

Provisoire

Réservé aux participants

21 novembre 2022

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3587^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 4 juillet 2022, à 15 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*suite*)

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



Présents :

Président : M. Tladi

Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 h 20.

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

M. Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/753), indique qu'il a examiné dans ce document les fonctions des principes généraux du droit au sens où l'expression est entendue à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ainsi que les relations entre ces principes et les deux autres sources du droit international visées à l'Article 38, à savoir les traités et la coutume internationale. Il est aussi revenu sur certains aspects de la détermination des principes généraux compte tenu des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission en 2021.

Le paragraphe 4 du rapport résume les positions adoptées par les États qui se sont exprimés au sein de la Sixième Commission à la soixante-seizième session de l'Assemblée générale. Diverses délégations ont convenu de substituer l'expression « l'ensemble des nations » à celle de « nations civilisées ». De nombreuses délégations ont en outre souscrit à l'idée de procéder selon la méthode en deux étapes présentée dans le projet de conclusion 4 adopté provisoirement par la Commission pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Certains États ont convenu qu'il existait des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et ont demandé à la Commission de préciser comment ces principes pouvaient être déterminés. D'autres se sont déclarés ouverts à l'idée qu'il existe de tels principes et ont dit qu'il faudrait examiner la question plus avant et établir clairement la distinction entre ces principes et la coutume internationale. Enfin, certaines délégations ont exprimé l'avis que les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne peuvent provenir que des systèmes juridiques nationaux.

La première partie du troisième rapport concerne la question de la transposition de la première catégorie de principes généraux dans le système juridique international, examinée à la lumière des débats tenus à la soixante-douzième session de la Commission et à la Sixième Commission. Elle vise à lever les doutes que certains membres de la Commission et certaines délégations ont exprimés à la Sixième Commission concernant le projet de conclusion 6. Une des principales préoccupations était que ce projet était trop complexe et qu'il suffirait d'adopter une disposition établissant qu'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde devait être transposable dans le système juridique international. Il a également été avancé que la transposition n'était pas mentionnée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 et que la reconnaissance au sens où elle était entendue dans cette disposition n'entraîne donc peut-être pas en ligne de compte dans l'analyse de la transposition d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Certains se sont demandé si la transposition d'un principe général dans le système juridique international nécessitait un acte formel. S'agissant de la compatibilité, d'aucuns ont contesté l'emploi de la formule « principes fondamentaux du droit international », la jugeant ambiguë. Les mêmes préoccupations ont été exprimées au sujet de la formule « bonne application » employée au paragraphe b) du projet de conclusion 6.

Les paragraphes 13 à 17 du rapport répondent à ces préoccupations. M. Vázquez-Bermúdez convient qu'on pourrait simplifier le projet de conclusion 6 afin qu'il ne soit pas excessivement prescriptif. S'agissant de la reconnaissance au sens où elle est entendue à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, il est d'avis que la reconnaissance au niveau national ne suffit pas et qu'il faut qu'il soit reconnu que tel ou tel principe s'applique aussi au système juridique international. Quant à la question de savoir comment établir la reconnaissance dans le contexte de la transposition, il ressort clairement de la jurisprudence et de la pratique des États qu'aucun acte de transposition formel n'est nécessaire ; la reconnaissance est donc implicite. Le Comité de rédaction pourra se pencher plus en détail sur les critères précis permettant d'établir la transposition, sachant qu'il faudrait au moins que le principe *in foro domestico* soit compatible avec le cadre juridique international dans lequel il est appelé à fonctionner. Compte tenu des propositions et des commentaires formulés, M. Vázquez-Bermúdez présentera une version révisée du projet de conclusion 6 au Comité de rédaction.

La deuxième partie du rapport résume les divergences de vues exprimées au sujet de la seconde catégorie de principes généraux du droit, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international. M. Vázquez-Bermúdez reste convaincu que la pratique et la doctrine en la matière sont suffisantes pour que l'on consacre un projet de conclusion à cette catégorie de principes généraux. Divers membres et divers États se sont dits favorables à une telle disposition. De surcroît, rien dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'indique que celui-ci envisage uniquement les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. La Commission doit bien entendu aborder cette question avec prudence, en tenant compte notamment du fait que divers États et certains de ses membres ont fait valoir qu'il conviendrait de distinguer nettement entre la seconde catégorie et le droit international coutumier.

La principale difficulté qui se pose, pour la Commission, est de formuler de manière claire et précise la méthode de détermination des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international. M. Vázquez-Bermúdez soumettra au Comité de rédaction une version révisée du projet de conclusion 7 et accueillera d'autres propositions avec intérêt.

La troisième partie du rapport concerne les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international, en particulier les traités et la coutume internationale, et comprend cinq propositions de projets de conclusion. Dans le chapitre I de la troisième partie, M. Vázquez-Bermúdez s'intéresse à la fonction de comblement des lacunes du droit conventionnel et du droit coutumier que jouent les principes généraux du droit. Cette fonction supplétive de lacunes est bien établie dans la pratique et dans la doctrine, comme il ressort des paragraphes 39 à 68 et des commentaires que plusieurs membres de la Commission et divers États ont fait à la Sixième Commission. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 41 du rapport, elle signifie essentiellement que l'on peut faire appel à un principe général du droit en présence d'une question de droit insuffisamment réglée, ou non réglée, par tel ou tel traité ou par le droit coutumier. Comme indiqué au paragraphe 71, les lacunes du droit ne sont pas toutes susceptibles d'être comblées par un principe général du droit. Un principe général du droit ne peut remplir une fonction supplétive de lacunes que pour autant qu'il existe et puisse être identifié.

Au paragraphe 70, il est précisé que la fonction supplétive de lacunes n'est pas nécessairement propre aux principes généraux du droit. De fait, dans certains cas, elle peut être remplie par une règle conventionnelle ou coutumière. Néanmoins, si l'on en croit la pratique, cette fonction essentielle est inhérente aux principes généraux du droit. De par sa nature, un principe général peut s'appliquer lorsqu'il n'existe pas d'autres règles de droit international ou lorsque les règles existantes sont ambiguës. La fonction supplétive de lacunes illustre les rapports qui existent entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international. Ces rapports sont non pas hiérarchiques, mais régis par le principe de la *lex specialis*.

Le paragraphe 72 aborde brièvement la notion de *non liquet*, que divers membres de la Commission et diverses délégations de la Sixième Commission ont mentionnée au cours de précédents débats. M. Vázquez-Bermúdez ne pense pas qu'il soit nécessaire que la Commission débattre du fait que les principes généraux du droit permettent d'éviter les situations de *non liquet*, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'analyse de la fonction supplétive de lacunes des principes généraux du droit prend déjà suffisamment en compte cette question. Deuxièmement, la notion de *non liquet* ne s'applique que dans un contexte judiciaire, lorsque le juge ne peut statuer en raison de l'insuffisance de la loi. Or, comme M. Vázquez-Bermúdez l'a déjà indiqué, les principes généraux du droit ne doivent pas être envisagés purement selon une perspective strictement contentieuse ; au contraire, de même que les règles de droit international, ils s'appliquent de manière générale aux relations entre les États et d'autres sujets du droit international.

Le chapitre II de la troisième partie du rapport envisage les principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international, à savoir les traités et la coutume internationale. Comme indiqué au paragraphe 75, ces rapports constituent une matière complexe et il n'est pas nécessaire que la Commission les examine dans tous leurs aspects. Le Rapporteur spécial a donc recensé trois grandes questions à examiner : l'absence de hiérarchie des différentes sources du droit international ; la possible coexistence de principes généraux du droit et d'autres règles de droit international ayant un contenu

identique ou similaire ; le jeu du principe de la *lex specialis* dans le contexte des principes généraux du droit.

L'absence de hiérarchie entre les sources du droit international est généralement acceptée en droit international. Ainsi qu'il est expliqué au paragraphe 81 du rapport, le critère de compatibilité retenu en ce qui concerne la transposition des principes généraux communs aux systèmes juridiques du monde dans le système juridique international ne situe pas ces sources dans un rapport hiérarchique. Comme indiqué au paragraphe 82, la fonction supplétive de lacunes qui est la fonction essentielle des principes généraux ne vient pas instituer un rapport hiérarchique entre ces principes et les autres règles du droit international.

Les paragraphes 83 à 94 portent sur la possible coexistence des principes généraux du droit et d'autres règles de droit international. Il ressort de la pratique que les principes généraux du droit peuvent effectivement coexister avec des règles conventionnelles et coutumières identiques ou similaires et que l'applicabilité et la spécificité de ces principes ne sont pas affectées par la coexistence.

Les paragraphes 95 à 107 portent sur le jeu du principe de la *lex specialis* dans le contexte des principes généraux du droit et renvoient en particulier aux travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. La principale conclusion formulée dans le rapport est que les principes généraux du droit ont normalement valeur de « droit général » par rapport aux autres règles du droit international, en raison de la manière dont ils ont vu le jour, mais conservent néanmoins leur vocation interprétative ou supplétive à l'égard des règles issues d'autres sources.

Le chapitre III de la troisième partie du rapport porte sur certaines fonctions spécifiques des principes généraux du droit. Comme indiqué au paragraphe 109, loin d'être l'apanage des principes généraux du droit, les fonctions en question sont exercées en principe par toutes les sources du droit international. Toutefois, les principes généraux doivent être compris à la lumière de leur fonction supplétive des lacunes du droit. Trois fonctions en particulier sont examinées dans le rapport. Premièrement, il est démontré que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et des obligations. Cela étant, ainsi qu'il est dit au paragraphe 121, les principes généraux du droit ont été invoqués ou appliqués de cette manière dans relativement peu de cas ; le plus souvent, ils servent de fondement à des règles procédurales ou secondaires. Ils peuvent aussi être utilisés comme moyen d'interpréter ou de compléter d'autres règles de droit international, comme l'atteste la pratique, et comme moyen de concourir à la cohérence de l'ordre juridique international.

M. Murase dit que malheureusement, comme en de précédentes occasions, il a de nombreuses raisons de se montrer critique à l'égard du troisième rapport du Rapporteur spécial. Il espère que ses remarques seront reçues comme des critiques constructives.

La principale idée présentée dans le troisième rapport, plus précisément dans la troisième partie, semble être qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les trois sources de droit international visées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, que la coexistence de ces sources est reconnue et que les principes généraux de droit font donc partie du système juridique international.

Hélas, cette idée repose sur un postulat erroné et sur une affirmation dénuée de fondement. Premièrement, le paragraphe 1 de l'Article 38 ne répertorie pas les sources de droit international ; il fait uniquement référence au droit applicable de la Cour internationale de Justice. Il est généralement entendu que l'ordre des alinéas a), b) et c) est l'ordre de priorité dans lequel le droit doit s'appliquer. Normalement, la Cour applique en premier lieu les conventions internationales, puis le droit international coutumier si aucune convention internationale ne lui semble pertinente. Enfin, elle peut, en tant que de besoin, faire appel aux principes généraux du droit. Bien que le Rapporteur spécial emploie apparemment le mot « hiérarchie » en référence à « un statut ou une validité juridique », rien dans l'Article 38 ne laisse supposer qu'il existe une hiérarchie au sens où certaines formes de droit seraient supérieures ou inférieures aux autres. En tout état de cause, l'analyse du Rapporteur spécial sur la « hiérarchie » n'a pas lieu d'être puisqu'il n'est pas question de hiérarchie à l'Article 38.

Le Rapporteur spécial affirme qu'en l'absence de hiérarchie, les principes généraux du droit, les conventions et les coutumes peuvent coexister. Toutefois, la Commission n'est pas engagée dans un débat général sur les sources du droit international. La question à trancher est celle de savoir si les trois formes de droit peuvent coexister ou se recouper dans le contexte de l'interprétation de l'Article 38 du Statut. Le Rapporteur spécial n'a donné qu'un seul exemple de coexistence de conventions et de coutumes, et aucun exemple de coexistence des principes généraux du droit avec les deux autres formes de droit applicables. La logique de son raisonnement laisse donc clairement à désirer.

Par conséquent, le Rapporteur spécial a tort de dire que des principes généraux du droit sont formés dans le cadre du système juridique international. Comme M. Murase l'a déjà indiqué, l'interprétation que le Rapporteur spécial fait du paragraphe 1 de l'Article 38 est contraire à la règle établie en matière d'interprétation des traités. L'effet et le sens qu'il faut donner aux différentes dispositions de cet article doivent être tels qu'elles ne se chevauchent pas : les alinéas a), b) et c) ne doivent pas empiéter les uns sur les autres. Autrement dit, les principes généraux du droit ne doivent pas être interprétés de telle sorte qu'ils empiètent sur les conventions ou la coutume internationales. Il s'ensuit que les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 doivent être des principes de droit interne.

Le projet actuel a pour principal défaut qu'il repose sur le postulat infondé, exposé dans le projet de conclusion 1, que les principes généraux du droit sont une source du droit international. Bien qu'il ait demandé à plusieurs reprises ce qu'il fallait entendre par « source », M. Murase n'a toujours pas obtenu de réponse satisfaisante. À la soixante-douzième session de la Commission, le Rapporteur spécial a proposé de préciser sa formulation en parlant de « sources formelles » et de « sources matérielles ». Mais, face aux vives critiques de certains membres de la Commission, il s'est rétracté et a proposé l'explication suivante, qui est ambiguë et que M. Murase trouve absurde : « Le terme "source du droit international" désigne les processus juridiques et les techniques par lesquels un principe général du droit voit le jour ». Lorsque le sujet avait été proposé pour la première fois, Sir Michael Wood avait suggéré qu'on l'intitule « Principes généraux du droit comme source du droit international ». M. Murase s'était opposé à cette proposition et le Rapporteur spécial s'était à l'époque rangé à son avis. M. Murase espère que le Rapporteur spécial reviendra à sa position initiale et que l'expression trompeuse « comme source du droit international » sera supprimée en seconde lecture.

Une autre question qui se pose est celle de savoir si le sujet concerne uniquement les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ou s'il porte également sur les principes généraux du droit applicable à d'autres cours et tribunaux. À l'alinéa a) du paragraphe 2 du troisième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que la Commission prendrait comme point de départ de ses travaux l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, mais n'a pas précisé quel était le but à atteindre. La majeure partie du rapport est consacrée aux principes généraux du droit au regard du Statut de la Cour internationale de Justice. Or, le statut de chaque cour et tribunal contient des dispositions relatives au droit applicable, et celles-ci ne sauraient être étendues à d'autres juridictions ou être réputées généralement applicables.

Certains compromis d'arbitrage interétatiques et certains accords d'investissement mentionnent les principes généraux du droit comme une source de droit applicable et précisent que ces principes sont ceux visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38. Si le statut d'une cour ou d'un tribunal comporte une disposition sur le droit applicable, il est possible qu'il intègre les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38. Regrettablement, le Rapporteur spécial n'indique pas quels tribunaux arbitraux ont de telles dispositions dans leur statut.

Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les statuts d'autres juridictions pénales contiennent des dispositions sur le droit applicable qui sont totalement différentes de celle du Statut de la Cour internationale de Justice. Pourtant, aux paragraphes 49 à 62 du troisième rapport, le Rapporteur spécial traite ces dispositions comme si elles renvoyaient aux mêmes principes généraux du droit que le Statut. C'est une démarche difficile à admettre tant elle est tirée par les cheveux.

Le Rapporteur spécial a peut-être surestimé le rôle joué par les principes généraux du droit pour ce qui est de suppléer les lacunes du droit. Ces principes ne sont pas seuls à remplir une fonction supplétive ; les traités et la coutume le font aussi. À titre d'exemple, l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui concerne l'interprétation uniforme et harmonieuse des règles pertinentes, remplit une fonction supplétive de lacunes, tout comme le droit international coutumier, de par son caractère général et ambigu.

La Commission doit revoir la portée du sujet à l'examen et déterminer la meilleure façon de l'aborder. La principale question est de savoir si elle doit traiter des principes généraux du droit sous l'angle des sources du droit international en général ou précisément sous l'angle de l'interprétation de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. M. Murase suggère de créer un groupe de travail chargé de résoudre ce problème fondamental.

M. Murphy constate que le troisième rapport du Rapporteur spécial contient une analyse très intéressante et fort utile de trois points, à savoir la transposition, la question de savoir si les principes généraux du droit sont formés dans le cadre de l'ordre juridique international, et les fonctions des principes généraux du droit et les rapports entre ces principes les autres sources du droit international. Il se penchera sur chacun de ces points l'un après l'autre.

L'analyse de la transposition des principes généraux du droit dans le système juridique international que le Rapporteur spécial présente dans la première partie du rapport est très judicieuse et riche en informations. M. Murphy souscrit en particulier à la conclusion formulée au paragraphe 13 selon laquelle la condition de reconnaissance concerne à la fois l'existence du principe dans différents systèmes juridiques internes et sa transposition.

M. Murphy souscrit également à la proposition formulée au paragraphe 12 du rapport, à savoir que le Comité de rédaction devrait simplifier le projet de conclusion 6 afin de se ménager une certaine souplesse s'agissant de déterminer les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux. Le projet de conclusion 6 pourrait simplement disposer : « Un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international s'il est reconnu comme étant compatible avec ce système. ». Le commentaire viendrait ensuite préciser ce que la compatibilité signifie et expliquer que la reconnaissance n'est pas un acte formel ou exprès, mais est implicite et dépend du contexte. Si elle allait plus loin avec le projet de conclusion 6, la Commission risquerait d'introduire une condition compliquant indûment la détermination des principes généraux du droit.

M. Murphy est aussi d'accord avec les conclusions que le Rapporteur spécial formule aux paragraphes 13 et 14 du troisième rapport concernant le processus de reconnaissance d'un principe général. Si la reconnaissance de la transposition d'un principe commun aux systèmes juridiques nationaux ne se fait pas au moyen d'un acte formel ou exprès, il faut néanmoins que l'ensemble des nations convienne implicitement que le principe doit s'appliquer dans la sphère internationale. Les paragraphes 15 à 17 du troisième rapport portent sur les critères bien déterminés devant permettre d'établir qu'il y a transposition. La simplification du projet de conclusion 6 permettrait à la Commission d'éviter les difficultés inhérentes à l'élaboration de critères précis.

En ce qui concerne la deuxième partie du rapport, M. Murphy est d'accord avec le Rapporteur spécial qu'il existe une catégorie de principes généraux du droit découlant du système juridique international. Toutefois, cette catégorie est relativement restreinte et la Commission doit faire preuve d'une grande prudence pour définir les circonstances dans lesquelles les principes qui y appartiennent voient le jour. La pratique sur laquelle le Rapporteur spécial s'appuie pour établir l'existence de cette catégorie de principes est plutôt limitée et il n'est pas toujours clair que chaque exemple de pratique donné reflète un principe général du droit au sens où l'expression est entendue à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Cour elle-même n'a jamais cité l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut dans le contexte de la détermination des principes de droit formés dans le système juridique international. L'existence de cette seconde catégorie de principes est donc niée par un certain nombre d'auteurs, qui admettent

généralement qu'il existe des principes de droit dans le système juridique international, mais ne considèrent pas ces principes comme des « principes généraux du droit » au sens où l'expression est entendue à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38.

Pour répondre à ces préoccupations, le Rapporteur spécial dit, au paragraphe 29 du troisième rapport, qu'il faudrait expliquer clairement la méthode de détermination desdits principes, mais ce n'est pas ce qu'il fait aux paragraphes 30 à 32. Pour autant que M. Murphy puisse en juger, la « méthode » exposée consiste, premièrement, à déterminer qu'il n'existe aucune règle coutumière ; deuxièmement, à faire une vague analyse inductive et déductive ; troisièmement, à vérifier si le principe en question est reconnu comme étant indépendant de tel ou tel régime conventionnel ou de telles ou telles règles coutumières. Cette méthode est peu susceptible de répondre aux préoccupations actuelles concernant la seconde catégorie de principes, et elle risque d'encourager les décideurs à considérer divers principes comme des principes généraux transcendant les autres sources de droit international et de conduire à une situation dans laquelle les États ne sont plus tenus de consentir aux obligations internationales, voire de démanteler le système de droit international.

M. Murphy appuie donc pour l'essentiel la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le Comité de rédaction simplifie le projet de conclusion 7. Cela étant, tout en simplifiant la disposition, le Comité devrait aussi la circonscrire en précisant que les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international ne peuvent être reconnus comme tel qu'à la condition qu'ils soient inhérents à ce système. Le projet de conclusion 7 pourrait peut-être être simplement libellé comme suit : « Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir que l'ensemble des nations a reconnu ce principe comme intrinsèque à ce système ». Les éléments qui permettent de parvenir à cette détermination, comme le fait que tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies acceptent le principe, ce qui est le cas du principe de non-intervention énoncé dans la Charte des Nations Unies, pourraient être expliqués dans le commentaire en même temps qu'y serait présentée une méthode de détermination précisément définie.

Le cœur du troisième rapport est la troisième partie, consacrée aux fonctions des principes généraux du droit et aux rapports entre ces principes et les autres sources de droit international. Le projet de conclusion 10 dispose que, en tant que sources de droit international, les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit ne sont pas dans une relation hiérarchique. Sur le plan théorique, M. Murphy partage cette opinion, qui est bien étayée par la pratique des États et par la doctrine. Il existe néanmoins une tension entre le projet de conclusion 10 et le projet de conclusion 13, qui porte que la fonction essentielle des principes généraux du droit est de « suppléer les lacunes ». En effet, le Rapporteur spécial semble suggérer que, d'une manière générale, lorsqu'une question se pose concernant le droit international, il faudrait d'abord se tourner vers les traités et la coutume pour y répondre, et seulement ensuite faire appel aux principes généraux du droit en tant que source supplétive du droit ; de même, en cas de conflit entre un traité ou une règle coutumière et un principe général du droit, le traité ou la règle coutumière l'emporterait. Cette position implique une relation hiérarchique dans laquelle les traités et la coutume sont les sources primaires et les principes généraux ne s'appliquent qu'en tant que de besoin, afin de suppléer les lacunes éventuelles.

De surcroît, d'un point de vue pratique, lorsqu'il existe une règle de droit conventionnel ou coutumier permettant de résoudre une question juridique donnée, il est probable que le juge ou autre praticien du droit appliquera cette règle plutôt que de se demander s'il existe aussi un principe général du droit pertinent, ce qui suggère aussi une relation hiérarchique. Par contre, si le principe général du droit relève du *jus cogens*, ce que la Commission a considéré comme une possibilité dans ses travaux sur le sujet, alors il est hiérarchiquement supérieur à toute règle conventionnelle ou coutumière avec laquelle il serait en conflit. La Commission devrait tenir compte de ces considérations lors de l'examen du projet de conclusion 10 et du commentaire y relatif.

Sur le plan théorique, M. Murphy approuve le projet de conclusion 11, relatif à la coexistence des principes généraux avec des règles conventionnelles ou coutumières identiques ou analogues. Toutefois, il n'est pas convaincu que ce projet soit vraiment nécessaire ou même utile. Il serait logique d'intégrer l'idée énoncée au projet de

conclusion 11 dans le projet de conclusion 10, de sorte qu'il soit mentionné dans une seule conclusion, ou dans le commentaire y relatif, que les trois sources coexistent sans hiérarchie formelle.

Le projet de conclusion 12 met en évidence une méthode particulière de résolution des conflits entre les trois principales sources du droit international. Il précise que le principe de la *lex specialis* régit la relation entre les principes généraux du droit et les règles issues des autres sources du droit international traitant de la même matière. Toutefois, le troisième rapport ne contient aucune explication sur la raison pour laquelle cette méthode particulière est proposée ; on pourrait tout aussi bien avancer, par exemple, que c'est la règle la plus récente qui s'applique ou qu'une norme impérative (*jus cogens*) prime un principe général du droit. En outre, le fait de considérer les trois sources principales comme ayant la même valeur légale est problématique. Les principes généraux du droit ne sont pas une source de droit comme les autres ; ils mettent en jeu des notions juridiques plus abstraites que celles que l'on trouve généralement dans les traités ou la coutume. Compte tenu de leur caractère abstrait et fondamental, ils relèvent sans doute de la *lex generalis*. Dans son rapport de 2006 sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682), la Commission désigne la *lex specialis* comme un principe permettant de résoudre un conflit entre deux traités différents ou entre un traité et une coutume ; toutefois, nulle part elle ne qualifie les principes généraux du droit de *lex specialis* par rapport à une règle conventionnelle ou coutumière. Au contraire, elle dit que l'aspect « naturel » du raisonnement juridique permet de penser que le droit international coutumier l'emporte peut-être sur les principes généraux du droit.

Les projets de conclusions 13 et 14 définissent la fonction « essentielle » et les fonctions « spécifiques » des principes généraux du droit. S'il a lu avec plaisir la partie du rapport relatant la genèse des principes généraux du droit international, M. Murphy n'est pas convaincu qu'il soit utile de tenter de déterminer les fonctions que ces principes remplissent. Premièrement, il n'est pas évident que les fonctions mentionnées soient les seules ni même les plus importantes. Ainsi, les principes généraux du droit ont aussi pour fonction spécifique et importante qu'ils servent à l'établissement des normes de procédure utilisées par les cours et tribunaux internationaux. Deuxièmement, on voit mal pour quelle raison la fonction « essentielle » et les fonctions « spécifiques » sont opposées. Peut-être faudrait-il, par exemple, remplacer « essentielle » par « générale ». En tout état de cause, si ces propositions sont retenues, les projets de conclusion 13 et 14 devront être fusionnés en un seul projet de conclusion portant sur les « fonctions ».

Le projet de conclusion 13 indique que les principes généraux du droit ont pour fonction essentielle de suppléer les lacunes. Comme M. Murphy l'a dit précédemment, une telle proposition va à l'encontre de l'idée qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les principales sources du droit international. De surcroît, mentionner la fonction supplétive de lacunes peut donner à entendre qu'en droit international, il ne peut ni ne doit y avoir de lacune ou de situation de non liquet, alors pourtant que, comme il est confirmé au paragraphe 71 du troisième rapport, les lacunes peuvent exister. Enfin, les formules « suppléance des lacunes du droit » et « suppléer les lacunes » sont maladroitement et donc peu utiles. Si le but est de dire que la fonction essentielle des principes généraux du droit est de fournir une source de droit, dans la mesure du possible et lorsqu'il n'existe pas de traité ou de règle coutumière pertinente, il faut l'exprimer clairement.

En ce qui concerne le projet de conclusion 14, outre qu'il est préoccupé par la mention de trois « fonctions spécifiques », M. Murphy est assez sceptique quant à l'opportunité de mettre l'accent sur le fait que les principes généraux peuvent servir de « fondement autonome à des droits et à des obligations », comme cela est indiqué à l'alinéa a). Même s'ils fonctionnent indépendamment des traités ou de la coutume, dans bien des cas, les principes généraux du droit n'établissent pas de droit ou d'obligation autonome. À titre d'exemple, la Cour internationale de Justice a estimé dans de nombreuses affaires que le principe général de la bonne foi ne donnait pas lieu à de nouvelles obligations et que la bonne foi concernait uniquement l'exécution d'obligations déjà existantes. Sans être d'avis que les principes généraux de droit ne peuvent jamais servir de source autonome de droits et d'obligations, M. Murphy pense toutefois que la Commission doit éviter d'insister sur cette fonction, en partie parce qu'elle n'est pas habituelle et en partie parce que ses travaux ne devraient pas encourager l'utilisation des principes généraux du droit

dans le but de faire apparaître des droits et des obligations qui ne sont pas établis par les traités ni par le droit international coutumier.

M. Murphy est favorable à ce que les projets de conclusions 10 à 14 soient renvoyés au Comité de rédaction pour qu'il les remanie à la lumière du débat en cours.

La séance est levée à 16 h 20.