Provisoire

Réservé aux participants

24 janvier 2023
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-treizième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3589e séance
Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 6 juillet 2022, à 10 heures

Sommaire

Principes généraux du droit (*suite*)

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

Merci de recycler

Présents :

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

Secrétariat :

M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

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

M. Valencia-Ospina dit que, dans son troisième rapport sur les principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a tenu sa promesse d'examiner les autres aspects du sujet qu'il avait abordés dans ses deux premiers rapports.

Le projet de conclusion 6 énonce une vérité évidente, à savoir que, pour devenir un principe général du droit, un principe issu des systèmes juridiques nationaux doit être transposable dans le système juridique international, c'est-à-dire pouvoir fonctionner dans ce système. L'emploi des termes « transposition » et « transposabilité » a créé une certaine confusion au sein de la Commission, mais il ressort dûment du projet de conclusion 6 que ce qui entre en ligne de compte est la transposabilité et non un moyen indéterminé de « transposition ». Un autre point qui pose problème dans le rapport est la surcharge sémantique du mot « reconnu », initialement employé dans le statut de la Cour internationale de Justice, qui mentionne les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Les États reconnaissent un principe s'il existe dans les systèmes juridiques nationaux ou dans le système juridique international qu'ils ont créé. Toute condition supplémentaire relative aux principes généraux du droit associée au mot « reconnus » doit être solidement justifiée. La condition de la transposabilité ne peut pas résulter de l'obligation pour les États de « reconnaître » un principe donné, car la transposabilité est passive, tandis que la reconnaissance est active. En outre, on ne sait toujours pas au juste ce que sont les « principes fondamentaux du droit international » dont il est question au projet de conclusion 6.

M. Valencia Ospina continue de partager l'avis du Rapporteur spécial concernant l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux du droit, à savoir les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international, mais prend néanmoins note des observations que certains collègues, en particulier M. Forteau et Sir Michael Wood, ont formulées sur ce point au cours du débat. Tout système juridique comporte en soi certains principes ; si ces principes sont correctement déterminés, ils peuvent être décrits comme étant des principes du système. Cela étant, M. Valencia Ospina reste d'avis que le projet de conclusion 7 est ambigu, voire trompeur, et est d'accord avec le Rapporteur spécial qu'il mérite d'être examiné dans le détail par le Comité de rédaction.

En outre, la méthode à la fois inductive et déductive mentionnée au paragraphe 31 est loin d'être limpide. L'induction est un processus qui consiste à se servir d'exemples pour en dégager un principe ; elle n'exclut en rien l'analyse. Au contraire, tout exercice d'induction suppose un minimum d'analyse. Si la première catégorie de principes généraux de droit, à savoir les principes qui découlent des systèmes juridiques nationaux, peut à juste titre être qualifiée d'inductive puisqu'elle est déterminée à partir de la pratique de plusieurs États, il n'est pas du tout évident que ce soit aussi le cas de la deuxième catégorie. Celle-ci serait d'ailleurs plutôt déductive étant donné qu'on l'établit en examinant le système juridique international pour en déduire les principes essentiels.

Un des principaux problèmes du rapport est le manque de cohérence logique entre les projets de conclusion 10 et 13, dont le premier dit qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les sources de droit international et le second, que la fonction essentielle des principes généraux du droit est de suppléer les lacunes des traités et du droit international coutumier. Dire que la fonction essentielle des principes généraux du droit est de suppléer les lacunes reviendrait à limiter l'utilité de ces principes aux situations dans lesquelles il n'existe pas de règle conventionnelle ou coutumière. Il s'ensuivrait que l'égalité entre les sources de droit est purement théorique. Les documents cités dans le troisième rapport viennent d'ailleurs démontrer l'inégalité entre ces sources.

Dans affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, examinée au paragraphe 42, la Cour internationale de Justice a conclu que le Portugal avait un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner l'argument de cet État selon lequel un principe général aurait conduit au même résultat. Elle a ensuite conclu qu'il ressortait de la coutume

qu'il n'existait pas de droit de passage pour les forces armées, et ce, indépendamment de ce que les principes généraux du droit pourraient indiquer.

Dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, mentionnée au paragraphe 46, le tribunal arbitral a explicitement dit que la coutume, si elle était établie, l'emportait sur le principe général du droit considéré, concluant que « le principe général de la responsabilité des États implique une responsabilité spéciale en matière de retard dans le payement d'une dette d'argent, à moins d'établir l'existence d'une coutume internationale contraire ». Il apparaît à la lecture de la partie précédente de la sentence que la « coutume internationale » à laquelle le tribunal arbitral faisait référence est la coutume internationale générale et non la coutume propre aux deux États parties à l'arbitrage.

Les citations de décisions dans lesquelles la Cour pénale internationale renvoie au Statut de Rome, notamment celles figurant aux paragraphes 54 à 57 du troisième rapport, sont d'autres exemples qui vont dans le même sens. Quoi que l'on puisse s'interroger sur l'opportunité d'y faire référence étant donné que le statut considéré par la Commission est celui de la Cour internationale de Justice, elles viennent renforcer encore la théorie de l'existence d'une hiérarchie. Dans son jugement, la chambre de première instance de la Cour pénale internationale saisie de l'affaire *Katanga* a ainsi souligné que « dans toute décision qu'elle est appelée à rendre, elle se [devait] de faire application, "en premier lieu", des dispositions pertinentes du Statut » et qu'elle n'appliquerait dès lors les sources de droit subsidiaires prévues aux alinéas b et c du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut que lorsqu'elle constaterait qu'il existe un vide juridique. Dans l'arrêt *Lubanga*, la Chambre d'appel de la Cour a rejeté l'argument selon lequel la norme 55 ne devrait pas être appliquée au motif qu'elle serait incompatible avec les principes généraux du droit international, estimant que, étant donné que cette norme existait, il n'était pas nécessaire de se référer aux principes généraux.

Les exemples susmentionnés montrent que, de par leur fonction supplétive, les principes généraux du droit sont hiérarchiquement inférieurs aux traités et au droit international coutumier. Dans le troisième rapport, le Rapporteur spécial tente d'expliquer cette hiérarchie en recourant au principe de la *lex specialis*. Son observation est sans aucun doute pertinente : le principe de la *lex specialis* peut trouver à s'appliquer dans bon nombre de cas dans lesquels il existe un conflit entre un principe général et une disposition conventionnelle ou coutumière. Toutefois, il va trop loin lorsqu'il se lance dans une analyse abstraite destinée à démontrer que les dispositions conventionnelles et coutumières sont presque toujours de portée plus étroite qu'un principe général, analyse dans laquelle il omet de mentionner que ces dispositions peuvent aussi être de portée très générale et que les principes généraux s'appliquent souvent dans des contextes assez étroits. La question soulevée au paragraphe 97, à savoir s'il faudrait considérer les principes généraux du droit comme ayant valeur de droit général ou de droit spécial ou les deux, ne tient pas compte du fait que l'appréciation de la généralité des lois est relative, pas absolue.

Le Rapporteur spécial change d'approche aux paragraphes 102 et 103, où il reconnaît à juste titre que la question n'a pas lieu d'être posée, mais fait machine arrière aux paragraphes 104 et 105 en concluant que les principes généraux sont de portée plus large que les deux autres sources du droit international. Sans remettre en question la pertinence du principe de la *lex specialis* aux fins du sujet, M. Valencia Ospina estime que le projet de conclusion 12 est excessivement large et qu'il serait préférable de mentionner ce principe dans le commentaire plutôt que d'y consacrer une conclusion.

Si l'utilisation des principes généraux du droit pour suppléer les lacunes relève de l'exercice de style, il y a une différence entre se livrer à cet exercice et se servir des principes généraux uniquement pour combler des lacunes, cette dernière approche mettant en question l'absence présumée de hiérarchie entre les sources du droit international. Comme le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international l'a indiqué dans son rapport de synthèse, un certain nombre d'auteurs ont à juste titre fait valoir que les traités l'emportaient sur la coutume et que l'on pouvait considérer que le droit coutumier primait les principes généraux. Selon le Groupe d'étude, « [n]'importe quel tribunal ou juriste qui s'efforce de régler un problème normatif se tournera d'abord vers les traités, puis vers la coutume et ensuite vers les principes généraux de droit ». Par conséquent, faire de l'existence d'une lacune le préalable à l'application d'un principe général établit une hiérarchie de facto entre les sources

de droit. On pourrait régler le problème en disant que le comblement de lacunes n'est qu'une fonction habituelle ou majeure des principes généraux du droit, mais la Commission pourrait ne pas juger bon d'être explicite sur ce point.

M. Valencia-Ospina souhaite s'arrêter sur la relation entre les chapitres I et III de la troisième partie du rapport. Le chapitre III décrit comment les principes généraux du droit remplissent la fonction supplétive de lacunes envisagée au chapitre I. Le chapitre I traite de ces principes en tant que fondement autonome de règles et de leur utilisation pour interpréter d'autres règles du droit international, tandis que le chapitre III donne des exemples de situations dans lequel le droit international s'avère lacunaire. Aux paragraphes 109 et 121, le Rapporteur spécial mentionne succinctement la relation entre ces deux chapitres, relation qui a pour conséquence que les exemples de l'application des principes généraux du droit qui sont donnés dans le rapport concernent presque exclusivement le comblement des lacunes. Néanmoins, il est à juste titre rappelé, au paragraphe 72, que les principes généraux du droit ne doivent pas être envisagés selon une perspective strictement contentieuse. Après tout, l'objectif premier du droit est de régir les comportements, pas de trancher les litiges. Toutefois, si on se concentre sur le comblement des lacunes, on risque de mettre l'accent sur cette deuxième fonction. Les principes généraux du droit ne viendraient pas à l'esprit à moins qu'il existe une sorte de contentieux mettant en évidence une lacune.

M. Valencia-Ospina est d'accord avec le Rapporteur spécial que des principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles conventionnelles et coutumières. En fin de compte, c'est justement parce qu'elle est consciente de l'existence de conflits que la Commission a mené son étude sur la fragmentation. Il est intéressant de noter que le risque de conflit entre principes généraux et règles conventionnelles ou coutumières est relativement faible étant donné que, dans bien des cas, l'existence d'un conflit viendrait empêcher la détermination d'un principe général.

S'il souscrit à l'essentiel de ce qui est dit dans la troisième partie du rapport au sujet des fonctions spécifiques des principes généraux du droit, M. Valencia-Ospina est néanmoins préoccupé par la proposition que ces principes viendraient « éclairer le droit international coutumier en tels ou tels de ses aspects ». Il n'est pas évident de savoir ce qu'est une règle coutumière ambiguë, ni comment la règle en question a été déduite. Si une règle coutumière est très large, soit elle a si peu de contenu qu'elle est inutile, soit ce n'est pas vraiment une règle coutumière. Dans l'affaire *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libye*, l'arbitre s'est appuyé sur une règle interne, des résolutions de l'Organisation des Nations Unies, une décision de la Cour permanente de Justice internationale et une source secondaire pour conclure que les États avaient une obligation d'indemnisation en cas de nationalisation. Si on ne sait pas exactement à quelle source de droit il a fait appel, il n'a pas prétendu éclairer la règle coutumière lorsqu'il s'est intéressé à la question du *lucrum cessans*. Bien au contraire, la sentence dit que la coutume pertinente n'est pas uniforme et qu'il n'existe pas de règle coutumière concernant le *lucrum cessans*. Sur ce point, le Rapporteur spécial s'engage dans des eaux troubles qu'il aurait mieux fait d'éviter.

Le troisième rapport fait à maintes reprises référence à des déclarations faites par des représentants d'États dans le cadre de procédures contentieuses. Par définition, les déclarations de ce type ne sont ni des avis de cours ou tribunaux ni des opinions de publicistes, ni a fortiori des traités ou des principes généraux, et elles ne constituent généralement pas en soi des règles coutumières. En ce qui concerne les analyses juridiques, elles doivent, pour être utiles, être inscrites dans un cadre de manière à servir d'*opinio juris* aux fins de la détermination du droit international coutumier.

M. Valencia-Ospina dit qu'il est favorable à ce que tous les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport soient renvoyés au Comité de rédaction.

M. Nguyen dit que le rapport fait référence à diverses affaires qui contribuent à dissiper les doutes quant à l'importance du rôle pratique joué par les principes généraux du droit et éclaircit deux points apparemment « vagues » concernant le rôle de ces principes tel qu'il est décrit au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Premièrement, le fait que les principes généraux du droit ont un caractère supplétif en ce sens qu'ils ont vocation à combler les lacunes du droit international et à prévenir les situations de *non liquet* ne les empêche pas de servir de source autonome de droit

international. Deuxièmement, comme le rapport le confirme, on tend nouvellement à accepter l'idée que des principes généraux du droit se forment dans le cadre du système juridique international.

La reconnaissance de principes généraux du droit, que les principes en question soient issus des systèmes nationaux ou formés dans le cadre du système juridique international, est déterminée par les besoins de la communauté internationale. Comme l'a dit le Tribunal militaire international de Nuremberg, « indépendamment des traités, les lois de la guerre se dégagent d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires ». De fait, dans bon nombre de cas, les traités ne font qu'exprimer et préciser des principes déjà existants. Le respect de l'intégrité territoriale, principe directeur des relations internationales, est consacré par la Charte des Nations Unies, la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant aux relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, la Définition de l'agression adoptée en 1974 et l'Acte final de 1975 de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe.

M. Nguyen souscrit pleinement à l'observation que le Rapporteur spécial formule au paragraphe 27 selon laquelle « la pratique, la jurisprudence et la doctrine autorisent à dire qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux du droit relevant du paragraphe 1 c) de l'Article 38 ». La pratique relative à la deuxième catégorie de principes généraux du droit, à savoir ceux formés dans le cadre du système juridique international, est certes moins abondante que la pratique relative aux principes généraux du droit issus des systèmes juridiques nationaux, mais elle suffit à étayer l'existence de cette deuxième catégorie. Il existe non seulement un corps de jurisprudence, mais aussi de nombreux exemples de pratique étatique. Le maintien des frontières coloniales à l'indépendance, consacré par la Déclaration du Caire adoptée par l'Organisation de l'unité africaine en 1964, est né du besoin d'assurer l'intégrité territoriale et la stabilité des frontières. En droit de l'environnement, l'acceptation du principe de précaution dans les cas où il n'y a pas de certitude scientifique totale et la reconnaissance de l'interdiction de la pollution transfrontalière illustrent une pratique des États relative à la deuxième catégorie de principes généraux du droit. En droit de la mer, le principe d'un « patrimoine commun de l'humanité » s'est dégagé de la nécessité de gérer les ressources des fonds marins.

Toutes les principales sources de droit international ont pour fonction de combler les lacunes lorsque lacune il y a. M. Murase a dit à juste titre que les principes généraux du droit n'étaient pas seuls à remplir une fonction supplétive et que les traités et la coutume le faisaient aussi. De manière générale, il n'y a pas de relation hiérarchique entre les trois sources de droit international en ce qui concerne le comblement des lacunes du droit international. Toutefois, cette fonction est particulièrement pertinente pour les principes généraux du droit lorsque les règles conventionnelles et coutumières existantes ne peuvent pas régir une question juridique nouvellement apparue. M. Nguyen est donc tout à fait d'accord avec ce qui est dit au paragraphe 71, à savoir que les principes généraux du droit ne remplissent de fonction supplétive de lacunes du droit que pour autant qu'ils existent et puissent être identifiés.

Le troisième rapport s'inscrit dans le droit fil de l'avis de la Commission selon lequel il n'y pas de relation hiérarchique entre les principales sources de droit international énoncées au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La reconnaissance par la communauté internationale met les principes généraux du droit sur un pied d'égalité avec les sources coutumières et conventionnelles en tant que parties intégrantes d'un système juridique international cohérent. Elle donne à ces principes un caractère contraignant, même s'ils ne se sont pas encore cristallisés en règles coutumières ou conventionnelles. C'est ce qui explique que, dans l'affaire *Inceysa v. El Salvador*, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a déclaré que les principes généraux du droit étaient une source autonome ou directe du droit international. Il serait intéressant de voir si le Rapporteur spécial a poussé plus loin l'analyse de la relation hiérarchique entre des principes du droit tels que l'intervention humanitaire et l'interdiction du recours à la force.

M. Nguyen est tout à fait d'accord avec le Rapporteur spécial que, en tant que source autonome ou directe du droit international, des principes généraux du droit peuvent exister parallèlement à des règles identiques ou similaires du droit conventionnel et coutumier. Si la pratique des États ne le démontre pas expressément, les nombreuses affaires auxquelles le Rapporteur spécial fait référence aux paragraphes 84 à 94 constituent un argument convaincant.

En ce qui concerne les projets de conclusion, M. Nguyen n'a qu'un seul commentaire, qui concerne la structure du projet de conclusion 10. Si l'ordre dans lequel les sources sont énumérées à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 n'est pas hiérarchique du point de vue du raisonnement juridique, il pourrait néanmoins influencer la manière dont les règles sont appliquées en pratique. Il est clair que, pour ce qui est de combler les lacunes du droit international, les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit ne sont pas dans une relation hiérarchique. Le Comité de rédaction devrait donc revoir le libellé du projet de conclusion 10. M. Nguyen est favorable à ce que tous les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport soient renvoyés au Comité de rédaction.

M. Hassouna remercie le Rapporteur spécial d'avoir produit un rapport aussi bien écrit et documenté alors que le sujet continue d'être entouré de nombreuses incertitudes et de susciter de vives controverses. Le rapport foisonne d'informations sur la matière et aborde certains des grands points controversés, notamment la détermination des principes généraux du droit, les fonctions de ces principes et leur relation avec d'autres sources de droit international.

La première partie du rapport traite de la question de la transposition. M. Hassouna approuve la prudence dont fait preuve le Rapporteur spécial en insistant sur le fait que la transposition est un préalable à la reconnaissance d'une règle comme étant un principe général du droit au niveau international. Il est important, pour plusieurs raisons, que le processus de transposition soit rigoureux. Les droits substantiels et procéduraux reconnus par les systèmes nationaux sont nés de la nécessité de tenir compte des droits, obligations et besoins particuliers des acteurs infra-étatiques. Ce serait donc une erreur d'appliquer ces règles à la sphère internationale sans déterminer au préalable si elles sont nécessaires et opportunes pour les États. De surcroît, un processus de transposition rigoureux protégerait les États moins développés. La première étape de la détermination d'un principe général du droit est la conduite d'une grande étude représentative des systèmes juridiques internes. Toutefois, aussi approfondies soient-elles, les études de ce type ne tiennent généralement pas compte de la pratique des États moins développés, soit parce que la législation de ces pays est floue ou encore en évolution, soit parce que les autorités n'ont pas les ressources nécessaires pour correctement la codifier et la diffuser. Un processus de transposition rigoureux obligerait le juge ou l'arbitre à faire preuve de prudence avant d'importer dans la sphère internationale une règle qui est largement acceptée, mais ne l'est pas universellement. M. Hassouna aurait souhaité que, en plus de dire que le processus devrait être informel, implicite, rigoureux et souple, le Rapporteur spécial établisse des critères stricts ou des lignes directrices aux fins de la détermination de la transposabilité.

S'agissant du projet de conclusion 6, M. Hassouna estime que l'expression « principaux systèmes juridiques » doit être précisée. En outre, il continue de penser que la formule « principes fondamentaux du droit international » n'est pas claire et il se demande comment la pratique d'acteurs non étatiques tels que les organisations internationales, les organisations non gouvernementales et d'autres pourrait être prise en compte aux fins de la détermination d'un principe général du droit. Enfin, il est d'accord avec la proposition de simplifier le texte du projet de conclusion 6 afin d'éviter de lui donner un caractère excessivement prescriptif et de se ménager une certaine souplesse s'agissant de déterminer les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux.

La deuxième partie du rapport traite de la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. S'il convient que cette catégorie de principes généraux existe, M. Hassouna estime qu'il faudrait la distinguer plus clairement des autres sources du droit international, en particulier le droit international coutumier. Il craint cependant que la pratique pertinente soit insuffisante pour véritablement étayer une conclusion sur ce point. Le Rapporteur spécial a constaté l'insuffisance de la pratique et a proposé qu'on choisisse une méthode unifiée de détermination des principes généraux formés

dans le cadre du système international qui serait principalement inductive, mais aussi, si nécessaire, déductive. M. Hassouna souscrit à cette méthode, mais estime néanmoins qu'il faut que des exemples concrets viennent préciser comment elle sera mise en oeuvre.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, la formule « autres instruments internationaux » employée à l'alinéa a) mérite d'être clarifiée. S'agissant de l'alinéa b), M. Hassouna est d'accord qu'un principe sous-tendant un traité ou une règle coutumière pourrait être regardé comme étant distinct de ladite règle et n'en faisant pas partie. Il est aussi d'accord que la formulation de l'alinéa c) est vague et pourrait entraîner une incertitude juridique et donner lieu à des interprétations subjectives. Il convient avec le Rapporteur spécial que le projet de conclusion 7 pourrait être simplifié compte tenu de toutes les suggestions faites jusqu'à présent.

En ce qui concerne la troisième partie du troisième rapport, qui traite des fonctions des principes généraux du droit et de la relation de ces principes avec d'autres sources de droit international, il convient avec le Rapporteur spécial que les principes généraux du droit servent à assurer la cohérence et l'homogénéité du système juridique international. Ces principes sont très utiles pour éviter les situations de *non liquet* et relier entre elles les sources fragmentées du droit international. Toutefois, la cohérence et l'homogénéité ne sont pas les seules valeurs auxquelles le système juridique international attache de l'importance ; le consentement et la liberté sont aussi clés au regard de la souveraineté des États, comme l'illustre l'affaire du *Lotus*.

La partie du rapport qui traite de la fonction supplétive des principes généraux du droit résume bien la doctrine et les arguments qui défendent l'existence de cette fonction. Au paragraphe 44, le Rapporteur spécial, citant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dit que les « considérations élémentaires d'humanité », qui sont « plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre », sont un principe général du droit. M. Hassouna convient que ce principe moral existe bel et bien, mais estime qu'il pourrait être présenté pour illustrer le fait que les principes généraux du droit permettent aux juges d'utiliser leur conviction morale personnelle pour trancher des litiges avec une apparence de légitimité.

L'exemple tiré de l'*Affaire concernant un litige entre l'Argentine et le Chili relatif au canal de Beagle*, mentionné au paragraphe 47 du troisième rapport, est trop spécifique pour constituer un principe général du droit. Au paragraphe 71, le Rapporteur spécial dit que les principes généraux du droit ne remplissent de fonction supplétive de lacunes du droit « que pour autant qu'ils existent et puissent être identifiés », précision importante si on veut éviter les décisions par trop créatives.

M. Hassouna partage l'avis du Rapporteur spécial concernant l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international, l'application du principe de la *lex specialis* pour régler les différends en cas de conflit entre deux sources et la possibilité que des principes généraux du droit coexistent avec des règles conventionnelles et coutumières. Il est aussi d'accord que, si les traités et les règles coutumières sont généralement plus spécifiques que les principes généraux du droit, dans certaines circonstances, le principe de la *lex specialis* peut être favorable à l'application d'un principe général du droit plutôt que d'un traité ou d'une règle coutumière.

En ce qui concerne l'idée que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et obligations substantiels, il faudrait établir des critères clairs permettant de déterminer quand c'est le cas afin de préserver les droits et obligations reconnus aux États par les traités et le droit international coutumier.

M. Hassouna convient que les principes généraux du droit servent à interpréter et à compléter d'autres règles de droit international et à assurer la cohérence du système juridique international puisqu'ils ont pour fonction essentielle de combler les lacunes. À cet égard, le Rapporteur spécial cite au paragraphe 140 la déclaration que le juge Yusuf, alors Président de la Cour internationale de Justice, a faite devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en 2019. Récemment consulté sur le sujet, le juge Yusuf a réaffirmé que les principes généraux jouaient plusieurs rôles dans les travaux de la Cour. Celle-ci emploie le terme « principes » pour désigner des règles issues de conventions internationales ou du droit international coutumier, et invoquer les principes généraux lui

permet de combler les lacunes du droit international en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières. Elle fait principalement appel à ceux qui ont trait à la procédure ou à l'administration de la preuve ou qui reflètent une conception de la justice objective, et a recouru aux principes généraux dans des affaires touchant différents domaines du droit international, notamment le droit international des investissements, le droit des droits de l'homme et le droit international de l'environnement, sachant que ces principes concourent à la cohérence du système juridique international en consacrant des valeurs partagées par tous. Selon le juge Yusuf, les principes généraux ne feront que gagner en importance à mesure que les tribunaux font face à de nouvelles situations pour lesquelles il n'existe pas encore de règles juridiques spécifiques ou qui nécessitent le recours à des valeurs fondamentales sous-jacentes reconnues par la communauté internationale dans son ensemble.

En ce qui concerne les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport, le projet de conclusion 1 est bref et concis ; il serait bon de l'expliquer et de le développer dans le commentaire. Certes, la question des principes généraux en tant que source de droit international est au cœur des travaux de la Commission sur le sujet, mais le commentaire du projet de conclusion 1 devrait aussi faire référence aux autres fonctions des principes généraux envisagées dans le troisième rapport.

S'agissant du projet de conclusion 2, M. Hassouna convient que l'expression « ensemble des nations » est la plus appropriée. Il faudrait préciser dans le commentaire que l'expression « communauté internationale des États », employée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, n'a pas été utilisée parce qu'elle exclut des acteurs pertinents, et aussi expliquer la distinction entre « nations » et « États ».

Quant au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, il faudrait dans le commentaire indiquer que l'expression « lois [...] nationales » doit être interprétée comme désignant toutes les sources de droit interne d'un État donné, pas seulement la législation et les instruments équivalents, et expliquer ce qu'on entend par « documents pertinents ».

Le projet de conclusion 6 dispose que pour qu'un principe général soit transposé dans le système juridique international, il doit être compatible avec les principes fondamentaux du droit international. Toutefois, la question de savoir ce que sont les principes fondamentaux du droit international n'a pas encore été tranchée et demeure controversée. Il faudrait l'expliquer clairement dans le commentaire.

Le projet de conclusion 10, sur l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international, devrait être simplifié. M. Hassouna propose qu'on le reformule ainsi : « Il n'y a pas de relation hiérarchique entre les principes généraux du droit, les traités et le droit international coutumier. ».

Les projets de conclusions 13 et 14 concernent les fonctions des principes généraux du droit. Dans un souci de clarté, ils devraient être fusionnés en une seule disposition intitulée « Fonctions des principes généraux du droit ».

M. Hassouna propose d'ajouter un projet de conclusion contenant une liste non exhaustive de principes généraux du droit similaire à la liste de normes impératives du droit international général annexée au projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Au paragraphe 148 du troisième rapport, le Rapporteur spécial dit que la suite des travaux sur le sujet dépendra de l'état d'avancement des travaux de la Commission à la session en cours et, en particulier, de l'adoption ou non, à titre provisoire, d'un projet de conclusions et de commentaires y relatifs. S'il convient que la Commission devrait effectivement se fixer pour but d'adopter le projet de conclusions à titre provisoire, M. Hassouna doute qu'elle puisse y parvenir compte tenu du peu de temps qu'il reste avant la fin de la session.

À la lumière des points de vue exprimés lors du débat en plénière, M. Hassouna est favorable à ce que tous les projets de conclusion proposés, y compris ceux dont les membres de la Commission considère qu'ils sont sujets à controverse, soient renvoyés au Comité de rédaction, qui s'est toujours montré capable de trouver des solutions aux questions litigieuses.

M. Jalloh remercie le Rapporteur spécial de son troisième rapport, qui reflète une réflexion approfondie et est une bonne base pour le débat en plénière de la Commission et qui, avec les rapports précédents sur le sujet, a permis de mener à bien la première lecture du projet de conclusions sur les principes généraux en tant que source de droit au sens du paragraphe 1 (al. c)) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En ce qui concerne la question de la portée du sujet, soulevée par M. Murase, il est exact que le paragraphe 1 (al. c)) de l'Article 38 est en principe une directive spécifiquement destinée à la Cour, mais c'est néanmoins une disposition qui est largement considérée comme énumérant toutes les sources de droit international qui, quoi qu'incomplète, fait autorité. Il s'ensuit que cet article est pertinent pour les autres cours et tribunaux ainsi que pour les juristes internationaux qui cherchent à interpréter et à appliquer le droit international, et c'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial le met en avant.

En ce qui concerne la première partie du troisième rapport, le Rapporteur spécial résume bien le débat dont la question complexe de la transposition d'un principe général dans le système juridique international fait l'objet et expose, fort utilement, les opinions divergentes des membres de la Commission et des délégations à la Sixième Commission. Il convient de souligner que, parmi les États qui ont soumis des commentaires sur la transposition au cours du débat de l'automne 2021, 22 se sont dans l'ensemble dits favorables à la méthode proposée par le Rapporteur spécial, 4 ont décidé d'attendre des éclaircissements supplémentaires pour donner leur avis et un seulement s'y est déclaré opposé. S'il note que certains membres de la Commission, comme M. Forteau, ont interprété ces commentaires différemment, M. Jalloh est d'accord avec ce que le Rapporteur spécial dit au paragraphe 12 du rapport, à savoir qu'il faudrait simplifier le texte du projet de conclusion 6 car il est primordial d'éviter de lui donner un caractère par trop prescriptif et de se ménager une certaine souplesse s'agissant de déterminer les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux.

M. Jalloh convient que c'est au Comité de rédaction, et non à la Commission réunie en plénière, qu'il revient d'examiner les autres libellés possibles pour le projet de conclusion 6, le Comité étant le mieux placé pour réconcilier les divergences de fond et ainsi permettre à un consensus de se dégager au sein de la Commission. Il se pourrait que la solution soit de retenir le libellé proposé par M. Murphy à la session en cours (A/CN.4/SR.3587), ou bien celui proposé par M. Tladi, qui, à la soixante-douzième session (A/CN.4/SR.3538), a suggéré que la disposition indique simplement qu'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde doit être transposable et que les critères de cette transposabilité soient expliqués dans le commentaire. L'une et l'autre option feraient sens.

M. Jalloh souscrit aux observations faites aux paragraphes 13 et 14 du troisième rapport en ce qui concerne la reconnaissance et trouve que le Rapporteur spécial fait bien de rappeler, au paragraphe 17, qu'il faut concilier rigueur et souplesse lorsqu'on envisage la question de la transposition. C'est le seul moyen de garantir que la méthode de détermination des principes généraux du droit est fondée sur des critères objectifs, mais pas à ce point exigeants qu'ils en deviendraient inutiles. À cet égard, M. Jalloh est d'accord avec ce que M. Valencia-Ospina a dit concernant la transposabilité et le projet de conclusion 6.

La notion de principes généraux du droit formés au sein du système juridique international, abordée dans la deuxième partie du troisième rapport, est controversée et fait l'objet de vifs débats au sein de la Commission et de la Sixième Commission ainsi que parmi les auteurs. M. Jalloh fait partie des membres de la Commission qui partagent, en tout ou en partie, l'opinion du Rapporteur spécial sur l'existence de cette deuxième catégorie de principes généraux du droit. Reste à présent à élaborer une méthode permettant de la déterminer clairement. M. Jalloh est convaincu que, sous la houlette du Rapporteur spécial et grâce aux utiles suggestions que des membres ont faites au cours du débat en plénière, la Commission sera en mesure de définir le meilleur moyen de distinguer la deuxième catégorie de principes généraux du droit des autres sources du droit, y compris le droit international coutumier.

Comme indiqué au paragraphe 25 du troisième rapport, la Commission doit encore régler la question de la rareté de la pratique concernant les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Le Rapporteur spécial explique de manière convaincante pourquoi la pratique pertinente est à première vue insuffisante, à plus forte

raison si, comme certains collègues, on s'intéresse exclusivement aux travaux de la Cour internationale de Justice. Toutefois, après un examen plus poussé et plus approfondi des éléments disponibles, présentés dans les premier et deuxième rapports du Rapporteur spécial, il semble que la pratique suffise à étayer la méthode proposée dans le projet de conclusion 7.

Le fait que la Cour internationale de Justice hésite en général à invoquer les principes généraux du droit, y compris ceux dont on peut dire qu'ils découlent du système juridique international, ne signifie pas nécessairement qu'il n'existe pas de deuxième catégorie de principes généraux du droit. Cette hésitation peut s'expliquer par d'autres considérations. Du point de vue pratique d'un juge de la Cour, si une question peut être tranchée sur la base d'une règle conventionnelle ou coutumière, il n'y a pas de raison de s'attendre à que la Cour s'intéresse à l'existence éventuelle d'un principe général abstrait du droit, fût-ce pour des raisons d'économie judiciaire. En outre, bien que le Rapporteur spécial semble réticent à le faire, rien n'empêche la Commission de formuler une proposition concernant la deuxième catégorie dans le cadre de son mandat de contribution au développement progressif du droit international puisque rien dans le paragraphe 1 (al. c)) de l'Article 38 n'indique que seuls les principes dérivés des systèmes juridiques nationaux peuvent être des principes généraux du droit.

Dans l'ensemble, M. Jalloh est favorable à l'idée de définir une méthode rationnelle de détermination des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international, comme proposé au projet de conclusion 7, car cela pourrait contribuer à dissiper les préoccupations exprimées par certains membres de la Commission qui s'inquiètent que les trois catégories de reconnaissance définies dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial se chevauchent trop. Il croit comprendre que la méthode proposée consiste d'abord à analyser les règles coutumières, les traités et les autres instruments internationaux afin de déterminer s'ils expriment ou consacrent un principe général du droit, puis, si le contenu du principe doit être déduit de règles existantes du droit conventionnel ou du droit international coutumier, à le déterminer en procédant par déduction.

À première vue, cette méthode semble reposer sur un raisonnement circulaire, mais elle peut fonctionner, car il faut dans un premier temps que l'existence d'un principe général du droit recouvrant la matière soit reconnue. L'analyse déductive et comparative destinée à établir comment le principe est appliqué n'intervient que si les contours de celui-ci ne sont pas encore entièrement clairs, pour en déterminer toute l'étendue. Néanmoins, étant donné que certains membres, dont M. Park et M. Forteau, ont exprimé de vives préoccupations au sujet de la deuxième partie du rapport, M. Jalloh attend avec intérêt que le Rapporteur spécial présente une proposition révisée pour le projet de conclusion 7.

En ce qui concerne la troisième partie du troisième rapport, M. Jalloh est dans l'ensemble d'accord avec le Rapporteur spécial sur le rôle des principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38. Les principes généraux du droit servent principalement à combler les lacunes du système juridique international quand les autres sources, notamment le droit international coutumier ou les règles conventionnelles, n'offrent pas de solution. Si, en théorie, il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les sources du droit international, dans la pratique, les alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38 doivent être appliqués dans l'ordre, de a) à c), ce qui peut donner à penser qu'il existe une hiérarchie implicite. Pour paraphraser le texte de l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, lorsque la pratique internationale sur un sujet n'est pas suffisamment abondante pour permettre d'essayer avec confiance une généralisation, on est fondé à rechercher l'aide des principes généraux du droit applicables. À cet égard, M. Jalloh souscrit pleinement à ce que M. Valencia-Ospina a dit concernant le risque de rétrogradation des principes généraux du droit.

La fonction supplétive des principes généraux du droit est étayée par la pratique de plusieurs institutions internationales et la Cour internationale de Justice en a fait mention dès l'affaire des *Pêcheries (Royaume–Uni c. Norvège)*. En 2019, le juge Yusuf, alors Président de la Cour, a expliqué dans l'allocution qu'il a faite à la Sixième Commission de l'Assemblée générale que la Cour avait aussi fait application de principes généraux du droit international pour « combler les lacunes » et éviter d'être conduite à prononcer un *non liquet* ou à s'en remettre au principe de liberté consacré dans l'affaire du *Lotus*, citant en exemple l'affaire des *Pêcheries*.

De même, bien qu'elle utilise un corpus de règles distinct, défini dans son instrument fondateur, la Cour pénale internationale reconnaît la fonction supplétive des principes généraux du droit, l'article 21 de son statut de Rome prévoyant que, lorsque les autres sources de droit applicable ne suffisent pas, elle peut appliquer ces principes. Et, si on regarde la pratique de l'Afrique, l'article 31 du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, qui traite du droit applicable et s'inspire de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, autorise la Cour à appliquer les principes généraux du droit reconnus universellement ou par les États africains.

Ainsi, quand bien même d'autres sources de droit peuvent aussi être utilisées à des fins supplétives, la pratique de plusieurs juridictions internationales est de considérer que le comblement des lacunes est la vocation principale des principes généraux du droit. De fait, dans certains domaines du droit international, comme le droit pénal international, la fonction de comblement des lacunes qu'ont les principes généraux est particulièrement importante. Étant donné que le droit conventionnel applicable au droit pénal international est relativement peu développé et qu'il n'existe pas de code des crimes internationaux ni de code de procédure pénale uniques, c'est dans bien des cas vers les principes généraux du droit dégagés des travaux des tribunaux internes qu'on se tourne pour combler les lacunes qui entourent telle ou telle notion fondamentale du droit pénal faute de règles coutumières ou conventionnelles utiles. Cela explique pourquoi le dernier rapport en date et les précédents rapports du Rapporteur spécial contiennent de nombreuses références à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale.

Bien sûr, il arrive qu'un principe général du droit ne puisse pas jouer de rôle supplétif parce que l'analyse en deux étapes ne permet pas de déterminer que c'est un principe général. En pareil cas, on peut se tourner vers les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes, comme prévu à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

M. Jalloh partage dans l'ensemble l'avis du Rapporteur spécial sur la question du *non liquet* et le fait que les cours et tribunaux ne devraient pas être les seuls à recourir aux principes généraux du droit pour combler les lacunes − les États pourraient aussi le faire. Il se demande toutefois si, dans des circonstances autres que contentieuses, il ne serait pas trop difficile pour les parties de trouver un terrain d'entente suffisant pour convenir des principes généraux du droit pertinents.

En ce qui concerne la section de la troisième partie qui traite de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international, M. Jalloh trouve opportun que le Rapporteur spécial ait décidé de mettre l'accent sur les trois questions définies au paragraphe 75, à savoir l'absence de hiérarchie formelle entre les trois sources énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38, la possible coexistence de principes généraux du droit et de règles conventionnelles et coutumières et le jeu du principe de la *lex specialis* par opposition à la *lex generalis*. Toutefois, s'il souscrit dans l'ensemble aux arguments du Rapporteur spécial, il a de sérieuses réserves quant à la perspective de placer les principes généraux du droit dans une position subsidiaire par rapport aux autres sources de droit, car cela risquerait d'en rétrograder le statut alors qu'ils sont une source de droit tout aussi importante. De surcroît, comme plusieurs membres de la Commission l'ont déjà fait observer, la décision d'interpréter les principes généraux du droit principalement sous l'angle du principe de la *lex specialis* soulève la question de savoir ce qu'il faut faire des autres règles d'interprétation.

Si les principes généraux du droit ont pour vocation principale de combler les lacunes, ils ont aussi d'autres fonctions, notamment celles mentionnées au paragraphe 39 du troisième rapport. Comme le Rapporteur spécial l'explique, la Commission s'est déjà intéressée à cette question, qui est aussi abordée dans la pratique des États et dans des décisions de la Cour internationale de Justice. M. Jalloh prend note avec intérêt des observations critiques formulées par certains membres de la Commission à cet égard. Certains auteurs font valoir que, selon la conception chinoise du droit international, les principes généraux du droit ne sont même pas une source de droit. Si c'est vrai, alors on comprend pourquoi, pour certains, c'est aller trop loin que suggérer que ces principes peuvent être une source directe de droits et d'obligations.

En tout état de cause, M. Jalloh convient avec le Rapporteur spécial que les principes généraux du droit peuvent être utilisés pour interpréter ou compléter d'autres règles et est dans une large mesure d'accord avec ce qui est dit aux paragraphes 139 à 146 du troisième rapport concernant le fait que ces principes ont aussi pour fonction spécifique de concourir à la cohérence du système juridique international.

En ce qui concerne les projets de conclusions 10 à 14, M. Jalloh n'a qu'une seule suggestion à faire concernant la formulation. Selon lui, il faudrait modifier le libellé du projet de conclusion 10 pour qu'il ne soit plus à la forme négative et qu'il décrive ce que les principes généraux sont plutôt que ce qu'ils ne sont pas, ce qui permettrait en outre d'éviter un débat sur la hiérarchie formelle ou informelle entre les sources. M. Jalloh propose de retenir la formulation suivante : « Les principes généraux du droit, au même titre que les traités et le droit international coutumier, ont le même statut en tant que source de droit international. ».

Quant aux projets de conclusions 11 à 14, auxquels quelques-uns des membres de la Commission trouvent à redire, M. Jalloh partage davantage l'avis de M. Murphy que ceux de M. Forteau, M. Park et M. Wood, qui pour certains semblent même s'opposer au renvoi au Comité de rédaction d'une partie des projets de conclusion proposés. Selon lui, les trois projets de conclusion devraient être renvoyés au Comité. Conformément à la pratique habituelle de la Commission, c'est au Rapporteur spécial et aux membres du Comité de décider de la meilleure façon de procéder pour réviser et, si nécessaire, fusionner, voire reformuler ou supprimer, les projets de conclusion proposés.

S'agissant de la quatrième partie du rapport, M. Jalloh approuve dans l'ensemble le programme de travail proposé.

Il aurait été utile que le Rapporteur spécial fasse figurer dans une annexe le texte de tous les projets de conclusion en indiquant lesquels ont déjà été adoptés, lesquels sont en cours d'examen par le Comité de rédaction et lesquels n'ont pas encore été renvoyés au Comité. C'est ce qui a été fait, fort utilement, pour le cinquième rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État et le huitième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le Rapporteur spécial pourrait envisager d'établir un document informel rassemblant tous les projets de conclusion.

M. Jalloh est d'accord avec le Rapporteur spécial qu'il serait bon d'achever la première lecture avant la fin de la session en cours ou à la session suivante. Il est aussi d'accord avec la proposition de fournir une bibliographie sur le sujet. Il faudrait que ce document soit quelque peu sélectif, mais fasse néanmoins référence à des auteurs et des praticiens de toutes les régions du monde rédigeant dans les différentes langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et, idéalement, reflétant des points de vue représentant plusieurs des principaux systèmes juridiques du monde.

M. Rajput dit qu'il souscrit à l'essentiel de ce que le Rapporteur spécial dit au sujet de la transposition aux paragraphes 12 à 16 du troisième rapport, qui est très intéressant et offre ample matière à réflexion. En outre, il convient que le processus de détermination des principes généraux du droit ne devrait pas être par trop prescriptif, quoi que cela dépende du système dans le cadre duquel ces principes sont formés. S'ils sont formés dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, comme il a toujours été entendu qu'ils l'étaient, alors la méthode doit être souple. Si, par contre, on est ouvert à la possibilité qu'il existe des principes généraux créés au sein du système juridique international − la deuxième catégorie −, alors la méthode doit être beaucoup plus rigoureuse. La détermination de la méthode devrait être relativement simple est rendue artificiellement compliquée par l'instance à proposer une deuxième catégorie de principes généraux du droit, démarche qui va à l'encontre de la position du droit international.

M. Rajput se félicite que le Rapporteur spécial se soit attaché à présenter les divergences de vues que la question des principes généraux du droit formés au sein du système juridique international a suscitées parmi les membres de la Commission et les États au sein de la Sixième Commission. Cela étant, il est d'accord avec M. Forteau que la proposition de la Commission est une « innovation ». Après s'être brièvement arrêté sur certaines des préoccupations exprimées, le Rapporteur spécial expose au paragraphe 27 la thèse qui a sa préférence. Les arguments qu'il a fait valoir dans ses précédents rapports pour

justifier que des principes généraux du droit peuvent être formés dans le cadre du système juridique international avaient déjà fait l'objet de vives critiques de la part de membres de la Commission, dont l'orateur. Il semble malhonnête de sa part de ne pas avoir tenu compte de ces critiques dans son troisième rapport.

Au paragraphe 28, le Rapporteur spécial tire argument des déclarations des membres qui considèrent comme lui que des principes généraux de droit peuvent être formés dans le cadre du système juridique international. Selon une de ces déclarations, si les cours et tribunaux peuvent extraire des principes abstraits des systèmes juridiques nationaux, il n'y a aucune raison qu'on ne puisse pas extraire des principes abstraits du système juridique international. Or, cet argument repose sur le postulat erroné selon lequel les principes généraux du droit tirés des systèmes juridiques nationaux reposent sur des principes juridiques abstraits. En fait, ils sont issus de principes juridiques concrets qui existent dans les systèmes juridiques de différents pays, traditions et cultures juridiques. Le principe de l'autorité de la chose jugée, par exemple, n'est pas abstrait ; certaines conditions doivent être réunies pour qu'il soit applicable dans une situation donnée. Lors de la rédaction du Statut de la Cour permanente de justice internationale, l'idée que des principes généraux pouvaient être créés au niveau international avait été rejetée parce qu'il avait été estimé que des principes aussi vagues ne seraient pas acceptables pour les États.

M. Rajput a déjà exprimé ses préoccupations quant au recours aux Principes de Nuremberg − également cités au paragraphe 28 comme un exemple de création de principes généraux du droit − à la soixante-douzième session de la Commission. En outre, le paragraphe 28 comprend une déclaration incorrecte, à savoir que les travaux préparatoires et l'historique de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 n'étayent pas, loin s'en faut, l'argument selon lequel les principes généraux du droit ne peuvent se former que dans le cadre des systèmes juridiques nationaux. Au moment de la rédaction du Statut, la formulation proposée, qui contenait la formule « règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés », avait été catégoriquement rejetée au motif qu'elle pourrait être interprétée à tort comme signifiant que certains principes pouvaient être formés dans le cadre du système juridique international. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 a uniquement vocation à couvrir les principes formés *in foro domestico*. De même, au cours des négociations relatives au Statut de la Cour internationale de Justice, le Mexique avait proposé un libellé qui donnait à entendre que des principes généraux du droit pouvaient être créés au niveau international et cette proposition avait été rejetée. Malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas tenu compte de tout ce que l'orateur a dit, à la soixante-douzième session, au sujet de l'historique de la rédaction du Statut. Si la Commission venait à accepter l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux du droit, cela reviendrait à dénaturer le Statut de la Cour internationale de Justice et à défaire plus de cent ans d'histoire. M. Rajput est donc catégoriquement opposé à ce que le projet de conclusions fasse mention de cette catégorie de principes.

En ce qui concerne les fonctions des principes généraux du droit, M. Rajput partage pour l'essentiel les préoccupations des autres membres. Selon la doctrine et des opinions individuelles de juges, les principes généraux du droit ont pour fonction de combler les lacunes en l'absence de règle conventionnelle ou coutumière permettant de régler un différend. La référence au « comblement des lacunes » est censée refléter le caractère subsidiaire qu'ont les principes généraux du droit par rapport aux règles du droit international conventionnel et coutumier. Il serait donc contradictoire de dire que ces principes ont la même valeur que les traités et la coutume.

De surcroît, les principes généraux du droit ont uniquement vocation à remplir leur fonction supplétive dans le contexte précis du règlement des différends, afin d'éviter les situations de *non liquet*. L'argument que le Rapporteur spécial fait valoir au paragraphe 72 pour justifier que les principes généraux du droit ne doivent pas être envisagés dans une perspective strictement contentieuse n'est guère convaincant. Le Rapporteur spécial avance qu'il n'y a aucune raison que deux États ne puissent pas invoquer un principe général du droit pour résoudre un différend. Toutefois, l'issue des négociations bilatérales entre États est souvent le fruit d'un exercice de « donnant-donnant » plutôt que d'un processus judiciaire ou quasi-judiciaire dans lequel on applique strictement les règles de l'interprétation des traités ou les sources du droit international. Il est intéressant de noter que des cours et des tribunaux,

ainsi que des auteurs, ont jugée superflue la condition posée aux articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer selon laquelle la délimitation maritime doit être effectuée par voie d'accord conformément à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Les principes généraux du droit n'ont donc pas d'autre rôle à jouer que celui de combler les lacunes afin d'éviter le *non liquet* en cas de contentieux.

S'agissant de la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources de droit international, M. Rajput convient qu'en théorie, il n'y a pas de hiérarchie entre les sources. Toutefois, dans la pratique, les sources sont appliquées dans l'ordre dans lequel elles sont énumérées à l'Article 38 du Statut : d'abord les traités, puis la coutume, et enfin, à défaut, les principes généraux du droit. Puisque ces principes ont vocation à jouer un rôle subsidiaire de comblement des lacunes, ils ne peuvent pas avoir, et n'ont pas, dans la pratique, la même valeur qu'un traité ou une coutume. M. Rajput ne voit donc pas l'utilité du projet de conclusion 10.

Le recours sélectif au principe de la *lex specialis* pour dire que les principes généraux du droit contrôlent ou remplacent les traités et la coutume a déjà été critiqué au sein de la Commission. Le projet de conclusion 10 créerait une situation anormale. Il aurait par exemple pour effet que si un traité applicable définit le principe de l'autorité de la chose jugée plus étroitement que le principe général du droit correspondant issu du système juridique national, les éléments du principe de l'autorité de la chose jugée contenus dans le principe général du droit pourraient primer ceux contenus dans le traité dès lors qu'il est établi que le principe général du droit a valeur de *lex specialis*. Le projet de conclusion 10 pourrait ainsi transformer les principes généraux, outils de comblement des lacunes, en principes hiérarchiquement supérieurs aux traités et aux coutumes. Assurément, aucune cour ni aucun tribunal international n'accepterait d'écarter une règle conventionnelle ou une règle du droit international coutumier parce que le contenu de la règle énoncée par le principe général du droit est considéré comme *lex specialis*. La proposition formulée au projet de conclusion 10 risque d'être critiquée tant par les auteurs que par les praticiens du droit parce qu'elle n'est pas conforme au principe de l'ordre successif qui régit l'application des sources énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Le fait que diverses sources puissent ou non coexister n'a aucune conséquence juridique ; ce qui compte, c'est l'interaction et la relation entre les sources. Dans les affaires citées en exemple dans le rapport, les parties qui ont fait valoir l'existence de principes généraux du droit arguaient non pas que ces principes coexistaient avec les traités et la coutume, mais qu'ils étaient une source vers laquelle se tourner en l'absence de traité ou de coutume. Le projet de conclusion 11 est donc inutile.

M. Rajput estime qu'il n'est pas nécessaire que la Commission examine la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international : elle ne l'a pas fait dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités ou la détermination du droit international coutumier et, en tout état de cause, les exemples donnés dans le rapport concernent la relation entre les traités et la coutume et non les principes généraux du droit. Il est donc opposé au projet de conclusion 12.

Plusieurs membres se sont dits préoccupés par l'inclusion d'une disposition qui, comme le fait l'alinéa a) du projet de conclusion 14, prévoit que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et à des obligations. Le principe *jura novit curia*, par exemple, ne vient pas créer un droit ou une obligation ; c'est un principe qui concerne l'appréciation du juge et que celui-ci peut choisir d'invoquer ou non. Dans le même ordre d'idées, les cours et tribunaux peuvent dresser le constat judiciaire de faits évidents sans créer de droits ou d'obligations. La description aléatoire de certains principes ne suffit pas à justifier la formulation d'un projet d'article général disposant que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et à des obligations. L'alinéa a) du projet de conclusion 14 n'est donc pas approprié.

M. Rajput convient néanmoins que les principes généraux du droit peuvent être utilisés pour interpréter un traité sur la base de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont la référence à « toute règle pertinente de droit international » englobe évidemment les principes généraux du droit. Rien toutefois ne permet d'étendre ce rôle interprétatif au droit international coutumier. De fait, si le

Rapporteur spécial dit dans son rapport qu'il est bien établi que l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 confère aux principes généraux du droit un rôle interprétatif, il ne suggère pas que ce rôle vaut aussi à l'égard du droit international coutumier. L'alinéa b) du projet de conclusion 14 dispose que les principes généraux de droit peuvent servir non seulement à interpréter d'autres règles de droit international, mais aussi à les « compléter ». M. Rajput pourrait accepter qu'on fasse référence au rôle interprétatif que les principes généraux du droit ont en ce qui concerne les traités, mais rien de plus.

En outre, M. Rajput nourrit de sérieuses réserves à l'égard de l'alinéa c) du projet de conclusion 14, selon lequel les principes généraux du droit peuvent servir à assurer la cohérence du système juridique international. Premièrement, cette formulation suggère que le système juridique international est « incohérent » et doit être rendu « cohérent » grâce aux principes généraux du droit. Deuxièmement, elle semble découler de la présomption que le système juridique international est un ensemble systématique et cohérent, en d'autres termes, un système complet, comme le droit interne, ce qui est loin d'être le cas. Cette approche « austinienne » consistant à assurer la complétude du système juridique est appropriée en droit interne, mais pas en droit international. Il faut reconnaître que le droit international et le droit interne sont de natures très différentes. Il est intéressant de constater que, au paragraphe 140 du rapport, le Rapporteur spécial s'appuie sur la déclaration que le Président de la Cour internationale de Justice a faite devant la Sixième Commission en 2019 pour conclure que la Cour invoque les principes généraux du droit dans le but de promouvoir la cohérence du système juridique international, d'autant que la Cour n'a jamais expressément dit qu'elle appliquait des principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38. En de rares occasions, elle a fait référence au principe de l'autorité de la chose jugée, mais sans mentionner l'Article 38. On ne va donc pas vers une reconnaissance des principes généraux comme moyen de rendre le système juridique international cohérent ou complet. Les références aux opinions individuelles de juges contenues dans les paragraphes suivants du rapport ne sont pas convaincantes et sont de surcroît sorties de leur contexte. Il n'y a donc aucun intérêt à conserver l'alinéa c) du projet de conclusion 14.

Il y a selon toute apparence une certaine confusion dans la méthode utilisée pour l'élaboration du rapport, ainsi que, de manière générale, en ce qui concerne le sujet. Si les décisions judiciaires et la doctrine font souvent référence à des « principes », des « principes généraux » et des « principes généraux du droit », l'emploi de ces termes ne suffit pas à conclure qu'il est fait référence aux principes généraux du droit en tant que source de droit international au regard de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme M. Rajput l'a déjà dit, plusieurs principes sont appliqués pour combler les lacunes dans la logique ou le raisonnement judiciaire, mais tous ne sont pas et ne peuvent pas être des principes généraux du droit en tant que source de droit international, et il est important de faire cette distinction. La Commission doit s'attacher à suivre une approche inductive, c'est-à-dire à examiner les éléments disponibles de manière impartiale afin d'en tirer des conclusions et de déterminer des principes, plutôt qu'une approche spéculative. L'orateur est favorable à ce que, comme Sir Michael Wood l'a judicieusement proposé, on remplace l'intitulé actuel du sujet par « Principes généraux du droit comme source du droit international », libellé qui permettrait d'exprimer plus clairement ce que le sujet recouvre.

Bien qu'il nourrisse de sérieuses réserves à l'égard de la plupart des projets de conclusion proposés, mis à part les quelques exceptions mentionnées, M. Rajput ne s'oppose pas à ce que ces dispositions soient renvoyées au Comité de rédaction.

M. Reinisch dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial met l'accent sur plusieurs questions très importantes, notamment les fonctions et la pertinence des principes généraux du droit. Il convient avec le Rapporteur spécial que la question de la transposition doit être examinée plus avant par la Commission, même s'il reste sceptique quant à la notion de transposition telle qu'elle est exposée dans le projet de conclusion 6. De plus, il est d'accord avec le Rapporteur spécial que la transposition découle non pas d'un acte officiel, mais plutôt de la reconnaissance implicite qu'un principe se prête à être appliqué dans le système juridique international. On pourrait peut-être donc reformuler l'alinéa b) du projet de conclusion 6 pour faire référence non pas aux conditions de la bonne application d'un

principe dans le système juridique international, mais au fait qu'un principe « se prête à application » dans ce système.

Quoi qu'il ait déjà dit qu'il trouvait que la référence à la compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international − la première condition énoncée dans le projet de conclusion 6 − était vague et peu claire, M. Reinisch estime que, en théorie, cette condition est justifiée. Employer les termes « valeurs fondamentales » ou « règles fondamentales » du droit international, comme il été proposé de le faire, pourrait être judicieux.

La deuxième partie du rapport est consacrée à la question complexe et controversée de savoir si des principes généraux du droit sont formés dans le cadre du système juridique international. Cette question devrait être examinée en soi, indépendamment de la formulation du projet de conclusions. Le Rapporteur spécial est excessivement optimiste lorsqu'il suggère qu'une analyse approfondie de la jurisprudence et de la pratique pourrait permettre d'y répondre. Bien que pareille analyse puisse effectivement être utile, il faut se montrer prudent lorsqu'on tente de dégager une « preuve » d'un élément de jurisprudence donné, car les décisions judiciaires et arbitrales sont parfois ambiguës et il n'est pas forcément évident de savoir si elles s'appuient sur la notion classique de principes généraux du droit formés dans le cadre des systèmes juridiques nationaux ou plutôt sur celle de principes formés dans le cadre du système juridique international. M. Reinisch convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'appartient pas à la Commission d'inventer de nouvelles sources de droit international et que, lorsqu'on examine la jurisprudence relative à certains principes, c'est à la « première application » de ces principes qu'il faut principalement s'intéresser.

Cela étant, la Commission ne devrait peut-être pas accorder trop d'importance à des exemples de jurisprudence isolés. D'une part, elle devrait examiner si telle ou telle méthode de détermination des principes généraux du droit est largement acceptée et si la plupart des instances judiciaires s'accordent sur le fait qu'elle peut être utilisée. D'autre part, on ne sait pas au juste si une décision judiciaire doit ou non être automatiquement considérée comme relevant du champ d'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice même si elle ne trouve aucun appui dans les traités ou la coutume. Le Rapporteur spécial indique lui-même dans son rapport qu'il est rarement fait référence à cet article dans la pratique, ce qui est peut-être d'ailleurs un euphémisme, puisque, à la seule exception du *Centre international* pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans l'affaire *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica*, aucun organe international de règlement des différends ne l'a expressément visé.

Il serait utile que le Rapporteur spécial fournisse des exemples des trois sous-catégories de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international selon les critères énoncés aux alinéas a), b) et c) du projet de conclusion 7. L'existence de ces trois catégories est concevable, mais il est difficile de citer des règles précises qui pourraient en apporter la preuve. Comme le Rapporteur spécial le souligne à juste titre dans son rapport, les principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux doivent avoir un statut indépendant de tel ou tel traité, de même que les principes qui sous-tendent une règle de droit international coutumier doivent avoir un statut indépendant de la règle en question. Pour que le débat sur l'existence de ces sous-catégories soit utile, il faut qu'il s'articule autour d'exemples pratiques. Sinon, la Commission risque de continuer à débattre dans l'abstrait de notions qui peuvent avoir différentes significations pour différents membres.

Se tournant vers la troisième partie du rapport, consacrée aux fonctions des principes généraux du droit et à leurs rapports avec les autres sources du droit international, M. Reinisch appelle l'attention sur l'emploi du terme « fonction » dans ce contexte. La troisième partie concerne essentiellement les principes généraux du droit envisagés en tant que sources de normes en ce qu'ils servent « de fondement autonome de droits et d'obligations » et les rapports que ces principes ont avec les normes découlant d'autres sources lorsqu'ils servent de règles destinées à combler les lacunes, à interpréter d'autres normes ou à assurer la cohérence. Or, quand bien même ces aspects ne sont en rien propres aux principes généraux du droit, la Commission n'a jamais parlé de « fonctions » concernant d'autres sources. Il serait donc plus approprié de parler du « caractère » des principes généraux du droit et de sa relation ou interaction avec d'autres sources.

Le Rapporteur spécial donne un large aperçu de la pratique des cours et tribunaux qui ont invoqué la fonction de comblement des lacunes des principes généraux du droit. Dans son rapport, il définit le comblement des lacunes comme signifiant que l'on peut faire appel à un principe général du droit en présence d'une question de droit insuffisamment réglée ou non réglée par les traités ou la coutume. Toutefois, cette définition ne cadre pas avec la manière dont la notion de « lacunes » s'entend dans la théorie du droit, où on considère qu'il existe une « lacune » lorsque le système juridique dans son ensemble est incapable de fournir une réponse à une question juridique. C'est dans ce cas − et seulement dans ce cas − que les organes judiciaires peuvent tenter de combler les lacunes par divers moyens et aller au-delà du droit positif.

Si les principes généraux du droit avaient vocation à « combler les lacunes » dans ce sens technique du terme, premièrement, ils ne serviraient qu'à ça et ne pourraient donc pas être le fondement autonome de droits et d'obligations et, deuxièmement, ils seraient nécessairement subsidiaires par rapport aux autres sources puisqu'une lacune ne peut exister que si le droit n'est toujours pas déterminé après que le juge a épuisé tous les modes de raisonnement juridique « réguliers ». Le Rapporteur spécial a raison de rejeter ces deux hypothèses.

M. Reinisch est donc amené à conclure que, dans le rapport, le terme « lacune » est utilisé dans un sens non technique qui permet de considérer que les principes généraux du droit peuvent venir apporter une réponse à une question non réglée par la loi ou par d'autres sources. Cela étant, les principes généraux du droit ne sont pas seuls dans ce cas ; toutes les autres sources peuvent aussi jouer ce rôle. Un droit ou une obligation fondés sur une source de droit international peuvent apporter une solution juridique en l'absence d'autres normes. Surtout, l'application des principes généraux du droit ne dépend pas de l'existence d'une « lacune » dans le droit international ; la relation entre ces principes et le droit conventionnel et coutumier est exclusivement régie par le rapport entre la *lex specialis* et la *lex generalis*. Le seul point quelque peu problématique est que le Rapporteur spécial s'appuie sur la jurisprudence de la Cour pénale internationale pour faire des assertions plus générales, sachant que le Statut de Rome prévoit expressément que les principes généraux du droit dégagés à partir des lois nationales sont subsidiaires par rapport aux autres sources.

Compte tenu de ce qui précède, on ne voit pas en quoi la « fonction de comblement des lacunes » des principes généraux du droit mérite qu'on lui consacre un projet de conclusion. Le Rapporteur spécial indique dans son rapport que cette « fonction » est « inhérente à cette source du droit international » tout en indiquant dans le même temps que d'autres sources peuvent aussi venir « combler quelque lacune » au sens où il entend le terme. Comme il le reconnaît lui-même, c'est parce que les principes généraux du droit participent généralement de la *lex generalis*. En l'absence de différence entre les principes généraux du droit et les autres sources sur le plan théorique, il ferait davantage sens, dans un souci de clarté, de s'intéresser à la question dans le commentaire du projet de conclusion 12.

Pour ce qui est de la section du rapport traitant des principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international, M. Reinisch est d'accord avec les conclusions du Rapporteur spécial concernant l'absence de hiérarchie entre les traités, la coutume et les principes généraux du droit et la possible coexistence de principes généraux du droit et de règles internationales conventionnelles et coutumières. Si elle se concrétise peu souvent dans la pratique, la possibilité de coexister avec d'autres règles semble être une caractéristique inhérente aux principes généraux du droit. Toutefois, M. Reinisch n'est pas entièrement convaincu par certains des exemples donnés dans le rapport, notamment l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (*El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)*), dans laquelle une des parties a soutenu que le principe de l'*uti possidetis* était un principe général du droit, ce qui est contestable. Quoi que l'*uti possidetis* soit un principe bien reconnu du droit international coutumier, le principe de droit romain dont il est issu n'est pas largement connu et diffère largement, du point de vue du contenu, de ce que l'on entend par *uti possidetis* en droit international coutumier.

M. Reinisch est d'accord avec le Rapporteur spécial que, en règle générale, un principe général du droit a valeur de *lex generalis* par rapport à des règles conventionnelles ou coutumières plus spécifiques. Il se demande toutefois s'il est judicieux de consacrer le projet de conclusion 12 au seul principe de la *lex specialis* étant donné que, selon lui, la

relation entre les principes généraux du droit et les règles issues des autres sources du droit international traitant de la même matière est aussi régie par le principe de la *lex posterior*. En mentionnant uniquement le principe de la *lex specialis* dans le projet de conclusion, on risque de jeter le doute sur la pertinence du principe de la *lex posterior* dans ce contexte.

De surcroît, le libellé actuel du projet de conclusion 12 pose problème. Sachant que tout conflit éventuel apparaîtrait au niveau de telle ou telle règle ou norme et non au niveau de sa source, le projet de conclusion pourrait être reformulé comme suit : « La relation entre les règles découlant des principes généraux du droit et celles issues d'autres sources du droit international traitant de la même matière est régie par le principe de la *lex specialis*. ».

En ce qui concerne la partie du rapport consacrée à certaines fonctions spécifiques des principes généraux du droit, M. Reinisch convient avec le Rapporteur spécial que les principes généraux du droit peuvent opérer comme fondement autonome de droits et d'obligations. De fait, on pourrait dire que c'est une caractéristique essentielle de leur reconnaissance en tant que source du droit international puisqu'ils peuvent incarner des droits et des devoirs susceptibles d'être invoqués devant les cours et tribunaux internationaux. Cependant, l'argument selon lequel la référence aux principes généraux du droit faite au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permet de conclure que « peut être jugé et puni quiconque commet tout acte incriminé directement par tel principe général du droit » soulève la question de savoir quel serait le facteur limitatif de l'incrimination sur le fondement des principes généraux du droit, sachant qu'il existe clairement de nombreux crimes de droit communs qui sont punis dans tous les droits internes mais ne constituent pas des crimes internationaux.

M. Reinisch est aussi d'accord avec le Rapporteur spécial que les principes généraux du droit pourraient être un moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles de droit international. Toutefois, il n'est pas certain que tous les exemples cités dans le rapport soient pertinents. Par exemple, dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a effectivement dit que les « principes généraux d[u] droit » faisaient partie des « règle[s] pertinente[s] de droit international applicable dans les relations entre les parties » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toutefois, elle a aussi dit que le droit d'accès aux tribunaux comptait « au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ». Il apparaît ainsi que, dans cette affaire, le droit d'accès aux tribunaux a été invoqué davantage comme un principe fondamental du droit au sens d'un droit fondamental que comme un principe général du droit. De même, si la décision rendue par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce dans l'affaire *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* fait textuellement référence aux principes généraux du droit international, elle pourrait en fait renvoyer plus largement au droit international général. Ce ne sont là que deux exemples parmi d'autres qui amènent à se demander si les juridictions internationales désignent réellement les principes généraux du droit au sens strict et technique du terme lorsqu'elles se réfèrent à ces principes.

En ce qui concerne la partie du rapport qui traite des principes généraux du droit comme moyen de concourir à la cohérence de l'ordre juridique international, M. Reinisch estime qu'elle mériterait davantage de corroboration. Il serait intéressant de savoir, en particulier, si le Rapporteur spécial estime que cette fonction est en fait plus large que la fonction interprétative et comment il entend la « fonction de comblement des lacunes » des principes généraux du droit dans ce contexte. Si on ne peut pas prouver la première hypothèse, il n'y a peut-être pas lieu de consacrer un projet de conclusion à cette fonction. M. Reinisch dit qu'il est favorable à ce que tous les projets de conclusion soient renvoyés au Comité de rédaction.

M. Hmoud remercie le Rapporteur spécial d'avoir analysé en profondeur la pratique, la jurisprudence et la doctrine dans les différents domaines du droit international relatifs aux principes généraux du droit ainsi que les opinions des États et d'avoir ainsi permis de dégager une forme de consensus sur le projet de conclusions. Le fait que les projets de conclusions 10 à 14 suscitent des points de vue divergents parmi les membres n'empêchent pas nécessairement de parvenir à un accord sur la voie à suivre au sein de la Commission.

La catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international est toujours au cœur du débat et continue d'être source de controverse, et M. Hmoud reste très sceptique quant à son existence. Il n'y a tout simplement aucune pratique venant la corroborer. La thèse du Rapporteur spécial repose sur des ouvrages de doctrine qui, pour parler franchement, relèvent de l'activisme et ouvrent la voie à une rupture avec le droit international fondé sur le consentement de l'État. Seul un petit nombre de principes de fond sont susceptibles d'avoir été formés dans le cadre du système juridique international et, quoi qu'il en soit, on pourrait faire valoir que le principe de l'*uti possidetis* trouve son origine dans le droit des biens, tant dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes de *common law*, et que le principe de la stabilité juridique trouve son origine dans les lois nationales, en particulier les lois administratives. On ne sait pas exactement si la clause Martens est une règle coutumière, une règle conventionnelle ou un principe général du droit ; conclure que les principes généraux du droit peuvent « coexister » avec des règles conventionnelles et coutumières ne vient pas répondre à la question. Les autres exemples donnés sont des exemples de principes procéduraux et eux aussi semblent provenir de systèmes juridiques internes ou nationaux.

En sa qualité de Président de la Commission à sa soixante-douzième session, M. Hmoud a assisté aux débats tenus à la Sixième Commission en 2021 et a entendu les États exprimer leurs points de vue sur la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. De sérieux doutes ont été exprimés au sujet de cette catégorie et rares ont été les États qui y ont adhéré sans réserve ou en ont fourni des exemples. Le fait que certains États sont ouverts à l'idée qu'elle puisse exister ne compense en rien la rareté de la pratique pertinente et le scepticisme quant aux effets juridiques des principes généraux concernés.

M. Hmoud rappelle que cette catégorie de principes généraux du droit ne doit pas être utilisée pour faire fi des conditions qui régissent la formation du droit international coutumier. La Commission doit veiller à ne pas ouvrir la porte à la création d'une nouvelle catégorie, ou source, de droit international qui permettrait d'exciper d'obligations juridiques sur la base de principes généraux du droit formés au sein du système juridique international quand bien même aucune règle conventionnelle ou coutumière n'existe. M. Hmoud se félicite que le Rapporteur spécial précise dans son rapport qu'il n'entend pas créer une nouvelle source de droit international.

En 2021, la méthode déductive de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international proposée par le Rapporteur spécial au projet de conclusion 7 a été largement critiquée. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial propose une méthode unifiée qui est avant tout inductive, puis, si nécessaire, déductive. Il s'appuie pour ce faire sur les propos tenus par un État et une collègue, inspirés d'un auteur cité dans le rapport qui décrit ces principes comme une « source autonome de droit international » pour justifier l'adoption de pareille méthode. Selon M. Hmoud, la méthode proposée n'est pas suffisamment rigoureuse pour être utilisée aux fins de la détermination des principes généraux du droit. Bien que le Rapporteur spécial soutienne que le projet de conclusions n'est pas censé venir créer de nouvelles règles de détermination, la méthode proposée pourrait justement conduire à ce résultat.

Il est difficile de trouver une méthode bien établie de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Toutefois, bien qu'il soit très sceptique quant à cette catégorie de principes, M. Hmoud n'exclut pas totalement qu'elle puisse exister. La Commission pourrait juger bon de reconnaître la possibilité de son existence dans une clause « sans préjudice », ce qui permettrait de clore le sujet tout en évitant de réinterpréter l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. M. Hmoud considère que cette disposition est non pas le point de départ, mais le fondement du sujet à l'examen.

Quoi que la formulation proposée par M. Murphy pour le projet de conclusion 7, si elle était retenue, pourrait permettre de limiter la catégorie aux principes véritablement susceptibles d'être des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, le Comité de rédaction risque de ne pas avoir le temps de convenir d'un processus de détermination. En tout état de cause, la Commission devrait veiller à ce que les principes généraux du droit soient créés par les sujets du droit international et non par tel ou

tel publiciste et s'inspirer des différentes traditions juridiques des différentes régions du monde afin de garantir que l'humanité tout entière est dûment représentée. Il ne faut pas que certains États ou régions aient le monopole simplement parce qu'ils ont les moyens de développer le droit international sur la base de leurs propres cultures et traditions. Les principes du droit international ne doivent pas être imposés subrepticement. Les mots « nations civilisées » ont été utilisés il y a cent ans parce que les nations colonialistes étaient alors réputées être des nations civilisées dotées de principes juridiques supérieurs. Heureusement, le monde a changé, et tous les êtres humains sont à présent considérés comme civilisés. M. Hmoud s'inquiète que la notion de « nations civilisées » réapparaisse si on introduit des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

De manière générale, M. Hmoud est d'accord avec l'analyse et les conclusions du Rapporteur spécial concernant les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec d'autres sources de droit international.

Les principes généraux du droit, comme toute autre source, donnent naissance à des obligations pour les sujets du droit international, même si certains n'ont pas d'effets juridiques en tant que tels. M. Hmoud estime que l'argument qui a trait aux règles et aux principes n'est pas pertinent et est d'accord avec ce qui est dit à l'alinéa a) du projet de de conclusion 14, à savoir que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et à des obligations. Le rapport étaye solidement cette conclusion, quoi que, comme certains collègues l'ont dit, tous les principes généraux du droit ne donnent pas naissance à des droits et des obligations primaires.

Il y a apparemment consensus parmi les membres et les États sur le fait que les principes généraux du droit ont pour vocation première de combler les lacunes. Les traités et la coutume peuvent certes aussi remplir cette fonction, mais cela n'enlève rien à l'essence des principes généraux du droit tels qu'envisagés par les rédacteurs du Statut de la Cour permanente de justice internationale et appliqués par les cours et tribunaux. Ce constat étant étayé par une pratique bien établie, la question est à présent de savoir si les principes généraux du droit doivent toujours permettre d'éviter les situations de *non liquet*. M. Hmoud réaffirme que, selon lui, ce n'est pas le cas et que la Commission doit se garder de donner cette impression. Au paragraphe 71 de son rapport, le Rapporteur spécial semble d'ailleurs aller dans le même sens. S'il existe un principe général du droit, le juge peut y recourir pour régler une question juridique lorsqu'il ne trouve aucune règle conventionnelle ou coutumière applicable. Toutefois, s'il n'existe pas de principe général du droit, le juge ne doit évidemment pas en créer un pour combler une lacune. M. Hmoud ne voit pas pourquoi le projet de conclusion 13 ne devrait pas contenir la formule « suppléance des lacunes du droit » ; il n'est pas nécessaire que tous les projets de conclusion établissent une règle.

D'autre part, M. Hmoud n'est pas sûr de pouvoir accepter telle quelle l'idée qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Les débats que le Comité consultatif de juristes a menés sur la question n'offrent pas de réponse claire sur ce point et la suppression des mots « en ordre successif » du texte du projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale reflète le fait qu'à l'époque, le droit international ne se développait pas à partir des règles conventionnelles et coutumières comme il le fait aujourd'hui. À la différence du Rapporteur spécial, qui soutient que rien ne permet d'affirmer que certaines catégories de principes généraux du droit ont été exclues du projet de statut, M. Hmoud estime qu'il faudrait avoir des preuves tangibles que le Comité consultatif de juristes avait l'intention d'inclure telle ou telle catégorie de principes généraux dans le texte. Dans la pratique, les principes généraux du droit sont utilisés pour combler les lacunes uniquement lorsqu'il existe un vide juridique. C'est ainsi que les cours et tribunaux les appliquent. Les États acceptent manifestement l'interprétation qui a été donnée de l'ordre dans lequel les sources de droit sont énumérées à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice et l'application de cette disposition par les cours et tribunaux. L'ordre des sources est le même dans les systèmes issus du droit romain de droit civil, et aussi dans les systèmes de *common law* : d'abord le droit écrit, puis la coutume et les traditions, et enfin les principes de justice. Toutefois, il faut sur ce point avoir égard aux conclusions auxquelles est parvenu le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international en ce qui concerne les différences entre le droit

international et les systèmes juridiques nationaux et tenir compte de la nature intrinsèquement générale des principes généraux du droit et de leur rôle supplétif de lacunes lorsqu'on examine la proposition selon laquelle il n'y a pas de hiérarchie entre les trois sources de droit.

Par ailleurs, M. Hmoud convient avec le Rapporteur spécial que les observations formulées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* et l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* attestent que des principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles conventionnelles et coutumières. Ce constat, quoi qu'en apparence superflu, contribue à établir que les principes généraux du droit remplissent telle et telle fonction, et notamment qu'ils sont un moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles de droit international.

En ce qui concerne l'application du principe de la *lex specialis*, comme il l'a déjà souligné, M. Hmoud estime que les principes généraux du droit sont par nature généraux tandis que les règles conventionnelles et coutumières sont spécifiques, mais le Rapporteur spécial ménage la possibilité qu'ils aient valeur de *lex specialis* vis-à-vis du droit coutumier. Il constate toutefois que le rapport ne contient pas d'exemple de situations dans lesquelles des principes généraux du droit auraient primé des règles coutumières sur la base de l'adage *lex specialis derogat legi generalis*. Le Comité de rédaction devrait affiner le texte du projet de conclusion 12 pour refléter le fait que les principes généraux du droit ont en principe valeur de *lex generalis*. Dans le même ordre d'idées, des collègues ont posé la question de savoir pourquoi le projet de conclusions ne mentionnait pas le principe de la *lex posterior*. M. Hmoud se demande effectivement si un principe général du droit formé après une règle coutumière peut primer la règle en question.

Par ailleurs, M. Hmoud souscrit pleinement à l'idée que les principes généraux du droit viennent aussi aider à interpréter et compléter d'autres règles du droit international. Cette fonction importante découle notamment de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et contribue à l'harmonisation des règles du droit international. Le rapport contient des exemples tirés de la jurisprudence qui viennent solidement étayer cette conclusion.

En ce qui concerne la vocation des principes généraux du droit de concourir à la cohérence de l'ordre juridique international, M. Hmoud est d'avis que c'est un corollaire de la fonction d'interprétation et d'harmonisation et, s'il ne s'oppose pas à ce qu'elle soit mentionnée dans le projet de conclusions, il propose qu'elle le soit en même temps que cette deuxième fonction.

M. Hmoud remercie le Rapporteur spécial de son excellent rapport. Les réserves qu'il nourrit quant à certains aspects de la démarche suivie dans le rapport reflètent ses propres vues et sa propre approche du droit international, qui ne coïncident pas toujours avec celles du Rapporteur spécial, mais les conclusions auxquelles ce dernier est parvenu sont néanmoins solides et défendables.

Enfin, étant donné que c'est la dernière fois qu'il s'exprime sur un sujet en séance plénière, M. Hmoud tient à dire que ce fût pour lui un honneur et un privilège d'avoir été membre de la Commission pendant quinze ans et d'en avoir été le président à la soixante-douzième session, qui s'est tenue pendant une période difficile. La Commission devrait continuer de guider le développement progressif et la codification du droit international et il faudrait que ses membres s'emploient systématiquement à garantir la pertinence de ses travaux en faisant en sorte qu'ils répondent aux préoccupations de tous les sujets de droit international. Les États écoutent la Commission et suivent ses recommandations. Le fait que les choses n'avancent pas à la Sixième Commission et que, au cours des vingt dernières années, des considérations politiques ont entravé l'adoption de ses textes ne doivent pas la dissuader de poursuivre ses travaux. Au cours de la même période, les membres ont constaté au sein de la Sixième Commission un enthousiasme et une mobilisation accrus en faveur du travail de la Commission, ce qui devrait les encourager à resserrer les liens entre les deux organes. M. Hmoud a bon espoir que certains des textes adoptés par la Commission deviennent un jour des instruments contraignants.

La séance est levée à 12 h 40.