Chapitre VIII
Principes généraux du droit

A. Introduction

166. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail et a désigné M. Marcelo Vázquez-Bermúdez Rapporteur spécial. Au paragraphe 7 de sa résolution 73/265 du 22 décembre 2018, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

167. À sa soixante et onzième session (2019), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/732), dans lequel celui-ci exposait l'approche retenue pour la délimitation du sujet et sa conception du résultat des travaux, ainsi que les principales questions que la Commission devrait examiner dans ce cadre. À l'issue du débat en plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 3, tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur le projet de conclusion 1 provisoirement adopté par le Comité en anglais seulement, qui lui avait été présenté à titre informatif[417].

168. À sa soixante et onzième session également, la Commission a prié le Secrétariat de faire une étude sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour ses travaux futurs sur la question.

B. Examen du sujet à la présente session

169. À la présente session, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/741 et Corr. 1). Dans ce rapport, le Rapporteur spécial examinait la détermination des principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et proposait six projets de conclusion. Il formulait également des suggestions concernant le programme de travail futur sur le sujet. La Commission était également saisie d'une étude qu'elle avait prié le Secrétariat de faire sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour ses travaux futurs sur le sujet (A/CN.4/742).

170. La Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial à ses 3536e, 3538e et 3539e séances, et de sa 3541e à sa 3546e séances, du 12 au 21 juillet 2021.

171. À sa 3546e séance, le 21 juillet 2021, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9, tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, en tenant compte des vues exprimées pendant le débat en plénière[418].

---

[417] Le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

[418] Les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sont reproduits ci-après :

Projet de conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire de rechercher :

a) s'il existe un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ;

b) si ce principe est transposé dans le système juridique international.

172. À sa 3557e séance, le 3 août 2021, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.955 et Add.1) sur les projets de conclusions 1 (en français et en espagnol), 2, 4 et 5, provisoirement adoptés par le Comité à la présente session[419]. À la même séance, elle a provisoirement adopté les projets de conclusions 1, 2 et 4 (voir *infra* la section C.1) et pris note du projet de conclusion 5. À ses 3561e et 3563e séances, les 5 et 6 août 2021, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusions 1, 2 et 4 provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation du deuxième rapport par le Rapporteur spécial

173. Le Rapporteur spécial a rappelé la complexité du sujet, faisant observer que les principes généraux du droit étaient l'une des trois principales sources du droit international et qu'il fallait, de ce fait, les analyser de manière rigoureuse et exhaustive. Il a indiqué que son deuxième rapport était consacré à la méthode de détermination des principes généraux du droit. Il a rappelé les débats fructueux qui s'étaient tenus au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, et en a retenu six points principaux.

Projet de conclusion 5
Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde
1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.
2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde.
3. L'analyse comparative comprend un examen des législations et jurisprudences nationales.
Projet de conclusion 6
Constat de la transposition dans le système juridique international
Un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international :
a) s'il est compatible avec les principes fondamentaux du droit international ;
b) si sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international.
Projet de conclusion 7
Détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international
Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir :
a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
b) que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ; ou
c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international.
Projet de conclusion 8
Décisions de juridictions
1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.
Projet de conclusion 9
Doctrine
La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit.

[419] La déclaration correspondante du Président du Comité de rédaction peut être consultée dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

174. Premièrement, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il existait un consensus général quant aux limites du sujet et la forme que devait prendre le résultat final des travaux de la Commission. Les membres de la Commission et les États au sein de la Sixième Commission avaient largement convenu que les travaux sur le sujet devaient porter sur la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international, sur leur portée, leurs fonctions et leurs rapports avec les autres sources du droit international, ainsi que sur la méthode permettant d'en déterminer l'existence. Il était également convenu que le texte issu des travaux de la Commission prendrait la forme de projets de conclusion assortis de commentaires.

175. Deuxièmement, le Rapporteur spécial a rappelé que, de l'avis général, le point de départ des travaux de la Commission devait être l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence.

176. Troisièmement, il a rappelé qu'il existait un large consensus sur le fait que la reconnaissance était la condition essentielle de l'existence et de la détermination des principes généraux du droit.

177. Quatrièmement, il était généralement admis tant au sein de la Commission que de la Sixième Commission que l'expression « nations civilisées », employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour était anachronique et devait être évitée.

178. Cinquièmement, le Rapporteur spécial a rappelé que l'idée selon laquelle il existait une catégorie de principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux avait recueilli un soutien quasi unanime, tout comme l'essentiel de la méthode pour déterminer ces principes.

179. Enfin, s'agissant de la seconde catégorie de principes généraux du droit proposée dans le premier rapport, ceux formés dans le cadre du système juridique international, le Rapporteur spécial a constaté que certains membres de la Commission et certains États à la Sixième Commission étaient favorables à ce qu'on la retienne, mais que d'autres membres et certaines délégations avaient exprimé des doutes la concernant.

180. Le Rapporteur spécial a indiqué que son deuxième rapport se divisait en cinq parties : la première contenait quelques considérations générales relatives à la détermination des principes généraux du droit ; les deuxième et troisième traitaient de la méthode à suivre pour déterminer, respectivement, les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international ; la quatrième portait sur les moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit ; la cinquième présentait brièvement la suite des travaux de la Commission sur le sujet. Le rapport contenait des propositions pour six projets de conclusion.

181. Lorsqu'il a introduit la première partie, le Rapporteur spécial a insisté sur les trois observations suivantes : a) dans ses travaux, la Commission devrait se limiter à préciser la méthode par laquelle l'existence et le contenu des principes généraux du droit pouvaient être établis à tel ou tel moment ; b) tant les membres de la Commission que les États au sein de la Sixième Commission s'accordaient en général sur le fait que la reconnaissance était une condition indispensable à l'existence d'un principe général du droit ; c) l'expression « l'ensemble des nations », employée au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[420], en référence aux principes généraux du droit, devrait remplacer la formule « nations civilisées ».

182. La deuxième partie du rapport portait sur la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Au chapitre I était succinctement exposée l'approche de base retenue à cette fin, à savoir que pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il fallait procéder à une analyse en deux étapes. Les chapitres II et III étaient consacrés à une analyse détaillée de chacune de ces étapes. Le chapitre IV portait sur ce qui distinguait la méthode de détermination des principes

[420] New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 186.

généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux de la méthode de détermination du droit international coutumier.

183. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il ressortait de la pratique comme de la doctrine qu'une analyse en deux étapes était nécessaire pour déterminer les principes généraux du droit et qu'elle consistait : a) premièrement, à déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; b) deuxièmement, à établir que ce principe était transposé dans le système juridique international.

184. Mettant en avant les conclusions concrètes du rapport concernant la première étape, le Rapporteur spécial a souligné les points suivants : a) il fallait procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux pour montrer qu'un principe leur était commun ; b) pour s'assurer qu'un principe était effectivement reconnu par l'ensemble des nations, il convenait d'examiner le plus grand nombre possible de systèmes juridiques nationaux ; c) il n'était pas nécessaire d'examiner les systèmes juridiques de tous les États de la planète ; d) il était proposé que l'expression « principaux systèmes juridiques du monde », déjà employée dans le Statut de la Cour internationale de Justice et dans le Statut de la Commission, soit retenue pour décrire le champ de l'analyse, qui englobait les différentes familles juridiques et régions du monde ; e) le test du caractère commun ne posait pas de difficulté particulière en ce qu'il consistait à comparer les règles existant dans les systèmes juridiques nationaux pour déterminer le principe juridique qui leur était commun ; f) les éléments à prendre en considération aux fins de l'analyse étaient les sources juridiques internes des États, comme la législation et les décisions des juridictions nationales, en tenant compte des caractéristiques de chaque système juridique national ; g) il était possible de soutenir que si une organisation internationale avait reçu le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour ses États membres et directement applicables dans les systèmes juridiques de ceux-ci, ces règles pouvaient être prises en considération dans l'analyse comparative.

185. Concernant la deuxième étape de l'analyse, le Rapporteur spécial a fait remarquer que la transposition d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde dans l'ordre juridique international n'était pas automatique. Elle était subordonnée à la présence des deux éléments ci-après : a) le principe devait être compatible avec les principes fondamentaux du droit international ; b) les conditions de sa bonne application dans l'ordre juridique international devaient être réunies. Le Rapporteur spécial a également fait observer que la compatibilité du principe en question avec les règles du droit international conventionnel ou coutumier n'était pas une condition de sa transposition, étant donné l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il a aussi indiqué à cet égard qu'en cas de conflit entre normes relevant des trois sources il conviendrait de recourir à des principes comme celui de la *lex specialis.*

186. La troisième partie du rapport était consacrée à la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Au chapitre I, le Rapporteur spécial rappelait les principaux points qui avaient été soulevés au cours des débats tenus par la Commission du droit international en 2019, à sa soixante et onzième session, et par la Sixième Commission à la soixante-quatorzième session de l'Assemblée générale, et exposait l'approche générale qu'il avait suivie. Le chapitre II portait sur la méthode retenue pour établir l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Le chapitre III traitait du point de savoir en quoi cette méthode différait de la méthode de détermination du droit international coutumier.

187. Le Rapporteur spécial a rappelé que, si des membres de la Commission et des États au sein de la Sixième Commission avaient accepté l'existence de la seconde catégorie de principes généraux du droit, et l'analyse qu'il en avait faite dans le premier rapport, des avis divergents s'étaient aussi exprimés au sein des deux instances. Il a indiqué que les principaux doutes émis tenaient au fait que la pratique était insuffisante ou non concluante dans ce domaine, à la difficulté de distinguer entre ces principes et le droit international coutumier, et au risque éventuel que les critères de détermination des principes généraux relevant de cette catégorie ne soient pas suffisamment stricts, de sorte que lesdits principes pourraient être trop facilement invoqués.

188. La quatrième partie du rapport était consacrée aux moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'approche retenue dans cette partie était fondée sur les conclusions auxquelles la Commission était parvenue dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier[421]. Il a fait observer qu'en principe l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice s'appliquait de la même manière au droit international coutumier et aux principes généraux du droit. À son avis, les termes « règles de droit » figurant dans cette disposition renvoyaient manifestement aux trois sources du droit international énumérées à l'alinéa précédent.

189. Dans la cinquième partie du rapport, le Rapporteur spécial présentait brièvement son programme de travail futur. Il se proposait de traiter dans son rapport suivant des fonctions des principes généraux du droit et de leurs rapports avec d'autres sources du droit international, ajoutant que ce rapport lui fournirait aussi l'occasion d'examiner les questions susceptibles d'être soulevées au sujet de son deuxième rapport au cours des débats à la soixante-douzième session de la Commission.

190. Pour conclure, le Rapporteur spécial a réitéré sa proposition tendant à ce que la Commission fournisse à la fin de ses travaux une « bibliographie largement représentative » reprenant les principaux écrits relatifs aux principes généraux du droit et rappelé qu'à la soixante et onzième session de la Commission cette proposition avait reçu l'appui de plusieurs membres.

2. Résumé des débats

a) Observations d'ordre général

191. Dans l'ensemble, les membres de la Commission ont accueilli favorablement le deuxième rapport du Rapporteur spécial et pris note avec intérêt de l'étude du Secrétariat. Certains membres ont relevé l'importance du sujet et souligné qu'il fallait faire preuve de prudence s'agissant de l'examen de questions relatives aux sources du droit international.

192. Concernant les aspects méthodologiques du rapport, plusieurs membres ont félicité le Rapporteur spécial pour son étude de la pratique des États ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes. D'aucuns ont appelé à la prudence concernant l'utilisation d'opinions que des États auraient exprimées sur le sujet pendant un litige, et fait remarquer qu'en tout état de cause il convenait de peser soigneusement les différents points de vue des parties à un litige.

193. Certains membres ont réaffirmé qu'ils partageaient l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le sujet portait sur les points suivants : la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international ; la portée des principes généraux du droit, c'est-à-dire l'origine de ces principes et les catégories dans lesquelles ils s'inscrivaient ; les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international ; et la détermination des principes généraux du droit. La proposition de présenter le résultat des travaux sous la forme d'un projet de conclusions assorti de commentaires a de nouveau recueilli l'approbation.

194. Plusieurs membres ont rappelé que les travaux de la Commission devaient prendre comme point de départ l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. D'aucuns étaient d'avis que l'intitulé du sujet devrait faire clairement et expressément référence à cette disposition. Plusieurs membres ont fait observer que les principes généraux du droit constituaient une source autonome du droit international et que, si aucune hiérarchie n'existait entre les sources énumérées dans le Statut, les principes généraux du droit jouaient un rôle auxiliaire ou complémentaire. Certains membres ont relevé que la fonction des principes généraux du droit, tels que les rédacteurs du Statut de la Cour

[421] Résolution 73/203 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 2018, annexe. Le texte du projet de conclusions adopté par la Commission et les commentaires y relatifs figurent dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n°10* (A/73/10), par. 65 et 66.

permanente de Justice internationale[422] les avaient conçus, était de combler les lacunes du droit international pour éviter les situations de *non liquet*. Plusieurs membres ont approuvé l'approche générale du Rapporteur spécial consistant à considérer que les critères permettant de déterminer l'existence des principes généraux du droit devaient être à la fois suffisamment stricts pour ne pas servir de raccourci facile pour déterminer les normes du droit international et suffisamment souples pour que l'entreprise de détermination n'apparaisse pas comme une tâche impossible.

195. Les membres qui ont pris la parole en plénière étaient unanimement favorables à l'abandon de l'expression « nations civilisées », employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Si un certain nombre de membres ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'employer les termes « l'ensemble des nations », inspirés du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'autres ont exprimé des doutes quant à ce choix. Certains membres ont jugé nécessaire de réfléchir au sens du mot « nations » dans le contexte du sujet à l'examen. Plusieurs membres ont argué qu'il était approprié, car il renvoyait à des traditions et des systèmes juridiques plus diverses que le mot « États ». Certains se sont dits préoccupés par le fait que le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contenait pas les mêmes termes dans les différentes versions linguistiques faisant foi. D'autres expressions ont été proposées, notamment « communauté internationale », « communauté internationale des États », « États » ou « communauté des nations dans son ensemble ».

196. S'agissant de la terminologie à employer en espagnol (« principios generales "de/del" derecho ») et en français (« principes généraux "de/du" droit »), il a été dit qu'il importait de ne pas s'écarter du libellé de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. D'aucuns ont souligné qu'il fallait que les termes retenus correspondent à ceux actuellement employés dans chacune des langues officielles. Cela étant, il a aussi été dit que la terminologie appropriée dépendrait en fin de compte de la portée donnée au sujet par la Commission. Pour certains, la terminologie utilisée-ci, quelle qu'elle soit, ne devait pas modifier le sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38.

197. Plusieurs membres ont convenu que la reconnaissance était une condition indispensable à la détermination de principes généraux du droit. De manière générale, les membres se sont également accordés sur le fait que le sujet couvrait les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Toutefois, si un certain nombre de membres ont expressément admis l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, d'autres ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de les inclure dans le champ du sujet ou quant à leur existence en tant que source du droit international. Des membres ont souligné que le terme « principe » et son rapport avec le terme « règle » pourraient nécessiter des éclaircissements.

198. Plusieurs membres ont mis en garde contre l'emploi imprécis de certains termes. Il a été relevé que plusieurs termes distincts comme « droit international général », « principes généraux du droit international » et « principes fondamentaux du droit international » étaient souvent employés de façon indifférenciée dans la pratique et la doctrine. Certains membres ont dit qu'il fallait faire une différence entre « principes », « droit international général » et « principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 ». D'aucuns ont en outre fait observer qu'il convenait de faire la différence entre la notion de principes comme source du droit et celle de principes comme sous-catégorie des règles coutumières ou conventionnelles du droit international.

b) Projets de conclusions 4 à 6

199. S'agissant des projets de conclusion 4 (détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux), 5 (détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde) et 6 (constat de la transposition dans le système juridique international), les membres ont approuvé, dans l'ensemble, l'analyse en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial. Certains doutaient néanmoins que cette

[422] Genève, 16 décembre 1920, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 6, nº 170, p. 379.

analyse en deux étapes puisse être réalisée en une seule et même opération double, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial.

200. Pour ce qui était de la première étape, à savoir la détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, d'aucuns ont fait observer qu'il n'était pas nécessaire de faire référence, dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, aux méthodes et techniques de droit comparé à employer aux fins de l'analyse des systèmes juridiques nationaux ; on devait par contre mettre en avant les notions fondamentales que ces systèmes pourraient avoir en commun. Certains ont d'ailleurs estimé qu'il s'agissait plutôt d'un « examen comparatif ».

201. S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, plusieurs membres ont dit partager l'avis du Rapporteur spécial, qui estimait que l'analyse comparative devait être large et représentative et, partant, qu'il fallait examiner autant de systèmes juridiques internes que possible. Il fallait donc s'assurer que les différents systèmes juridiques du monde étaient pris en considération, y compris, selon qu'il convenait, ceux des peuples indigènes, autochtones ou premiers. Certains ont jugé cette prescription trop stricte, et il a été observé que, dans la pratique, l'analyse comparative n'était pas toujours large et représentative. D'aucuns étaient d'avis que comme l'analyse devait être large et représentative, il en découlait nécessairement qu'elle ne devait pas être très approfondie. L'avis a été exprimé, par ailleurs, que les projets de conclusion ne traitaient pas la question de l'accessibilité des documents juridiques internes.

202. Il a été proposé de modifier le libellé du paragraphe 2 du projet de conclusion 5 en y introduisant une formule semblable à celle employée par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, c'est-à-dire en précisant que l'analyse comparative devait être suffisamment large et représentative. Il a également été suggéré que la Commission pourrait souhaiter introduire dans le projet de conclusion 5 l'idée qu'il fallait que le principe en question soit reconnu par un grand nombre de systèmes juridiques nationaux. Il a aussi été proposé de préciser dans le texte que l'analyse devait être souple et effectuée au cas par cas.

203. Certains membres ont exprimé des doutes quant à l'opportunité d'utiliser la notion de « familles juridiques » pour délimiter la portée de l'analyse comparative. Certains ont estimé que la représentation géographique et la langue devraient également compter parmi les critères applicables. On a fait observer qu'il se pouvait qu'un principe ne soit pas partagé par les différents systèmes juridiques nationaux appartenant à une même famille. Si plusieurs membres approuvaient l'emploi de la formule « principaux systèmes juridiques du monde » proposée par le Rapporteur spécial, d'autres ont fait observer que cette expression pouvait porter à croire que c'était la reconnaissance d'un principe par les familles juridiques elles-mêmes qui pouvait être considérée comme déterminante, et non la reconnaissance du principe par les législations nationales appartenant à ces familles. On a estimé que le qualificatif « principaux » n'était pas nécessaire.

204. S'agissant de la proposition figurant au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, à savoir que l'analyse comparative devait comprendre un examen des législations et jurisprudences nationales, certains membres l'ont jugée trop contraignante, tandis que d'autres, au contraire, étaient d'avis que le projet de conclusion ne tenait pas compte de toute la diversité des éléments utiles à la détermination des principes du droit émanant des systèmes juridiques nationaux dont le Rapporteur spécial faisait mention dans son rapport. Certains estimaient qu'il fallait également faire référence, dans le projet de conclusion, à la pratique constitutionnelle, administrative ou exécutive.

205. Plusieurs membres se sont dit favorables à ce que l'analyse tienne compte de la pratique des organisations internationales qui avaient reçu le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour leurs États Membres et directement applicables dans les systèmes juridiques de ces États ; d'autres ont toutefois émis des réserves à ce propos. D'aucuns ont estimé que, si elle était retenue, cette proposition devait être justifiée, car l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne disait rien des organisations internationales.

206. À l'instar du Rapporteur spécial, certains ont jugé nécessaire la seconde étape de l'analyse, à savoir le constat de la transposition dans le système juridique international, qui faisait l'objet du projet de conclusion 6, et ont approuvé les deux critères définis aux fins de

la transposition. Cela étant, il a aussi été dit que ces critères semblaient trop compliqués et que la Commission devrait se contenter de dire que la transposition était nécessaire. On a fait observer qu'aucune des affaires mentionnées par le Rapporteur spécial dans son rapport n'étayait l'hypothèse selon laquelle les deux critères devaient être réunis. De l'avis de certains membres, la transposition était non pas une condition à remplir aux fins de la reconnaissance d'un principe, mais plutôt la consécration de ce principe en tant que règle de droit applicable à un différend. On a fait observer, au surplus, que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne faisait pas mention de la transposition, qui n'était donc pas nécessaire à la reconnaissance, comme le suggérait le Rapporteur spécial. L'idée a été émise que l'on pourrait envisager d'employer le terme « transposabilité » à la place du mot « transposition ».

207. S'agissant du premier élément nécessaire à la transposition au regard de l'alinéa a) du projet de conclusion 6, à savoir la compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international, certains membres ont approuvé l'emploi de cette expression, tandis que plusieurs autres ont demandé que des éclaircissements soient apportés sur ce qu'elle signifiait et sur ce qu'elle recouvrait. Certains membres étaient d'avis que la compatibilité devait également être envisagée à la lumière de règles plus spécifiques et plus précises du droit international. Il a été proposé de modifier le libellé de la disposition de façon à préciser que les principes devraient être compatibles avec les « valeurs et principes fondamentaux du droit international », avec les « exigences de l'ordre juridique international » et avec les « éléments fondamentaux de l'ordre juridique international ».

208. Concernant le deuxième élément de la transposition énoncé à l'alinéa b) du projet de conclusion 6, à savoir le fait que devaient être réunies les conditions de la bonne application du principe dans le système juridique international, certains membres ont approuvé le raisonnement qui sous-tendait cette disposition, tandis que d'autres ont estimé que la difficulté d'application n'empêcherait pas la transposition.

209. On a émis l'idée que, parmi les éléments à prendre en compte dans le contexte de la transposition, il faudrait examiner plus avant la nature exacte des sujets de droit auxquels un principe donné s'appliquerait. D'aucuns ont fait observer, en outre, que l'exigence de transposition, telle qu'elle était énoncée dans le projet de conclusions, ne tenait pas compte de la volonté des États d'appliquer tel ou tel principe général du droit à leurs relations juridiques.

c) Projet de conclusion 7

210. Concernant le projet de conclusion 7, certains membres partageaient l'avis du Rapporteur spécial quant à l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, et s'accordaient à dire que ces principes avaient pour fondement juridique l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il a été dit que pour éviter un *non liquet*, l'on pourrait s'appuyer non seulement sur les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, mais aussi sur les principes généraux du droit qui trouvaient leur origine dans le système juridique international lui-même. D'aucuns voyaient également dans l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international le signe d'une maturité et d'une complexité croissantes du droit international, lequel devenait de moins en moins tributaire des sources du droit interne pour combler d'éventuelles lacunes. Certains membres ont dit que le texte de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 et de ses travaux préparatoires, ainsi que la jurisprudence, montraient que cette disposition ne limitait pas les principes généraux du droit à ceux découlant des systèmes juridiques nationaux, mais étayait l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. On a fait observer que la nécessité de définir certaines caractéristiques fondamentales du système juridique international rendait évidente l'existence de la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et que ces principes pourraient permettre de résoudre valablement certaines situations qui ne se rencontraient pas dans les systèmes juridiques nationaux, et auxquelles aucune solution ne pourrait autrement être apportée.

211. D'autres membres ont une nouvelle fois dit douter qu'il faille traiter ces principes dans le contexte du sujet ou que le Statut de la Cour internationale de Justice étaye leur existence. D'aucuns ont dit qu'il ressortait des travaux préparatoires du Statut de la Cour que seuls les principes généraux du droit apparus *in foro domestico*, c'est-à-dire dans le droit interne, étaient visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, et qu'aucune des affaires citées à l'appui de la théorie de la création de principes généraux au niveau du droit international ne faisait référence à cette disposition. De l'avis de certains, les principes généraux présentés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial comme relevant de cette catégorie étaient en réalité des règles du droit conventionnel ou coutumier, et les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 étaient exclusivement ceux découlant des systèmes juridiques nationaux. On a fait observer que, si un principe était incorporé dans une convention internationale ou dans le droit international coutumier, il deviendrait une règle de droit international dans le cadre de la source correspondante et non un principe général du droit. On a estimé que, compte tenu du rôle subsidiaire des principes généraux du droit, l'application des principes de la seconde catégorie était soumise à deux conditions préalables : a) l'apparition en droit international d'une question précise devant être tranchée ; et b) le fait qu'aucun principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux n'ait été trouvé. Des éclaircissements ont été demandés au sujet de la différence entre principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et droit international coutumier.

212. Concernant la méthode à employer pour déterminer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, diverses préoccupations ont été exprimées quant aux critères proposés par le Rapporteur spécial dans les trois alinéas du projet de conclusion 7. S'agissant du premier critère, à savoir que le principe devait être largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux, plusieurs membres ont demandé si un principe ainsi établi constituait véritablement une source d'obligations indépendante des règles censées attester sa reconnaissance. De même, on a demandé si un principe ainsi établi pouvait lier des États qui n'auraient pas encore consenti à être liés par les règles conventionnelles en question. On a également fait observer qu'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international pouvait être énoncé dans des traités et autres instruments sans pour autant y être reconnu. Certains membres ont remis en question le choix du Rapporteur spécial de considérer d'autres instruments, notamment les résolutions de l'Assemblée générale, comme d'éventuels moyens d'établir des principes de cette catégorie. D'autres ont demandé si un principe largement reconnu dans des traités et autres instruments internationaux devait présenter des caractéristiques particulières ou si n'importe quel principe pouvait ainsi devenir un principe général du droit.

213. S'agissant du deuxième critère permettant de reconnaître un principe de cette catégorie, à savoir qu'il ait été établi que le principe était au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier, il a été dit que les termes employés manquaient de précision pour contribuer à déterminer les principes visés et que l'approche déductive proposée par le Rapporteur spécial semblait trop subjective. Il a aussi été dit que ce critère amenait à confondre le processus de détermination des règles du droit international coutumier et celui de la reconnaissance des principes généraux du droit. Certains peinaient encore à comprendre en quoi la détermination des principes qui étaient reconnus par les traités ou qui étaient au fondement de ceux-ci différait de la démarche consistant à donner une signification aux règles conventionnelles en question dans le cadre de leur application ou de leur interprétation. Des préoccupations ont également été exprimées concernant la question de savoir comment la règle de l'objecteur persistant s'appliquerait dans ce contexte.

214. S'agissant du troisième critère de reconnaissance, à savoir que le principe devait être inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, on a souligné qu'il serait difficile de définir les « caractères essentiels et [les] présupposés fondamentaux du système juridique international » desquels le principe serait déduit. On a également fait observer que la formule semblait créer une confusion entre le processus de détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et celui de la reconnaissance des principes généraux du droit. D'autres membres ont approuvé ce critère, estimant qu'il existait des principes généraux du droit inhérents au système juridique international.

215. Selon un avis exprimé, la seconde catégorie de principes généraux du droit ne devait pas être trop large et elle devait se distinguer clairement des règles existantes du droit international coutumier, afin d'éviter qu'elle ne serve de raccourci pour déterminer des règles coutumières dans les cas où une pratique générale n'existe pas encore.

d) Projets de conclusions 8 et 9

216. S'agissant du projet de conclusion 8 (décisions de juridictions), plusieurs membres ont appuyé l'idée que le rôle des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, traités à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, s'appliquait aux principes généraux du droit. Toutefois, l'on s'est demandé si cela équivaudrait à assimiler les « principes » à des « règles ». Plusieurs membres se sont prononcés en faveur du maintien de la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission et, partant, de l'utilisation d'un texte similaire à celui des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, mais d'autres ont exprimé des réserves quant au libellé du projet de conclusion 8. Il a été dit que, dans le cas des principes généraux du droit, les décisions judiciaires internes n'étaient pas des moyens auxiliaires, mais des moyens directs pour la détermination des principes en question.

217. Concernant le projet de conclusion 9 (doctrine), il a été fait observer que la doctrine avait souvent été invoquée pour prouver non pas l'existence de principes généraux du droit, mais la reconnaissance généralisée d'un principe dans les systèmes juridiques nationaux.

218. Enfin, d'aucuns ont suggéré que les résolutions des Nations Unies ou des organes internationaux d'experts pourraient également être des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit.

e) Programme de travail futur

219. Dans l'ensemble, les membres ont approuvé la proposition faite par le Rapporteur spécial de traiter les fonctions des principes généraux du droit et leurs relations avec les autres sources du droit dans son troisième rapport. Toutefois, d'aucuns ont estimé qu'il serait difficile pour la Commission de traiter ces points si elle n'examinait pas les processus par lesquels les principes généraux du droit apparaissaient, évoluaient ou cessaient d'exister.

220. Plusieurs propositions ont été faites au Rapporteur spécial pour ses travaux futurs sur le sujet ; on lui a notamment suggéré d'examiner le rapport qu'entretiennent les principes généraux du droit : entre eux ; avec les principes fondamentaux du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies ; avec le droit international souple ; avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Il a aussi été dit qu'il conviendrait de se pencher également sur la question des principes généraux du droit à caractère régional, et de déterminer si la notion d'universalité des principes généraux était incompatible avec ces principes régionaux.

221. Certains membres ont suggéré qu'il pourrait être nécessaire d'introduire, dans le projet de conclusions, une section dans laquelle seraient définis les termes y employés. L'idée de consacrer un projet de conclusion aux définitions ou à la présentation des éléments essentiels des principes généraux du droit comme source du droit international a également recueilli un certain soutien.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

222. Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission et s'est réjoui de l'intérêt que le sujet avait suscité.

223. Le Rapporteur spécial a rappelé que les membres de la Commission et les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale étaient d'accord que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice était le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet, compte tenu de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine pertinente. Selon lui, cela limitait les travaux de la Commission aux principes généraux du droit comme source du droit international, tels qu'ils étaient désignés dans l'article précité.

224. S'agissant des termes employés en espagnol et en français pour rendre l'expression anglaise « general principles of law », le Rapporteur spécial a rappelé que la formule espagnole « principios generales del derecho » et la formule française « principes généraux du droit » avaient été utilisées par la Commission, pas plus tard qu'en 2018, dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Il a également rappelé que l'on retrouvait dans certains traités, tels que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre[423], le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[424] et les statuts d'autres juridictions pénales internationales, les formules « principios generales del derecho » et « principes généraux du droit » en espagnol et en français.

225. Le Rapporteur spécial a constaté qu'une majorité de membres étaient favorables au remplacement de l'expression « nations civilisées », qui figurait à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par l'expression « l'ensemble des nations », employée quant à elle dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il a cependant aussi pris note des préoccupations exprimées par certains membres quant aux différences de langage observées entre les différentes versions linguistiques du Pacte qui faisaient foi. Pour répondre aux observations des membres selon qui les systèmes juridiques des peuples autochtones, indigènes ou premiers étaient importants dans le contexte de la méthode de détermination des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a proposé de traiter ces points dans les commentaires.

226. S'agissant des observations de certains membres selon lesquelles, dès lors qu'un principe général du droit faisait partie du droit international coutumier, il ne pouvait plus être considéré comme un principe général du droit, le Rapporteur spécial a précisé que la pratique attestait qu'un principe général du droit et des normes découlant d'autres sources de droit international pouvaient coexister.

227. Le Rapporteur spécial a également indiqué qu'une définition des principes généraux du droit serait utile pour clarifier la portée des travaux de la Commission sur le sujet et proposé que la Commission se penche sur cette définition une fois qu'elle aurait examiné les fonctions des principes généraux du droit.

228. Concernant la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, objet du projet de conclusion 4, le Rapporteur spécial a constaté qu'un consensus existait en faveur de l'analyse en deux étapes : la première consistant à établir qu'un principe était commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; la seconde, à établir que ce principe était transposé dans le système juridique international.

229. Le Rapporteur spécial a fait remarquer que plusieurs membres avaient approuvé l'emploi de l'expression « principaux systèmes juridiques du monde » pour délimiter la portée de l'analyse comparative à laquelle il fallait procéder pour déterminer des principes généraux du droit, conformément au projet de conclusion 5. Il souscrivait à la suggestion faite en séance plénière d'ajouter, au paragraphe 2 du projet de conclusion 5, le terme « suffisamment », qui permettrait une certaine souplesse, en indiquant que l'analyse devait être « suffisamment large et représentative ».

230. Concernant les opinions divergentes exprimées sur le rôle des organisations internationales dans la détermination de l'existence d'un principe général du droit, le Rapporteur spécial a déclaré que la pratique dans ce domaine avait toujours privilégié l'analyse des systèmes juridiques des États. Il a ajouté que les règles édictées par une organisation internationale pourraient compléter les moyens existants mais non les remplacer.

231. S'agissant de la deuxième étape de l'analyse aux fins de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, à savoir la transposition dans le système juridique international, le Rapporteur spécial est revenu sur la proposition faite pendant le débat de remplacer « transposé » par « transposable » dans le libellé de l'article (*transposition* par *transposability*, dans le texte anglais). Il a expliqué qu'il ne s'agissait pas

[423] Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 973, p. 287, art. 67.
[424] Rome, 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3, art. 21, par. 1 c).

d'une simple question de terminologie, mais bien d'une question de fond. En effet, la transposabilité ne jouerait aucun rôle dans la détermination d'un principe mais désignerait plutôt les critères permettant de déterminer si un principe général du droit reconnu pouvait être appliqué dans un cas particulier. Le Rapporteur spécial a employé le terme « transposition » dans le rapport pour désigner une étape du processus visant à déterminer la teneur des principes généraux du droit dans le système juridique international. Dans certains cas, les principes établis dans les systèmes juridiques nationaux pouvaient s'appliquer dans le système juridique international, leur existence ayant été établie à l'issue de l'analyse comparative. Dans d'autres cas, certains éléments du principe établi au niveau national n'avaient pas été transposés dans le système juridique international.

232. Le Rapporteur spécial a rappelé les deux éléments nécessaires à la transposition des principes généraux du droit, énoncés dans le projet de conclusion 6. Selon le premier, les principes apparus *in foro domestico* devaient être compatibles avec les principes fondamentaux du droit international, qu'il entendait comme les principes consacrés par la Charte des Nations Unies, élaborés par 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[425]. Selon lui, la détermination des principes généraux du droit ne devait pas être soumise à l'autorisation d'une norme conventionnelle ou coutumière du droit international, sous peine d'établir une hiérarchie des sources. Il a ajouté que les principes relatifs au conflit de normes, tels que la *lex specialis*, s'appliqueraient. Dans le même temps, le Rapporteur spécial a pris note des différents points de vue exprimés sur la question, qui pourraient être examinés plus avant au sein du Comité de rédaction.

233. S'agissant du deuxième élément nécessaire à la transposition, à savoir l'existence de bonnes conditions pour l'application du principe apparu *in foro domestico* dans le système juridique international, le Rapporteur spécial est convenu avec les membres que l'alinéa b) du projet de conclusion 6 pourrait être simplifié de sorte à signifier clairement qu'il s'agissait de s'assurer qu'un principe pouvait être appliqué sans distorsion ni abus dans le système juridique international.

234. Face à la multitude d'opinions différentes que les membres ont exprimées à propos des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, le Rapporteur spécial a dit que l'examen détaillé de leur existence éventuelle faisait partie des travaux de la Commission sur le sujet. Selon lui, ce serait là une contribution importante au droit international. Le Rapporteur spécial a également précisé que les différents points soulevés par les membres sur les alinéas du projet de conclusion 7 pourraient être examinés au sein du Comité de rédaction.

235. Le Rapporteur spécial a dit qu'il était conscient que la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international restait controversée. Il avait pris note de la suggestion, faite par plusieurs membres, d'examiner plus avant la question afin de parvenir à un consensus au sein de la Commission et s'est dit prêt à collaborer avec les membres sur ce point.

236. Concernant les moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a fait observer que, dans l'ensemble, les membres avaient approuvé l'idée, proposée dans son deuxième rapport, que le rôle des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, traités à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, s'appliquait aux principes généraux du droit. Il a réaffirmé que la question du rôle des juridictions internationales dans la formation des principes généraux du droit, au-delà de ce que disait l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, devait être abordée avec la plus grande prudence.

237. S'agissant du programme de travail futur, le Rapporteur spécial a annoncé son intention de consacrer son troisième rapport aux fonctions des principes généraux du droit et à leur rapport avec les normes découlant d'autres sources du droit international. Il a toutefois fait remarquer que les résultats de l'analyse qui serait réalisée pour le prochain rapport pourraient influencer la méthode de détermination des principes généraux du droit. Il a ajouté

[425] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

qu'il tiendrait compte des avis que les membres avaient exprimés au sujet de son deuxième rapport et qu'il reviendrait sur les différents points soulevés pendant le débat.

C. Texte des projets de conclusion sur les principes généraux du droit provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

1. Texte des projets de conclusion

238. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Conclusion 1
Champ d'application

Les présents projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Conclusion 2
Reconnaissance

Pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par l'ensemble des nations.

Conclusion 4
Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire d'établir :

a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et

b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

239. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Conclusion 1
Champ d'application

Les présents projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 est introductif. Il dispose que les projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international. Le terme « principes généraux du droit » est employé dans l'ensemble du projet de conclusions pour désigner « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » mentionnés à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États, de la jurisprudence des cours et tribunaux et de la doctrine[426].

[426] Tenant compte de la jurisprudence et de la pratique récentes des États, les versions espagnole et française du texte du projet de conclusion 1 contiennent, respectivement, les termes « principios generales del derecho » et « principes généraux du droit ». Il est entendu que l'emploi des termes

2) Le projet de conclusion 1 réaffirme que les principes généraux du droit sont l'une des sources du droit international. La nature juridique de ces principes en tant que source du droit international est confirmée par le fait qu'ils sont cités à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'Article 38, aux côtés des traités et du droit international coutumier, parmi les sources du « droit international » que la Cour applique pour régler les différends qui lui sont soumis. En 1920, le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, prédécesseur de cette disposition, avait été longuement débattu à la Société des Nations, en particulier par le Comité consultatif de juristes, qui avait été créé par le Conseil de la Société des Nations et s'employait à codifier la pratique antérieure à l'adoption du Statut. Depuis, les principes généraux du droit ont été reconnus comme source du droit international tant dans la pratique des États, y compris les traités bilatéraux et multilatéraux, que dans la jurisprudence de différentes juridictions[427].

3) Le terme « source du droit international » désigne les processus juridiques et les techniques par lesquels un principe général du droit voit le jour. Le projet de conclusions a vocation à préciser la portée des principes généraux du droit, les procédés permettant de déterminer ces principes, et leurs fonctions et relations avec les autres sources du droit international.

Conclusion 2
Reconnaissance

Pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par l'ensemble des nations.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 réaffirme un élément fondamental de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir que, pour qu'un principe général du droit existe, il doit être « reconnu » par l'ensemble des nations.

2) Dans la pratique des États, la jurisprudence des cours et tribunaux et la doctrine, la reconnaissance apparaît souvent comme la condition essentielle de l'émergence d'un principe général du droit. Ainsi, pour déterminer si un principe général du droit existe à un moment donné, il faut examiner tous les éléments disponibles permettant d'établir que le principe est reconnu. Cette détermination se fait en fonction de critères objectifs exposés dans les projets de conclusion suivants.

3) L'expression « l'ensemble des nations » remplace la formule « les nations civilisées », qui figure à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, parce que cette formule est aujourd'hui jugée anachronique[428]. Elle est reprise du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, instrument largement accepté puisqu'il a été ratifié par 173 États[429]. Les différentes versions linguistiques du projet de conclusion 2 reprennent les termes des versions linguistiques du Pacte qui font foi, à savoir « comunidad internacional » en espagnol et « l'ensemble des nations » en français. Ces termes soulignent que toutes les nations participent de manière égale, sans distinction aucune, à la formation des principes généraux du droit, conformément au principe de l'égalité souveraine énoncé au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

« del derecho » et « du droit » ne modifient pas et n'ont pas vocation à modifier la substance de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

427 Voir, par exemple, A/CN.4/732 (premier rapport) et A/CN.4/742 (étude du Secrétariat).

428 On a aussi envisagé d'utiliser les expressions « États », « communauté d'États », « la communauté internationale », « nations », « États-nations » et « nations dans leur ensemble ».

429 Le paragraphe 2 de l'article 15 dispose : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. ». Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 187. Voir Nations Unies, *État des traités multilatéraux*, chap. IV.4.

4) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » ne vient pas modifier la portée ou le contenu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ni suggérer qu'un principe général du droit doit être reconnu uniformément et collectivement ou que les principes généraux du droit ne peuvent se former que dans le contexte du système juridique international. De surcroît, il faut se garder de confondre « l'ensemble des nations » et « la communauté internationale des États dans son ensemble », formule utilisée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[430] dans le contexte des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

5) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » n'exclut pas la possibilité que des organisations internationales contribuent, dans certaines circonstances, à la formation des principes généraux du droit.

Conclusion 4
Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire d'établir :

a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et

b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 porte sur les conditions requises pour déterminer les principes généraux du droit dégagés des systèmes juridiques nationaux. Il dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit, il est nécessaire d'établir : a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

2) Largement admise dans la pratique et la doctrine, cette méthode en deux étapes a vocation à permettre de démontrer qu'un principe général du droit a été « reconnu » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle est objective et doit être appliquée par tous ceux qui sont appelés à déterminer si tel ou tel principe constitue un principe général du droit à un moment donné et quel en est le contenu.

3) L'alinéa a) concerne la première condition, à savoir qu'il faut établir l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Il est nécessaire de procéder à cette opération, essentiellement inductive, si l'on veut démontrer qu'un principe juridique est généralement reconnu par l'ensemble des nations. La formule « différents systèmes juridiques du monde » vient souligner que le principe en question doit exister d'une manière générale dans les systèmes juridiques du monde. Elle est vaste et générale et recouvre les divers systèmes juridiques internes dans toute leur variété. Cette condition est décrite plus avant dans le projet de conclusion 5.

4) L'alinéa b) du projet de conclusion 4 concerne la deuxième condition, à savoir qu'il faut établir que le principe commun aux différents systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international. Cette condition, décrite plus en avant dans le projet de conclusion […], doit nécessairement être remplie si l'on veut démontrer que le principe est non seulement reconnu par l'ensemble des nations dans les différents systèmes juridiques internes, mais aussi reconnu comme applicable dans le système juridique international.

[430] Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 354.

5) Employé à l'alinéa b), le terme « transposition » s'entend du processus visant à déterminer si, dans quelle mesure et comment un principe commun aux différents systèmes juridiques nationaux peut s'appliquer dans le système juridique international. Il ne signifie pas qu'un acte de transposition officiel ou exprès est nécessaire.

6) « Transposition » a été préféré à « transposabilité », autre terme parfois employé dans ce contexte. La transposition englobe nécessairement la transposabilité, qui désigne l'applicabilité, dans le système juridique international, d'un principe déterminé au moyen de la procédure décrite à l'alinéa a), mais ne permet pas d'établir entièrement que le principe a été transposé.

7) Compte tenu des différences entre le système juridique international et les systèmes juridiques internes, il est possible qu'un principe ou certains éléments d'un principe déterminé au moyen du processus décrit à l'alinéa a) ne se prêtent pas à une application dans le système juridique international. La « transposition » laisse donc ouverte la possibilité que le contenu du principe général du droit déterminé au moyen de l'analyse en deux étapes et celui du principe apparu dans les divers systèmes juridiques internes ne soient pas identiques.