre la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et la méthode de détermination du droit international coutumier, certains d'entre eux ayant estimé que l'explication donnée à ce sujet n'était pas suffisamment claire. Si le chapitre IV de la deuxième partie du rapport est effectivement assez concis, c'est parce que M. Vázquez-Bermúdez n'a pas l'impression qu'il soit difficile de faire la différence entre les deux méthodes, même si les éléments nécessaires à la détermination de l'une et l'autre source du droit peuvent se recouper : après tout, il peut effectivement être opportun de s'appuyer aussi sur la pratique interne des États, notamment sur la législation et les décisions des juridictions nationales, aux fins de la détermination de règles coutumières. Cela étant, dans le cas de la coutume, la pratique interne doit s'accompagner de l'*opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'il a été agi conformément à une obligation internationale, ce qui, à son avis, limite la pratique interne pertinente en termes qualitatifs. En outre, la condition de transposition est propre aux principes généraux du droit, qui semblent remplir des fonctions distinctes de celles des règles de droit coutumier, question qui sera traitée dans le prochain rapport.

La deuxième catégorie de principes généraux du droit examinée dans le rapport − ceux formés dans le cadre du système juridique international − est sans nul doute celle qui, comme en 2019, a suscité le plus de divergences d'opinion au sein de la Commission ; il convient donc de l'examiner avec une attention particulière et une grande prudence.

Concernant le projet de conclusion 7, les membres, rappelant qu'il fallait distinguer clairement la deuxième catégorie de principes généraux et d'autres sources du droit international, en particulier la coutume, ont été nombreux à s'inquiéter du fait que, dans le deuxième rapport, les différentes sources n'étaient pas assez nettement différenciées. M. Vázquez-Bermúdez, convenant qu'il faut établir une distinction claire entre les sources du droit international, souligne cependant, comme l'a fait remarquer Mme Escobar Hernández, que la Commission devrait se garder de conclure, face à la difficulté bien réelle qu'il y a à établir cette distinction, qu'il n'existe pas de principes généraux formés dans le cadre du système juridique international, et qu'elle devrait au contraire examiner de près la corrélation entre traités, coutume et principes généraux du droit, ainsi que, le cas échéant, l'interaction entre ces trois sources du droit, en se rappelant qu'il n'existe pas de lien

hiérarchique entre elles, et s'intéresser aux fonctions que ces sources remplissent dans le système juridique international.

Il est ressorti des débats tenus en plénière qu'il fallait trouver un juste équilibre entre la fonction des principes généraux du droit et leur détermination, plusieurs membres ayant fait remarquer que les critères de détermination devaient, d'une part, être assez restrictifs pour ne pas laisser une marge de manœuvre excessive à ceux qui déterminent cette source et, d'autre part, être suffisamment souples pour permettre à la source en question de remplir sa fonction, en d'autres termes, d'apporter une réponse juridique dans certaines situations lorsque des questions ne sont pas ou pas suffisamment réglementées par les traités et la coutume, point de vue que partage M. Vázquez-Bermúdez.

Partant de ce principe, comme l'a également fait remarquer Mme Escobar Hernández, il n'y a pas de raison que les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux soient seuls à pouvoir combler les « lacunes » du système juridique international, ce que ne dit nullement, d'ailleurs, l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui ne désigne pas le droit interne comme unique origine des principes généraux du droit ; l'expérience du passé ne permet pas davantage de corroborer cette hypothèse. Il convient de tenir compte, à cet égard, de ce qu'avaient dit en 1920 Lord Phillimore et d'autres membres du Comité consultatif de juristes, parmi lesquels M. de Lapradelle ou M. Fernandes. Comme l'a souligné très justement Mme Escobar Hernández, on ne saurait conclure à l'inexistence de principes généraux du droit dans le système juridique international, sachant que cette hypothèse ne cadrerait pas avec la conception même du droit international en tant que système et que valider cette idée reviendrait à affirmer que ce système ne peut pas s'appuyer sur des catégories abstraites, catégories qui existent pourtant dans tous les systèmes juridiques, pour garantir que le droit remplisse l'une de ses fonctions essentielles, à savoir qu'il permette de régler les litiges et de préserver la paix sociale.

Dans le même ordre d'idées, Mme Galvão Teles a fait observer que les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international pouvaient être considérés comme le signe de la maturité et de la complexité croissantes du droit international. En outre, il peut survenir, au plan international, des situations qui n'ont pas d'équivalent dans les systèmes juridiques nationaux. On peut citer à ce propos, comme l'ont fait remarquer M. Cissé et Mme Oral, les responsabilités communes mais différenciées qui incombent aux États développés et aux États en développement.

Selon certains membres, la pratique, insuffisante en la matière, ne permet pas de conclure légitimement et sans équivoque à l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux du droit. Cela s'explique par les termes imprécis et disparates souvent employés dans la pratique et aux difficultés que cela crée pour ce qui est de déterminer les éléments nécessaires à l'examen du sujet. Il est ainsi ressorti du débat que chaque cas pouvait donner lieu à des interprétations très différentes. Plusieurs membres ont fait observer, au demeurant, que certains exemples cités dans le rapport n'étaient pas pertinents, puisque dans ces exemples ce sont une règle coutumière ou conventionnelle ou un principe général découlant des systèmes juridiques nationaux qui sont appliqués ou invoqués, et non un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international.

Pour ce qui est de la pratique étatique, la Commission doit impérativement tenir compte des opinions des États dans le cadre de ses travaux sur le sujet. La plupart des États qui ont pris la parole au cours de l'examen du sujet par la Sixième Commission en 2018 se sont déclarés favorables à ce que l'on examine l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. M. Vázquez-Bermúdez peine à comprendre pourquoi M. Hmoud tient à faire abstraction des vues des États − peut-être est-ce parce que celles-ci ne coïncident pas avec la sienne ?

Concernant la pratique judiciaire, il importe d'examiner chaque cas dans son contexte, en tenant compte de la méthode employée pour déterminer la règle de droit applicable. Au sujet des exemples cités dans le rapport, on notera que l'on peut difficilement considérer qu'il existait à chaque fois une règle coutumière au moment où les règles pertinentes ont été appliquées, à tout le moins si l'on applique la méthode de détermination de la coutume définie par la Commission en 2018. Ce sont précisément ces cas, dans lesquels certains principes ont été invoqués ou appliqués sans qu'il existe une pratique générale acceptée comme étant le

droit (*opinio juris*), qui doivent être examinés de plus près. Sans exclure la possibilité que ces principes soient devenus par la suite des règles coutumières, les membres devraient s'intéresser davantage à l'origine de ces principes et aux circonstances dans lesquelles ils ont été appliqués pour la première fois.

Concernant les exemples de pratique dont il est question dans le deuxième rapport, M. Rajput semble ne pas vouloir tenir compte de la valeur juridique de la résolution de l'Assemblée générale portant confirmation des Principes de Nuremberg (1946). On notera qu'il s'explique en disant qu'à l'époque, la communauté internationale ne se composait que de 55 États et, surtout, que l'Inde n'était pas encore devenue un État indépendant, ce qui amène à se demander si M. Rajput entend remettre en cause la valeur juridique de toutes les règles et de tous les instruments adoptés avant la fin de la décolonisation, peut-être même celle de la Charte des Nations Unies. Dans son opinion dissidente en l'affaire *United States v. Araki et al.*, Radhabinod Pal a contesté la décision rendue à la majorité par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient en dénonçant la « justice des vainqueurs » et l'application rétroactive du droit ; il n'a nullement invoqué l'argument selon lequel la communauté internationale n'était pas encore complète dans les années 1940. Une lecture plus attentive de cette opinion pourrait s'avérer utile. M. Rajput a critiqué la référence faite aux Principes de Nuremberg, expliquant que la Commission, qui souhaitait pourtant supprimer le terme « nations civilisées », cherchait dans le même temps à perpétuer les actes de ces nations. M. Vázquez-Bermúdez se demande si M. Rajput entend ôter toute validité juridique aux Principes de Nuremberg simplement parce qu'ils ont été adoptés trop tôt.

M. Vázquez-Bermúdez ne partage pas ce point de vue, estimant que les Principes de Nuremberg faisaient déjà partie du droit international général applicable aux États qui étaient alors membres de la communauté internationale. Au moment de l'adoption de ces principes, la pratique étatique ne suffisait pas pour leur conférer le statut de règles coutumières, ce qui ne les a pas pour autant empêchés, par la suite, de faire partie du droit international coutumier. Ces principes ne risquent pas d'être déclassés si l'on admet ce fait ; au contraire, comme bien d'autres règles coutumières, il s'agissait à l'origine de principes généraux qui, ayant été suivis d'une pratique étatique suffisante, accompagnée de l'*opinio juris*, sont devenus petit à petit des règles coutumières.

En outre, comme l'a rappelé Mme Escobar Hernández, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui définit les normes de *jus cogens*, précise notamment qu'il s'agit de normes du droit international général « acceptée[s] et reconnue[s] par la communauté internationale des États dans son ensemble », définition qui englobe non seulement la coutume, mais aussi les principes généraux du droit.

Les membres ont eu des réactions très diverses à l'égard de la troisième partie du rapport ; certains ont approuvé le projet de conclusion 7 dans son ensemble, tandis que d'autres, bien qu'ayant exprimé des doutes, ont estimé que certains paragraphes du projet de conclusion étaient pertinents aux fins des travaux sur le sujet, mais que certaines parties du texte devraient être remaniées. D'autres étaient opposés au projet de conclusion de manière générale ou n'étaient pas convaincus par les arguments avancés dans le rapport, mais n'excluaient pas l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Enfin, certains étaient opposés à ce que le projet de conclusion soit renvoyé au Comité de rédaction. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission doit examiner de manière approfondie l'existence possible de principes généraux du droit propres au système juridique international, qui ne découlent pas des systèmes juridiques nationaux. Si elle pouvait apporter des éclaircissements sur cette question, elle contribuerait sans doute grandement au droit international.

Plusieurs points ont été soulevés au sujet de l'alinéa a) du projet de conclusion 7. Certains membres, comme Mme Escobar Hernández, ont estimé que la distinction entre les alinéas a) et b) n'était pas claire, tandis que d'autres ont souligné qu'avec la méthode proposée, les règles énoncées dans les traités risquaient de s'appliquer à des États qui n'étaient pas parties aux traités en question, ce qui posaient des difficultés. Certains ont également dit craindre que, si le projet de conclusion était approuvé dans sa version actuelle, toute sorte de règles incorporées dans des traités de caractère général, notamment dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ou dans des traités bilatéraux ayant trait à des questions telles que l'investissement, la double imposition ou l'extradition, puissent

être considérées comme des principes généraux du droit, ce qui ne serait pas justifié et irait à l'encontre de la pratique existante. Comme l'a fait observer M. Reinisch, les travaux antérieurs de la Commission sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses devraient effectivement être examinés de plus près. Mme Escobar Hernández a également soulevé un point judicieux lorsqu'elle a dit qu'il serait plus pertinent de parler de principes généraux du droit énoncés dans d'autres règles coutumières ou conventionnelles ou dans des instruments internationaux.

Concernant l'alinéa b) du projet de conclusion 7, plusieurs membres, notamment M. Hmoud et M. Rajput, ont critiqué l'approche déductive qui y est proposée, la jugeant trop subjective. Des membres ont également soulevé la question, pertinente, de savoir pourquoi un principe au fondement d'une règle conventionnelle ou coutumière devrait être considéré comme une source distincte du droit international, et non simplement comme faisant partie de la règle conventionnelle ou coutumière en question.

Au sujet de l'alinéa c) du projet de conclusion 7, les membres ont formulé un grand nombre d'observations judicieuses. M. Vázquez-Bermúdez comprend les doutes exprimés par plusieurs d'entre eux quant aux termes employés, qui selon eux manquent de clarté, et espère que le Comité de rédaction pourra remédier à ce problème. Certains ont fait remarquer que le rapport ne proposait pas de méthode concrète de détermination. Comme pour l'alinéa b) du projet de conclusion 7, plusieurs membres ont exprimé des préoccupations quant à la méthode déductive proposée dans le rapport, qui selon eux ne garantissait nullement que le processus de détermination serait suffisamment rigoureux et n'expliquait pas de quelle manière les principes étaient « reconnus ».

Certains membres, parmi lesquels Mme Escobar Hernández, M. Forteau et M. Šturma, ont estimé que les principes inhérents au système juridique international, dont il est question dans le rapport, étaient en fait des principes logiques du droit et non des principes généraux au sens de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces principes s'appliquant dans des cas concrets et ayant un contenu normatif, on voit difficilement pour quelle raison et à quel titre ils ne devraient pas être considérés comme des principes juridiques découlant d'une source du droit.

M. Vázquez-Bermúdez est toutefois conscient que la deuxième catégorie de principes généraux du droit examinée dans le rapport reste très controversée. On se pose la question de savoir notamment si ces principes relèvent bel et bien de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et s'ils entrent, par conséquent, dans le champ du sujet à l'examen, ou comment définir précisément la manière de déterminer ces principes de façon claire et objective. M. Vázquez-Bermúdez a pris note de la proposition formulée par plusieurs membres tendant à ce que l'on examine de plus près certaines questions pour parvenir à un consensus au sein de la Commission.

Dans l'ensemble, les membres semblent approuver l'approche proposée dans le rapport pour ce qui est des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux de droit. Dans le même temps, certains membres, parmi lesquels Mme Escobar Hernández, M. Argüello Gómez, M. Murase, M. Park et M. Valencia-Ospina, ont exprimé des doutes quant au projet de conclusion 8, estimant que les juridictions internationales pourraient jouer un rôle plus important que celui de simples moyens subsidiaires. Comme M. Vázquez-Bermúdez l'a indiqué au cours du débat qui s'est tenu en 2019, c'est avec la plus grande prudence que l'on devrait examiner la question de savoir si les juridictions internationales jouent, dans la formation des principes généraux du droit, un rôle qui outrepasse les limites de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Les « règles de droit » auxquelles il est fait référence dans cette disposition englobent en effet clairement les principes généraux du droit ; on ne saurait trouver matière à dire le contraire. De façon générale, la Commission devrait envisager avec circonspection l'idée que les juridictions internationales puissent être habilitées à édicter des règles juridiques, hypothèse qui risquerait d'être mal accueillie par les États à la Sixième Commission.

Concernant les travaux futurs sur le sujet, comme indiqué dans le deuxième rapport, M. Vázquez-Bermúdez entend examiner dans son prochain rapport la question des fonctions des principes généraux du droit, sachant − il est utile de le rappeler − que cette analyse pourrait avoir une incidence sur la méthode à employer pour déterminer ces principes. Il aura également l'occasion, dans ce rapport, de répondre aux préoccupations soulevées au cours du débat. Il tient une fois de plus à remercier les membres pour leurs précieuses contributions et observations, et pour les propositions formulées au sujet des projets de conclusion, dont le Comité de rédaction ne manquera pas de tenir compte, et demande que les six projets de conclusion proposés dans son deuxième rapport soient renvoyés au Comité de rédaction, compte tenu du débat tenu en plénière.

La séance est levée à midi.