

Provisoire

Réservé aux participants

20 octobre 2025

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-seizième session

Compte rendu analytique provisoire de la 3711^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 9 mai 2025, 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 compte rendu*, à la Section française de traduction (trad_sec_fra@un.org).



La séance est ouverte à 10 heures.

Principes généraux du droit (point 4 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/779 et A/CN.4/785)

M^{me} Oral dit que l'excellent quatrième rapport du Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit (A/CN.4/785) est clairement écrit, bien structuré et profond et qu'il contient une synthèse utile des points de vue des États sur le projet de conclusions à l'examen. La Commission étant au stade de la seconde lecture, elle devrait s'abstenir de procéder à des révisions importantes du texte, sauf si des raisons impérieuses fondées sur les points de vue des États ou d'autres faits significatifs le justifient.

M^{me} Oral explique que, dans un souci de gain de temps, elle fera des commentaires uniquement sur les projets de conclusion qui ont suscité des préoccupations ou que le Rapporteur spécial a considérablement révisés. En ce qui concerne le projet de conclusion 2 sur la reconnaissance des principes généraux du droit, l'emploi du terme « ensemble des nations » en remplacement de « nations civilisées », très inapproprié et anachronique, lui semble toujours judicieux, pour la raison citée au paragraphe 47 du rapport du Rapporteur spécial. D'autres solutions, dont « communauté des États », seraient également acceptables.

Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, la question déterminante pour le choix du terme à retenir dans le projet de conclusion 2 a été celle de savoir exactement quels sont les acteurs capables de reconnaître un principe général du droit aux fins de sa formation. C'est pour préciser quels acteurs exactement sont couverts par le terme « ensemble des nations » – une question posée tant par des États que par des membres de la Commission – que le Rapporteur spécial a proposé l'ajout de trois nouveaux paragraphes au projet de conclusion 2, expliquant le rôle des États, des organisations internationales et d'autres acteurs, respectivement. Selon elle, l'acte de reconnaissance est principalement le fait des États, même si des organisations internationales, en tant qu'extensions des États, peuvent également jouer un rôle. Cependant, c'est à juste titre qu'au paragraphe 53 du rapport, le Rapporteur spécial dit que d'autres acteurs non étatiques, qui ne jouent et ne doivent jouer aucun rôle dans la reconnaissance et la formation des principes généraux, pourraient peut-être en jouer un dans la détermination de ceux-ci. En bref, le projet de conclusion 2, tel que proposé par le Rapporteur spécial, est acceptable, mais il serait aussi acceptable que les nouveaux paragraphes proposés soient déplacés dans les commentaires, comme le suggère M. Nesi.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7 et la deuxième catégorie de principes généraux, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international, à propos desquels des États et des membres de la Commission ont exprimé des opinions divergentes, l'oratrice tient à réaffirmer qu'elle continue de soutenir l'existence de cette catégorie. En d'autres termes, elle considère que le texte de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'exclut pas l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a donné de nombreux exemples de principes relevant de cette catégorie, notamment le principe de l'égalité souveraine des États.

Elle est d'accord avec certains États, dont la Malaisie et la Sierra Leone, sur le fait que la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international doit être représentative des divers systèmes juridiques. Elle comprend également que le projet de conclusion 7 pourrait poser quelques difficultés. Certains États, tels que les États-Unis d'Amérique, l'Indonésie et Singapour, se sont expressément dits préoccupés par le terme « intrinsèque » qui y est employé, le jugeant trop vague et susceptible de semer la confusion sur ce qui constitue un principe général du droit. Ce point pourrait peut-être être explicité dans le commentaire.

L'une des principales difficultés réside dans la question de savoir comment distinguer les principes généraux du droit des règles de droit international coutumier, une préoccupation soulevée par des États très divers, comme le Bélarus, le Liban et le Japon, et qu'elle a elle-même abordée dans les déclarations qu'elle a faites sur le sujet aux sessions précédentes. Elle salue donc la proposition du Rapporteur spécial de clarifier davantage la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, qui ont des fonctions et des

effets différents. Par exemple, un principe général du droit peut se transformer en règle de droit international coutumier, mais non l'inverse. Dans la pratique, cependant, ces termes sont souvent employés indifféremment.

En ce qui concerne le projet de conclusion 9, sur la doctrine, et le lien avec les travaux de la Commission sur le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, le Rapporteur spécial a raison de dire que le rôle particulier de la doctrine doit être abordé dans le contexte des principes généraux du droit. À cet égard, le fait qu'il ait remplacé le membre de phrase « des publicistes les plus qualifiés » par une formule plus claire est à saluer et le texte révisé du projet de conclusion 9 mérite d'être approuvé.

En ce qui concerne le projet de conclusion 10, sur les fonctions des principes généraux du droit, l'oratrice dit qu'elle appuie la proposition du Rapporteur spécial d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 du texte de manière à répondre aux critiques exprimées par certains États, dont l'Autriche.

En ce qui concerne le projet de conclusion 12, sur les principes généraux du droit ayant un champ d'application limité, elle se félicite des exemples donnés par le Rapporteur spécial dans le rapport, qui semblent limiter le champ d'application de la disposition à des principes qui n'ont pas un caractère universel. Toutefois, comme l'a signalé M. Forteau, la formulation « ayant un champ d'application limité » peut prêter à confusion, car elle pourrait aussi s'entendre du champ d'application matériel du principe. La Commission devrait donc examiner les propositions rédactionnelles faites par M. Forteau et M. Galindo sur ce point.

Pour conclure, elle approuve le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Fathalla dit qu'il tient à féliciter le Rapporteur spécial pour son travail approfondi sur le sujet des principes généraux du droit. Il constate que le projet de conclusions n'aborde pas la question de l'applicabilité des principes généraux. Le projet de conclusion 2 porte sur la reconnaissance mais ne dit rien de l'applicabilité. Comme ce point a également été soulevé par un État, la Commission devrait faire la lumière sur l'applicabilité ou la non-applicabilité des principes généraux aux organisations internationales, en définissant clairement, dans les commentaires, l'adjectif « généraux » du terme « principes généraux du droit ». Le projet de conclusions aborde bien la question délicate de la hiérarchie entre les différentes sources de droit international et le rôle supplétif des principes généraux.

M. Fathalla dit, à propos de la proposition des pays nordiques d'inclure des exemples de principes généraux dans le projet de conclusions, que ces exemples seraient plus à leur place dans les commentaires. Quant à la demande du Royaume-Uni selon laquelle la Commission devrait clairement indiquer ce qui dans ses travaux relève de la codification et ce qui relève du développement progressif du droit international, voire consiste à proposer un droit nouveau, il considère qu'une telle distinction n'est pas nécessaire. Comme il l'a dit dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission a pour mandat général à la fois de codifier et de développer le droit international, et elle n'a de ce fait pas à dire de quelle partie de son mandat elle s'acquitte à un moment donné.

Il est regrettable que si peu d'États Membres aient soumis des commentaires sur le projet de conclusions (A/CN.4/779), malgré l'importance du sujet des principes généraux. Néanmoins, les commentaires formulés par des États à propos du projet de conclusion 1, sur le champ d'application, sont à saluer, en particulier l'avis exprimé par le Royaume-Uni et les États-Unis selon lequel les commentaires sont clairs et ne modifient en rien la substance de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

En ce qui concerne le projet de conclusion 2, certains États ont fait remarquer que le terme « ensemble des nations » était ambigu et inclurait aussi les organisations internationales. Toutefois, le commentaire montre clairement ce que l'on entend par ce terme, qui remplace « nations civilisées » et reflète le fait que, dans certaines circonstances, des organisations internationales, des tribunaux et des auteurs contribuent à l'élaboration des principes généraux, aux côtés des États. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué, le terme « ensemble des nations » n'est pas nouveau puisqu'il est déjà employé à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Quant aux nouveaux paragraphes qu'il est

proposé d'ajouter au projet de conclusion 2, ils pourraient être déplacés dans le commentaire, ainsi que l'a suggéré M. Asada.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, le membre de phrase « peuvent se former » a suscité un vif débat. Les pays nordiques ont, à raison, soulevé un point important, à savoir que le libellé des alinéas a) et b) concernant chacun l'une des deux catégories de principes généraux – « qui proviennent » et « qui peuvent se former », respectivement – devrait être harmonisé. Pour répondre aux commentaires faits par plusieurs États, la Commission doit expliquer, à la session en cours, en quoi la deuxième catégorie de principes généraux se distingue du droit international coutumier. Au paragraphe 89 du rapport, le Rapporteur spécial explique que la distinction entre un principe général et une règle de droit international coutumier tient aux méthodes permettant de les déterminer. Cependant, le fait que l'*opinio juris* pour ce qui du droit international coutumier est très proche de la notion de reconnaissance pour ce qui est des principes généraux rend la distinction entre les deux sources encore plus difficile à établir.

En ce qui concerne le projet de conclusion 4 sur la détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, les pays nordiques ont proposé que le libellé de l'alinéa b) soit modifié, car le libellé actuel – « la transposition de ce principe dans le système juridique international » – semble appeler une évaluation empirique plutôt qu'une évaluation normative de la transposabilité et de l'applicabilité du principe et ne répond pas à la question de savoir si le principe peut être transposé dans le système juridique international. La proposition de modification – « la possibilité de transposer ce principe dans le système juridique international » – est légitime, car la transposition d'un principe général dans le système juridique international peut ne pas s'être produite dans tous les cas.

En ce qui concerne le projet de conclusion 5, le commentaire de la Pologne quant à une possible contradiction entre le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 et le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 peut se comprendre, mais il ressort clairement des précédents débats ayant eu lieu à la Commission et des commentaires que les deux dispositions décrivent ensemble un processus en deux étapes. Ainsi, le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 concerne la détermination du caractère commun d'un principe, tandis que le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 a trait au caractère auxiliaire des décisions de juridictions aux fins de la détermination de ces principes. En d'autres termes, le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 constitue la première étape et, si un principe commun est identifié, le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 constitue la deuxième étape. Les deux projets de conclusion ne se contredisent donc pas.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6, les États-Unis et le Royaume-Uni ont soutenu que la reconnaissance n'était pas nécessairement implicite lorsqu'il avait été satisfait au critère de la compatibilité. Toutefois, le commentaire est très clair sur ce point et il n'est donc pas nécessaire d'en débattre davantage.

M. Fathalla dit, en ce qui concerne le projet de conclusion 7, qu'un État a fait observer que le sens du terme « intrinsèque », employé au paragraphe 1, n'avait pas été défini. Lui-même considère toutefois que le libellé du projet de conclusion et du commentaire est suffisamment clair. Il ne partage pas l'avis de certains États selon lequel les paragraphes 1 et 2 sont contradictoires. Compte tenu des points de vue exprimés à la Commission, il considère que les deux paragraphes sont complémentaires. Pour comprendre le lien entre eux, les États doivent se reporter au commentaire, qui présente les différents points de vue à cet égard. Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, la clause « sans préjudice » énoncée au paragraphe 2 vise à n'exclure aucune future évolution concernant les principes généraux du droit qui pourraient se former dans le cadre du système juridique international.

En ce qui concerne le projet de conclusion 8, un État a rappelé plusieurs facteurs devant être pris en compte lors de l'examen des décisions des juridictions nationales ; M. Fathalla dit qu'il n'approuve pas l'idée d'énumérer ces facteurs dans le texte du projet de conclusion, car on ne sait pas très bien comment et par qui ils seront évalués. En revanche, il ne s'oppose pas à la proposition du Rapporteur spécial de préciser, dans le commentaire, que plusieurs facteurs doivent être pris en considération et convient que les décisions des hautes juridictions doivent peser plus lourd dans cette analyse que celles d'autres juridictions.

Il approuve le projet de conclusion 9, sur la doctrine, tel que modifié par le Rapporteur spécial. Il convient aussi que le terme « doctrine » englobe la doctrine se présentant sous une forme écrite et non écrite, par exemple les supports audiovisuels, et appuie de ce fait la proposition du Rapporteur spécial de préciser ce point dans le commentaire.

Selon M. Fathalla, par l'emploi du terme « principalement » dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 10, la Commission entend suggérer qu'il n'existe aucune relation hiérarchique entre les trois sources du droit international. Il approuve la proposition du Rapporteur spécial d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion afin de donner plus de poids à la partie normative.

En ce qui concerne le projet de conclusion 11, le Rapporteur spécial a fait observer que l'absence de hiérarchie correspondait à la position adoptée par la Commission dans le cadre de ses travaux sur le sujet de la fragmentation du droit international. Compte tenu des préoccupations exprimées par certains États quant à l'apparente contradiction entre le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 et le paragraphe 3 du projet de conclusion 11, le Rapporteur spécial a proposé d'explicitier davantage la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, ainsi que la relation entre les principes généraux du droit et les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). De l'avis de M. Fathalla, il conviendrait d'aussi prendre en compte la distinction entre les principes généraux et les principes fondamentaux du droit international énoncés 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.

Enfin, M. Fathalla dit qu'il voit le nouveau projet de conclusion 12 proposé sur les principes généraux du droit ayant un champ d'application limité comme un ajout positif, car il permet à la Commission de couvrir des domaines du droit international qui sont encore en développement. Toutefois, la Commission doit garder à l'esprit que le projet est au stade de la seconde lecture et qu'elle doit modifier le texte adopté en première lecture uniquement si des raisons impérieuses le justifient. Pour conclure, M. Fathalla dit qu'il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Fife dit que la réaction des États au projet de conclusions, manifestée tant à la Sixième Commission que dans les commentaires écrits, témoigne de la qualité du travail du Rapporteur spécial et du degré d'intérêt pour le sujet. Ses commentaires porteront sur les points qui ont suscité des préoccupations.

Plusieurs États ont instamment demandé à la Commission de préciser quelles parties du projet de conclusions reflétaient ce qui est généralement accepté comme constituant la *lex lata*, par opposition à la *lex ferenda*, et ce, en raison d'une divergence persistante de vues entre États. Afin que ses orientations soient aussi pratiques et pertinentes que possible pour les praticiens, la Commission devrait s'efforcer, s'agissant de la détermination d'une source indépendante d'obligations juridiques de même niveau que le droit conventionnel et le droit coutumier, de faire preuve d'une grande clarté et de s'appuyer sur une méthode rigoureuse. Plusieurs États, dont les pays nordiques, ont dit que le projet de conclusions gagnerait à inclure un aperçu des principes généraux reconnus comme faisant partie de la *lex lata*. À son avis, une liste non exhaustive d'exemples de principes généraux reconnus, non seulement augmenterait l'utilité pratique des travaux de la Commission mais affinerait également la portée conceptuelle de ceux-ci. Une mention à cet effet dans les commentaires permettrait d'éviter que la liste d'exemples ne soit interprétée à tort comme étant exhaustive.

En ce qui concerne le projet de conclusion 1, la formulation existante cadre suffisamment le champ d'application du sujet et elle a été généralement bien accueillie. Il subsiste toutefois un manque de clarté conceptuelle quant à l'emploi de certains termes clés pour le sujet, et le fait que certaines distinctions restent floues peut avoir contribué à l'incertitude qui ressort de certains commentaires des États. Tout d'abord, le terme « principe » peut évidemment couvrir des réalités très diverses et il est régulièrement invoqué devant des juridictions internationales mais pas nécessairement toujours dans le sens qu'il a à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38. Au sens large, les principes sont des idées importantes extraites au moyen d'une analyse ; ils pourraient être issus des traités ou du droit international coutumier, entre autres sources. En droit de la mer, par exemple, et plus précisément en matière de délimitation maritime, divers principes ont été invoqués au fil des

ans, notamment le « principe d'équidistance », ou le principe d'« équidistance ou de circonstances spéciales ou pertinentes », qui désigne un concept ou une méthode juridique et non une source indépendante du droit. Même la référence à une « solution équitable » qui apparaît aux articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne doit pas se comprendre comme une référence à l'équité en tant que source autonome du droit, mais comme un objectif à atteindre « par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, de très nombreux principes ont été mentionnés dans le contexte des différends régis par le droit international coutumier. Un autre exemple, appartenant au droit international de l'environnement, est le principe pollueur-payeur. C'est dans le droit conventionnel et dans le droit international coutumier, envisagés comme sources autonomes génératrices d'obligations juridiques contraignantes, que l'on chercherait l'obligation juridique internationale incombant à un pollueur de payer une indemnisation, et, selon qu'il convient, avec l'aide de moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit en cause, et non pas uniquement sur le fondement de l'existence alléguée d'un principe général du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour. En droit international des investissements il est souvent fait référence à des principes tels que le traitement juste et équitable, et ce, même s'il est difficile de distinguer ces principes de règles coutumières ou de principes découlant de l'interprétation du droit conventionnel applicable. La doctrine s'est même interrogée sur leur utilité marginale dans ce contexte.

Il serait donc utile que l'on puisse établir une distinction plus nette entre, d'une part, les principes généraux en tant que source autonome du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, et d'autre part, des principes beaucoup plus souvent employés en tant que support intellectuel ou ressources dans l'analyse juridique. De nombreux commentaires d'États, voire le fait que certains n'ont pas fait de commentaires, pourraient refléter une certaine incertitude quant à ces lignes de démarcation que les travaux de la Commission sur le sujet n'ont pas permis de fixer ou de clarifier avec précision.

En ce qui concerne le projet de conclusion 2, M. Fife convient que la pratique et l'opinion des organisations internationales peuvent contribuer à la formation des principes généraux du droit. Ceci étant, une formulation telle que « reconnaissance par l'ensemble des nations » ou « la communauté des États » n'exclut en rien les opinions et la pratique des organisations internationales. Selon lui, l'ajout de trois nouveaux paragraphes au projet de conclusion, proposé par le Rapporteur spécial d'ajouter, n'est pas nécessaire et risque de susciter des questions supplémentaires et de seulement compliquer les choses.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, il est difficile de ne pas s'entendre sur la première catégorie de principes généraux – ceux qui proviennent des systèmes juridiques nationaux – en tant que fondement incontestable de détermination objective d'une source potentielle du droit. À cet égard, à l'instar d'autres membres, M. Fife dit qu'il serait absurde de supposer qu'il doit y avoir une sorte d'unanimité entre les systèmes juridiques nationaux. Toutefois, des principes généraux acceptés, tels que ceux relatifs à l'égalité des armes, au droit à un procès équitable et à l'estoppel, découlent de situations classiques de procédures judiciaires, et de nombreuses cultures juridiques convergent sur l'exigence d'appliquer un principe afin d'éviter le *non liquet* ou d'autres problèmes liés à l'absence de législation écrite. De nombreux autres exemples existent, notamment en droit pénal international – le principe de proportionnalité dans la détermination de la peine, par exemple – et en droit des investissements. Ce qui est frappant, c'est le caractère supplétif de ces principes généraux en ce qui concerne le déroulement concret des procédures judiciaires ou administratives.

De nombreux États se sont exprimés de façon critique à l'égard de la deuxième catégorie de principes généraux – ceux formés dans le cadre du système juridique international – et les avis divergent sur ce point. Selon M. Fife, des préoccupations valables ont été soulevées, qui révèlent des doutes quant à la validité de cette deuxième catégorie de principes généraux et la difficulté de les distinguer du droit international coutumier. Il n'exclut pas que le Rapporteur spécial a raison de dire que le droit international a lui-même, comme tout autre système juridique, la capacité de générer des principes qui lui sont propres, sans qu'il lui soit nécessaire d'emprunter à d'autres systèmes juridiques. Il est intrigué, par

exemple, par le principe de « compétence-compétence » en droit international, où, contrairement aux systèmes nationaux, il peut n'y avoir aucun autre organe pour régler certaines questions d'interprétation. Une autre question est celle de savoir si le principe *pacta sunt servanda* est un principe fondamental du droit conventionnel ou une source indépendante d'obligations juridiques internationales au même titre que les traités. Il doute que cette deuxième réponse soit la bonne.

En tout état de cause, la validité de la proposition générale concernant la deuxième catégorie de principes généraux dépend de sa reconnaissance par les États. Le débat sur cette question pourrait indiquer qu'il n'est pas tout à fait certain que les États aient généralement accepté un tel moyen de formation des normes. Il importe de rendre compte de cette incertitude dans les travaux de la Commission. Pour ce faire, on pourrait par exemple préciser dans le commentaire qu'un doute subsiste sur la question de savoir si la deuxième catégorie de principes reflète la *lex lata* ou représente plutôt quelque chose de moins certain mais dont la valeur pourrait être de contribuer au développement progressif du droit international. M. Fife précise que ses observations relatives au projet de conclusion 3 valent également pour le projet de conclusion 7 et d'autres projets de conclusion associés à la deuxième catégorie de principes généraux proposée. Comme d'autres membres, il est partisan d'une méthode rigoureuse ; sans une telle approche, les praticiens ne disposeront pas d'orientations concrètes solidement fondées. Par conséquent, il préconise la suppression du paragraphe 2 du projet de conclusion 7. Il souhaiterait également voir des renvois supplémentaires à certaines références clés non mentionnées dans le commentaire.

Les aspects temporels de la production de sources autonomes du droit international ne se limitent pas à l'emploi regrettable d'un terme comme « nations civilisées ». L'histoire du droit montre que, très tôt, des analogies avec le droit privé national ont été nécessaires, par exemple dans le développement du droit conventionnel et, plus tôt encore, dans la cristallisation du droit coutumier. Elle révèle aussi un recours compréhensible au droit naturel ou aux approches naturalistes pour ce qui est de l'élaboration de normes qui sont devenues partie intégrante du droit international général et conventionnel, notamment la Charte des Nations Unies. De tels processus ont été fréquents dans les premiers temps du droit international, particulièrement en 1919 et 1920, lorsque le droit conventionnel et le droit coutumier faisaient encore défaut. Comme beaucoup l'ont souligné, il existait à l'origine un vide juridique important. Cependant, grâce à la codification et à d'autres aspects importants de l'évolution de la production du droit international, les outils juridiques reconnus qui permettent d'éviter un *non liquet* ne manquent pas à l'heure actuelle. Néanmoins, M. Fife conseille de ne pas exclure la deuxième catégorie de principes généraux, que l'on devrait considérer comme relevant du développement progressif.

Pour conclure, M. Fife dit qu'il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M^{me} Galvão Teles dit qu'elle tient à féliciter le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, qui fournit des orientations utiles à la Commission au moment où elle entame la seconde lecture du texte à adopter sur le sujet.

Elle pense comme le Rapporteur spécial qu'un projet de conclusions, assorti d'une bibliographie, constitue la forme la plus appropriée pour le résultat des travaux de la Commission sur le sujet. Elle approuve et soutient aussi les points de vue du Rapporteur spécial selon lesquels les principes généraux du droit ne doivent pas être envisagés selon une perspective strictement contentieuse et il ne faut ni essayer de dresser une liste d'exemples de principes généraux ni inclure un projet de conclusion contenant une définition du terme « principes généraux du droit ». En outre, elle approuve la décision d'aligner le libellé du projet de conclusion 9 concernant la doctrine avec le projet de conclusion correspondant dans les travaux sur le sujet des moyens auxiliaires et celle d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 10. Enfin, elle convient que rien dans le projet de conclusions ne doit donner à penser qu'il existe une hiérarchie formelle ou informelle entre les sources énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

En ce qui concerne le projet de conclusion 2, elle est favorable à la proposition du Rapporteur spécial de conserver le terme « l'ensemble des nations » adopté en première lecture, même si celui-ci a suscité quelques questions parmi les États. Cependant, elle hésite

à appuyer sa proposition d'ajout de paragraphes supplémentaires. Le projet de conclusion 2 adopté en première lecture donnait des orientations limitées, mais il lui semblait préférable à la version augmentée des trois nouveaux paragraphes proposés par le Rapporteur spécial, et ce, pour plusieurs raisons.

Les nouveaux paragraphes proposés sont presque identiques aux paragraphes 1, 2 et 3 de la conclusion 4 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Cela soulève deux préoccupations. Premièrement, l'emploi de cette formulation rend encore plus floue la distinction entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, une préoccupation que des États et un certain nombre de membres de la Commission ont soulevée à propos du projet de conclusion 7. Le fait de reprendre la même formulation influe sur la capacité de faire la distinction entre deux sources distinctes. La coutume et les principes généraux diffèrent à bien des égards et il est important d'éviter de brouiller ce qui les distingue. Deuxièmement, ces mêmes paragraphes, dans le contexte des travaux de la Commission sur le droit international coutumier, se rapportent à une considération tout à fait différente, à savoir la détermination de l'existence d'une « pratique générale », et non à la question de la « reconnaissance ».

M^{me} Galvão Teles dit que, pour ces raisons, elle préférerait que soit conservé le libellé du projet de conclusion 2 adopté en première lecture. Si des orientations supplémentaires sont sans nul doute nécessaires, elles ne peuvent être fournies à l'aide d'une formulation utilisée à d'autres fins dans les travaux de la Commission sur le droit international coutumier. Elles pourraient être données dans le commentaire. Dans le paragraphe 5 du commentaire du projet de conclusion 2 adopté en première lecture, il est dit que l'emploi du terme « l'ensemble des nations » ne signifie pas que seuls les États peuvent contribuer à la reconnaissance des principes généraux du droit. La Commission pourrait éclaircir ce point en indiquant clairement que c'est avant tout la reconnaissance des États qui est nécessaire pour qu'un principe général du droit existe, et qu'il n'est pas exclu que les organisations internationales contribuent à ce processus. Elle pourrait utilement expliquer plus avant dans les commentaires que la reconnaissance des organisations internationales est particulièrement pertinente en ce qui concerne la deuxième catégorie de principes généraux, à savoir ceux qui peuvent se former dans le cadre du système juridique international.

Certains États ont dit que le projet de conclusion 6 nécessitait des éclaircissements. On ne comprend effectivement pas bien comment la « transposition » fonctionne dans la pratique. Il est fondamental pour le sujet à l'examen que l'on explique clairement le deuxième élément du processus de détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux. La Commission pourrait résoudre ce problème en reformulant le projet de conclusion de manière à ce qu'il ait un caractère moins factuel et plus méthodologique. Le projet de conclusion 6 pourrait être reformulé comme suit :

Pour déterminer la transposition d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde dans le système juridique international, il est nécessaire d'établir:

- a) Qu'il est compatible avec le système juridique international ; ou
- b) Dans quelle mesure les États l'ont reconnu comme étant compatible avec le système juridique international.

Ainsi libellé, le projet de conclusion 6 serait aussi plus étroitement aligné sur le projet de conclusion 5. En outre, la notion de « compatibilité » devrait être explicitée dans les commentaires.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, M^{me} Galvão Teles dit partager les préoccupations des États ayant souligné que les travaux de la Commission risquaient de faire confondre les principes généraux du droit et le droit international coutumier. Selon le Rapporteur spécial, la distinction entre les deux relève d'une question de méthode. La détermination d'une règle coutumière nécessite une analyse de la pratique des États et de l'*opinio juris*, tandis que la détermination d'un principe général formé dans le cadre du système juridique international nécessite une analyse inductive du cadre juridique international, y compris le droit conventionnel et coutumier, et une analyse déductive destinée à vérifier que le principe est « intrinsèque au système juridique international ».

Toutefois, dans la pratique, ces méthodes semblent impossibles à distinguer. Premièrement, s'agissant de la reconnaissance d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, le Rapporteur spécial dit qu'elle doit être « large et représentative et inclure les différentes régions du monde ». Cette formule ressemble fortement au premier élément de la détermination d'une norme coutumière, que la Commission a décrite en 2018, à savoir que « [l]a pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante ».

Deuxièmement, dans le rapport, les étapes des analyses inductive et déductive censées caractériser les principes généraux ne sont ni mentionnées ni expliquées. Cela apparaît nettement, par exemple, aux paragraphes 142 à 148 du rapport, dans lesquels le Rapporteur spécial s'appuie sur les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (Principes de Nuremberg) pour illustrer la méthode exposée dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 7. Pourtant, on voit mal comment ce qui est dit dans la conclusion, à savoir que la reconnaissance des Principes de Nuremberg comme normes juridiquement contraignantes repose « entre autres sur des traités, d'autres instruments internationaux et des déclarations des États », des principes confirmés ensuite dans une résolution de l'Assemblée générale et dans les travaux de la Commission, se distingue d'une analyse de la pratique des États et de l'*opinio juris*.

En fait, cet exemple particulier a semé la confusion et créé un amalgame entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, en ce que les Principes de Nuremberg y sont à tort présentés comme des principes généraux du droit, par opposition à des principes que l'on pourrait également qualifier de « règles ». Au paragraphe 29 du rapport, le Rapporteur spécial a lui-même insisté sur cette question de terminologie.

M^{me} Galvão Teles dit que, si l'on maintient qu'il existe une différence méthodologique entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, elle tient à faire un commentaire sur le processus logique d'une telle détermination. Aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion 10 adopté en première lecture, « il est principalement fait recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie ». Par conséquent, s'il n'y a pas de hiérarchie entre les sources énumérées dans le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, leur application suit un ordre logique : selon la méthode du Rapporteur spécial, la détermination des principes généraux du droit suppose une analyse des règles existantes énoncées dans les traités et dans le droit international coutumier. Cela donne la fâcheuse impression que la méthode proposée par la Commission est circulaire : pour aider à interpréter les lacunes des traités et du droit international coutumier, il faut recourir aux principes du droit international, qui eux-mêmes exigent une analyse des règles du droit international que l'on trouve dans les traités et le droit international coutumier.

Dans la mesure où de nombreuses questions méthodologiques restent sans réponse, il importe que la Commission précise que la distinction entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit n'est pas simplement d'ordre méthodologique. Il importe plus encore de noter que le droit international coutumier et les principes généraux du droit fonctionnent et existent à différents niveaux d'abstraction ou de spécificité.

M^{me} Galvão Teles ajoute qu'elle rejoint les États qui ont fait observer que les méthodes de détermination des différentes catégories de principes généraux ne sont pas suffisamment distinctes. La différence se résume essentiellement à la vérification de la « compatibilité » avec le système juridique international comme critère de transposition, ainsi que du caractère « intrinsèque ». Ces deux termes doivent être explicités plus avant. Il faudrait exposer dans les commentaires, sinon dans les projets de conclusion eux-mêmes, une méthode claire permettant de déterminer si un principe général est « compatible avec » le système juridique international et « intrinsèque à » ce système.

M^{me} Galvão Teles dit ne voir aucune raison particulièrement convaincante d'inclure la disposition énoncée dans le projet de conclusion 12 dans le texte du projet de conclusions plutôt que dans les commentaires. En fait, le Rapporteur spécial a suggéré cet ajout sur la base d'un seul commentaire, reçu de l'Union européenne, accompagné d'une référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Caraïbes. Le rapport ne contient pas d'analyse de la pratique pertinente des États et aucun État n'a mentionné l'existence de principes

« généraux » du droit régionaux ou sous-régionaux. Beaucoup de choses restent donc floues, et l'on pourrait se demander, par exemple, si les principes régionaux sont bien des « principes généraux » au sens du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Comme le Rapporteur spécial l'a rappelé, les membres de la Commission ont jusqu'alors exprimé des opinions divergentes sur ce point.

M^{me} Galvão Teles appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction compte tenu du débat qui a eu lieu en plénière.

M. Zagaynov dit qu'il tient à remercier le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur le sujet des principes généraux du droit. Comme dans les précédents rapports, le Rapporteur spécial a procédé à une analyse minutieuse des différents aspects de cette question complexe qui, jusqu'à récemment, avait principalement un intérêt académique. Toutefois, une fois les travaux achevés, les conclusions de la Commission attireront probablement l'attention des praticiens, qui les utiliseront. L'objectif premier de la Commission était de clarifier la nature, le champ d'application et les fonctions des principes généraux du droit, ainsi que le mode de leur détermination. Il importe de faire preuve d'un discernement particulier à l'égard des propositions litigieuses ou discutables qui ne contribuent pas à la réalisation de cet objectif.

Les États continuent de manifester un intérêt considérable pour le sujet ; plus de 60 d'entre eux ont exprimé leur point de vue après la première lecture du projet de conclusions. Néanmoins, certains aspects continuent de susciter des questions ou préoccupations. Certains États ont proposé que certains projets de conclusion soient révisés voire supprimés, y compris parmi les dispositions les plus importantes. La Commission devrait, dans toute la mesure possible, profiter de la seconde lecture pour analyser ces préoccupations et y répondre. De manière générale, il a été demandé que l'on ne surestime pas la portée juridique des principes généraux du droit par rapport aux autres sources du droit international. M. Zagaynov dit partager ce point de vue. Le débat à la Sixième Commission a montré que la terminologie était importante pour le sujet. Il est nécessaire de distinguer les principes généraux du droit qui sont une source du droit, d'une part, des principes généraux, fondamentaux ou généralement reconnus du droit international qui sont des règles de conduite très générales en raison de leur contenu, mais qui ne sont pas une source autonome de droit, d'autre part. La Commission pourrait éclaircir le rapport entre ces notions dans les commentaires.

M. Zagaynov dit supposer, en ce qui concerne les modifications que, dans son rapport, le Rapporteur spécial propose d'apporter au projet de conclusion 2 sur la reconnaissance des principes généraux du droit, qu'elles visent à répondre aux préoccupations des États en mettant l'accent où il convient. Toutefois, il a des doutes quant au nouveau paragraphe 3 proposé, selon lequel la reconnaissance par les organisations internationales peut, dans certains cas, contribuer à la formation de principes généraux du droit. Selon lui, cette disposition ne reflète pas l'opinion des nombreuses délégations qui ont souligné le rôle prépondérant des États dans ce processus. Le rôle des organisations internationales pourrait être abordé dans le commentaire.

La question de savoir si la règle de l'objecteur persistant est applicable dans le contexte des principes généraux du droit reste sans réponse. On peut se demander si, en 1920, Raoul Fernandes, membre du Comité consultatif de juristes, avait cette règle à l'esprit lorsqu'il a déclaré, à la 15^e séance du Comité, qu'en l'absence de traité ou de règle coutumière, la Cour devrait avoir le pouvoir de juger, « selon les principes de droit international non rejetés avant le différend par la tradition juridique de l'un des États en conflit », une déclaration que le Rapporteur cite au paragraphe 83 de son rapport. Commentant un point connexe, le Rapporteur spécial a dit que, étant donné que la règle de l'objecteur persistant avait une importance pratique limitée et qu'il n'y avait guère de pratique pertinente à son sujet, elle ne méritait pas d'être examinée en détail. Cependant, la question pourrait être très importante. Par exemple, certains États Membres ont fait référence au principe du patrimoine commun de l'humanité dans le contexte de la formation des principes généraux du droit de la deuxième catégorie, en particulier dans le cadre de l'adoption récente de l'Accord sur la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. Théoriquement, un État pourrait s'opposer de manière persistante à ce principe en ce qui concerne les ressources génétiques marines. On ne voit pas bien ce

qui se passerait si le principe devait acquérir le statut à la fois de principe général du droit et de règle coutumière. Si l'objecteur n'était pas lié par la règle coutumière mais devait néanmoins respecter un principe général du droit au contenu similaire, la règle de l'objecteur persistant serait vidée de son sens. Dans un tel cas, l'exception prévue pour les objecteurs persistants pourrait être étendue au principe général du droit correspondant, pour autant que la possibilité de ces statuts simultanés soit admise.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, sur les catégories des principes généraux du droit, aucun membre de la Commission ni aucun État ne conteste la première catégorie, qui comprend les principes provenant des systèmes juridiques nationaux. En revanche, il n'y a pas de consensus sur la deuxième catégorie. Comme l'ont souligné de nombreux États, la Commission n'explique pas de manière adéquate comment éviter la confusion entre ces principes et des normes similaires découlant des autres sources du droit international, à savoir les traités et la coutume. Selon certains États, le simple fait de désigner un concept par le terme « principe » dans une argumentation juridique ne suffit pas à établir son statut de source autonome de droit. Dans la plupart des cas, ces principes ont déjà pris la forme de règles conventionnelles ou coutumières. Au paragraphe 89 du rapport, le Rapporteur spécial suggère que la distinction entre les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et le droit international coutumier tient aux méthodes de leur détermination. C'est comme si l'on disait que la distinction entre la grippe et la maladie à coronavirus se fait sur la base du type de test utilisé. Au paragraphe 139 du rapport, le Rapporteur spécial expose une méthode de détermination des principes généraux du droit de la deuxième catégorie, qui comprend une analyse inductive et une analyse déductive. Cette méthode proposée, avec ses analyses inductive et déductive, ressemble beaucoup à la méthode de la Commission pour la détermination du droit international coutumier. De nombreuses règles de droit international coutumier peuvent également être considérées comme intrinsèques au système juridique international, mais cela n'en fait pas des principes généraux du droit au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Certains États craignent que la Commission n'interprète les principes généraux du droit comme le fondement de règles juridiques contraignantes auxquelles les États n'ont pas consenti et n'entendent pas consentir. En outre, une telle catégorie pourrait devenir un moyen détourné d'introduction de règles juridiques internationales qui ne peuvent être établies par les règles existantes de détermination du droit coutumier.

M. Zagaynov dit n'être toujours pas convaincu de la nécessité de conserver le paragraphe 2 du projet de conclusion 7, qui n'exclut pas la possibilité d'une catégorie supplémentaire de principes généraux du droit qui pourraient se former dans le cadre du système juridique international mais que la méthode proposée ne permettrait pas d'identifier.

M. Zagaynov dit, en ce qui concerne le projet de conclusion 6, qu'il n'est pas opposé à l'idée qu'un principe commun à différents systèmes juridiques nationaux pourrait être transposé dans le système juridique international pour autant qu'il est compatible avec ce système. Toutefois, la transposabilité de ce principe ne suffit pas pour établir son existence en tant que principe général du droit visé à l'Article 38. De nombreux États ont dit que l'on ne pouvait pas présumer que la compatibilité impliquait la reconnaissance par les États. Une telle présomption ne peut exister. La reconnaissance doit être attestée par les méthodes énumérées au paragraphe 119 du rapport, comme des références au principe en question dans des traités, des pièces de procédure présentées devant des juridictions internationales, des déclarations officielles ou la correspondance diplomatique. Une proposition de reformulation du projet de conclusion 6 faite à la Sixième Commission mériterait qu'on l'examine, selon laquelle la disposition se lirait comme suit : « Un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde peut être transposé dans le système juridique international pour autant qu'il ait été reconnu comme étant compatible avec ce système par les États ».

Les projets de conclusions 8 et 9 ne devraient pas préjuger du résultat des travaux de la Commission sur le sujet des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Plusieurs États ont soulevé ce point dans leurs commentaires écrits. M. Zagaynov dit ne pas approuver la suggestion de M. Jalloh de reprendre dans le présent projet de conclusions les dispositions correspondantes et d'autres issues des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires, en particulier le projet de conclusion sur la doctrine,

parce qu'elles ne sont pas directement pertinentes pour le sujet des principes généraux du droit et que le projet sur les moyens auxiliaires n'a pas encore été achevé.

En ce qui concerne le projet de conclusion 10, la réorganisation des paragraphes proposée par le Rapporteur spécial déplace l'accent, ce qui ne se justifie peut-être pas. Cependant, il importe que la référence à la fonction de comblement des lacunes juridiques, qui est une caractéristique essentielle et la raison d'être initiale des principes généraux du droit, soit conservée.

Si le projet de conclusion 12 proposé, concernant les principes généraux du droit ayant un champ d'application limité, est conservé dans le texte final, il conviendra, dans le commentaire, de faire état de la pratique de la Cour de l'Union économique eurasiatique, qui a reconnu que les principes de proportionnalité et le droit à la protection de la justice étaient des principes généraux du droit au sein de l'Union.

M. Zagaynov, à l'instar d'autres membres de la Commission, se dit opposé à l'établissement d'une liste de principes généraux du droit. Selon lui, les exemples qui seront inclus dans les commentaires suffiront. Il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Akande tient à féliciter le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur les principes généraux du droit. Il s'agit là d'un sujet délicat, pour lequel il faut trouver un juste équilibre entre souplesse et rigueur. Les fondements théoriques sur lesquels s'appuyer pour trouver la bonne solution à différents problèmes inhérents au sujet ne sont pas évidents, et chaque solution apporte son lot de complications. Les principes généraux du droit sont moins fréquemment appliqués en tant que source du droit que ne le sont le droit international coutumier et les traités ; les orientations dont on dispose sur différentes questions sont donc limitées. Néanmoins, la Commission est sur la bonne voie pour ce qui est de définir, dans les grandes lignes, la structure de ses travaux mais aussi, dans une bonne mesure, d'établir précisément les dispositions du projet de conclusions.

La principale question d'ordre général est sans doute celle de savoir s'il existe véritablement deux catégories de principes généraux du droit. M. Akande souscrit à la conclusion à laquelle la Commission est parvenue en première lecture, selon laquelle il existe effectivement deux catégories de principes. Les principes généraux du droit ne découlent pas exclusivement des systèmes juridiques nationaux ; ils peuvent aussi se former dans le cadre du système juridique international. Si, dans les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, le terme « principes généraux du droit » était empreint d'une certaine ambiguïté, la détermination de l'existence d'une catégorie de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international n'est pas nouvelle et remonte même à cette période. Dans son ouvrage de 1953 *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, le juriste Bin Cheng s'est penché sur cette question et a fait observer que, pour certains auteurs, cette expression désignait essentiellement les principes généraux du droit international et, à titre subsidiaire seulement, les principes établis dans le droit interne des différents États. On a constaté que des États estimaient que les principes généraux du droit englobaient les principes généraux du droit international.

L'on a fait observer à juste titre que la difficulté consistait à distinguer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international des règles du droit international coutumier et à veiller à ce que la méthode rigoureuse permettant de déterminer le droit international coutumier ne soit pas remise en question par une méthode plus souple de détermination des principes généraux de cette catégorie. La difficulté tient au fait qu'au fil du temps, le droit international coutumier a évolué. La coutume moderne admet la pratique verbale, comme la Commission elle-même l'a reconnu dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier ; elle ne repose pas exclusivement sur des actes concrets ou matériels. La pratique verbale permet de déterminer plus aisément si un État reconnaît ou accepte une règle comme relevant du droit international coutumier. Il reste à savoir quelle place occupent alors les principes généraux du droit reconnus, souvent verbalement, par les États. Même si ce problème se pose effectivement, il n'appartient pas à la Commission de supprimer la notion de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Elle devrait plutôt tenter d'apporter de la cohérence au sujet.

Par conséquent, bien qu'il soit favorable au maintien des deux catégories de principes généraux de droit, M. Akande considère que la Commission gagnerait à reconnaître les différences qui distinguent ces deux catégories.

Premièrement, la reconnaissance ne s'effectue pas de la même manière selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre catégorie de principes. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux doivent être reconnus dans un système juridique national et doivent pouvoir être transposés dans le système juridique international, ainsi qu'il ressort du projet de conclusion 6 et du commentaire y relatif. L'État n'est pas tenu de reconnaître expressément ces principes comme relevant du droit international. À l'inverse, les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international exigent une forme de consentement plus exprès de la part de l'État. S'il est vrai que le texte dans son ensemble rend compte de cette distinction, celle-ci pourrait sans doute être plus clairement mise en évidence dans le commentaire.

Deuxièmement, la relation entre les principes de chacune de ces deux catégories, d'une part, et les traités et le droit international coutumier, d'autre part, n'est pas la même, contrairement à ce que laisse entendre le projet de conclusion 11. Il semble juste de dire que les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international ne sont pas dans une relation hiérarchique avec les traités et le droit international coutumier. Ce n'est vraisemblablement pas le cas, en revanche, des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, auxquels on a recours dans des domaines qui ne sont pas expressément régis par les traités et la coutume. Dans des matières régies par les traités et la coutume, on peut difficilement prétendre que des règles découlant de traités et de coutumes ne priment pas des principes généraux du droit. M. Akande préférerait donc voir ces deux catégories différenciées dans le projet de conclusion 11.

Au moins un État a soulevé la question de l'objection persistante aux principes généraux du droit. Du point de vue de M. Akande, le principe du consentement des États aux obligations juridiques internationales est lui-même un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, puisqu'il reprend les éléments fondamentaux de ce système. Par conséquent, si un État peut démontrer par une objection persistante qu'il ne consent pas à un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il ne doit pas être lié par ce principe. On ne saurait dire, néanmoins, qu'il en va de même pour les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Lorsqu'il est établi qu'un principe est suffisamment répandu dans les différents systèmes juridiques du monde, comme indiqué dans le projet de conclusion 5, le fait que le principe ne soit pas établi dans le système juridique d'un État donné ne signifie pas que l'État en question n'est pas déjà lié par cette règle. M. Akande serait favorable à l'ajout d'un projet de conclusion qui traiterait de l'objection persistante dans cette optique. À défaut, ce point pourrait être traité dans les commentaires.

M. Akande approuve le libellé du projet de conclusion 2, qui dispose que les principes généraux du droit doivent être reconnus par l'« ensemble des nations ». Il avait d'abord été séduit par l'idée qu'il soit plutôt fait référence à la « communauté internationale », mais on pouvait interpréter ce terme comme englobant les acteurs non étatiques. Il n'était pas favorable à l'emploi du terme « communauté des États », qui peut être considéré comme excluant la reconnaissance par les organisations internationales, lesquelles peuvent aussi, d'après lui, jouer un rôle dans la formation des principes généraux du droit. En ajoutant le mot « nations », la Commission reprend plus fidèlement le libellé de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

S'il approuve, quant au fond, les points traités dans les nouveaux paragraphes que le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter au projet de conclusion 2, M. Akande estime que le contenu de ces paragraphes a sa place dans le commentaire et non dans le texte du projet de conclusions. En outre, on devrait expliquer plus clairement dans le projet de conclusion 2 que les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et ceux découlant des systèmes juridiques nationaux ne sont pas reconnus de la même manière.

Concernant le projet de conclusion 7, la difficulté, pour la Commission, consiste à parvenir à distinguer la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international de celle qui permet de déterminer le droit

international coutumier, et à savoir s'il conviendrait de la rendre plus rigoureuse qu'elle ne l'est au regard du libellé actuel du paragraphe 1 du projet de conclusion 7 et du commentaire y relatif. M. Akande n'est pas convaincu que la Commission doive apporter de plus amples précisions sur les analyses inductive et déductive présentées dans le commentaire adopté en première lecture. Comme d'autres membres, il a des réserves quant au paragraphe 2 du projet de conclusion 7 et préférerait que celui-ci soit supprimé.

M. Akanda estime, tout comme le Rapporteur spécial, que certains éléments de la pratique étatique et judiciaire portent à croire qu'il existe des principes généraux du droit propres à un système juridique régional ou sous-régional, de sorte que l'on ne saurait exclure entièrement la possibilité que de tels principes existent. Il a toutefois des doutes quant au libellé du projet de conclusion 12. Il semble contradictoire de parler de principes « généraux » du droit ayant un champ d'application « limité ». Pour résoudre ce problème linguistique et faire entendre plus clairement que le projet de conclusion porte sur l'application *ratione personae* des principes généraux du droit, il propose de reformuler le texte du projet de conclusion comme suit : « Le présent projet de conclusions est sans préjudice de l'existence de principes généraux du droit qui ne sont applicables qu'à une partie de l'ensemble des nations ».

M. Akanda approuve le renvoi du projet de conclusions au Comité de rédaction.

M. Ma tient à remercier sincèrement le Rapporteur spécial pour son travail remarquable. Le quatrième rapport est clair et complet, et témoigne d'une compréhension profonde des sources et des pratiques du droit international.

M. Ma relève qu'il n'y a pas de désaccord quant à l'existence des principes généraux du droit de la première catégorie visée dans le projet de conclusion 3, à savoir les principes généraux du droit qui proviennent des systèmes juridiques nationaux. À l'inverse, différents points de vue ont été exprimés au sujet des principes de la deuxième catégorie, à savoir les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Il est effectivement possible qu'il existe dans le système juridique international une catégorie de sources du droit autre que les traités et le droit international coutumier. Certes, selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les principes généraux du droit ne se limitent pas aux principes découlant du droit interne des différents pays. Depuis que la Charte des Nations Unies consacre le principe de l'égalité souveraine, le terme « nations civilisées », employé à l'Article 38, est interprété comme désignant tous les États souverains. Il ressort des travaux préparatoires du Statut que les rédacteurs de cet instrument n'entendaient pas limiter les principes généraux du droit aux principes du droit interne. En outre, grâce à l'enrichissement constant des échanges et de la coopération entre les pays et à la pratique des organes judiciaires et arbitraux internationaux, la demande de règles internationales de la part de la communauté internationale ne cesse de croître.

On ne saurait donc exclure la possibilité de voir se former des principes du droit international autres que les traités et le droit international coutumier. Néanmoins, la plupart des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international qui sont cités comme exemples dans le rapport sont étroitement liés aux traités et au droit international coutumier et relèvent donc des traités et de la pratique étatique. Il faut espérer, par conséquent, que le Rapporteur spécial puisse citer, dans le commentaire, des exemples plus convaincants de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

Concernant la détermination des principes généraux du droit de la deuxième catégorie, de nombreux États ont estimé que le caractère « intrinsèque au système juridique international », visé dans le projet de conclusion 7, constituait un critère trop général et difficile à déterminer dans la pratique. Il convient donc d'éclaircir cette phrase et de définir des critères de détermination clairs. Un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international doit remplir plusieurs critères : premièrement, il doit être indépendant des traités et du droit international coutumier et appartenir à une catégorie distincte de sources du droit international ; deuxièmement, il doit être reconnu par les États, largement accepté par la communauté internationale et caractérisé par l'universalité, la représentativité et la constance ; troisièmement, il doit être l'expression d'une intention, de la part des États, de créer des droits et des obligations ; quatrième, il doit trouver une

expression dans des textes autres que des traités, tels que des résolutions d'organisations internationales et des instruments internationaux juridiquement non contraignants.

Les États ont exprimé différents points de vue concernant les fonctions des principes généraux du droit, qui font l'objet du projet de conclusion 10. M. Ma estime que ces fonctions sont déterminées par le statut juridique des principes. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique internationale sont des sources indépendantes du droit international au même titre que les traités et le droit international coutumier, et ils remplissent les mêmes fonctions : premièrement, ils servent de fondement à des droits et obligations des États ; deuxièmement, ils complètent d'autres règles du droit international. M. Ma propose donc d'inverser l'ordre des alinéas a) et b) du paragraphe 1 du projet de conclusion 10.

Les projets de conclusions 8 et 9, qui portent sur les décisions de juridictions et la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit, reprennent en réalité le contenu de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Les projets de conclusion devraient porter sur les principes généraux du droit, et non sur les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, que la Commission examine en tant que sujet distinct. M. Ma propose par conséquent de placer les projets de conclusions 8 et 9 à la suite du projet de conclusion 11 sur les relations entre les principes généraux du droit et les traités et le droit international coutumier.

M. Ma approuve pleinement le renvoi du projet de conclusions au Comité de rédaction.

M. Mingashang tient à se joindre aux autres membres de la Commission pour adresser ses compliments au Rapporteur spécial et lui exprimer son soutien. Si la question des principes généraux du droit peut sembler simple, de prime abord, pour des juristes internationaux, le sujet dont est saisie la Commission concerne en réalité un aspect complexe des sources du droit international. Le consensus apparent quant au statut des « principes généraux du droit » en tant que source du droit international occulte les forces historiques et idéologiques à l'origine de ce terme.

Bien que le Rapporteur spécial n'ait pas jugé nécessaire d'introduire dans le projet de conclusions une définition des « principes généraux du droit », il a néanmoins souligné qu'il fallait faire preuve de prudence dans l'emploi des termes. Il a par conséquent apporté des éclaircissements quant au sens des termes « principes » et « généraux ». M. Mingashang estime toutefois que la signification de ces notions dans une situation donnée dépend généralement des aléas de la langue et du pouvoir de l'instance qui invoque ces principes à des fins stratégiques précises. La Commission ne devrait pas hésiter à tenter de définir le contexte conceptuel dans lequel des notions clés tels que « principes » et « généraux » pourraient légitimement s'appliquer. L'entreprise prendra du temps et donnera inévitablement lieu à des divergences doctrinales, mais cela ne signifie pas que la Commission ne devrait pas élaborer de projet de conclusion comportant une définition des « principes généraux du droit ». À défaut, elle se trouverait dans une position délicate puisqu'elle aurait élaboré un projet de conclusion intitulé « Champ d'application » sans définir expressément ce qui doit être appliqué dans ledit champ d'application.

L'emploi du terme « ensemble des nations » dans les projets de conclusions 2 et 7 vient mettre en lumière avec d'autant plus de netteté les préoccupations de M. Mingashang sur ce point. Des questions fondamentales se posent encore concernant la composition qualitative et quantitative de l'« ensemble des nations », entité suprême chargée de valider des tendances émergentes ou convergentes. Par exemple, quel seuil quantitatif doit être atteint pour qu'un groupe de pays constituent l'« ensemble des nations » ? Que faut-il entendre lorsque le Rapporteur spécial fait référence, au paragraphe 48 du rapport, à l'acceptation et à la reconnaissance « par une majorité d'États très large et représentative » ? La Commission pourrait-elle aller jusqu'à établir, comme indiqué au paragraphe 82, que les principes généraux doivent avoir « réuni autour d'eux l'unanimité ou la quasi-unanimité » ? M. Mingashang partage l'avis des États qui ont demandé que de plus amples précisions soient apportées sur le terme « ensemble des nations ».

La méthode et les critères de détermination des principes généraux de droit font débat, tant parmi les États qu'au sein de la Commission. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que la méthode devait être rigoureuse, mais il a aussi souligné qu'il fallait faire preuve d'une certaine souplesse dans l'établissement des critères. Il appartient à la Commission de déterminer les limites de cette souplesse, afin de ne pas compromettre la sécurité juridique qui doit caractériser toute norme juridiquement contraignante.

Le fait que l'on procède à une analyse comparative pour déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde pose un certain nombre de problèmes, notamment pour ce qui est de la langue. Le Rapporteur spécial a estimé que l'examen des différents systèmes juridiques du monde entraînait nécessairement la prise en considération des différentes langues utilisées dans ces systèmes. Pour M. Mingashang, toutefois, la question n'est pas si simple. Bien souvent, les notions juridiques ne sont pas présentées de la même manière dans les langues des pays de tradition romano-germanique, par exemple, et dans les langues romanes ou germaniques. Certains pays d'Afrique centrale ont un système juridique appartenant à la famille dite romano-germanique, tout en ayant le swahili comme langue officielle. Or, le terme « principes » en swahili ne correspond pas nécessairement à ce que recouvre ce même terme dans une langue romane.

M. Mingashang estime que le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 est tautologique et superflu. Cependant, le paragraphe 1 du projet de conclusion soulève des questions épistémologique et ontologiques que l'on devrait examiner plus avant afin de dissiper toute ambiguïté quant à la méthode à employer pour déterminer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

Les principes généraux du droit ont pour fonction initiale de suppléer les lacunes du droit international conventionnel et coutumier afin d'éviter les situations de *non liquet* et, partant, de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges. Cela soulève la question de savoir dans quelle mesure les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international peuvent être considérés comme étant des éléments intrinsèques du système juridique international. Du point de vue épistémologique, il est communément admis que le droit n'est pas un ensemble prédéfini de règles, mais une construction dynamique ; c'est l'opinion qu'ont exprimée les États-Unis et Israël dans les observations qu'ils ont soumises au sujet du projet de conclusion 7.

Le projet de conclusion 6 relatif à la détermination de la transposition dans le système juridique international semble susceptible de donner lieu à un débat de fond. Des préoccupations ont été exprimées à propos du processus de transposition et des modalités concrètes de son fonctionnement. En réponse, le Rapporteur spécial a fait référence aux Principes de Nuremberg, qu'il a cités comme exemple pour illustrer la méthode exposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 7. Comme indiqué au paragraphe 146 du rapport, cette affirmation s'appuie sur le fait que la Commission a décidé à sa première session que, puisque les Principes de Nuremberg avaient déjà été consacrés par l'Assemblée générale, la tâche qui lui était confiée ne consistait pas à porter un jugement sur ces principes en tant que principes du droit international, mais purement et simplement à les formuler. En outre, selon le Rapporteur spécial, les Principes ont été implicitement reconnus comme principes généraux du droit dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).

Toutefois, lorsqu'on examine l'exemple des Principes de Nuremberg, il est essentiel de garder à l'esprit la composition de la communauté internationale de l'époque, ainsi que l'origine et la nature des préceptes à l'origine des lois et coutumes de la guerre. Ce que l'on ne dit pas, c'est que le contexte sociopolitique était fondamentalement eurocentré et ancré dans une tradition issue du christianisme. Ce cadre de référence, en tant que tel, ne remplissait pas toutes les conditions requises pour un projet de portée universelle. Il convient donc de faire la lumière sur le processus et les mécanismes psychologiques par lesquels ces préceptes se sont diffusés largement, du moins en apparence. On ne saurait nier qu'un processus d'impérialisme culturel et de nationalisme épistémologique s'est opéré – et que ce processus continue d'influencer la codification du droit.

Dans son rapport, le Rapporteur spécial a fait référence à des principes généraux du droit universellement applicables, devant être reconnus par l'ensemble des nations. Il est également convenu que bon nombre de principes généraux du droit étaient des postulats juridiques universellement reconnus dont la formation résultait parfois d'un long processus. Il serait utile que le Rapporteur spécial précise cette position, d'autant plus qu'il a également reconnu que la question de savoir si les principes généraux de droit étaient, par définition, universellement applicables, était complexe.

Pour M. Mingashang, la notion d'universalité est un cheval de Troie qui a permis à une conception anthropologique et spirituelle propre à une partie du monde de se diffuser insidieusement auprès de l'ensemble de la civilisation humaine. Elle semble d'autant plus suspecte à la lumière de l'ambivalence éthique dont l'Occident a fait preuve pour justifier des aberrations morales allant jusqu'à la négation même de l'humanité. On peut dès lors en conclure que toute affirmation catégorique de l'universalité représente, à sa manière, une forme de violence symbolique.

Il importe de ne pas perdre de vue que le péché originel de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice réside dans le fait qu'il fait référence aux principes généraux reconnus par les « nations civilisées ». L'ethnocentrisme continue d'influencer la conception du droit international moderne, dans laquelle les catégories de pensée dominantes sont encore celles d'une partie du monde dont la suprématie culturelle s'est imposée par la force.

C'est donc à juste titre que la Sierra Leone a souligné que les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international devaient refléter la diversité et le pluralisme du droit international contemporain. M. Mingashang se félicite, en outre, que le Rapporteur spécial partage l'avis de Singapour selon lequel la reconnaissance requise aux fins de la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international doit être large et représentative et doit inclure les différentes régions du monde. La question de savoir si cette condition est effectivement satisfaite demeure le principal point non résolu des travaux de la Commission. La tâche incombant au Rapporteur spécial n'a pas été aisée. Cela n'a nullement empêché celui-ci d'établir un rapport susceptible d'alimenter le débat au sein de la Commission et du Comité de rédaction, le but étant d'élaborer un ensemble de projets de conclusion à la fois utiles et clairs, au bénéfice de la communauté juridique internationale.

M. Reinisch tient à féliciter le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur les principes généraux du droit, qui constitue une excellente base sur laquelle la Commission pourra s'appuyer pour achever ses travaux sur le projet de conclusions.

M. Reinisch partage pleinement l'opinion, exprimée par de nombreux États et approuvée par le Rapporteur spécial, selon laquelle l'introduction dans le projet de conclusions d'une liste d'exemples de principes généraux du droit pourrait soulever plus de questions qu'elle n'en résoudrait. Il estime toutefois qu'il serait utile de citer davantage d'exemples de principes généraux à différents endroits, dans les commentaires.

M. Reinisch note que le Rapporteur spécial recommande de conserver, dans le projet de conclusion 2, le terme « ensemble des nations », terme sans nul doute préférable à celui, obsolète, de « nations civilisées » qui est employé à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Néanmoins, en faisant référence à un ensemble de « nations » ou d'« États », la Commission ne saisit pas l'occasion qui lui est donnée de reconnaître le développement du droit international public ainsi que le rôle joué par les organisations internationales. En remplaçant l'expression « ensemble des nations » par celle de « communauté internationale », la Commission laisserait entendre sans ambiguïté et à juste titre que les États ne sont plus les uniques sujets du droit international ni les seuls membres de la communauté internationale. Il est à noter que certaines versions linguistiques du projet de conclusion 2 comportent déjà des termes très proches de celui de « communauté internationale », tels que « *comunidad internacional* » dans la version espagnole. Le Rapporteur spécial souligne à juste titre dans son rapport que les principes généraux du droit sont principalement reconnus par des États. Néanmoins, les organisations internationales, en tant qu'acteurs distincts du droit international, jouent également un rôle dans la

reconnaissance de ces principes, rôle qui va au-delà du comportement des États eux-mêmes au sein de ces organisations.

Pour illustrer le rôle des organisations internationales dans la formation des principes généraux du droit, l'Union européenne a cité deux dispositions conventionnelles, à savoir l'article 340 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le paragraphe 3 de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. Ces exemples ne permettent toutefois pas de démontrer pleinement ce rôle, étant donné qu'ils se rapportent tous deux à des principes généraux du droit qui découlaient du droit interne des États membres et étaient donc devenus contraignants pour l'Union européenne en tant que principes généraux. Il est bien plus important pour la Commission de déterminer dans quelle mesure les organisations internationales, en tant qu'acteurs à part entière, sont susceptibles de contribuer à la formation et à la reconnaissance des principes généraux. Il est plus probable que l'on trouve des éléments en ce sens dans le contexte du règlement des différends dans des affaires dans lesquelles l'Union européenne a reconnu un principe général du droit.

Concernant le projet de conclusion 3, M. Reinisch doute encore de la pertinence de la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Bien qu'il ne soit pas opposé par principe à cette notion, il a toujours considéré qu'il serait utile de citer des exemples permettant de démontrer de manière convaincante que de tels principes pouvaient effectivement se former selon cette modalité. Certains des principes que le Rapporteur spécial cite à titre d'exemple au paragraphe 84 de son rapport pourraient tout aussi bien être considérés comme des principes du droit international coutumier, et on ne voit pas bien comment ils pourraient être dissociés de cette source du droit international. En particulier, le devoir de réparer intégralement tout préjudice causé par un fait internationalement illicite ne semble pas être un principe dérivé de l'ordre juridique international ou formé dans le cadre de celui-ci. Il s'agit plutôt, vraisemblablement, d'un exemple classique de principe général découlant du droit interne, principe qui au demeurant constitue l'un des fondements du droit de la responsabilité civile délictuelle dans la quasi-totalité des systèmes juridiques.

Concernant le projet de conclusion 6, M. Reinisch craint que la question de la « transposition », qui a donné lieu à de vastes débats, au sein de la Commission comme parmi les États, ne soit pas encore entièrement tranchée. Si le titre du projet de conclusion laisse entendre qu'il est possible de se fonder sur celui-ci pour déterminer s'il y a eu transposition dans l'ordre juridique international, le texte de cette disposition ne porte que sur la possibilité d'une telle transposition, subordonnée à la compatibilité du principe avec le système juridique international. Bien qu'elle ait déjà été débattue au sein de la Commission, la question de savoir s'il serait plus indiqué d'employer le terme « transposabilité » ou celui de « transposition » n'a, à ce jour, pas été tranchée.

La question de la compatibilité est traitée de manière relativement indirecte, alors même qu'elle constitue une condition déterminante de la transposition, au plan international, d'un principe reconnu comme étant général en ce qu'il est largement présent dans les systèmes juridiques internes. À cet égard, certaines modalités procédurales et institutionnelles sont évoquées au paragraphe 116 du rapport. Le Rapporteur spécial avait soutenu, dans son deuxième rapport (A/CN.4/741), que le droit d'accès aux tribunaux – bien qu'il soit consacré dans le droit interne de la quasi-totalité des États – ne pouvait être transposé dans le système juridique international, car il serait incompatible avec le principe du consentement à la juridiction en droit international. Il serait plus pertinent de citer cet exemple, parmi d'autres, pour expliquer la notion de « compatibilité » dans le contexte de la transposition dans l'ordre juridique international.

S'agissant du projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre que de nombreux États demeureraient réticents à accepter la catégorie, controversée, des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. M. Reinisch convient que le terme « intrinsèque » rend le texte du projet de conclusion vague et sujet à interprétations. En particulier, la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 2 risque d'ouvrir une boîte de Pandore, puisqu'elle écarte, semble-t-il, la condition relative au caractère intrinsèque et laisse entendre qu'il pourrait exister d'autres principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, sans pour autant définir les critères de détermination de ces principes. M. Reinisch partage l'avis des États qui ont plaidé

soit pour la suppression du paragraphe 2, soit pour la reformulation du projet de conclusion sous la forme d'une clause « sans préjudice », libellée comme suit : « Le présent projet de conclusions est sans préjudice de la détermination de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. ».

M. Reinisch n'est pas entièrement convaincu que, comme l'affirme le Rapporteur spécial, la condition selon laquelle un principe doit avoir été reconnu par la communauté des nations comme « intrinsèque au système juridique international » implique en soi que le principe est juridiquement contraignant. En outre, il n'est pas certain qu'il suffise de préciser dans le commentaire, ainsi que le propose le Rapporteur spécial, que cette reconnaissance doit être « large et représentative et inclure les différentes régions du monde ».

L'analyse comparative requise par le projet de conclusion 5 vise à déterminer si un principe existe dans les différents systèmes juridiques du monde. Le principe en question ne peut pas exister uniquement dans quelques systèmes juridiques ; il doit avoir une assise large et représentative. Or, selon le projet de conclusion 7, pour déterminer un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il faut établir non pas son existence, mais sa reconnaissance, laquelle doit émaner d'un large éventail d'États. Si cet argument est défendable, il n'est peut-être pas présenté assez clairement dans la version actuelle du projet de conclusion 7, lequel n'est en rien semblable au projet de conclusion 5.

Les exemples que cite le Rapporteur spécial de principes généraux du droit pouvant être considérés comme ayant été formés dans le cadre du système juridique international ne sont pas pleinement convaincants. Par exemple, il n'est nullement certain que l'on puisse considérer comme « intrinsèque » au système juridique international le « principe de spécialité », déterminé, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, par la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, au moyen d'une analyse inductive des instruments constitutifs des organisations internationales ainsi que des objectifs de ces organisations à la lumière des « exigences de la vie internationale ». L'on pourrait tout aussi bien considérer que ce principe découle simplement du droit conventionnel, puisque les actes constitutifs des organisations internationales ne confèrent à celles-ci que les pouvoirs qui leur sont expressément ou implicitement octroyés par les parties. On ne voit pas bien la nécessité de recourir ici à ce que l'on qualifie de principe général du droit international.

Concernant le paragraphe 2 du projet de conclusion 8, il reste quelque peu déçu que la Commission considère vraisemblablement les décisions des juridictions nationales comme secondaires par rapport aux décisions des juridictions internationales. Comme M. Reinisch l'a affirmé à maintes reprises dans le contexte de l'examen d'autres sujets relatifs aux sources du droit international, aucune distinction n'est faite, à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, entre les juridictions internationales et nationales. L'unique critère à appliquer pour apprécier le poids à accorder aux décisions des juridictions devrait être la qualité du raisonnement sur lequel elles se fondent.

Pour ce qui est du projet de conclusion 9, étant donné que la Commission examine actuellement, en tant que sujet distinct, les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, on pourrait douter qu'il soit utile d'introduire des références aux décisions des juridictions et à la doctrine. M. Reinisch partage l'avis du Rapporteur spécial, qui juge utile d'introduire ces références et estime que l'ajout de celles-ci s'inscrit au surplus dans le prolongement logique de la tradition instaurée par la Commission dans ses travaux sur le droit international coutumier.

M. Reinisch hésite toutefois à souscrire à la proposition du Rapporteur spécial tendant à modifier le libellé actuel du projet de conclusion, qui reprend les termes employés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, pour y introduire la formulation employée dans le cadre des travaux de la Commission sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. D'une part, puisque ces travaux ne sont pas encore achevés, la Commission risquerait d'intégrer des éléments qui pourraient, à terme, être écartés ; d'autre part, elle a déjà mené un débat approfondi sur les critères permettant d'évaluer la pertinence de la doctrine. La concordance des points de vue ne constitue pas nécessairement le critère le plus essentiel, la vérité et l'exactitude n'étant pas toujours le fruit

d'un processus de prise de décision démocratique. Par conséquent, il serait sans doute préférable de conserver le texte initial.

M. Reinisch accueille favorablement la proposition de modifier l'ordre des deux paragraphes qui composent le projet de conclusion 10. Il est plus logique de traiter la fonction première des principes généraux du droit dans le paragraphe 1, avant d'aborder, au paragraphe 2, leur fonction secondaire, supplétive.

Enfin, M. Reinisch juge intéressante, en soi, la proposition du Rapporteur spécial d'introduire un nouveau projet de conclusion 12 qui prévoirait que le projet de conclusions est sans préjudice de l'existence de principes généraux du droit ayant un champ d'application limité. Le projet de conclusions que la Commission adoptera finalement ne devrait pas exclure la possibilité que des principes généraux du droit se forment au plan régional. Il partage toutefois l'avis de ceux qui ont proposé de préciser l'expression « champ d'application » ; l'on pourrait débattre de la question de savoir si le terme « champ » a un sens purement géographique.

M. Reinisch est convaincu que la Commission parviendra à mener à bien ses travaux sur le sujet et est pleinement favorable au renvoi de l'ensemble des projets de conclusion au Comité de rédaction, qui, il l'espère, pourra trouver un accord afin que l'on puisse parachever le texte du projet de conclusions.

M. Ruda Santolaria, remerciant le Rapporteur spécial pour son excellent quatrième rapport, dit que le sujet est important car, comme il est indiqué tout au long du rapport, les principes généraux du droit constituent une source autonome du droit international.

Selon le projet de conclusion 2, pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par la communauté internationale. Le terme « communauté internationale » a remplacé celui, manifestement anachronique, de « nations civilisées » qui figure à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. M. Ruda Santolaria considère, tout comme le Rapporteur spécial, que, s'il est vrai que c'est principalement la reconnaissance par les États qui contribue à la formation des principes généraux du droit, la reconnaissance par les organisations internationales peut également contribuer à la formation de ces principes. Contrairement aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*), pour lesquelles il ne saurait être question d'un « *jus cogens* régional », il peut effectivement exister des principes généraux du droit ayant un champ d'application limité, comme l'a justement expliqué le Rapporteur spécial. La clause « *sans préjudice* » figurant dans le projet de conclusion 12 couvre cette possibilité.

S'agissant du projet de conclusion 3, M. Ruda Santolaria partage, comme au stade de la première lecture, l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il existe deux catégories de principes généraux, à savoir ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international. Le principe de l'égalité souveraine est un bon exemple de principe appartenant à la deuxième catégorie. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, aucune distinction ne doit être faite entre ces deux catégories en ce qui concerne leurs fonctions et leurs relations avec les autres règles du droit international.

M. Ruda Santolaria approuve l'analyse en deux étapes requise pour déterminer les principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, telle qu'elle est présentée dans les projets de conclusions 4 et 5, et partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel la détermination de l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde nécessite une analyse comparative large et représentative qui doit inclure les différentes régions du monde. Comme l'a fait observer le Brésil, la diversité linguistique fait partie des éléments à prendre en compte dans l'analyse comparative requise aux fins de la détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux. Il estime, tout comme le Rapporteur spécial, que les principes généraux du droit constituent une source non écrite du droit international, ce qui signifie que la reconnaissance au plan international est implicite et présumée lorsque certaines conditions sont remplies. Toutefois, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, cette présomption est réfutable, la transposition n'étant pas automatique.

Concernant le projet de conclusion 7, M. Ruda Santolaria partage l'avis de l'Équateur selon lequel les principes « intrinsèques au système juridique international » sont ceux qui

« reflètent et régleme[n]tent les caractéristiques fondamentales de ce système, sont inhérents à celui-ci et sont indispensables à son fonctionnement », ainsi que celui de Singapour selon lequel la reconnaissance des principes de la deuxième catégorie par la communauté internationale doit être large et représentative et inclure les différentes régions du monde. Il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle le principe de spécialité, qui régit les organisations internationales, peut être considéré comme intrinsèque au système juridique international. Cela étant, comme il est indiqué dans le rapport, des preuves concrètes sont nécessaires pour démontrer qu'un principe existe et a été reconnu par la communauté internationale comme intrinsèque au système juridique international.

S'agissant du projet de conclusion 9, les Philippines ont fait observer très justement que le terme « doctrine » englobait la doctrine se présentant sous une forme écrite et non écrite, par exemple les conférences et autres supports audiovisuels.

Le Saint-Siège a fait observer qu'il fallait, aux fins du projet de conclusion 10, tenir compte de la diversité des principes généraux du droit. Il est expliqué dans le rapport que des principes tels que l'égalité souveraine des États ont un « caractère quasi constitutionnel » puisqu'ils sont au fondement de l'application du droit international dans son ensemble.

S'agissant du projet de conclusion 11, M. Ruda Santolaria estime, tout comme le Brésil, qu'il n'existe pas de « hiérarchie » entre les sources du droit international et qu'un principe général du droit peut « coexister avec des règles conventionnelles ou coutumières ayant un contenu identique ou similaire ».

Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, les principes généraux du droit au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice constituent une source autonome du droit international. Ils jouent habituellement un rôle complémentaire, car ils sont généralement la *lex generalis*, contrairement aux règles conventionnelles ou coutumières relatives à la même question, qui fonctionnent comme *lex specialis* et priment.

M. Ruda Santolaria convient que le résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet devrait prendre la forme d'un projet de conclusions, ce qui cadrerait avec les travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier et les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), et est d'accord pour que l'on soumette au Comité de rédaction l'ensemble des projets de conclusion qui figurent dans le rapport.

Le Président, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit que le Rapporteur spécial mérite d'être félicité pour la clarté de la structure de son quatrième rapport et du raisonnement présenté dans celui-ci, ainsi que pour son examen approfondi des contributions des États.

Pour reprendre la formule employée par le juge Greenwood au sujet de l'équité dans sa déclaration relative à l'arrêt rendu en 2012 par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, les principes généraux du droit ne relèvent pas de l'alchimie. Les lecteurs du projet de conclusion de la Commission et des commentaires y relatifs doivent pouvoir comprendre à la fois ce que sont les principes généraux du droit et la manière dont ils se rapportent à des notions telles que le « droit international général », les « principes du droit international », le *jus cogens*, le « droit interne » et, en particulier, le « droit international coutumier ». La précision technique a son importance, comme indiqué dans le rapport de l'Association de droit international intitulé *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law* et comme l'ont dit M^{me} Galvão Teles, M^{me} Ridings et M. Zagaynov dans leurs déclarations.

Tout comme M. Ruda Santolaria, le Président souscrit aux propositions du Rapporteur spécial concernant la forme finale à donner au résultat des travaux de la Commission et les recommandations à adresser de l'Assemblée générale.

Le Président approuve également la proposition de ne pas modifier le projet de conclusion 1 et l'approche générale adoptée à cet égard, notamment le fait que l'accent ait été mis sur l'idée qu'il importait par-dessus tout d'être attentif à la terminologie employée. Il convient que le mot « généraux », dans l'expression « principes généraux du droit », renvoie au champ d'application général de ces principes plutôt qu'à la nature abstraite ou spécifique de leur contenu. On pourrait employer des adjectifs tels que « vague » et « concret » pour expliquer plus précisément cette antinomie dans le commentaire ; toutes les normes rattachent

des conséquences déterminées de manière abstraite à des faits matériels déterminés de manière tout aussi abstraite, comme l'a expliqué Hans Kelsen.

Ainsi qu'il conviendrait de l'indiquer dans le commentaire, « général » est aussi le contraire de « spécial ». Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2018 en l'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument selon lequel il existerait, en droit international général, « un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime », argument qui était fondé sur le seul fait qu'il était fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur étranger et l'État hôte dans lesquelles avaient été appliquées des dispositions conventionnelles prévoyant un traitement juste et équitable. À la lecture de ce passage de l'arrêt, on peut considérer, entre autres interprétations possibles, que les domaines spécialisés ne donnent généralement pas naissance à des principes généraux du droit de la deuxième catégorie.

Le Rapporteur spécial pourrait souhaiter introduire au paragraphe 2 du commentaire, pour attester l'utilité pratique des principes généraux du droit, une référence à l'invocation de ces principes par les États devant les juridictions internationales. À cet égard, il pourrait être intéressant d'ajouter aussi une référence à l'examen, dans les comptes rendus des audiences publiques tenues en l'affaire relative au *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, de la responsabilité pour les dommages causés par des mesures conservatoires.

Concernant le projet de conclusion 2, comme tous les autres membres qui ont exprimé leur point de vue sur la terminologie, le Président se félicite de la décision de remplacer l'expression « nations civilisées » et il est convaincu, tout comme M. Sall et plusieurs autres membres, que l'expression « ensemble des nations » constitue une solution de substitution adéquate.

S'il comprend les raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter trois paragraphes au projet de conclusion, le Président juge préférable de conserver le texte adopté en première lecture. L'analogie avec les travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier n'est pas entièrement convaincante, les questions juridiques en jeu étant différentes dans l'un et l'autre cas. Dans le contexte de la détermination du droit international coutumier, les comportements relatifs à des questions de droit international doivent être connus des autres États. À l'inverse, la condition de « reconnaissance » énoncée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peut être satisfaite dès lors qu'il existe des règles internes et la reconnaissance peut être implicite lorsque le critère de compatibilité est rempli. L'alignement exprès des travaux de la Commission sur ces deux sujets pourrait porter à croire injustement que les principes généraux du droit reposent sur la même dynamique d'invocation, de reconnaissance et d'affirmation par les participants que celle sur laquelle se fonde habituellement le droit international coutumier, telle qu'elle est décrite au paragraphe 55 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*. M. Fathalla et M^{me} Galvão Teles ont formulé des observations du même ordre. Ces questions trouveraient mieux leur place dans le commentaire.

Le Président est ouvert à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ajouter un nouveau projet de conclusion 12. Sur le fond, compte tenu de la pratique limitée en dehors de contextes régionaux spécialisés et de l'incertitude quant à l'application de la méthode générale, il serait préférable de traiter les principes généraux du droit ayant un champ d'application limité non pas dans une clause « sans préjudice », mais comme *lex specialis*, comme l'avait été la question du précédent contraignant dans le projet de conclusion 7 du projet de conclusions sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction. Par analogie avec le projet de conclusion 16 du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, l'on pourrait employer la formule « principes particuliers du droit », qui serait peut-être plus précise.

Les États-Unis et, auparavant, Israël auraient pu soulever la question de « l'objecteur persistant » pour ce qui était des principes généraux du droit du point de vue du droit de la

protection des investissements. Des tribunaux d'arbitrage compétents pour connaître des litiges entre investisseurs et États ont estimé que les États devaient agir de manière proportionnée et respecter les attentes légitimes des investisseurs. On peut citer, entre autres exemples, la sentence rendue en 2012 par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en l'affaire *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*. Dans cette sentence, il n'est fait référence qu'aux approches internes européennes pour faire découler du traitement juste et équitable une obligation de proportionnalité. Les États-Unis ont rejeté de diverses manières les arguments avancés en ce sens. Au demeurant, il serait effectivement curieux, comme l'a relevé M. Zagaynov, que des arguments soient considérés comme inopérants à l'égard d'une source du droit international général et non d'une autre. Cette question pourrait être examinée soit dans le commentaire, soit dans une autre disposition « sans préjudice » du projet de conclusion 12.

Concernant le projet de conclusion 3, tout comme M. Forteau, le Président n'a toujours pas d'opinion tranchée concernant l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux du droit. On pourrait raisonnablement avancer que les exemples cités par le Rapporteur spécial supposent nécessairement l'existence de cette catégorie ou, à l'inverse, qu'ils pourraient être expliqués autrement. La question continue de susciter de vifs débats. Dans la doctrine chinoise, le rejet de la deuxième catégorie semblait être la pensée dominante depuis les écrits de Zheng Duanmu et de Tiewa Wang, qui datent des années 1980 et 1990, mais des travaux plus récents, tels que ceux de Guoqiang Luo et de Chao Su, proposent une lecture nuancée, plus favorable.

Après mûre réflexion, le Président souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet de conclusion 3. Si la Commission convient que le droit international lui-même, comme tout système juridique, a la capacité de faire naître des principes qui lui sont propres, la proposition formulée par les pays nordiques et le Royaume des Pays-Bas tendant à harmoniser les alinéas a) et b) en employant la même tournure verbale, ou en supprimant complètement les verbes, mérite d'être examinée plus avant.

Cela étant, le Président encourage le Rapporteur spécial à se concentrer sur la version la plus solide de cet argument en allant chercher les principes de la deuxième catégorie, dans la mesure du possible, dans l'ordre juridique international de l'époque des Nations Unies et en ne citant que des autorités directement pertinentes.

Comme l'ont relevé plusieurs membres, certains exemples cités à l'appui de la deuxième catégorie paraissent bancals. Par exemple, le principe de non-ingérence relève de la coutume, à en juger par l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*. D'autres exemples, notamment la quasi-totalité de ceux relatifs aux juridictions ainsi qu'au devoir de réparation d'un fait internationalement illicite – lequel, en l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów*, reposait sur les présupposés du droit interne de la responsabilité civile délictuelle (égalité des parties, réparation d'une violation illicite de droits privés, prise en compte exclusive des relations entre la victime et l'auteur du fait illicite, et non-pertinence des considérations n'ayant pas trait à cette relation) – relèvent de la première catégorie de principes généraux du droit. D'autres encore dépendent presque entièrement d'une lecture rétrospective ; aux paragraphes 82 et 83 du rapport, le Rapporteur spécial a notamment accordé un poids considérable à des remarques brèves et ambiguës formulées au sein du Comité consultatif de juristes.

Il pourrait être indiqué dans le commentaire que certains principes généraux du droit peuvent être façonnés simultanément par des considérations relevant des deux catégories. Ainsi, dans la sentence arbitrale rendue le 18 mars 2015 en l'affaire *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, l'*estoppel* a été expliqué à la fois comme ayant un équivalent en droit interne et comme découlant de l'obligation générale qui incombe aux États d'agir de bonne foi dans leurs relations mutuelles.

En ce qui concerne la première catégorie de principes généraux du droit, le Président souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas apporter de modifications aux projets de conclusions 4 à 6.

S'agissant du projet de conclusion 5, le Rapporteur spécial a relevé à juste titre que de nombreux principes généraux du droit étaient des postulats juridiques universellement reconnus dont la formation résultait parfois d'un long processus ; cette observation ne doit pas être comprise comme s'appliquant à l'ensemble des principes généraux du droit. Les systèmes juridiques nationaux permettant de déterminer des principes généraux du droit peuvent également évoluer rapidement, que ce soit par voie de réforme législative ou d'évolution jurisprudentielle, lorsque les États deviennent membres d'organisations internationales habilitées, par délégation, à adopter des actes législatifs dans divers domaines, ou lorsqu'ils quittent de telles organisations, ou encore lorsqu'ils accèdent à l'indépendance après avoir été sous domination étrangère.

Le Président n'est pas convaincu de la pertinence de l'arrêt rendu en 1970 par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt qui est cité au paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 5 et repris à un autre endroit. Si le paragraphe pertinent de cet arrêt n'est pas un modèle de clarté, il serait plus juste de considérer que la Cour a abordé le droit interne par voie de renvoi à partir du droit international, plutôt qu'en tant qu'élément constitutif de principes généraux du droit.

Concernant le projet de conclusion 6, le Président apprécie la nuance et la subtilité avec lesquelles les éléments de la transposition des principes généraux du droit sont définis aux paragraphes 115 à 119 du rapport. D'autres autorités arbitrales pertinentes sont citées dans le rapport de l'Association de droit international, et la sentence rendue en l'affaire *Chagos* comporte une analyse de la manière dont les règles analogues relatives à l'*estoppel* diffèrent entre le droit interne et le droit international.

Concernant le projet de conclusion 7, le Président est ouvert à la proposition du Rapporteur spécial d'établir une catégorie étroitement circonscrite de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, distincte du droit international coutumier et déterminée selon une méthode rigoureuse.

Comme proposé par la Pologne, la Commission pourrait aligner la méthode de détermination des principes de la deuxième catégorie sur celle retenue pour les principes de la première catégorie, telle qu'exposée dans les projets de conclusion 4 à 6. Les questions relatives à l'approche, à la méthode et aux preuves, actuellement traitées aux paragraphes 3 et 4 du commentaire du projet de conclusion 7, pourraient être examinées dans un nouveau projet de conclusion 7 *bis*. M. Forteau a fait une proposition du même ordre.

Le projet de conclusion 7 pourrait reposer sur la logique suivante : le paragraphe 1 traite des principes intrinsèques au système juridique international, tandis que le paragraphe 2 porte sur les principes qui sont implicites dans des domaines spécialisés du droit international. Le cas échéant, les premiers auraient trait au consentement à la juridiction, aux considérations élémentaires d'humanité, à l'égalité souveraine des États et à la spécialité. Les seconds incluraient : dans le domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, la dignité humaine ; en droit pénal international, les principes de Nuremberg ; en droit de l'environnement, l'approche de précaution, laquelle est décrite comme étant « implicite dans la notion même de pollution du milieu marin » au paragraphe 213 de l'avis consultatif rendu en 2024 par le Tribunal international du droit de la mer en réponse à la demande formulée par la Commission des petits États insulaires sur les changements climatiques et le droit international. La distinction proposée par le Président est analogue à celle qui existe entre communautarisme général et communautarisme spécialisé, dans le contexte des obligations *erga omnes* et *erga omnes partes*, et elle est également évoquée dans l'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique*.

Le Président est ouvert à la proposition de M. Oyarzábal de supprimer le paragraphe 2 si l'on ajoute le nouveau projet de conclusion 12.

Concernant le projet de conclusion 11, pour des raisons pratiques plus que dogmatiques, le Président partage en partie les préoccupations soulevées par la Fédération de Russie concernant le paragraphe 2, qui prévoit qu'un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire en droit international coutumier. Si un principe général du droit n'a pas été suffisamment invoqué dans la pratique des États, il n'existe pas en droit international coutumier. Or, lorsque la pratique est suffisamment abondante et qu'une *opinio juris* est mise en évidence, il n'est pas certain qu'une autre source

du droit international général puisse « exister » véritablement en présence du droit international coutumier. Le principe de non-ingérence pourrait constituer un exemple de principe général du droit entièrement supplanté par le droit international coutumier.

Une solution possible consisterait à donner des exemples de cas de coexistence, peut-être dans le domaine du droit des droits de l'homme, où les évolutions progressives du droit interne peuvent faire naître des principes généraux du droit au-delà du droit coutumier plus conservateur, façonné par l'interaction directe entre les États, de la même manière que certaines juridictions régionales des droits de l'homme tiennent compte de la pratique interne dans le processus d'interprétation des traités. Une autre option consisterait à expliquer, dans le commentaire du paragraphe 3 du projet de conclusion 11, que, dans la pratique, les « méthodes [...] généralement admises » conduisent habituellement à l'application du droit international coutumier.

Enfin, les commentaires des projets de conclusions 10 et 11 pourraient donner des orientations complémentaires sur l'application pratique de leurs éléments pour ce qui est des différents types de principes généraux du droit, afin de donner suite aux propositions formulées par divers États.

Pour conclure, le Président est favorable à ce que l'on renvoie l'ensemble des projets de conclusion au Comité de rédaction pour que celui-ci les examine à la lumière du débat.

La séance est levée à 12 h 55.