



# Assemblée générale

Distr. générale  
5 avril 2019  
Français  
Original : anglais et français

## Commission du droit international

### Soixante et onzième session

Genève, 29 avril-7 juin et 8 juillet-9 août 2019

## Premier rapport sur les principes généraux du droit

Marcelo Vázquez-Bermúdez, Rapporteur spécial\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction . . . . .	3
I. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission. . . . .	3
II. Objet et structure du rapport. . . . .	4
Première partie : généralités. . . . .	4
I. Délimitation et résultat des travaux sur le sujet . . . . .	4
A. Questions soumises à l'examen de la Commission . . . . .	5
B. Résultat final . . . . .	9
II. Méthodologie. . . . .	9
Deuxième partie : Travaux précédents de la Commission . . . . .	10
I. Références aux principes généraux du droit dans les travaux de la Commission . . . . .	11
II. Questions relatives au présent sujet sur lesquelles la Commission a été appelée à se prononcer . . . . .	16
Troisième partie: développement des principes généraux de droit au fil du temps . . . . .	20
I. Pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. . . . .	21
II. « Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'article 38 des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice . . . . .	25

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier M<sup>me</sup> Xuan Shao (doctorante à l'Université d'Oxford) et M. Alfredo Crosato Neumann (doctorant à l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement) de leur aide précieuse dans l'élaboration du présent rapport.



---

III. Les principes généraux du droit après l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice . . . . .	31
Quatrième partie : Éléments et origines des principes généraux du droit . . . . .	43
I. Les éléments des principes généraux de droit énoncés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice . . . . .	43
A. « Principes généraux de droit » . . . . .	43
B. « Reconnus » . . . . .	50
C. « Nations civilisées » . . . . .	54
II. Les origines des principes généraux du droit comme source du droit international . . . . .	57
A. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux . . . . .	58
B. Principes généraux du droit formés dans le système juridique international . . . . .	68
III. Terminologie . . . . .	75
Cinquième partie : Programme de travail futur . . . . .	75
Annexe	
Projets de conclusion proposés . . . . .	76

## Introduction

### I. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission

1. À sa soixante-neuvième session, la Commission a décidé s'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail<sup>1</sup>.

2. Pendant les délibérations de la Sixième Commission en 2017, les délégations ont souligné l'importance du sujet et se sont de manière générale félicitées de son inscription au programme de travail à long terme.<sup>2</sup> De nombreuses délégations ont noté que les travaux de la Commission sur le sujet viendraient compléter les travaux déjà consacrés aux sources du droit international énumérées au paragraphe 38 de l'Article 1 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le moment a été jugé opportun pour inclure ce sujet au programme de travail de la Commission et lui accorder la priorité. Les délégations étaient généralement d'avis que la Commission pouvait apporter des éclaircissements faisant autorité sur la nature, la portée et les fonctions des principes généraux du droit et préciser les critères et les méthodes à employer pour les identifier. On a cependant relevé certaines difficultés qui pourraient se poser en la matière<sup>3</sup>. Dans sa résolution 72/116<sup>4</sup>, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

3. À sa soixante-dixième session, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail actuel et de nommer Marcelo Vázquez Bermúdez Rapporteur spécial. Les délibérations de la Sixième Commission en 2018 ont de nouveau fait apparaître l'appui général dont bénéficie le sujet<sup>5</sup>. Dans sa résolution 73/265,

<sup>1</sup> A/72/10, par. 267.

<sup>2</sup> Voir Autriche (« La source de droit international appelée « principes généraux du droit » fait l'objet d'interprétations extrêmement divergentes et des éclaircissements sont nécessaires d'urgence ») (A/C.6/72/SR.18, par. 80) ; Brésil (« l'inscription du sujet "Principes généraux du droit" au programme de la Commission s'inscrira dans le prolongement des travaux en cours ou entrepris récemment concernant d'autres sources du droit international ») (A/C.6/72/SR.21, par. 15) ; Chili (A/C.6/72/SR.19, par. 87) ; République tchèque (A/C.6/72/SR.20, par. 20) ; El Salvador (A/C.6/72/SR.19, par. 33) ; El Salvador (au nom de la Communauté des États d'Amérique latine et des Caraïbes) (A/C.6/72/SR.18, par. 38) ; Estonie (« les travaux pourraient donner des indications exhaustives sur les trois principales sources du droit international. ») (A/C.6/72/SR.20, par. 75) ; Grèce (« la CDI devrait étudier de manière approfondie le sujet des principes généraux du droit, qui est étroitement lié à celui des sources du droit international ») (A/C.6/72/SR.19, par. 54) ; Inde (ibid., par. 15) ; Japon (A/C.6/72/SR.20, par. 68.) ; Malawi (A/C.6/72/SR.26, par. 137) ; Pays-Bas (A/C.6/72/SR.20, par. 24) ; Nouvelle-Zélande (ibid., par. 53) ; Pérou (A/C.6/72/SR.19, par. 12) ; Pologne (« les principes généraux du droit sont la seule source du droit appliqué par la Cour internationale de Justice qui n'ait pas été analysée par la CDI ») (ibid., par. 96) ; Portugal (A/C.6/72/SR.18, par. 92) ; Roumanie (A/C.6/72/SR.19, par. 86) ; Fédération de Russie (ibid., par. 48) ; Singapour (A/C.6/72/SR.18, par. 157) ; Slovaquie (« Les principes généraux du droit sont un complément essentiel des sources primaires du droit international mais la CDI ne leur a pas jusqu'ici accordé beaucoup d'attention. L'examen du sujet est une extension naturelle de ses travaux sur le droit des traités, le droit international coutumier et le *ius cogens* ») (A/C.6/72/SR.19, par. 60) ; Slovénie (ibid., par. 19) ; Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/72/SR.18, par. 63) ; Thaïlande (A/C.6/72/SR.19, par. 64) ; Turquie (A/C.6/72/SR.20, par. 83.) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/C.6/72/SR.26, par. 109).

<sup>3</sup> A/CN.4/713, par. 83.

<sup>4</sup> Résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017, par. 7.

<sup>5</sup> Brésil (A/C.6/73/SR.21, par. 41) ; Colombie (A/C.6/73/SR.27, par. 35) ; Cuba (A/C.6/73/SR.23, par. 54) ; République tchèque (A/C.6/73/SR.21, par. 14) ; Équateur (A/C.6/73/SR.23, par. 18) ; El Salvador (au nom de la Communauté des États d'Amérique latine et des Caraïbes) (A/C.6/73/SR.20, par. 24) ; Estonie (A/C.6/73/SR.21, para. 58) ; Gambie (au nom du Groupe des

l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail actuel de la Commission<sup>6</sup>.

## II. Objet et structure du rapport

4. Étant le premier en son genre, le présent rapport est par nature une introduction préliminaire. Il s'agit essentiellement de poser les fondements des travaux de la Commission sur le sujet « principes généraux du droit » et de recueillir les avis des membres de la Commission et des États à cet égard.

5. Le rapport se divise en quatre parties. La première porte sur certaines généralités. La section I délimite le sujet et relève les principales questions sur lesquelles la Commission devrait, de l'avis du Rapporteur spécial, faire porter ses travaux. Le Rapporteur spécial y décrit également la forme que pourrait prendre le résultat de ces travaux. La section II traite des questions de méthodologie.

6. La deuxième partie porte sur les travaux que la Commission a déjà consacrés à des principes généraux du droit.

7. La troisième partie donne un aperçu de l'évolution des principes généraux du droit au fil du temps. La section I expose la pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale des États et des organes juridictionnels concernant cette source de droit international. La section II retrace les travaux préparatoires de l'Article 38 des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Enfin, la section III résume brièvement la pratique relative aux principes généraux du droit de 1920 à nos jours.

8. On trouvera dans la quatrième partie un premier bilan de certains aspects fondamentaux du présent sujet. La section I porte sur l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et sur les éléments de cette disposition, à savoir l'expression « principes généraux de droit », l'exigence de « reconnaissance » et l'expression « nations civilisées ». Dans la section II sont analysées les origines des principes généraux du droit comme source du droit international. Enfin, la section III apporte quelques éclaircissements terminologiques.

9. La cinquième partie du rapport esquisse un projet de programme de travail futur.

### Première partie : généralités

#### I. Délimitation et résultat des travaux sur le sujet

10. Le présent sujet porte sur les « principes généraux du droit » comme source du droit international. À cet égard, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission a beaucoup contribué à l'étude des sources du droit international. Certains de ses travaux les plus intéressants concernaient par exemple le droit des traités et le droit

---

États d'Afrique) (A/C.6/73/SR.20, par. 27) ; Iran (République islamique d') (A/C.6/73/SR.24, par. 14) ; Italie (A/C.6/73/SR.20, par. 82) ; Japon, (ibid., par. 101). Malawi (A/C.6/73/SR.24, par. 42) ; Mexique (A/C.6/73/SR.25, par. 57) ; Pérou (A/C.6/73/SR.20, par. 86) ; Pologne (ibid., par. 99) ; Portugal (A/C.6/73/SR.21, par. 3) ; République de Corée (A/C.6/73/SR.23, par. 70) ; Fédération de Russie (A/C.6/73/SR.22, par. 50) ; Sierra Leone (ibid., par. 73) ; Singapour (A/C.6/73/SR.20, para. 96) ; Slovaquie (A/C.6/73/SR.21, par. 26) ; Togo (A/C.6/73/SR.22, par. 103) ; Royaume-Uni (ibid., par. 77) ; États-Unis (A/C.6/73/SR.29, par. 25, la délégation craignant par ailleurs qu'« on ne dispose peut-être pas de documents suffisants sur la pratique des États dans ce domaine pour que la Commission puisse tirer des conclusions utiles ».)

<sup>6</sup> Résolution 73/265 de l'Assemblée générale en date du 22 décembre 2018, par. 7.

international coutumier. Elle est donc bien placée pour éclaircir à plusieurs égards la question des principes généraux du droit, et ce, de manière pragmatique, sur la base du droit et de la pratique actuels. Dans le cadre de ces travaux, elle devrait donner des orientations aux États, aux organisations et juridictions internationales ainsi qu'à toute personne appelée à manier les principes généraux du droit comme source du droit international.

11. Depuis l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale en 1920, diverses questions pratiques et théoriques concernant les principes généraux du droit se posent avec insistance. La pratique des États et des juridictions internationales a pu être qualifiée d'obscur ou ambiguë. La doctrine est par ailleurs particulièrement disserte sur le sujet, preuve non seulement de l'intérêt qu'il continue de susciter mais aussi la diversité des points de vue soutenus, face à laquelle une clarification s'impose. Dans ce contexte, sachant que le sujet touchera probablement à certains aspects fondamentaux de l'ordonnement juridique international, une approche prudente et rigoureuse est de mise.

12. On trouvera ci-après un bref exposé des principales questions que la Commission devrait, de l'avis du Rapporteur spécial, examiner et clarifier à propos du sujet qui nous occupe. Cet exposé ne vise pas à l'exhaustivité, mais à connaître l'avis préliminaire de la Commission et des États en ce qui concerne les travaux à venir sur le sujet.

## A. Questions soumises à l'examen de la Commission

13. Sans écarter d'autres questions ou aspects du sujet à l'examen, la Commission pourrait s'intéresser aux points ci-après. Certains d'entre eux feront l'objet d'un plus long développement dans la suite du présent rapport.

### 1. La nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international.

14. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice détermine par une formule lapidaire la nature juridique des principes généraux du droit en tant que source du droit international. Son libellé est le suivant :

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

...

c) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

15. Cette disposition est l'une des références incontournables sur la question, tant dans la pratique que dans la doctrine. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission devrait prendre pour point de départ le paragraphe 1 c) de l'Article 38, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux.

16. À cet égard, la Commission devrait dès l'abord analyser les trois éléments énoncés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir l'expression « principes généraux de droit », l'exigence de « reconnaissance » et l'expression « nations civilisées ». On trouvera dans la quatrième partie ci-dessous un premier examen de ces éléments.

17. Le paragraphe en question présente plusieurs difficultés. Par exemple, la Commission devrait chercher à savoir si l'expression « principes généraux de droit » donne des indications quant à la nature, à la teneur ou à la fonction possibles de cette

source de droit international, à son rapport avec les autres sources ou à son champ d'application.

18. L'exigence d'une « reconnaissance », qui revêt une importance particulière, est peut-être au cœur des travaux de la Commission sur le sujet. La Commission pourrait ainsi apporter des éclaircissements sur un certain nombre de questions à cet égard, telles que les différentes formes que peut prendre la reconnaissance, les éléments pertinents pour en constater l'existence et leur poids respectif et la mesure dans laquelle cette reconnaissance est exigée.

19. Il convient également de se demander de qui la reconnaissance est exigée et ce que recouvre le terme « nations civilisées ». L'emploi de cette expression, jugée anachronique, semble souvent condamné. Telle semble être la position actuelle des États, qui l'ont omise dans certains traités postérieurs à l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>7</sup> et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>8</sup>.

20. Concernant la personne dont doit émaner la reconnaissance, la Commission souhaitera peut-être examiner plus avant si les organisations internationales et d'autres acteurs peuvent également contribuer à faire surgir des principes généraux du droit en tant que source du droit international.

## 2. Origine des principes généraux du droit

21. La question de l'origine des principes généraux du droit en tant que source du droit international est consubstantielle à celle qui précèdent. La doctrine, mais également la pratique, sont loin d'être unanimes sur cette question et l'on a pu, suivant l'origine des principes généraux du droit, en distinguer plusieurs catégories.

22. Deux catégories semblent se détacher parmi celles pouvant relever de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : a) les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux ; b) les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Ces deux catégories feront l'objet de la quatrième partie ci-dessous.

23. La doctrine mentionne aussi d'autres catégories de principes généraux du droit. Un auteur distingue par exemple, outre les deux catégories visées ci-dessus, les principes intrinsèques à l'idée de droit au fondement de tous les systèmes juridiques, ceux appliqués dans tous types de sociétés pour régir les rapports hiérarchiques et les relations de coordination et ceux fondés sur la nature même de l'homme en tant qu'être rationnel et social<sup>9</sup>. Un autre auteur établit de même une distinction entre les principes applicables à toutes sortes de relations juridiques et ceux qui ressortissent à la logique juridique<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171.

<sup>8</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), *ibid.*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

<sup>9</sup> O. Schachter, "International law in theory and practice : General course in Public International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1982-V*, vol. 178, 1982, p. 74 et 75.

<sup>10</sup> H. Mosler, "General principles of law", in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Amsterdam, Elsevier, 1995, p. 513 à 515.

### 3. Les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international

24. La Commission souhaitera peut-être examiner, entre autres questions majeures, les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec d'autres sources du droit international, en particulier les traités et la coutume. Elle a partiellement répondu à ces questions dans le cadre de ses travaux antérieurs<sup>11</sup>.

25. Plusieurs éclaircissements s'imposeraient ici. Un point de vue largement partagé consiste par exemple à considérer les principes généraux comme une source accessoire<sup>12</sup> de droit international, en ce sens qu'ils viendraient combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier ou serviraient à éviter le *non liquet*<sup>13</sup>. Si tel est le cas, la Commission devra peut-être chercher à savoir si ces lacunes existent effectivement et comment les circonscrire. De même, la Commission devra peut-être chercher ce que recouvre l'expression « *non liquet* » et s'il existe à ce sujet une prohibition générale en droit international.

26. Certains auteurs avancent également que les principes généraux du droit peuvent être non seulement une source directe de droits et d'obligations<sup>14</sup> mais également un moyen d'interpréter d'autres règles du droit international<sup>15</sup> ou d'étayer le raisonnement juridique<sup>16</sup>. On leur attribue parfois un rôle plus abstrait, par exemple

<sup>11</sup> Voir par. 65 à 75 ci-après.

<sup>12</sup> Le terme « auxiliaire » apparaît souvent dans la doctrine. Étant donné toutefois qu'il figure aussi à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, pour qualifier les décisions judiciaires et la doctrine, son emploi, appliqué aux principes généraux du droit, peut prêter à confusion.

<sup>13</sup> H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 125 à 130. A. Pellet et D. Müller, « Article 38 », in A. Zimmermann et C.J. Tams (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 923. M. Andenas et L. Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law », in M. Andenas et al. (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, Brill, 2019, p. 10 et 14 ; C. Redgwell, « General principles of international law », in S. Vogenauer et S. Weatherill (dir.), *General Principles of Law : European and Comparative Perspectives*, Hart, 2017, p. 7 ; F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2008, p. 7. J.G. Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations », in F. Kalshoven et al. (dir.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys*, Iphen aa den Rijn, Sijthoff et Noordhoff, 1980, p. 64 ; J.A. Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional », *Revista IIDH*, vol. 14, 1991, p. 14 et 29 ; M. Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations », *Nordic Journal of International Law*, vol. 46, 1977, p. 37 ; A. Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 202 et 204 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Editions Panthéon-Assas, 1929/1999, p. 117.

<sup>14</sup> Voir par. 68 ci-après. Voir également Pellet et Müller, « article 38 » (*supra*, note 13), p. 941.

<sup>15</sup> Voir par. 66 ci-après. Voir aussi Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law » (*supra*, note 13), p. 10, 14 et 15 ; Raimondo, *General Principles of Law ...* (*supra*, note 13), p. 7 ; Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 64 et 65.

<sup>16</sup> Pellet et Müller, « article 38 » (*supra*, note 13), p. 944 ; Raimondo, *General Principles of Law ...* (*supra*, note 13), p. 7 ; Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice » (*supra*, note 13), p. 202.

celui d'un soubassement ou d'un fondement du système juridique international<sup>17</sup> ou encore d'un moyen d'en renforcer le caractère systématique<sup>18</sup>.

27. En ce qui concerne le rapport entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit internationales, se pose aussi la question de l'autonomie. La plupart des auteurs considèrent les principes généraux du droit comme distincts des traités et de la coutume et s'appuient en cela sur une interprétation simple de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, pris dans son ensemble. Certains semblent refuser cette autonomie au motif, par exemple, qu'un principe général du droit devrait être incorporé d'une manière ou d'une autre dans les traités ou repris en droit international coutumier<sup>19</sup>.

28. Le rapport entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, parfois décrit comme peu claire<sup>20</sup>, mérite une attention particulière<sup>21</sup>. Il ne faut toutefois pas oublier que la règle de droit international coutumier suppose une « pratique générale acceptée comme étant le droit » (autrement dit une *opinio juris*), alors que le principe général de droit doit être « reconnu par les nations civilisées ». Il semble donc bien y avoir deux sources distinctes à ne pas confondre.

#### 4. Détermination des principes généraux du droit

29. Comme pour le sujet de la « Détermination du droit international coutumier », la Commission peut fournir des orientations pratiques sur les moyens permettant de déterminer les principes généraux du droit. Cette question est étroitement liée au sens de l'expression « reconnus par les nations civilisées » employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dans la mesure où il convient d'examiner les critères qui sous-tendent la reconnaissance des principes généraux du droit afin de les déterminer.

30. Les moyens de détermination des principes généraux du droit seront fonction des conclusions auxquelles la Commission aboutira concernant les questions susmentionnées<sup>22</sup>. Par exemple, pour déterminer les principes généraux du droit issus des systèmes juridiques nationaux, une analyse en deux temps peut s'avérer nécessaire : il faudra tout d'abord établir qu'un principe est commun à la majorité des

<sup>17</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, opinion individuelle de M. le Juge Cançado Trindade, p. 152, par. 41 (« C'est à l'aune [des principes généraux de droit] que tout le corpus du droit des gens devait être interprété et appliqué ») ; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens and Sons, 1958, p. 106.

<sup>18</sup> Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law » (*supra*, note 13), p. 10 et suiv.;

<sup>19</sup> Voir, par exemple, G. Tunkin, *Theory of International Law*, L.N. Shestakov (dir), Wildy, Simmons and Hill, 2003, p. 145 à 157, et « Co-existence and international law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 95, 1958, p. 26. V.M. Koretsky, « Общие Принципы Права » в *Международном Международном Праве* [« Les principes généraux du droit » en droit international] (Kiev, Académie ukrainienne des sciences, 1957).

<sup>20</sup> B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953, p. 23. Voir également par. 70 et 71 ci-dessous.

<sup>21</sup> Voir, par exemple, Pellet et Müller, « article 38 » (*supra*, note 13), p. 943 (les principes généraux du droit sont « transitoires » en ce sens que leur invocation répétée au plan international leur confère le rang de coutume et qu'il devient donc inutile d'y faire appel en tant que principes). Voir aussi P. Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules », in M. Andenas *et al* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 47 à 59.

<sup>22</sup> Les principes généraux du droit sont décrits comme une « notion hétérogène », en ce sens que leur nature et leur mode de détermination peuvent varier selon la catégorie de principes généraux du droit concernée. Voir Lammers, « General principles of law recognized by civilized nation » (*supra*, note 13), p. 74 et 75.

systèmes juridiques nationaux avant de déterminer ensuite s'il est applicable à l'ordre juridique international<sup>23</sup>.

31. Si, en revanche, la Commission parvient à la conclusion que les principes généraux du droit découlent des principes du système juridique international, et non pas des principes communs aux systèmes juridiques nationaux, la méthode de détermination peut être différente. Même si l'analyse en deux temps mentionnée ci-dessus est superflue, il resterait toutefois à établir la « reconnaissance » au sens du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut.

32. En outre, la Commission peut clarifier le rôle joué par les décisions judiciaires et la doctrine comme « moyens auxiliaires », au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, dans la détermination des principes généraux du droit. À cet égard, il conviendrait de tenir compte des avis selon lesquels les décisions des juridictions internationales aident non seulement à déterminer les principes généraux du droit, mais jouent également un rôle important dans la formation de cette source de droit international<sup>24</sup>.

33. La Commission souhaitera peut-être aussi se pencher sur la question de savoir s'il existe des principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut qui ne sont pas universels mais régionaux, voire applicables dans le cadre des relations bilatérales<sup>25</sup>.

## B. Résultat final

34. Le Rapporteur spécial est d'avis que le résultat final des travaux portant sur le présent sujet pourrait prendre la forme de conclusions assorties de commentaires. Un premier projet de conclusion sur la portée du sujet semble se justifier à ce stade :

*« Projet de conclusion 1 : Champ d'application »*

Le présent projet de conclusion se rapporte aux principes généraux de droit comme source du droit international. »

## II. Méthodologie

35. Les travaux de la Commission s'appuieront essentiellement sur la pratique étatique, à savoir notamment les déclarations, les échanges diplomatiques, les conclusions soumises aux juridictions internationales, les traités et les travaux préparatoires correspondants et les décisions des juridictions nationales.

36. La pratique des organisations internationales peut également être analysée si elle est jugée pertinente aux fins de l'examen du présent sujet.

37. La jurisprudence internationale sera également étudiée. L'objectif est d'être aussi exhaustif que possible lors de l'examen de la jurisprudence actuelle sur le sujet.

38. D'un point de vue méthodologique, il est primordial de décider du choix des éléments pertinents aux fins de l'étude du présent sujet. En effet, des termes tels que « principe », « principe général », « principe général du droit », « principe général du

<sup>23</sup> Voir les troisième et quatrième parties ci-dessous.

<sup>24</sup> Voir par exemple, J.R. Leiss, « The juridical nature of general principles », dans M. Andenas et al. (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 79 à 99.

<sup>25</sup> Voir par exemple, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (Genève, Presses universitaires de France, 2000), p. 50 à 52 ; Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 63.

droit international » et « principe du droit international » se retrouvent souvent dans la pratique et dans la doctrine, généralement sans indication claire quant à leur origine. Or, il se peut très bien qu'ils fassent parfois référence à une règle de droit international conventionnel ou coutumier et non à un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut. Comment faire la distinction ?

39. Pour que la Commission puisse sélectionner les éléments pertinents, le Rapporteur spécial estime qu'il est nécessaire de prendre en compte certains facteurs. Il s'agit notamment de savoir :

a) S'il est fait expressément référence à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ;

b) S'il est fait implicitement référence à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut (par exemple, par l'emploi du terme « principes généraux de droit ») ;

c) Si une norme juridique est invoquée ou appliquée à défaut d'une règle de droit international conventionnel ou coutumier ;

d) S'ils existe une règle conventionnelle ou coutumière applicable à la situation en question même si les termes « principe », « principe général » ou autres termes analogues sont employés<sup>26</sup> ;

e) Si l'instrument régissant le fonctionnement d'une juridiction contient une disposition relative au droit applicable qui inclut des principes généraux du droit<sup>27</sup>.

Dans la mesure du possible, le Rapporteur spécial a tenu compte de ces facteurs lorsqu'il a retenu les éléments examinés ci-après.

40. La doctrine universitaire relative aux principes généraux du droit sera également examinée de manière intégrée et systématique avec le reste des éléments. À cet égard et à la fin de ses travaux, la Commission pourrait fournir une bibliographie largement représentative reprenant les principaux écrits relatifs au présent sujet.

41. Des exemples de principes généraux du droit seront certainement cités dans le cadre des travaux de la Commission sur le présent sujet et dans les commentaires qui accompagneront le projet de conclusions. Toutefois, conformément à la pratique de la Commission, le Rapporteur spécial estime que ces références ne sont fournies qu'à titre indicatif et que la Commission ne devrait pas examiner la question des principes généraux du droit<sup>28</sup> quant au fond.

## Deuxième partie : Travaux précédents de la Commission

42. Avant d'entamer l'analyse des questions exposées dans la première partie, il est utile de rappeler les travaux précédents de la Commission susceptibles d'intéresser

<sup>26</sup> Il se peut qu'une règle de droit international conventionnel ou coutumier traite de la même question qu'un principe général de droit. On peut citer pour exemple le principe de la *res judicata* (chose jugée) tel qu'appliqué par la Cour internationale de Justice, qui, tout en étant souvent qualifié de principe général de droit, est également lié aux articles 59, 60 et 61 du Statut de la Cour. Dans de tels cas, il peut être nécessaire de s'accorder un temps de réflexion sur la question de savoir si la Cour applique un principe général de droit ou une règle conventionnelle, ou les deux en même temps.

<sup>27</sup> On peut soutenir, comme il ressort d'ailleurs de la jurisprudence dont il est question ci-dessous, qu'il n'est peut-être pas nécessaire qu'un statut ou un compromis fasse expressément référence aux principes généraux du droit pour qu'une juridiction puisse les appliquer.

<sup>28</sup> Voir l'approche retenue par la Commission dans son projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (par. 6 du commentaire de la conclusion 1, A/73/10, par. 65 et 66, p. 125).

l'examen du présent sujet<sup>29</sup>. Le Rapporteur spécial entend faire fond sur ces travaux selon qu'il conviendra.

43. Depuis sa création, la Commission s'est intéressée, quoique ponctuellement, aux principes généraux du droit. Par commodité, ces travaux se divisent en deux parties : premièrement, les références aux principes généraux du droit dans les travaux de la Commission, y compris des exemples de ces principes ; deuxièmement, le précédent examen de certains aspects de cette question par la Commission, lesquels sont présentés ci-dessus.

## **I. Références aux principes généraux du droit dans les travaux de la Commission**

44. Les travaux de la Commission font systématiquement référence aux « principes », « principes généraux », « principes généraux du droit » et à d'autres termes analogues. Toutefois, comme c'est souvent le cas ailleurs, il n'est pas toujours possible de déterminer clairement s'il s'agit de références aux principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ou à autre chose. Il convient donc de faire preuve de précaution lors de l'examen des travaux de la Commission.

45. Les exemples qui suivent sont donnés à titre indicatif et ne sont en aucun cas exhaustifs. Il s'agit notamment de références aux principes généraux du droit dans les déclarations de la Commission plénière, dans celles de certains membres de la Commission au cours des débats, dans les rapports présentés par les rapporteurs spéciaux sur divers sujets et dans les mémoires établis par le Secrétariat.

46. Dans le cadre du sujet consacré à la « Formulation des principes de Nuremberg » (Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal), la Commission a formulé un certain nombre de « principes du droit international » en matière pénale. Au cours de ses débats, la Commission s'est interrogée sur la question de savoir si elle devait ou non déterminer dans quelle mesure les principes contenus dans le Statut du Tribunal militaire international et dans le Jugement avaient valeur de principes de droit international. Elle a abouti à la conclusion que, les principes de Nuremberg ayant été consacrés par l'Assemblée générale, sa tâche ne consistait pas à porter un jugement sur la question de savoir s'ils constituaient ou non des principes de droit international, mais purement

<sup>29</sup> On trouvera un autre exposé des travaux de la Commission relatifs aux principes généraux du droit dans le projet de rapport de 2018 de l'Association de droit international intitulé « The use of domestic law principles in the development of international law » (Usage des principes du droit interne pour le développement du droit international) (par. 106 à 181). Le rapport présente une approche quelque peu différente, l'accent étant mis sur les références aux principes du droit interne dans le cadre des travaux de la Commission. Il est indiqué que, conformément à son mandat, le Groupe d'étude s'est expressément concentré sur les principes généraux issus du droit interne, sans examiner si ceux-ci pouvaient également provenir d'autres sources (ibid., par. 2). Il est également dit dans le rapport que le Groupe d'étude a achevé ses travaux mais que, compte tenu de la complexité du projet et de l'intérêt qu'il continue de présenter, il recommanderait que l'Association envisage de constituer un comité plus représentatif pour contribuer aux travaux de la Commission du droit international sur le sujet plus large des principes généraux du droit (y compris les autres sources potentielles dont les principes généraux pourraient être issus) (ibid., p. 70). Voir également la résolution 9/2018 adoptée à la soixante-dix-huitième Conférence de l'Association de droit international, tenue à Sydney (Australie) du 19 au 24 août 2018.

et simplement à les formuler<sup>30</sup>. Les principes qu'elle a élaborés devraient donc être interprétés en gardant cela à l'esprit.

47. Au cours des débats de la Commission sur ce sujet, la nature juridique du droit de légitime défense de l'accusé a posé question. Un membre estimait que

le droit de légitime défense est certainement un principe du droit international consacré dans la Charte et dans le Jugement et qu'il constitue en même temps l'un des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>31</sup>.

Sur ce même point, un autre membre a fait observer que les principes généraux de droit mentionnés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 étaient des principes de droit interne et que l'on ne saurait donc considérer qu'il existe un principe de droit international en matière de légitime défense, laquelle relève d'ailleurs de la procédure pénale<sup>32</sup>. Ce point de vue a été contesté au motif que rien dans ladite disposition n'était circonscrit aux principes du droit interne. Il a été dit que le Statut de la Cour faisait référence dans ce paragraphe aux principes du droit international tout comme aux principes du droit interne<sup>33</sup>.

48. Dans son projet d'articles relatif au plateau continental et aux sujets voisins, la Commission a noté, dans le commentaire du projet d'article 2 (relatif à l'exercice par l'État riverain de son contrôle et de sa juridiction sur le plateau continental), que

[elle] n'a pas essayé de fonder sur le droit coutumier le droit de l'État riverain à l'exercice du contrôle et de la juridiction aux fins limitées énoncées à l'article 2. Il suffit de dire que le principe du plateau continental repose sur des principes généraux de droit qui répondent aux besoins actuels de la communauté internationale<sup>34</sup>.

49. Des références aux principes généraux du droit apparaissent également dans les travaux de la Commission relatifs à la procédure arbitrale. Dans un premier projet sur la procédure arbitrale, en 1952, la Commission a estimé que le tribunal d'arbitrage avait toujours compétence pour statuer sur la base des principes généraux de droit considérés comme des règles de droit positif, mais n'était pas habilité à agir en qualité d'amiable compositeur, c'est-à-dire à statuer *contra legem*, sans le consentement des parties<sup>35</sup>. La Commission a également considéré, s'agissant du projet d'article 12, que

le paragraphe 2 contenait l'une des stipulations les plus importantes de tout le projet. Il correspond à la règle générale de droit reconnue par un grand nombre

<sup>30</sup> *Annuaire ... 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374, par. 96. Voir aussi *Annuaire ... 1949*, p. 133, par. 35 ; *Annuaire ... 1950*, vol. II, document A/CN.4/22, p. 189, par. 36.

<sup>31</sup> *Annuaire ... 1949*, p. 205, par. 75.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 206, par. 80. Spiropoulos a également déclaré que, au sens de ce paragraphe, la Cour devait, si nécessaire, appliquer les principes généraux du droit interne pour statuer sur des différends internationaux (*ibid.*).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 206, par. 81. Scelle a souligné toutefois que tout principe de droit international trouvait son origine dans la coutume. Avant de devenir un principe de droit international, tout principe était donc d'abord un principe général de droit interne et, aux deux stades de son développement, il pouvait être appliqué par la Cour dans le règlement des différends internationaux (*ibid.*).

<sup>34</sup> Par. 6 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur le plateau continental et aux sujets voisins, *Annuaire... 1951*, vol. II, document A/1858, annexe, p. 142.

<sup>35</sup> Par. 8 du commentaire de l'article 9 du projet sur la procédure arbitrale, *Annuaire... 1952*, vol. II, document A/2163, chap. II, p. 63. Voir aussi *Annuaire... 1953*, vol. I, 194<sup>e</sup> séance, p. 63 et 64, par. 73.

de systèmes juridiques du monde selon laquelle un juge ne peut refuser de juger sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi<sup>36</sup>.

50. Le projet d'article 12 a fait l'objet d'un nouvel examen en 1958 au cours duquel sa suppression avait été proposée<sup>37</sup>. La disposition a finalement été retenue en tant qu'article 11 (« Le tribunal ne peut prononcer le *non liquet* sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit à appliquer »)<sup>38</sup>. La Commission a également adopté l'article 10 concernant la possibilité pour un tribunal d'arbitrage d'appliquer, entre autres, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » à défaut d'accord entre les parties sur le droit à appliquer<sup>39</sup>.

51. Dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités, la Commission a fait également plusieurs références aux principes généraux de droit. Par exemple, le Rapporteur spécial, Sir Hersch Lauterpacht, a suggéré que les conditions de validité des traités, leur exécution, leur interprétation et leur extinction étaient régies par la coutume internationale et, le cas échéant, par les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>40</sup>. Il a en outre été fait mention des principes généraux du droit en ce qui concerne la nullité des accords contractuels dont l'objet est illégal<sup>41</sup>, le principe *fraus omnia corrumpit*<sup>42</sup>, l'erreur comme vice de consentement<sup>43</sup> et les exceptions à la règle *pacta tertiis*<sup>44</sup>.

52. Dans le projet d'articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, la Commission a fait référence au « principe général » de l'équité, « dont il ne faut jamais détourner trop longtemps le regard et qui recommande dans ce cas un partage des biens entre l'État successeur et l'État prédécesseur »<sup>45</sup>.

53. L'article 33 du projet de statut d'une cour criminelle internationale prévoyait que cette cour appliquerait, entre autres, « les traités applicables et les principes et règles du droit international général »<sup>46</sup>. Il était précisé dans le commentaire assorti à la disposition que « [l]'expression "règles et principes" du droit international général recouvr[ait] les principes généraux de droit, si bien que la cour p[ouvai]t légitimement faire appel à l'ensemble des règles du droit pénal, qu'elles émanent d'instances nationales ou de la pratique internationale, chaque fois qu'elle aura[it] besoin d'être éclairée sur des questions qui n'[étaie]nt pas clairement réglementées par la voie conventionnelle »<sup>47</sup>.

<sup>36</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 12 du projet sur la procédure arbitrale, *Annuaire... 1952*, vol. II, document A/2163, chap. II, p. 64. Voir aussi *Annuaire... 1953*, vol. I, 188<sup>e</sup> séance, p. 24, par. 25 et 26 ; *Annuaire... 1958*, vol. I, 441<sup>e</sup> et 442<sup>e</sup> séances, p. 44 à 47, par. 17 à 52.

<sup>37</sup> *Annuaire... 1958*, vol. I, p. 48 à 52, par. 69 à 74 et par. 1 à 42, respectivement.

<sup>38</sup> *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 88 et suivantes, par. 22.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> *Annuaire... 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 90, 105 à 106, projet d'article 3 et commentaires se rapportant aux articles relatifs au droit des traités proposés par le Rapporteur spécial sur le sujet.

<sup>41</sup> Ibid., p. 155, commentaire du projet d'article 15, par. 5.

<sup>42</sup> *Annuaire... 1963*, vol. I, 679<sup>e</sup> séance, p. 35 à 41, par. 2 à 60.

<sup>43</sup> Ibid., 680<sup>e</sup> séance, p. 44 à 47, par. 19 à 60.

<sup>44</sup> Voir le par. 1 du commentaire du projet d'article 62 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 20.

<sup>45</sup> Voir le paragraphe 8 du commentaire portant sur la deuxième partie du projet d'articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire... 1981*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29.

<sup>46</sup> Art. 33 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (deuxième partie), par. 91, p. 60.

<sup>47</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 33, ibid. Voir également par. 5, ibid., p. 55. Pour consulter les précédents débats de la Commission sur cette question, voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2254<sup>e</sup> à 2264<sup>e</sup> séances, p. 3 à 72 ; ibid., vol. II (deuxième partie), p. 14, par. 77 ; *Annuaire... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 17, par. 63.

54. Il semble que la Commission ait déterminé plusieurs « principes généraux » dans le cadre de ses travaux relatifs au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Elle a reconnu, en se fondant sur les Principes de Nuremberg, le « principe général de l'applicabilité directe du droit international aux individus auteurs de crimes de droit international »<sup>48</sup>. Elle a également reconnu « le principe général de l'autonomie du droit international par rapport au droit interne en ce qui concerne la qualification pénale des comportements constituant des crimes de droit international »<sup>49</sup>. En particulier, la Commission a également déclaré que le fait qu'il n'était pas nécessaire qu'un individu sache d'avance quel châtimeut il encourait pour un crime était « [conforme au] principe du châtimeut des auteurs de crimes au regard du droit international coutumier ou des principes généraux du droit [...] reconnu dans le jugement du Tribunal de Nuremberg et au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »<sup>50</sup>.

55. La Commission a également fait référence aux « principes généraux du droit pénal relatifs à la complicité »<sup>51</sup>, ainsi qu'au « principe général » *aut dedere aut judicare*<sup>52</sup> et au principe du procès équitable<sup>53</sup>.

56. Les articles 14 et 15 du projet de code traitent de la recevabilité des faits justificatifs et des circonstances atténuantes, lesquels doivent être pris en compte « conformément aux principes généraux de droit »<sup>54</sup>. En ce qui concerne l'article 14, la Commission a expliqué qu'une juridiction compétente doit examiner la validité du fait justificatif au regard des principes généraux du droit, ce qui limite les faits justificatifs possibles à ceux qui sont « bien établis et très généralement considérés comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international »<sup>55</sup>. Des conclusions analogues ont été tirées en ce qui concerne les circonstances atténuantes<sup>56</sup>. La Commission a considéré que la jurisprudence des tribunaux militaires et des tribunaux nationaux après le procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal de Nuremberg pouvait fournir des éléments utiles à la détermination des principes généraux régissant ces questions<sup>57</sup>.

57. La Commission a également fait référence à divers « principes », « principes généraux », « principes généraux du droit » et « principes généraux du droit international » dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>58</sup>. S'agissant de l'article 3, par exemple, la Commission a déterminé le « principe » selon lequel la qualification du fait de l'État comme

<sup>48</sup> Par. 8 du commentaire de l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 50, p. 18.

<sup>49</sup> Par. 12, *ibid.*

<sup>50</sup> Par. 7 du commentaire de l'art. 3, *ibid.*, p. 23.

<sup>51</sup> Par. 5 du commentaire de l'article 6, *ibid.*, p. 27.

<sup>52</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 9, *ibid.*, p. 32.

<sup>53</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 11, *ibid.*, p. 35. Il a également été fait référence à certains « principes généraux du droit pénal » lors des débats de la Commission sur le sujet. Voir, par exemple, *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 14, par. 23, p. 19, par. 51 et 52, p. 26, par. 42, p. 37, par. 27, p. 51, par. 35 et 36 ; *Annuaire... 1986*, vol. I, p. 148, par. 43, p. 150, par. 58 et 61, p. 158, par. 1 et 4, p. 159 et 160, par. 11 et 14 à 16, p. 187, par. 36 ; *Annuaire... 1988*, vol. I, p. 294, par. 46 et 47.

<sup>54</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 50, p. 41 et 44.

<sup>55</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 14, *ibid.*, p. 41. Voir la suite des débats sur cette question dans *Annuaire... 1991*, 2236<sup>e</sup> séance, vol. I, p. 202 à 204, par. 66 à 94.

<sup>56</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 11, *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 50, p. 44.

<sup>57</sup> Par. 4, *ibid.*

<sup>58</sup> Des références similaires ont été faites au titre du sujet « Responsabilité des organisations internationales ». Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (deuxième partie).

internationalement illicite n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne<sup>59</sup>.

58. En ce qui concerne l'attribution, la Commission a fait référence au « principe général » selon lequel le comportement de personnes ou d'entités privées, ainsi que de mouvements insurrectionnels qui ont échoué, ne sont pas attribuables à l'État<sup>60</sup>. Elle a également fait référence au « principe général » du droit intertemporel<sup>61</sup> et au « principe général » selon lequel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée<sup>62</sup>. En ce qui concerne la force majeure, la Commission a estimé qu'elle « constitue vraisemblablement un principe général de droit »<sup>63</sup>.

59. Dans ses principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la Commission a indiqué que « [c]ertains principes généraux concernant le paiement de l'indemnisation ont pris forme au fil du temps et ont été consacrés par la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux internationaux »<sup>64</sup>. Dans le cadre des débats de la Commission, il a également été fait référence aux principes généraux du droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice, comme le principe pollueur-payeur<sup>65</sup>.

60. Dans le cadre de ses travaux sur la protection diplomatique, la Commission a considéré que, en cas d'atteinte directe aux actionnaires et lorsque la société a été constituée dans l'État auteur du fait illicite, « [o]n pourrait néanmoins invoquer les principes généraux de droit pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire »<sup>66</sup>. De même, la Commission était d'avis que, en cas d'exercice conjoint de la protection diplomatique, les questions relatives aux situations de ce type « doivent être réglées conformément aux principes généraux du droit reconnus par les tribunaux nationaux et internationaux concernant la satisfaction des réclamations conjointes »<sup>67</sup>.

61. Le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international de la Commission a fait référence, dans ses conclusions, au « principe général » du *lex specialis derogat legi generali*<sup>68</sup>, considéré comme une « maxime » ou une « méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international », au « principe » du *lex posterior derogat legi priori*<sup>69</sup> et au « principe de l'harmonisation » en tant que principe généralement reconnu selon lequel « lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les

<sup>59</sup> Commentaires des articles 3 et 32 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 37 et 100.

<sup>60</sup> Commentaires des art. 8 et 10, *ibid.*, p. 49, 52 et 54.

<sup>61</sup> Commentaire de l'art.13, *ibid.*, p. 60 à 62.

<sup>62</sup> Par. 2 du commentaire de l'art. 29, *ibid.*, par. 76 et 77, p. 93.

<sup>63</sup> Par. 8 du commentaire de l'art. 23, *ibid.*, p. 82. Dans une étude de 1978, le Secrétariat a estimé que la force majeure pouvait être considérée comme un principe général de droit (voir *Annuaire ... 1978*, vol. II (première partie), document A/CN.4/315, p. 202 et 203, par. 525 à 529).

<sup>64</sup> Par. 18 du commentaire du principe 3 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), par. 66 et 67, p. 79.

<sup>65</sup> Voir, par exemple, *Annuaire ... 2003*, vol. I, 2766<sup>e</sup> séance, p.114, par. 32 et p. 116, par. 48.

<sup>66</sup> Par. 4 du commentaire de l'art. 12 des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), par. 49 et 50, p. 42.

<sup>67</sup> Par. 4 du commentaire de l'art. 6, *ibid.*, p. 32.

<sup>68</sup> Par. 5 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *ibid.*, par. 251, p.186.

<sup>69</sup> Par. 24 à 27, *ibid.*, p. 190.

interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »<sup>70</sup>.

62. Dans le cadre du débat sur le rapport établi par le Groupe d'étude en 2005 sur le même sujet, un membre de la Commission a noté que le rapport contenait « des références assez vagues aux « general principles of international law ». Il était d'avis que, en français du moins, il existait une nette différence entre « les principes généraux du droit international » et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », ces derniers étant ceux visés par l'Article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>71</sup>.

63. Dans ses commentaires du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a évoqué les « principes généraux » de bonne foi et de réciprocité<sup>72</sup>. En ce qui concerne le second, elle était d'avis qu'il « est en effet reconnu non seulement comme un principe général, mais également comme un principe d'application automatique ne nécessitant ni clause spécifique dans le traité ni déclaration unilatérale de la part des États ou organisations internationales ayant accepté la réserve en ce sens »<sup>73</sup>.

64. D'autres normes ont été considérées comme des principes généraux du droit dans le cadre des travaux de la Commission, notamment celles relatives au lien entre demande reconventionnelle et demande principale<sup>74</sup>, à la distinction entre coûts et charges<sup>75</sup>, à la lecture publique de décisions judiciaires<sup>76</sup>, à l'abus de droit<sup>77</sup>, au principe *ex injuris jus non oritur*<sup>78</sup>, au libre consentement<sup>79</sup>, à la nullité des accords contractuels dont l'objet est illégal<sup>80</sup>, à la compétence des tribunaux<sup>81</sup> et à la notion d'« anticipations communes »<sup>82</sup>.

## II. Questions relatives au présent sujet sur lesquelles la Commission a été appelée à se prononcer

65. Outre le fait d'évoquer des principes généraux du droit et d'en donner des exemples dans ses travaux, la Commission a examiné des questions précises liées au présent sujet et qui sont énoncées dans la première partie.

66. Par exemple, les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international<sup>83</sup> concernent également certains aspects du présent sujet, notamment la relation entre les principes généraux du droit et d'autres sources du droit international, ainsi que les fonctions des principes généraux du droit.

<sup>70</sup> Par. 4, *ibid.*, p. 186.

<sup>71</sup> *Annuaire ... 2005*, vol. I, 2860<sup>e</sup> séance, p. 228, par. 60.

<sup>72</sup> Par. 5 du commentaire de la directive 3.1.5 et par. 33 du commentaire de la directive 4.2.4 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (troisième partie), p. 222 et 284 respectivement.

<sup>73</sup> Par.33 du commentaire de la directive 4.2.4, *ibid.*, p. 284.

<sup>74</sup> *Annuaire ... 1953*, vol. I, 188<sup>e</sup> séance, p.27, par.75.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 192<sup>e</sup> séance, p. 53, par. 98.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 193<sup>e</sup> séance, p. 57, par. 65.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 236<sup>e</sup> séance, p. 362, par. 92, et p. 376, par. 67 et 68. *Annuaire ... 1953*, vol. II, p. 219, par. 100.

<sup>78</sup> *Annuaire ... 1953*, vol. II, A/CN.4/63, p. 148, par. 3 du commentaire du projet d'art.12 des articles relatifs au droit des traités présentés par le Rapporteur spécial sur le sujet.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 149, par. 6.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 155, par. 5 du commentaire du projet de l'art.15 des articles relatifs au droit des traités présentés par le Rapporteur spécial sur le sujet.

<sup>81</sup> *Annuaire ... 1958*, vol. I, 441<sup>e</sup> séance, p. 43, par.8

<sup>82</sup> *Annuaire ... 1958*, vol. I, 1739<sup>e</sup> séance, p. 242, par.6.

<sup>83</sup> *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), p.186, par. 251.

Il convient d'attirer l'attention sur les conclusions du groupe d'étude énoncées ci-après :

a) Concernant la maxime *lex specialis derogat legi generali*, « [l]a source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux »<sup>84</sup> ;

b) L'un des rôles du droit général (notamment des principes généraux du droit) dans les régimes spéciaux est de combler les lacunes<sup>85</sup> ;

c) Les principes généraux du droit peuvent servir de sources extérieures à un traité aux fins d'interprétation, conformément à l'article 31, paragraphe 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>86</sup> ;

d) L'objectif de l'intégration systémique s'applique en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs : « a) les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ; b) lorsqu'[ils] contractent des obligations conventionnelles, les [États] n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international »<sup>87</sup> ;

e) Les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité, surtout lorsque : « a) la règle conventionnelle est obscure ou ambiguë ; b) les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit ; c) le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption [d'intégration systémique], rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question »<sup>88</sup> ;

f) « Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit [...]) ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques »<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Par. 5 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *ibid.*, p. 186. Voir également « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), [consultable sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif sera publié comme additif à l'*Annuaire ... 2006*, vol. II (première partie)], par. 66.

<sup>85</sup> Par. 15 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), p. 188.

<sup>86</sup> Par. 18, *ibid.*, p. 188. Voir également « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), (*supra* note 84), par. 469. Pour la Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), voir Nations Unies, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

<sup>87</sup> Par. 19, *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), p. 190. Voir également « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), (*supra* note 84), par. 465.

<sup>88</sup> Par. 20, *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), p. 189.

<sup>89</sup> Par. 31, *ibid.*, p. 191. Voir également « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), (*supra*, note 84), par. 85 (« 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 »).

67. Le Groupe d'étude s'est également penché sur la distinction entre « règles » et « principes », notant qu'elle « rend compte d'un ensemble de relations caractéristiques, celles qui existent entre des normes dont le degré d'abstraction est plus poussé, dans un cas, et moins poussé dans l'autre cas. Une « règle » peut ainsi être parfois considérée comme une application spécifique d'un « principe » et comme constituant une *lex specialis* ou une *lex posterior* par rapport à celui-ci, et s'appliquer en lieu et place »<sup>90</sup>. De plus, le Groupe d'étude a noté que « [l]e principe général ou antérieur pourrait encore être envisagé en tant que raison d'être ou objectif assigné à la règle spéciale ou postérieure »<sup>91</sup>.

68. Dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a estimé que, en ce qui concernait l'article 12 (Existence de la violation d'une obligation internationale), « [d]es obligations internationales peuvent être établies par une règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international »<sup>92</sup>.

69. Sur le sujet « Identification du droit coutumier », le Rapporteur spécial a envisagé la possibilité de s'intéresser à la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit dès le début de ses travaux<sup>93</sup>. Plusieurs membres de la Commission se sont déclarés favorables<sup>94</sup> à cette proposition.

70. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a examiné brièvement la distinction entre principes généraux du droit et droit international coutumier<sup>95</sup>. Il a noté que : a) la distinction entre les deux est importante mais pas toujours nette dans la jurisprudence ou la doctrine ; b) à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice les « principes généraux de droit » sont séparés du droit international coutumier, et dans la jurisprudence et la doctrine, ces principes sont parfois considérés non seulement comme les principes généraux communs aux divers systèmes de droit interne mais aussi comme les principes généraux du droit international ; c) la Cour internationale de Justice peut appliquer les principes généraux du droit international à défaut des critères du droit international coutumier ; d) même s'il est difficile, dans l'abstrait, de distinguer le droit international coutumier des principes généraux, quel qu'en soit le champ d'application, il demeure important de déterminer les règles qui doivent de par leur nature être ancrées dans la pratique effective des États<sup>96</sup>. Le Rapporteur spécial a employé les termes « droit international général », tout en soulignant qu'« ils sont parfois utilisés dans une plus large acception, en tant que droit international coutumier associé aux principes généraux du droit et/ou aux instruments internationaux largement acceptés »<sup>97</sup>. De son avis, « il est souhaitable de préciser le sens attaché à ces termes chaque fois que le contexte ne permet pas de le dégager nettement »<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), (*supra*, note 84), par. 28.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 29.

<sup>92</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 12 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 58. Voir également commentaire de l'article 17 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), par. 78, p. 74 à 81.

<sup>93</sup> *Annuaire ... 2012*, vol. II (première partie), document A/CN.4/653, p. 55, par. 14.

<sup>94</sup> *Ibid.*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, p. 138, par. 31, 3151<sup>e</sup> séance, p. 164, par. 27, et 3151<sup>e</sup> séance, p. 173, par. 8.

<sup>95</sup> A/CN.4/663, par. 36.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*, par. 42. Voir également A/73/10, p. 130, note de bas de page 667.

<sup>98</sup> A/CN.4/663, par. 42.

71. Le débat sur ces questions au sein de la Commission a été bref. Des membres ont souscrit à l'approche privilégiée par le Rapporteur spécial et estimé que la relation entre les deux sources du droit devait être examinée. Des observations préliminaires ont été formulées à cet égard. Par exemple, l'un des membres a noté ce qui suit :

« [une] interaction essentielle est celle qui s'opère entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, souvent utilisés en complément, voire en lieu et place, des critères classiques de la coutume. On peut ainsi concevoir qu'une règle coutumière soit interprétée à la lumière d'un principe général reconnu. Le rôle de ces principes est étroitement connexe à la formation et à l'identification du droit international coutumier [...] La Commission doit toutefois veiller à ne pas fermer la porte à une possible identification des principes généraux en tant que source du droit international, en soi ou en complément à d'autres règles issues d'autres sources<sup>99</sup> ».

Un autre membre a noté « que les principes généraux applicables en droit interne, lorsqu'ils sont transposés dans le droit international avec une certaine fréquence, deviennent des règles coutumières du droit international. Il s'agit là d'un processus de formation du droit coutumier que la Commission ne peut se permettre de négliger<sup>100</sup> ». Un autre membre encore a fait remarquer que la distinction entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit n'était pas toujours très claire dans la jurisprudence ou la doctrine et cité l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires comme exemple « car la Cour y fonde notamment ses conclusions sur l'analyse de la coutume internationale, du droit international humanitaire et du droit international général, sans pour autant clarifier les relations entre ces différentes sources »<sup>101</sup>. Invoquant également la difficulté de distinguer le droit international coutumier des principes généraux du droit, un autre membre s'est demandé si *pacta sunt servanda* était un principe général, une règle de droit international coutumier ou une règle conventionnelle, et a suggéré que « [l]e critère déterminant doit être la présence ou l'absence d'une véritable pratique des États »<sup>102</sup>. Il a par ailleurs été dit que le « droit international général » comprend les principes généraux du droit<sup>103</sup>.

72. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que « [d]e l'avis général, la Commission devrait, dans une certaine mesure, s'intéresser aux liens entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit<sup>104</sup> ». Dans le même temps, il a estimé que la Commission devrait éviter les questions concernant d'autres sources du droit international, lesquelles doivent être examinées séparément<sup>105</sup>. La Commission a fait sienne cette approche en précisant dans le commentaire de ses projets de conclusions sur la détermination du droit international coutumier que :

les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, et les

<sup>99</sup> *Annuaire ...2013*, vol. I, 3183<sup>e</sup> séance, p. 92, par. 14.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 3182<sup>e</sup> séance, p. 89, par. 39.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 3183<sup>e</sup> séance, p. 91, par. 5.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 3184<sup>e</sup> séance, p. 97, par. 21.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 98, par. 30.

<sup>104</sup> A/CN.4/672, par. 3.

<sup>105</sup> *Ibid.*, par. 14. Les réactions à la décision du Rapporteur spécial de ne pas traiter la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit figurent dans les documents A/CN.4/SR.3223, p.11 (M. Caflisch); A/CN.4/SR.3226, p. 3 (M. Šturma) et 4 (M. Hmoud) ; A/CN.4/SR.3227, p. 4 (Sir Michael Wood).

principes généraux de droit) ; ils n'abordent cet aspect que dans la mesure où cela est nécessaire pour expliquer comment il convient de déterminer les règles de droit international coutumier<sup>106</sup>.

73. La relation entre les principes généraux du droit et les normes impératives de droit international général (*jus cogens*) a été abordée par le Rapporteur spécial dans le cadre du dernier sujet de son deuxième rapport<sup>107</sup>. Le Rapporteur spécial s'est plus particulièrement demandé si le terme « droit international général », figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, comprenait les principes généraux de droit et si ces derniers pouvaient être la source de normes du *jus cogens*.

74. Le Rapporteur spécial a indiqué que « [l]es principes généraux de droit, comme les règles du droit international coutumier, sont généralement applicables » mais, qu'en dehors de la doctrine, la pratique selon laquelle les principes généraux de droit constituent le fondement des normes du *jus cogens* est peu soutenue<sup>108</sup>. Après analyse, il a conclu que le terme « droit international général » englobait les principes généraux de droit<sup>109</sup> et a présenté un projet de conclusion établissant que ceux-ci pouvaient servir de fondement à des normes de *jus cogens*<sup>110</sup>.

75. Le projet du Rapporteur spécial a été adopté provisoirement par le Comité de rédaction, tel que modifié. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 tel qu'adopté provisoirement par le Comité de rédaction établit que « [l]es dispositions conventionnelles et les principes généraux du droit peuvent également servir de fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)<sup>111</sup> ».

### Troisième partie : développement des principes généraux de droit au fil du temps

76. Afin de préciser la nature des principes généraux de droit et, plus généralement, de donner aux membres de la Commission des éléments d'information et des renseignements pertinents, cette partie présente la pratique des États et des organes juridictionnels avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, l'historique de la rédaction de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi que du paragraphe 3 et de l'alinéa c) du paragraphe 1 de ce même article, et les références ultérieures à cette source de droit international dans la pratique des États et les décisions des juridictions internationales<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 1 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, A/73/10, par. 65 et 66, p. 125.

<sup>107</sup> A/CN.4/706, par. 48 à 52.

<sup>108</sup> Ibid., par. 48.

<sup>109</sup> Ibid., par. 52.

<sup>110</sup> Le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 présenté par le rapporteur spécial disposait que « [l]es principes généraux de droit au sens de l'Article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international » (ibid., p. 43). Le débat général sur le rapport est disponible sous les cotes A/CN.4/SR.3368 à 3370 et 3372 à 3374.

<sup>111</sup> Déclaration du Président du Comité de rédaction du 26 juillet 2017, annexe, p. 11.

<sup>112</sup> Les exemples cités ci-après sont non exhaustifs. D'autres documents seront cités et analysés plus en détail dans la quatrième partie du présent rapport et dans les rapports à venir.

## I Pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale

77. Le Rapporteur spécial juge utile de rappeler la pratique consistant, déjà avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, à appliquer des règles ou principes issus de sources autres que les traités et la coutume. Comme l'ont souligné certains auteurs, le recours à ces règles ou principes peut s'expliquer, au moins en partie, par le fait que le droit international n'était alors pas suffisamment développé pour couvrir toutes les situations, mais qu'il n'en fallait pas moins régler tous les différends<sup>113</sup>.

78. De nombreux traités conclus pour le règlement des différends entre le XVIII<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle contenaient de larges dispositions de droit applicable, en vertu desquelles les organes juridictionnels statuent sur la base de notions telles que « le droit des gens », « les principes du droit international » « la justice » et « l'équité »<sup>114</sup>. À titre d'exemple, la Convention de la Haye (XII) de 1907 relative à l'établissement d'une Cour internationale de prises, qui n'est jamais entrée en vigueur mais dont se sont ultérieurement inspirés les rédacteurs du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, prévoyait à l'article 7 qu'à défaut de traité ou de règle de droit international généralement reconnue, la Cour devait statuer « d'après les principes généraux de la justice et de l'équité »<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974, p. 7 et 15 ; voir H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, 1927, p. 39. Voir aussi H. Waldock, "General course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106, 1962, p. 54.

<sup>114</sup> Voir, par exemple, l'article VII du Traité d'amitié, de commerce et de navigation (« Traité Jay ») conclu en 1794 entre la Grande-Bretagne et les États-Unis ; l'art. IV de la convention de 1839 pour le règlement des réclamations adressées au Mexique par les citoyens des États-Unis ; l'art. II de la convention de 1860 concernant le règlement des réclamations adressées au Costa Rica par les citoyens des États-Unis ; l'art. VI du traité de Washington de 1871 conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne en règlement des « réclamations relatives à l'Alabama » ; l'art. 6 de la convention de 1882 conclue entre le Chili et la France, pour la réparation des dommages causés aux Français ; l'art. 6 de la convention d'arbitrage conclue en 1882 entre le Chili et l'Italie ; l'art. 4 de la convention d'arbitrage conclue en 1896 entre l'Argentine et le Chili ; l'art. II de la convention d'arbitrage de 1899, pour le règlement des différends entre l'Italie et le Pérou ; l'Article XXII de la convention de 1907 portant création d'une Cour de justice de l'Amérique centrale ; l'art. 7 de l'Accord de 1910 intitulé "Special Agreement for the submission to arbitration of pecuniary claims outstanding between the United States and Great Britain". On trouvera ces traités ainsi que d'autres traités pertinents dans les ouvrages suivants : J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 6 vol., Washington, Government Printing Office, 1898, et H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, Stämpfli, 1902.

<sup>115</sup> Voir *infra*, par. 95 et 97. Dans un rapport élaboré par la Première Commission de la Conférence internationale de la paix de 1907, cette disposition était expliquée comme suit : « [La Cour] est ainsi appelée à faire le droit et à tenir compte de principes autres que ceux auxquels était soumise la juridiction nationale des prises, dont la décision est attaquée devant la cour internationale devant se conformer. Nous avons la confiance que les magistrats choisis par les Puissances seront à la hauteur de la mission qui leur est ainsi donnée, qu'ils en useront avec modération et fermeté. Ils orienteront dans le sens de la justice la pratique sans la bouleverser. La crainte de leurs justes arrêts pourra être le commencement de la sagesse pour les belligérants et les Juges nationaux, provoquer de leur part un sérieux examen de conscience et prévenir des règlements et des jugements trop arbitraires ». Voir B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol. I, Oxford University Press, 1920, p. 189 et 190.

79. Les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 sur le règlement pacifique des conflits internationaux contenaient également une disposition de droit applicable générale selon laquelle le différend serait tranché « sur la base du respect du droit » (art. 15 et 37, respectivement). Comme on le verra ci-après, certains tribunaux d'arbitrage établis conformément à ces conventions appliquaient des règles ou principes issus de sources autres que les traités et la coutume.

80. La clause de Martens, figurant dans le préambule de la Convention de La Haye (II) de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, mérite également un rappel, attendu qu'elle a été mentionnée lors de la rédaction du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale. Cette clause se lit comme suit :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les hautes parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris par les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »<sup>116</sup>

81. Aux fins du règlement des différends, les États et les organes juridictionnels s'autorisaient de règles et principes issus de sources autres que les traités et la coutume, tant sur la base des dispositions fixant le droit applicable comme celles mentionnées ci-dessus qu'en l'absence de telles dispositions.

82. Dans l'affaire *Cestus* (1870), par exemple, l'arbitre a examiné une réclamation de la Grande-Bretagne concernant les pertes que ses navires avaient subies du fait de l'acte de guerre que l'Argentine avait commis contre l'Uruguay en fermant ses ports. Après avoir rejeté les arguments fondés sur certaines dispositions conventionnelles de la Grande-Bretagne<sup>117</sup>, l'arbitre a cherché à déterminer si l'Argentine était tenue d'indemniser les pertes « en bonne justice »<sup>118</sup>. Cet argument a été écarté au motif, entre autres, qu'il s'agissait « d'un principe de jurisprudence universelle que celui qui use de son droit n'offense personne »<sup>119</sup>.

83. Dans l'arbitrage de l'*affaire de l'Alabama* entre la Grande-Bretagne et les États-Unis (1872), il était demandé au tribunal d'appliquer des règles et des principes relatifs à la diligence raisonnable, à la mesure des dommages et au paiement des intérêts<sup>120</sup>. La sentence est concise dans ses motifs, mais les conclusions des parties contiennent diverses références au droit national<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, La Haye, Van Langenhuyzen Bros., 1920, 13e séance (voir *infra* par. 97). Par la suite, la clause de Martens a été également introduite, avec un libellé identique, dans la Convention (IV) de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, puis avec quelques modifications dans les traités ultérieurs.

<sup>117</sup> La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (voir *supra*, note 114), p. 64 à 66. Le compromis ne contenait aucune disposition déterminant le droit applicable.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>120</sup> *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, sentence datée du 14 septembre 1872, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 125 à 134.

<sup>121</sup> Voir, par exemple, *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, May 8, 1871*, Washington, Government Printing Office, 1872, p. 150 à 158 (définition de la règle de « diligence raisonnable »). Voir également H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (voir *supra*, note 113), p. 216 à 223.

84. Dans l'affaire *Fabiani* (1896), l'arbitre a appliqué la notion de déni de justice au préjudice subi par un ressortissant français, porté devant les tribunaux vénézuéliens. Ayant précisé cette notion en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, le Code français de procédure civile et la doctrine, il est parvenu à la conclusion suivante :

En consultant les principes généraux du droit des gens ..., c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions ... mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences<sup>122</sup>.

85. Dans l'affaire du *Fonds pieux des Californies* entre le Mexique et les États-Unis (1902), il était demandé au Tribunal de déterminer si une décision rendue antérieurement par la Commission mixte Mexique-États-Unis était revêtue de l'autorité de la chose jugée<sup>123</sup>. Lors des débats, les deux parties ont largement cherché à se prévaloir du droit interne de divers États et du droit romain<sup>124</sup>. Dans la sentence qu'il a rendue, le tribunal a considéré que la chose jugée était un principe applicable à l'arbitrage international<sup>125</sup>.

86. Dans l'affaire du traitement préférentiel de réclamations contre le Venezuela (1904)<sup>126</sup>, le tribunal d'arbitrage a décidé, sur la base des « principes du droit international et des maximes de la justice », que les demandes pécuniaires de l'Allemagne, de la Grande-Bretagne et de l'Italie bénéficiaient d'un droit de traitement préférentiel par rapport aux demandes analogues d'autres États<sup>127</sup>. Dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique* (1910), les États-Unis ont fait valoir l'existence d'une « servitude internationale » en leur faveur, en vertu de laquelle la Grande-Bretagne ne pourrait pas exercer, à l'égard des ressortissants des États-Unis, un droit indépendant de régler la pêche dans certaines parties des eaux britanniques<sup>128</sup>. Le tribunal a tiré les motifs de son rejet,

<sup>122</sup> La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (voir *supra*, note 114), p. 356 (voir aussi l'Affaire *Antoine Fabiani*, 31 juillet 1905, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 83 à 139, p. 91). L'arbitre s'est par ailleurs fondé sur divers ordonnancements nationaux pour déterminer les normes de preuve (p. 362) et de responsabilité (p. 363 et 364).

<sup>123</sup> Le différend a été soumis à l'arbitrage sur la base d'un compromis de 1902, qui ne précisait pas le droit applicable. Voir l'affaire *Fonds Pieux des Californies (États-Unis d'Amérique c. Mexique)*, sentence datée du 14 octobre 1902, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 1 à 14, p. 7 à 10. Voir également *infra*, par. 101.

<sup>124</sup> Les parties ont invoqué le droit romain, le Code Napoléon, la loi et la jurisprudence de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, des États-Unis, de la France, du Mexique, des Pays-Bas et de la Prusse. Voir *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias*, Washington, Government Printing Office, 1902, Réponse du Mexique, p. 7 et 8 ; Réplique des États-Unis, p. 7 à 10 ; Conclusions du Mexique, p. 11 ; Déclaration et mémoire au nom des États-Unis, p. 32, 46 et 47, 50 à 52 ; Compte rendu d'audience, p. 123, 130, 131, 235 et 309.

<sup>125</sup> Affaire des *Fonds Pieux* (voir *supra*, note 123), p. 12. Le principe compétence-compétence a également été examiné et appliqué dans cette affaire.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 108 à 110.

<sup>127</sup> Le différend a été soumis à l'arbitrage sur la base d'un compromis conclu entre le Venezuela, d'une part, et l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Italie, d'autre part, en 1903. Le compromis ne précisait pas le droit applicable, mais renvoyait à la Convention de La Haye de 1899. Voir affaire *Venezuelan Preferential (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al)*, sentence datée du 22 février 1904, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 105 et 106.

<sup>128</sup> Affaire *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (Grande-Bretagne c. États-Unis)*, sentence datée du 7 septembre 1910, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 167 à 126. Le différend a été soumis à l'arbitrage sur la base d'un compromis qui ne précisait pas le droit applicable, mais renvoyait à la Convention de La Haye de 1907, p. 173 à 178.

entre autres, du droit civil français et du droit romain, et a estimé qu'une telle servitude ne conviendrait pas aux relations interétatiques<sup>129</sup>.

87. Dans l'affaire *Walfish Bay Boundary* entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne (1911), l'arbitre, en définissant le droit applicable, a considéré que les deux questions principales qui lui étaient posées<sup>130</sup>

[devaient] être résolues conformément aux principes et aux règles positives du droit international public et, à défaut, conformément aux principes généraux du droit, puisque ni ledit Accord de 1890 [ni] la Déclaration complémentaire de Berlin du 30 janvier 1909 [n'autorisaient] l'arbitre à fonder sa décision sur d'autres règles, et qu'il [était] notoire, selon une théorie et une pratique constantes, qu'on ne [pouvait] présumer qu'il y [était] autorisé<sup>131</sup>.

88. Ultérieurement, dans l'affaire de l'indemnité russe (1912)<sup>132</sup>, il a été demandé au tribunal arbitral de se prononcer sur des questions relatives au paiement des intérêts moratoires ou compensatoires. Le tribunal a considéré qu'il appliquait le droit international public tout en s'appuyant sur le droit interne (civil) de divers États et le droit romain<sup>133</sup>. Il est parvenu à la conclusion que « le principe général de la responsabilité des États [impliquait] une responsabilité spéciale en matière de retard dans le paiement d'une dette d'argent, à moins d'établir l'existence d'une coutume internationale contraire »<sup>134</sup>. Considérant également les juridictions nationales, le tribunal a conclu que la Russie avait renoncé au paiement de ces intérêts. Il a notamment déclaré :

Dès l'instant où le Tribunal a reconnu que, d'après les principes généraux et la coutume en droit international public, il y avait similitude des situations entre un État et un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie les règles de droit privé commun au cas où la demeure doit être considérée comme purgée et le bénéfice de celle-ci supprimée. En droit privé, les effets de la demeure sont supprimés lorsque le créancier, après avoir constitué le débiteur en demeure, accorde un ou plusieurs délais pour satisfaire à l'obligation principale sans réserver les droits acquis par la demeure<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> Ibid., p. 181 et 182. Le tribunal a également fait valoir le principe de bonne foi (p. 186 à 189).

<sup>130</sup> Affaire *Walfish Bay Boundary* (Germany, Great Britain), sentence datée du 23 mai 1911, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 263 à 308. Le différend a été soumis à l'arbitrage sur la base d'un *compromis* sans disposition de droit applicable, p. 265 et 266.

<sup>131</sup> Ibid., p. 294.

<sup>132</sup> Affaire de l'indemnité russe (Russie c. Turquie), sentence datée du 11 novembre 1912, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 421 à 447. Le *compromis* entre les parties ne précisait pas le droit applicable, mais renvoyait à la Convention de La Haye de 1907 (p. 427 à 430).

<sup>133</sup> Ibid., p. 439, 440 et 442.

<sup>134</sup> Ibid., p. 441.

<sup>135</sup> Ibid., p. 446. Voir aussi les affaires suivantes mentionnées dans Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (voir *supra*, note 113), troisième partie : *Différend opposant la Grande-Bretagne et le Portugal dans l'affaire Yuille, Shortridge & Cie* (1861), sentence, 21 octobre 1861, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, volume XXIX, p. 57 à 71 ; *Delagoa Bay Railway Arbitration* (1875), Moore, *History and Digest of the International Arbitrations ...* (voir *supra*, note 114), vol. 2, p. 1865 ; *l'affaire Van Bokkelen* (1888), La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (*supra*, note 114), p. 301 à 322 ; *Behring Sea Arbitration* (1893), sentence, 15 août 1893, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 263 à 276 ; *British Guiana Boundary Arbitration* (1899), sentence, 3 octobre 1899, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 331 à 340 ; *L'affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis c. H. White, Kate et Anna* (1902), 19 octobre 1901 et 29 novembre 1902, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX,

89. Encore qu'elle ne soit pas toujours claire, la pratique exposée ci-dessus est l'arrière-fond sur lequel le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale a été rédigé. Certains auteurs vont plus loin et maintiennent que le paragraphe 3 de l'article 38 constitue en fait une codification de cette pratique antérieure<sup>136</sup>. Quoiqu'il en soit, quelques points paraissent clairs : premièrement, des règles ou des principes considérés comme distincts, mais parfois interdépendants, de ceux d'origine conventionnelle ou coutumière ont été invoqués et appliqués ; deuxièmement, ces règles ou principes étaient parfois appliquées sur le fondement de conventions d'arbitrage renvoyant à des notions générales telles que « la justice » et « l'équité » mais elles pouvaient l'être aussi en l'absence d'un tel fondement<sup>137</sup> ; troisièmement, les arbitres ne statuaient pas *ex aequo et bono*<sup>138</sup> en appliquant ces règles ou principes ; quatrièmement, les États et les arbitres se fondaient souvent sur les systèmes juridiques nationaux et le droit romain pour définir les règles et principes en question.

## II. « Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'Article 38 des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice

90. Les Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice ont été rédigés au sein de diverses instances : le Comité consultatif de juristes (1920), le Conseil et l'Assemblée de la Société des Nations (1920), le Comité de juristes de l'Organisation des Nations Unies (1945) et le Comité IV/I de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale (1945). Si les travaux préparatoires ne suffisent pas nécessairement à eux seuls à tirer des conclusions définitives, ils n'en fournissent pas moins des orientations utiles pour ce

---

p. 51 à 78) ; *Alaska Boundary Case* (1903), 20 octobre 1903, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 481 à 540 ; *Japanese House Tax case* (1905), 22 mai 1905, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 41 à 58) ; *Affaire Grisbadarna* (1909), sentence, 23 octobre 1909, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 147 à 166. Voir aussi *U.S. v. Schooner La Jeune Eugenie* (1822), affaire fédérale n° 15551, p. 28 (« Now the law of nations may be deduced, first, from the general principles of right and justice, applied to the concerns of individuals, and thence to the relations and duties of nations; or secondly, in things indifferent or questionable, from the customary observances and recognitions of civilized nations; or, lastly, from the conventional or positive law, that regulates the intercourse between states »).

<sup>136</sup> Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 » (voir *supra*, note 13), p. 923 ; R. Jennings and A. Watts eds., *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9<sup>e</sup> éd., Harlow, Royaume-Uni, Longman, 1996, p. 38 et 39 ; Jenks, *The Common Law of Mankind*, voir *supra*, note 17, p. 266 à 268 ; Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, voir *supra*, note 20, p. 19 et 20. A. Verdross, « Les principes généraux du droit et la jurisprudence internationale », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52 (1935), p. 195 à 251, p. 220 ; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, voir *supra*, note 113, p. 67 à 69. Pour un point de vue différent, voir J. d'Aspremont, « What was not meant to be: general principles of law as a source of international law », in R. Pisillo Mazzeschi et P. de Sena (éd.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Cham, Springer, 2018, p. 163 à 184.

<sup>137</sup> Kolb, *La bonne foi en droit international public* (voir *supra*, note 25), p. 36 et 37.

<sup>138</sup> Raimondo, *General Principles of Law...* (voir *supra*, note 13), p. 10 ; V. D. Degan, *Sources of International Law*, La Haye, Boston, Londres, 1997), p. 35 ; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (voir *supra*, note 113), p. 40 et 41 ; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (voir *supra*, note 113), p. 63 à 67.

qui concerne l'introduction des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » dans l'Article 38 des Statuts.

91. Les propositions tendant à ce que le Statut de la Cour permanente de Justice internationale fasse référence aux « principes généraux du droit » (ou à des notions plus larges) en tant que source additionnelle aux traités et à la coutume ont été formulées bien avant que le Comité consultatif de juristes ne commence ses travaux. À titre d'exemple, l'Allemagne a proposé que la Cour « s'inspire pour rendre ses arrêts des conventions internationales, des usages du droit international et des principes généraux du droit et de l'équité<sup>139</sup> ». De la même manière, le Danemark, la Norvège et la Suède ont proposé qu'en l'absence de traités et de « les règles du droit international en vigueur », la Cour applique « les principes généraux du droit<sup>140</sup> ». En revanche, la Suisse a proposé qu'en l'absence d'un traité ou de « principes du droit des gens », la Cour statue « en prenant pour base les principes généraux de la justice et de l'équité<sup>141</sup> ». S'écartant de ces formulations, la proposition conjointe des « Cinq puissances neutres » (Danemark, Pays-Bas, Norvège, Suède et Suisse) suggérait qu'en l'absence d'un traité ou de « règles du droit international en vigueur », la Cour « juge d'après ce qui, à son avis, devrait être la règle du droit international<sup>142</sup> ».

92. Le Comité consultatif de juristes<sup>143</sup> a commencé à examiner la question du droit que devait appliquer la Cour à sa 13<sup>e</sup> séance. Traités et coutume ont été adoptés rapidement et sans grands débats. En revanche, les principes généraux du droit ont fait l'objet de longues délibérations et donné lieu à des divergences de vues au sein du Comité. Le Rapporteur spécial juge donc utile de décrire ces débats de manière assez détaillée.

93. Le Président du Comité, le Baron Descamps, a proposé, pour commencer, la disposition suivante :

Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen :

1. le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme manifestation de règles expressément adoptées par les États ;
2. La coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi ;
3. les règles du droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés ;
4. la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> Cour permanente de justice internationale, Comité consultatif de juristes. *Documents présentés au Comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale*, p. 128.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 178. L'alternative était la suivante : « la Cour jugera d'après ce qui, à son avis, devrait être la règle du droit international en vigueur ». Voir aussi p. 205.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 300.

<sup>143</sup> Le Comité consultatif de juristes, créé par le Conseil de la Société des Nations en vertu de l'article 14 du Pacte de la Société, s'est réuni du 16 juin au 24 juillet 1920. Il était composé des membres suivants : Mineichiro Adatci (Japon), Rafael Altamira (Espagne), Clovis Bevilacqua (Brésil) (remplacé ultérieurement par Raoul Fernandes), le Baron Descamps (Belgique), Francis Hagerup (Norvège), Albert de Lapradelle (France), B.C.J. Loder (Pays-Bas), Lord Phillimore (Royaume-Uni), Arturo Ricci-Busatti (Italie) et Elihu Root (États-Unis).

<sup>144</sup> *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920 (voir supra, note 116), 13<sup>e</sup> séance, p. 293 et, annexe 3, p. 306.

94. Les troisième et quatrième points de cette proposition ont suscité diverses réactions. M. Root s'est opposé au troisième point, le jugeant équivoque et potentiellement dangereux<sup>145</sup>. D'après lui, il fallait que le Comité « se borne aux règles conventionnelles et au droit international positif<sup>146</sup> ». M. Phillimore a exprimé un avis similaire, estimant que la proposition « conf[érait] à la Cour un pouvoir législatif<sup>147</sup> ».

95. M. De Lapradelle a proposé une formulation plus brève : « La Cour statue d'après le droit, la justice et l'équité<sup>148</sup> ». Dans le même temps, il considérait qu'il n'était pas forcément nécessaire de définir le droit que devait appliquer la Cour, mais qu'il serait utile de spécifier que la Cour ne devait pas agir en législateur. Il a également avancé que la Cour devrait pouvoir examiner si telle ou telle solution en droit était « juste et équitable<sup>149</sup> ». M. Hagerup, se référant à l'article 7 de la Convention (XII) de La Haye relative à l'établissement d'une Cour internationale de prises, a souligné la nécessité d'éviter que la Cour permanente de Justice internationale prononce des *non liquet* et estimé qu'elle ne devrait recourir à l'équité que si elle y avait été autorisée<sup>150</sup>.

96. M. Loder, n'étant pas du même avis que M. Root, a déclaré : « On a parlé de règles reconnues et respectées du monde entier, qui n'ont pas encore le caractère de droit positif ; mais la Cour a justement le devoir de développer le droit, de faire "mûrir" les coutumes et les principes universellement reconnus, et de les cristalliser sous la forme de règles positives ; en un mot, de fixer la jurisprudence internationale<sup>151</sup> ».

97. Le débat s'est poursuivi à la 14<sup>e</sup> séance du Comité. M. Descamps a soulevé la question de savoir si, « après avoir signalé comme normes les conventions et la coutume, il y a[vait] lieu de signaler, à titre complémentaire, la norme de la justice objective dans des conditions qui soient précisément de nature à prévenir l'arbitraire<sup>152</sup> ». Selon lui, « [c'eût été] une grande erreur de se figurer que les nations ne puissent être engagées que dans des rapports qu'elles [avaient] constitués par leur volonté concertée » et « la justice objective [était] la norme naturelle dont l'application s'impos[ait] au juge<sup>153</sup> ». En outre, il a estimé que l'idée de M. Root de limiter le droit applicable par la Cour aux traités et à la coutume pouvait constituer un « déni de justice » et abandonnerait le juge à une « sorte d'aveuglement forcé<sup>154</sup> ». M. Descamps a continué de justifier sa proposition initiale, en se référant à l'article 7 de la Convention (XII) relative à l'établissement d'une Cour internationale de prises et à la clause de Martens<sup>155</sup>.

98. M. Hagerup s'est rallié aux opinions de M. Descamps. Quant à M. Root, il avait voulu dire, selon M. Hagerup, que cela restreindrait la compétence de la Cour et la placerait « dans une situation tout autre que celle d'une Cour ordinaire qui ne p[ouvai]t pas dire : *non liquet* ». M. Hagerup a également répété que, de son point de

<sup>145</sup> Ibid., p. 293 et 294.

<sup>146</sup> Ibid., p. 294.

<sup>147</sup> Ibid., p. 295.

<sup>148</sup> Ibid., p. 295.

<sup>149</sup> Ibid., p. 295 et 296.

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> Ibid., p. 294.

<sup>152</sup> Ibid., 14<sup>e</sup> séance, annexe 1, p. 322 et 323.

<sup>153</sup> Ibid., p. 323.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid., p. 323 et 324.

vue, « la nouvelle Cour aura[it], entre autres, la tâche de développer la jurisprudence<sup>156</sup> ».

99. M. Root a répondu que, d'après lui, « le monde [était] préparé à accepter la juridiction obligatoire d'une Cour qui appliquerait les règles universellement reconnues du droit international », mais non celle d'une Cour « qui appliquerait des principes qui [étaie]nt compris différemment selon les pays<sup>157</sup> ». « Il est inconcevable qu'un gouvernement puisse accepter d'être assigné devant une cour qui se fonderait, dans sa sentence, sur sa conception subjective des principes de la justice. La cour ne doit pas avoir le pouvoir de légiférer<sup>158</sup> », a-t-il ajouté. M. Descamps a répondu que, s'il était peut-être vrai que les principes de la justice variaient d'un pays à l'autre, du moins lorsqu'il s'agissait de certaines règles « secondaires », « ce n'[était] plus vrai lorsqu'il s'agi[ssai]t de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui re[ceva]it son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés<sup>159</sup> ». Il a également ajouté que « bien loin de donner aux juges une trop grande liberté pour leurs jugements, sa proposition limit[ait] cette liberté [...] elle « impos[ait] aux juges un devoir qui les empêch[ait] de trop se fier à leur propre opinion subjective : il leur [était] enjoint de rechercher si les données de leur conscience se trouv[ai]ent en harmonie avec les dictamens de la conscience juridique des peuples civilisés<sup>160</sup> ».

100. M. Ricci-Busatti était en partie d'accord avec M. Root, notamment sur le fait que la Cour ne devait pas agir en législateur. Il a ajouté : « En constatant l'absence d'une règle positive de droit international [...] on établit tout de même une situation juridique. Ce qui n'est pas défendu est permis ; voilà un principe général de droit que la Cour aura à appliquer. Si un litige est porté devant elle et si elle trouve qu'il n'y a pas de règle qui le concerne, elle déclarera qu'il n'existe pas de droits à faire valoir par l'une des parties contre l'autre, que la conduite de l'État mis en cause n'était contraire à aucune règle admise<sup>161</sup> ». M. De Lapradelle<sup>162</sup> et M. Descamps se sont opposés à cet avis. Le second a affirmé que, s'il n'existait pas de règle conventionnelle ou de coutume applicable, « le juge devra[it] alors appliquer les principes généraux du droit. Mais il fa[illai]t soustraire le juge à la tentation d'appliquer ces principes à sa guise. C'est pourquoi il lui [était] enjoint de statuer en harmonie avec les prescriptions de la conscience juridique des peuples civilisés<sup>163</sup> ».

101. À la 15<sup>e</sup> séance du Comité, M. Root a présenté une nouvelle proposition pour l'article en question, aux termes de laquelle la troisième source de droit dans laquelle devait puiser la Cour était « les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés<sup>164</sup> ». Comme indiqué plus haut, Descamps avait employé le terme de « principes généraux du droit » à la séance précédente ; il a approuvé cette proposition<sup>165</sup>. Se fondant sur une analogie relative à l'application des principes généraux par les tribunaux nationaux, M. Fernandes a déclaré : « [c]e qui est vrai et

<sup>156</sup> Ibid., 14<sup>e</sup> séance, p. 307.

<sup>157</sup> Ibid., p. 308.

<sup>158</sup> Ibid., p. 309.

<sup>159</sup> Ibid., p. 310 et 311.

<sup>160</sup> Ibid., p. 311.

<sup>161</sup> Ibid., p. 314. M. Phillimore semble s'être rallié à ce point de vue (voir p. 316).

<sup>162</sup> Ibid., p. 315.

<sup>163</sup> Ibid., p. 318 et 319.

<sup>164</sup> Ibid., 15<sup>e</sup> séance, p. 331, et annexe 1, p. 344. Il semble que M. Root ait accepté cette formulation car « [elle était] fondée sur un arrêt de la Cour suprême des États-Unis ». Voir O. Spiermann, « 'Who attempts too much does nothing well': The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice », *British Yearbook of International Law*, vol. 73 (2002), p. 217.

<sup>165</sup> *Procès-verbaux* (voir *supra*, note 144), 14<sup>e</sup> séance, p. 331.

légitime dans le domaine national, par des raisons qui tiennent de la logique, et non par concession arbitraire de la souveraineté, ne peut être faux et illégitime dans le domaine international, où, d'ailleurs, la législature faisant défaut et la règle coutumière étant de formation très lente, la nécessité pratique d'admettre l'empire d'une telle vérité s'imposera davantage<sup>166</sup> ». Il a fait référence à la « déclaration américaine des droits et devoirs des Nations » et expliqué que la Cour devrait avoir le pouvoir de juger, en l'absence de traité ou de règle coutumière, « selon les principes de droit international non rejetés avant le différend par la tradition juridique de l'un des États en conflit<sup>167</sup> ». M. Phillimore a fait observer que « les principes généraux visés par le n° 3 [étaient] ceux qui [étaient] acceptés par toutes les nations *in foro domestico* ; tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, le principe de la chose jugée<sup>168</sup> » et précisé que, par « principes généraux du droit », il avait voulu dire « maximes du droit<sup>169</sup> ». M. De Lapradelle a noté que « les principes qui sont à la base du droit international, constituent aussi des sources de droit international. Mais il n'y a en fait de principes généraux reconnus, que ceux qui ont réuni autour d'eux l'unanimité ou la quasi-unanimité<sup>170</sup> ». Dans le même temps, il trouvait préférable de ne pas indiquer « expressément les sources où il fa[ilait] puiser afin de déterminer ces principes<sup>171</sup> ».

102. À sa 27<sup>e</sup> séance, le Comité a adopté la proposition de M. Root sans y apporter de modification<sup>172</sup>. L'article 35 de l'avant-projet rédigé par le Comité était donc ainsi libellé :

« Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif :

[...]

3. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>173</sup>. »

103. L'avant-projet a été soumis à la Société des Nations pour que les États l'examinent et plusieurs propositions ont été faites concernant le paragraphe 3 de l'article 35. Dans le cadre des travaux de la Sous-Commission de la Troisième Commission à la Première Assemblée, le représentant de la France a proposé d'inclure la formulation suivante : « les principes généraux du droit et de la justice<sup>174</sup> ». Il a expliqué que cet amendement aurait pour effet de « permettre à la Cour de motiver son jugement uniquement par des considérations d'équité » et que « ceci n'impliquerait aucunement, d'ailleurs, que la Cour puisse ne pas tenir compte des règles existantes<sup>175</sup> ». La proposition a été provisoirement adoptée<sup>176</sup>. Plus tard, le représentant de la Grèce a émis une objection quant à cet amendement et proposé que le paragraphe 3 de l'article 35 soit ainsi formulé : « Les principes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les principes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées<sup>177</sup> ». À la suite d'une discussion, il a été décidé de maintenir le

<sup>166</sup> Ibid., p. 331, et annexe 3, p. 346.

<sup>167</sup> Ibid., p. 346.

<sup>168</sup> Ibid., p. 335. Il avait auparavant mentionné le cas des « fondations pieuses » (ibid. p. 316).

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Ibid., p. 336.

<sup>172</sup> Ibid., 27<sup>e</sup> séance, p. 584, et 31<sup>e</sup> séance, p. 648.

<sup>173</sup> Ibid., 32<sup>e</sup> séance, annexe, p. 680. Le rapport final du Comité ne comporte pas d'explications détaillées sur cette disposition (voir ibid., 34<sup>e</sup> séance, annexe 1, p. 729 et 730).

<sup>174</sup> *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Genève, 1921, Sous-Commission de la Troisième Commission, 7<sup>e</sup> séance, 1<sup>er</sup> décembre 1920, p. 145.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid., 2<sup>e</sup> séance, 7 décembre 1920, p. 157.

paragraphe tel qu'initialement rédigé par le Comité consultatif de juristes et d'ajouter à la fin de la disposition la phrase suivante :

« La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*<sup>178</sup>. »

104. Quant à l'expression « dans l'ordre successif » qui figurait dans le chapeau de l'article 35 de l'avant-projet, la Sous-Commission a décidé de la supprimer<sup>179</sup>.

105. Le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'a pas été modifié lors de la rédaction du Statut de la Cour internationale de Justice, hormis le fait qu'il y figurait en tant qu'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38. Dans le cadre des travaux du Comité de juristes des Nations Unies, le Costa Rica a suggéré que le mot « généraux » soit supprimé, mais la proposition n'a pas été débattue. En outre, le représentant de la France a fait valoir que même si l'article 38 n'avait pas été rédigé parfaitement, il serait difficile de faire mieux dans le temps imparti au Comité. Il a également noté que la Cour permanente de Justice internationale avait bien fonctionné avec l'article 38 ainsi libellé<sup>180</sup>.

106. À la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale tenue en 1945 à San Francisco (États-Unis d'Amérique), le Chili a fait observer que l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ne comportait pas de référence au droit international et a proposé de modifier la formulation du paragraphe 3 de l'article 38 comme suit : « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et spécialement les principes de droit international ». Plusieurs délégations ont affirmé que cet ajout n'était pas nécessaire puisqu'il avait toujours été considéré que l'article 38 induisait une obligation d'appliquer le droit international<sup>181</sup>. Sur la base d'une nouvelle proposition du Chili, le chapeau de l'article 38 auparavant libellé « La Cour applique » a été modifié pour se lire comme suit : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique<sup>182</sup> ».

107. La question de l'ordre dans lequel les sources énumérées à l'article 38 devaient être appliquées a aussi été rapidement évoquée à San Francisco. La Colombie a suggéré que les sources devraient être appliquées dans l'ordre dans lequel elles étaient listées, mais la proposition a été abandonnée par la suite<sup>183</sup>.

108. Les travaux préparatoires relatifs à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et de ses prédécesseurs font ressortir ce qui suit. Premièrement, comme l'ont noté certains auteurs<sup>184</sup>, il apparaît que les rédacteurs ne pensaient pas qu'en inscrivant « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » dans le Statut, ils créaient une nouvelle source de droit international, mais plutôt qu'ils codifiaient une source existante. Deuxièmement, l'inclusion de cette troisième source semble avoir été en partie liée à une crainte de voir la Cour refuser d'exercer sa compétence et prononcer un *non*

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> Ibid, 7<sup>e</sup> séance, 1<sup>er</sup> décembre 1920, p. 145.

<sup>180</sup> *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, San Francisco, 1945*, tome XIV, 7<sup>e</sup> séance, 13 avril 1945, p. 170 (en anglais seulement).

<sup>181</sup> *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, San Francisco, 1945*, tome XIII, 5<sup>e</sup> séance du Comité IV/1, 10 mai 1945, p. 164 (en anglais seulement).

<sup>182</sup> Ibid., 19<sup>e</sup> séance du Comité IV/1, 6 juin 1945, p. 284 et 285. Voir également *ibid.*, Rapport du Rapporteur du Comité IV/1, Nasrat Al-Fasry, p. 392.

<sup>183</sup> Ibid., 19<sup>e</sup> séance du Comité IV/1, 6 juin 1945, p. 287.

<sup>184</sup> Voir *supra*, note 132.

*liquet*, mais il était aussi généralement admis que la Cour ne devait pas avoir le pouvoir de légiférer<sup>185</sup>.

109. Troisièmement, les travaux préparatoires apportent d'importantes précisions quant aux origines des principes généraux du droit. D'une part, les membres du Comité consultatif de juristes admettaient globalement que les principes généraux du droit pouvaient découler de principes existant dans des droits nationaux. D'autre part, le Comité n'excluait pas la possibilité que les principes généraux du droit soient également puisés ailleurs<sup>186</sup>. Enfin, les travaux préparatoires montrent aussi que les principes généraux du droit font partie du droit international, qu'il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les diverses sources du droit international mentionnées dans la disposition en question et qu'il existe une nette différence entre le fait de s'appuyer sur les principes généraux du droit et le fait de statuer *ex aequo et bono*.

### III. Les principes généraux du droit après l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice

110. Les principes généraux du droit en tant que source du droit international ont été invoqués et appliqués dans la pratique des États et la jurisprudence à maintes occasions depuis l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. La présente section vise à donner un bref aperçu de l'application des principes généraux du droit dans la pratique récente et à montrer que cette source du droit international demeure pertinente à ce jour et qu'elle peut être utile dans des contextes très divers.

#### A. Références aux principes généraux du droit dans les instruments internationaux

111. Il est fait référence aux principes généraux du droit dans bon nombre de traités conclus après l'adoption des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, soit pour établir le droit devant être appliqué par les cours et tribunaux, soit pour définir la portée de certaines dispositions de fond.

112. Dans certains traités, référence est faite aux principes généraux du droit par l'inclusion du libellé exact de l'Article 38 du Statut<sup>187</sup>. Dans d'autres, des

<sup>185</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (voir *supra*, note 13), p. 923 ; O. Spiermann, « The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: 'A purely platonic discussion' », in J. d'Aspremont et S. Besson (dir.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 167 et 171 ; O. Spiermann, « "Who attempts too much does nothing well"[...] », (voir *supra*, note 164), p. 215.

<sup>186</sup> G. Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ », in M. Andenas *et al.* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 37 (en anglais seulement).

<sup>187</sup> Voir, par exemple, art. 19 du Traité de conciliation et d'arbitrage entre la Pologne et la Tchécoslovaquie (Varsovie, 23 avril 1925, *Arbitration and Security: Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations*, 2<sup>e</sup> éd. (Publication de la Société des Nations 1927.V.29, Genève, 1927), p. 236) ; art. 4 de la Convention de conciliation et d'arbitrage entre l'Allemagne et les Pays-Bas (La Haye, 20 mai 1926, *ibid.*, p. 292) ; art. 19 du Traité de conciliation et d'arbitrage entre la Pologne et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (Genève, 18 septembre 1926, *ibid.*, p. 345) ; art. 2 du Compromis d'arbitrage entre la Belgique et la France de 1936 (Sentence du 1<sup>er</sup> mars 1937, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1704) ; art. 19, par. 2, du Règlement intérieur de 2002 de la Commission des demandes d'indemnisation Érythréo-Éthiopie ; art. 2 de l'Accord de soumission de 2012 entre Singapour et la Malaisie. Voir également art. 10 du Modèle de règles sur la

formulations similaires sont employées. Ainsi, on peut lire à l'article 5 du Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Suisse et l'Allemagne signé en 1921 :

Le Tribunal applique :

Premièrement : les conventions en vigueur entre les Parties, soit générales, soit spéciales, et les règles de droit qui en découlent ;

Deuxièmement : la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

Troisièmement : les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Si, dans un cas donné, les bases juridiques énoncées ci-dessus accusent des lacunes, le Tribunal prononce selon les principes juridiques qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il s'inspire à cet effet des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

Si les Parties y consentent, le Tribunal peut, au lieu d'étayer sa sentence sur des principes juridiques, statuer d'après des considérations tirées de l'équité<sup>188</sup>.

113. Dans le domaine du droit pénal international, il convient de s'intéresser au Statut de Rome<sup>189</sup>, dont l'article 21, intitulé « Droit applicable », dispose ce qui suit :

1. La Cour applique :

a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;

b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;

c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

114. Les travaux préparatoires du Statut de Rome peuvent fournir certaines indications sur le sens des alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21. Dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale élaboré par la Commission du

---

procédure arbitrale établi par la Commission du droit international en 1958 (*Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 84 et suiv., par. 22).

<sup>188</sup> Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand (Berne, 3 décembre 1921), *Arbitration and Security...* (voir *supra*, note 187), p. 202. Voir également art. 5 de la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et la Finlande de 1925 (Berlin, 14 mars 1925, *ibid.*, p. 227) ; art. 5 de la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et l'Estonie de 1925 (Berlin, 10 août 1925, *ibid.*, p. 285 et 286) ; art. 4 du Traité d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et le Danemark de 1926 (Berlin, 2 juin 1926, *ibid.*, p. 269 et 270).

<sup>189</sup> Contrairement au Statut de Rome, les statuts des autres tribunaux pénaux internationaux ne comprennent pas de disposition relative au droit applicable. Cependant, comme on le verra dans la section suivante, cela n'empêche pas ces tribunaux d'appliquer les principes généraux du droit. Voir « Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité », (S/25794), par. 58 (« Il appartiendra au [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] de se prononcer, en se fondant sur les principes généraux du droit reconnus par toutes les nations, sur diverses excuses, telles que l'âge minimum ou l'incapacité mentale, de nature à dégager la responsabilité pénale individuelle d'une personne. »).

droit international, trois sources de droit sont énumérées, sans qu'une hiérarchie soit établie entre elles : le statut de la cour, « [l]es traités applicables et les principes et règles du droit international général » et « [l]e cas échéant, toute règle de droit interne<sup>190</sup> ». Comme indiqué plus haut dans la Deuxième partie, la Commission précisait dans le commentaire assorti à cette disposition que « [l]'expression "règles et principes" du droit international général recouv[r]ait les principes généraux de droit, si bien que la cour p[ouvai]t légitimement faire appel à l'ensemble des règles du droit pénal, qu'elles émanent d'instances nationales ou de la pratique internationale, chaque fois qu'elle aura[it] besoin d'être éclairée sur des questions qui n[é]taient pas clairement réglementées par la voie conventionnelle<sup>191</sup> ».

115. Dans le cadre des travaux du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, la question a été posée de savoir « si la Cour devait être habilitée à approfondir/expliciter les principes généraux du droit pénal qui ne sont pas énoncés dans le Statut<sup>192</sup> » et les délégations ont fait diverses propositions à cet égard. Les unes étaient favorables à ce qu'une certaine latitude soit accordée à la Cour (par exemple, pour définir les éléments des crimes et les principes relatifs à la responsabilité et aux moyens de défense), alors que les autres étaient opposées à l'idée que la Cour agisse en législateur et préféreraient donc se référer au droit national<sup>193</sup>.

116. Le projet final du Comité préparatoire contenait une disposition sur le droit applicable (projet d'article 20) qui était semblable à ce qui est devenu l'article 21 du Statut de Rome. Elle incluait toutefois deux variantes en ce qui concerne la troisième source du droit applicable par la Cour. La première variante prévoyait que la Cour appliquerait « les principes généraux du droit dégagés [...] à partir des lois nationales des systèmes juridiques du monde ». Quant à la deuxième variante, elle exigeait que la Cour applique le droit national d'États particuliers dont la sélection se ferait selon divers principes<sup>194</sup>.

117. À la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, qui s'est tenue à Rome en 1998, les États sont parvenus à une solution de compromis en combinant les deux variantes. Un document de travail du Groupe de travail sur le droit applicable indique que « [l]a plupart des délégations étaient favorables à la variante 1 mais [que] certaines préférèrent encore la variante 2. On a émis l'avis que les lois indiquées dans la variante 2 pourraient être données comme exemples des lois nationales visées dans la variante 1 de sorte que l'on pourrait fusionner les deux variantes<sup>195</sup> ». Le rapport du Groupe de travail note en outre que « [c]ertaines délégations ont exprimé le point de vue que, par principe, il ne fallait mentionner aucune loi nationale. La Cour devrait tirer ses principes d'un examen général des systèmes de droit et des lois nationales<sup>196</sup> ».

<sup>190</sup> Art. 33 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire ... 1994*, vol. II, par. 91, p. 54.

<sup>191</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 33, *ibid.*

<sup>192</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, vol. II, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 22A (A/51/22)*, p. 107.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 107 à 110. Voir également Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, vol. I, *ibid.*, *Supplément n° 22 (A/51/22)*, par. 179 à 188.

<sup>194</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, *A/CONF.183/2/Add.1*, p. 46 et 47.

<sup>195</sup> *A/CONF.183/C.1/WGAL/L.1*, p. 2.

<sup>196</sup> *A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2* et Corr.1, p. 2. Voir également Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998, *Documents officiels*, vol. II, Comptes-rendus analytiques des séances

118. L'article 21 du Statut de Rome a été interprété différemment par les experts. Selon les uns, les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont inclus au paragraphe 1 b) (« principes et règles du droit international »)<sup>197</sup>. D'autres estiment que le paragraphe 1 c) (« principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde ») offre une formulation plus précise du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>198</sup>. D'autres encore considèrent que les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 figurent dans les deux paragraphes de l'article 21 du Statut de Rome<sup>199</sup>.

119. Comme l'a noté un auteur, les sources énumérées à l'article 21 du Statut de Rome semblent être essentiellement les mêmes que celles qui figurent au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, même si certaines modifications ont été apportées pour tenir compte des particularités du droit pénal, en particulier le besoin de clarté et de spécificité<sup>200</sup>. Le même auteur note à juste titre que l'article 21 reflète un compromis atteint au cours des négociations sur

---

plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.183/13 (Vol. II)), 12<sup>e</sup> et 13<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, p. 217 à 224.

<sup>197</sup> W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 520 (Le paragraphe 1 c) de l'article 21 semble présenter l'utilisation des « principes généraux » non pas comme un moyen de déterminer le contenu du droit international public, mais plutôt comme un outil pour la pratique du droit pénal comparatif. La référence au fait que ces principes ne sont pas incompatibles avec le droit international ni avec les normes et règles internationalement reconnues, qui apparaît au paragraphe 1 c) de l'article 21, entraînerait un résultat illogique si cette disposition était destinée à englober les « principes généraux » lorsque ce terme est utilisé pour désigner l'une des trois principales sources du droit international public. Pour cette raison, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » devraient être considérés sous l'angle du paragraphe 1 b) de l'article 21 plutôt que sous celui du paragraphe 1 c) du même article). Schabas a également noté, cependant, qu'une référence récente au paragraphe 1 c) de l'article 21 du Statut de Rome faite par la Chambre d'appel dans un arrêt récent relatif aux principes généraux du droit (voir par. 213 et 214 ci-dessous) laissait cette question quelque peu en suspens (p. 520 et 521). Voir aussi J-P. Perez-Leon-Acevedo, « Reparation Principles at the International Criminal Court », in M. Andenas *et al.* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 332 et 333 ; J. Powderly, « The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique », in C. Stahn (dir.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 478 et 482.

<sup>198</sup> A. Pellet, « Article 21 », in A. Cassese, P. Gaeta et J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1071 à 1073 (Peut-être la lettre du paragraphe 1 b) de l'article 21 du Statut ne devrait-elle bénéficier d'une telle attention. En réalité, il ne fait guère de doute que cette disposition se réfère exclusivement au droit international coutumier, dont font partie intégrante les « principes établis du droit international des conflits armés ». L'article 21 du Statut de la Cour pénale internationale définit mieux et avec plus de précision les principes généraux du droit que l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, car il indique que ces principes sont « dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde », ce qui élimine toute incertitude quant à leur nature et les distingue clairement des principes généraux du droit international).

<sup>199</sup> R. Wolfrum, « General International Law (Principles, Rules, and Standards) », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, par. 28 (Sur la base du texte, de l'historique législatif ainsi que de l'objet et du but du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la CIJ, l'opinion selon laquelle les principes généraux peuvent être non seulement dégagés du droit interne mais aussi du droit international paraît plus défendable. Ce raisonnement est appliqué par l'article 21 du Statut de la CPI, qui établit une distinction claire entre les principes généraux découlant du droit international et ceux découlant du droit national). Voir aussi M. deGuzman, « Article 21 », in O. Triffterer et K. Ambos (dir.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Munich et Oxford, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 939 à 944.

<sup>200</sup> deGuzman, « Article 21 » (voir note précédente), p. 933.

le Statut de Rome, le principal enjeu étant de déterminer l'étendue des pouvoirs à accorder aux juges au regard du principe de légalité, d'une part, et des éventuelles lacunes du droit pénal international, d'autre part<sup>201</sup>.

120. Les débats tenus et les compromis dégagés lors de la rédaction de l'article 21 du Statut de Rome montrent que le paragraphe 1 c) dudit article est unique en ce sens qu'il a été conçu pour tenir compte du caractère particulier et des considérations du droit pénal international. Il peut donc ne pas être approprié de le considérer comme une formulation plus précise du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Toutefois, étant donné que le paragraphe 1 c) de l'article 21 du Statut de Rome fait expressément référence aux « principes généraux du droit » et que, comme on le verra dans la quatrième partie ci-après, la pratique des États et la pratique judiciaire confirment que les principes généraux du droit peuvent découler des systèmes juridiques nationaux, on pourrait considérer qu'il reflète en partie la portée du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En ce qui concerne le paragraphe 1 b) de l'article 21 du Statut de Rome, on peut conclure qu'il inclut également les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice étant donné sa similitude avec le projet initial élaboré par la Commission.

121. Dans le domaine du droit des droits de l'homme, mentionnons le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui se lit comme suit : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. » Citons aussi le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)<sup>202</sup>, qui dispose ce qui suit : « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. » Les travaux préparatoires des deux traités montrent que ces articles ont été introduits afin de confirmer et de renforcer les principes affirmés dans la résolution 95 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale des Nations Unies (Principes de Nuremberg)<sup>203</sup>.

122. À cet égard, il convient de mentionner que, suivant la formulation du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'alinéa g) de l'article 11 de la Charte des droits et libertés du Canada prévoit que « [t]out inculpé a le droit [...] de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ». La Constitution sri-lankaise contient une disposition similaire : le paragraphe 6 de l'article 13 fait en effet référence aux « principes généraux du droit reconnus par la communauté des nations ».

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 213, n° 2889, p. 221.

<sup>203</sup> Voir [A/2929](#), p. 127, par. 96 ; [A/4625](#), par. 15 et 16 ; [A/C.3/SR.1008](#), par. 2 et 14 ; [A/C.3/SR.1010](#), par. 9 ; [A/C.3/SR.1012](#), par. 15 ; [A/C.3/SR.1013](#), par. 14, 15 et 17 ; Commission européenne des droits de l'homme, travaux préparatoires sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, document d'information établi par le Secrétariat de la Commission (DH (57) 6), p. 4.

123. On trouve d'autres exemples dans le domaine du droit international économique. Par exemple, selon le paragraphe 2 de l'article 143 de l'Accord de libre-échange de 2008 entre la Chine et la Nouvelle-Zélande, le traitement juste et équitable comprend l'obligation de veiller à ce que, eu égard aux principes généraux du droit, les investisseurs ne soient pas privés de justice ou traités de manière injuste ou inéquitable dans toute procédure judiciaire ou administrative touchant leurs investissements. Dans d'autres accords d'investissement, le « traitement juste et équitable » comprend l'obligation de ne pas dénier de rendre justice dans les procédures judiciaires pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de garantie d'une procédure régulière consacré par les principaux systèmes juridiques du monde<sup>204</sup>.

124. Les principes généraux du droit ont également été mentionnés dans des contrats de concession conclus par les États. Par exemple, conformément à la clause de droit applicable prévue dans l'Accord de 1935 entre Petroleum Development (Qatar) Ltd. et le cheik du Qatar, la décision doit être conforme aux règles juridiques familières aux nations civilisées. La concession accordée en 1933 par le Gouvernement perse à l'Anglo-Persian Oil Company, Ltd. contenait une clause stipulant que la décision serait fondée sur les principes juridiques énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

125. Certains traités régionaux contiennent des dispositions qui semblent se référer à des principes généraux ayant un champ d'application limité. L'article 340 du Traité de 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne, par exemple, dispose ce qui suit : « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions<sup>205</sup>. » L'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>206</sup> dispose que « [l]a Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, [...] les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ». De même, l'article 29 du Règlement intérieur de 1997 de la Cour économique de la Communauté d'États indépendants prévoit que la Cour applique, entre autres, les principes généraux du droit reconnus par les États membres de la Communauté.

## **B. Principes généraux du droit dans la pratique judiciaire internationale**

126. Les principes généraux du droit en tant que source du droit international ont été mentionnés dans la pratique judiciaire contemporaine, et ce, à plusieurs reprises et dans différentes juridictions. Comme indiqué plus haut, le Rapporteur spécial n'a pas l'intention de fournir ici un compte rendu complet et détaillé de cette pratique (ce qui sera fait lors de l'examen de questions spécifiques plus loin dans le présent rapport

<sup>204</sup> Voir, par exemple, le paragraphe 2 a) de l'article 9.5 de l'Accord de libre-échange de 2018 entre l'Amérique centrale et la Corée du Sud ; le paragraphe 2 a) de l'article 11.5 de l'Accord de libre-échange de 2014 entre l'Australie et la Corée du Sud ; le paragraphe 2 a) de l'article 5 du traité d'investissement bilatéral de 2008 entre les États-Unis d'Amérique et le Rwanda ; le paragraphe 2 a) de l'article 5 du Traité d'investissement bilatéral de 2005 entre les États-Unis d'Amérique et l'Uruguay.

<sup>205</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (13 décembre 2007), version consolidée publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 326, p. 47. Voir également l'article 215 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 298, n° 4300, p. 3.

<sup>206</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1520, n° 26363, p. 217.

ainsi que dans les rapports à venir), mais il est néanmoins utile de montrer, brièvement, la variété des contextes dans lesquels les principes généraux du droit ont joué un rôle. À ce stade, le Rapporteur spécial tient à souligner que le fait que la présente sous-section se concentre sur la pratique contentieuse (pour la simple raison que les documents portant sur le sujet sont plus facilement accessibles que d'autres) ne signifie nullement que ce soit le seul contexte dans lequel les principes généraux du droit s'appliquent. En tant que source du droit international, ces principes devraient s'appliquer de manière générale dans les relations entre sujets de droit international.

127. La Cour internationale de Justice et sa devancière ne semblent s'être clairement référées que dans quelques cas aux principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 et du paragraphe 3 de l'Article 38 des statuts respectifs des deux cours. Cela peut sembler contraster avec l'attitude des États à l'égard de cette source du droit international : ils ont en effet invoqué à maintes reprises les principes généraux du droit dans leurs conclusions écrites, bien que parfois, pour diverses raisons, leurs arguments n'aient pas été retenus ni même examinés par la Cour. De façon similaire, les juges ont souvent fondé leurs opinions sur les principes généraux du droit<sup>207</sup>.

128. La Cour permanente de Justice internationale, par exemple, semble avoir rejeté l'application des principes généraux du droit, sans pour autant nier leur existence, dans l'avis consultatif sur l'affaire de *Jaworzina*<sup>208</sup>, l'affaire relative aux *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*<sup>209</sup> et l'affaire relative aux *Emprunts serbes*<sup>210</sup>. Les principes généraux du droit sont mentionnés dans l'avis consultatif relatif à l'*Accord gréco-turc*<sup>211</sup> et dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*<sup>212</sup>. En outre, on trouve de brèves références à ce que l'on peut considérer comme des principes généraux du droit dans certaines affaires, notamment l'avis consultatif relatif à l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak)*<sup>213</sup>, mais sans que l'on puisse en tirer des conséquences claires. La Cour n'a fait aucune référence au paragraphe 3 de l'Article 38 de son Statut dans les affaires mentionnées dans le présent paragraphe.

<sup>207</sup> Les opinions de certains juges seront présentées dans la quatrième partie ci-après.

<sup>208</sup> *Jaworzina*, avis consultatif, 6 décembre 1923, CPJI, série B, n° 8, p. 37 et 38 (rejetant une demande de la Pologne fondée sur la « règle traditionnelle » *ejus est interpretare legem cujus condere*).

<sup>209</sup> *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt, 26 mars 1925, CPJI, série A, n° 5, p. 30 (se référant aux « principes qui semblent être généralement admis en matière de contrats »).

<sup>210</sup> *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt, 12 juillet 1929, CPIJ, série A, n° 20/21, p. 38 et 39 (rejetant l'application du principe de l'estoppel).

<sup>211</sup> *Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926*, avis consultatif du 28 août 1928, CPIJ, série B, n° 16, p. 20 (appliquant le principe de *compétence-compétence*).

<sup>212</sup> *Usine de Chorzów (Allemagne/Pologne)*, arrêt, 26 juillet 1927, CPIJ, série A, n° 9, p. 31 (considérant qu'il est « un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte ») ; *Usine de Chorzów (fond)*, arrêt, 13 septembre 1928, CPIJ, série A, n° 17, p. 29 (déclarant que « c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer »).

<sup>213</sup> *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne*, avis consultatif, 21 novembre 1925, CPIJ, série B, n° 12, p. 32 (considérant que les alinéas 6 et 7 de l'article 15 du Pacte de la Société des Nations reflétaient la « règle bien connue d'après laquelle nul ne peut être juge dans sa propre cause »).

129. En ce qui concerne la Cour internationale de Justice, il semble qu'elle ait appliqué les principes généraux du droit dans l'affaire relative au *Détroit de Corfou*<sup>214</sup>, l'avis consultatif relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide*<sup>215</sup>, l'avis consultatif relatif à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*<sup>216</sup>, l'affaire *Barcelona Traction*<sup>217</sup>, l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*<sup>218</sup> et les affaires relatives à la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne*<sup>219</sup> et à la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos*<sup>220</sup>.

130. Dans d'autres affaires, la Cour a rejeté des arguments fondés sur des principes généraux du droit<sup>221</sup> ou a simplement considéré que, puisque les règles du droit international conventionnel ou coutumier permettaient déjà d'aborder la situation en cause, il n'était pas nécessaire qu'elle établisse l'existence d'un principe général du droit<sup>222</sup>.

131. Certains États qui comparaissent devant la Cour font brièvement référence aux principes généraux du droit<sup>223</sup>, tandis que d'autres présentent des arguments détaillés

<sup>214</sup> *Détroit de Corfou, arrêt, 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18 (en ce qui concerne l'admission de preuves indirectes).

<sup>215</sup> *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23 (se référant aux principes qui sont à la base de la Convention sur le génocide en tant que « principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »).

<sup>216</sup> *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, 13 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954*, p. 53 (appliquant le « principe de droit bien établi et généralement reconnu » de l'autorité de la chose jugée).

<sup>217</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 37, par. 50 (application des « règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions »).

<sup>218</sup> *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 181, par. 36 (considérant que « [c]e qu'imposent les principes généraux de droit et le caractère judiciaire de la Cour, c'est que, même en matière consultative, la possibilité soit fournie à chacune des parties intéressées, dans des conditions d'égalité, de faire valoir tous les éléments qui concernent la question portée devant le tribunal de réformation »). Voir aussi *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982*, p. 338 et 339, par. 29.

<sup>219</sup> *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 125, par. 58 (se référant au principe de l'autorité de la chose jugée).

<sup>220</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 2 février 2018*, par. 68 (faisant également référence au principe de l'autorité de la chose jugée).

<sup>221</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 21 et 22, par. 17 et 18 (rejetant l'argument de l'Allemagne selon lequel le principe de la part juste et équitable est l'un des principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut) ; *Demande de réformation du jugement n° 158* (voir *supra*, note 218), p. 181, par. 36 (considérant qu'il n'existe pas de principe général de droit exigeant que, dans une procédure de réformation, la possibilité soit nécessairement donnée aux parties d'exposer oralement leur cause devant le tribunal compétent) ; *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 47, par. 88 (considérant que l'*actio popularis* ne peut être considérée comme un principe général du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut).

<sup>222</sup> *Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960*, p. 43.

<sup>223</sup> Pour ne citer que quelques exemples récents, voir les arguments concernant l'estoppel et les attentes légitimes dans l'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)* (réplique de la Bolivie, par. 320 et suiv. ; duplique du Chili, par. 2.28) ; le principe de la bonne foi dans l'affaire relative aux *Obligations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)* (mémoire des Îles Marshall, par. 182) ; l'abus de droit dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))* (contre-mémoire

concernant cette source du droit international. Ces arguments seront examinés plus en détail ci-après, mais on peut déjà citer comme exemples les conclusions écrites du Portugal et de l'Inde dans l'affaire relative au *Droit de passage sur le territoire indien*<sup>224</sup>, celles du Liechtenstein dans l'affaire relative à *Certains biens*<sup>225</sup> et celles de l'Australie et du Timor-Leste dans l'affaire relative aux *Questions concernant la saisie et la conservation de certains documents et données*<sup>226</sup>.

132. Les principes généraux du droit ont également joué un rôle en dehors de la Cour internationale de Justice. Ainsi, ils ont été pris pour base et largement cités dans des arbitrages entre États, comme dans l'affaire *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co.*<sup>227</sup>, l'affaire *Goldenberg*<sup>228</sup>, une décision de la Commission de conciliation franco-italienne<sup>229</sup>, l'affaire des *Cargaisons déroutées*<sup>230</sup>, l'arbitrage relatif aux *Phares de l'Empire ottoman*<sup>231</sup>, l'affaire *Argentine-Chile Frontier*<sup>232</sup>, l'affaire du *lac Lanoux*<sup>233</sup>, l'arbitrage relatif à la *Convention OSPAR*<sup>234</sup>, l'arbitrage

---

du Japon, par. 9.40 et suiv.) ; le calcul des dommages-intérêts dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)* (mémoire sur l'indemnisation due à la Guinée, par. 13) ; l'*exceptio non adimpleti contractus* dans l'affaire relative à l'*Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (contre-mémoire de la Grèce, par. 8.1 et suiv. ; réplique de la Macédoine du Nord, par. 5.54 et suiv. ; duplique de la Grèce, par. 8.6 et suiv.) ; l'exclusion des éléments de preuve obtenus illégalement dans les procédures criminelles dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* (mémoire du Mexique, par. 21, 374 et 380 ; contre-mémoire des États-Unis d'Amérique, par. 8.27 et suiv.) ; l'admissibilité des aveux comme éléments de preuve dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (mémoire du Nicaragua (fond), par. 160) ; la nullité des sentences arbitrales dans l'affaire relative à la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (contre-mémoire du Nicaragua, par. 56 et suiv.).

<sup>224</sup> *Droit de passage* (voir *supra*, note 222).

<sup>225</sup> *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 6

<sup>226</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014*, p. 147.

<sup>227</sup> *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain v. United States)*, sentence, 9 novembre 1923, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p.114 et 115.

<sup>228</sup> *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, sentence, 27 septembre 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 909 (considérant que l'expression « droit des gens » employée au paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles incluait des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, et faisant référence au « principe général » qui interdit l'expropriation de biens appartenant à des étrangers sans juste compensation).

<sup>229</sup> *Différend Sociétés « Les Petits-Fils de C.J. Bonnet » – « Tessitura Serica Piemontese »*, Décisions du 16 mars 1949, du 1<sup>er</sup> décembre 1950 et du 3 mars 1952, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 83 (en référence aux principes généraux du droit dans l'interprétation des traités).

<sup>230</sup> *Affaire des « Cargaisons déroutées » (Grèce, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence, 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 70.

<sup>231</sup> *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, sentence, 24/27 juillet 1956, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. XII, p. 197, 199 et 241 (en référence aux principes généraux du droit en ce qui concerne l'enrichissement injustifié et la succession de la responsabilité).

<sup>232</sup> *Argentine-Chile Frontier Case*, sentence, 9 décembre 1966, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 164 (en référence au principe de l'estoppel).

<sup>233</sup> *Affaire du lac Lanoux*, sentence, 16 novembre 1957, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. XII, p. 308 (considérant, entre autres, le principe en vertu duquel la mauvaise foi ne saurait se présumer). Voir également *International Law Reports*, vol. 24 (1994), p. 129 et 130, pour la version anglaise.

<sup>234</sup> *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, sentence, 2 juillet 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 87, par. 84.

relatif à *Abyei*<sup>235</sup>, l'affaire concernant l'*Aire marine protégée des Chagos*<sup>236</sup> et le récent arbitrage entre la Croatie et la Slovénie<sup>237</sup>.

133. Il a été également fait référence plusieurs fois aux principes généraux du droit en droit pénal international, un domaine dans lequel, comme certains auteurs l'ont noté, cette source du droit international peut jouer un rôle particulièrement important<sup>238</sup>. Des exemples peuvent en être trouvés dans des jugements et décisions rendus par la Cour pénale internationale<sup>239</sup>, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>240</sup>, le Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>241</sup> et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>242</sup>.

134. Les principes généraux du droit servent également de base au règlement des différends entre investisseurs et États, domaine dans lequel il peut être fait référence (parfois avec la mention expresse des dispositions du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) à des principes tels que la règle de la

<sup>235</sup> *Delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, sentence, 22 juillet 2009, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 299, par. 401 (concernant, entre autres, la question du dépassement de compétence).

<sup>236</sup> *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, sentence, 18 mars 2015, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 542 à 544, par. 435 à 438 (concernant le principe de l'estoppel).

<sup>237</sup> Cour permanente d'arbitrage, *Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, affaire n° 2012-04, sentence, 29 juin 2017, par. 347.

<sup>238</sup> A. Cassese, « The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations », in S. Yee et W. Tieya (dir.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Londres, Routledge, 2001, p. 46.

<sup>239</sup> Voir, par exemple, *Situation en République démocratique du Congo*, arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006, n° ICC-01/04, par. 32 (rejet de l'argument selon lequel un principe général du droit peut autoriser le dépôt d'un pourvoi sur une base autre que celle prévue par le Statut de Rome) ; *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, affaire n° ICC-01/04-01/07, par. 190 (en référence au principe de la *res judicata*) ; *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, décision relative à la demande de convocation de témoins du Procureur et à la requête y relative aux fins d'obtenir la coopération de l'État partie, 17 avril 2014, affaire n° ICC-01/09-01/11, par. 65 et suiv. (concernant la compétence des chambres de première instance en matière de citation à comparaître).

<sup>240</sup> Voir, par exemple, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement, 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1-T, *Recueils judiciaires 1998*, par. 177 à 186 (recours aux principes généraux du droit pour arrêter une définition du viol) ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.*, jugement, 14 janvier 2000, affaire n° IT-95-16-T, par. 539 et 677 et suiv. (en référence aux principes généraux du droit en tant que partie du droit applicable par le Tribunal et à l'examen des principes généraux concernant de multiples infractions) ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, jugement, 22 février 2001, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), par. 437 à 460 (recours aux principes généraux du droit pour arrêter une définition du viol) ; Chambre d'appel, *Prosecutor c. Mucić et al.* (affaire *Čelebići*), jugement, 20 février 2001, affaire n° IT-96-21-A, par. 583 à 590 (examen du défaut partiel de responsabilité comme « moyen de défense spécial »).

<sup>241</sup> Voir, par exemple, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Elizaphan et Gérard Ntakirutimana*, décision relative à la demande de constat judiciaire du Procureur, 22 novembre 2001, affaire n° ICTR-96-10-T & ICTR-96-17-T, par. 42 (en référence au principe de la *res judicata*) ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement du 2 septembre 1998, affaire n° ICTR-96-4-T, par. 501 (en référence aux « principes généraux du droit criminel » qui autorisent de retenir la version la plus favorable à l'accusé).

<sup>242</sup> Voir, par exemple, Chambre de première instance, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Décision relative au refus de la troisième personne accusée, Augustine Gbao, d'assister à l'audience du Tribunal spécial pour la Sierra Leone le 7 juillet 2004 et les jours suivants, 12 juillet 2004, affaire n° SCSL-04-15-T, par. 9 et 10 (concernant le jugement par défaut).

*res judicata*<sup>243</sup>, le principe compétence-compétence<sup>244</sup>, la charge de la preuve<sup>245</sup>, l'expectative légitime<sup>246</sup>, l'enrichissement injustifié<sup>247</sup> et la bonne foi<sup>248</sup>. De la même manière, il est fait référence aux principes généraux du droit, bien que moins fréquemment, dans la jurisprudence du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce<sup>249</sup>.

135. Les principes généraux du droit ont également fait leur apparition dans le domaine des droits de l'homme. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé à plusieurs reprises que ces principes faisaient partie intégrante du corpus du droit relatif aux droits de l'homme qu'elle devait appliquer<sup>250</sup>. Elle a fait référence de manière ponctuelle au principe de l'estoppel<sup>251</sup>, au principe *pacta sunt servanda*<sup>252</sup>, au principe *iura novit curia*<sup>253</sup>, au « principe du droit international » selon lequel toute

<sup>243</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* ("Number"), affaire n° ARB(AF)/00/3, Décision du 26 juin 2002, par. 38 et suiv.

<sup>244</sup> CIRDI, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile*, affaire n° ARB/04/7, sentence, 21 août 2007, par. 203.

<sup>245</sup> CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, affaire n° ARB/02/13, Sentence du 31 janvier 2006, par. 70 et suiv. ; CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB/00/5, sentence, 23 septembre 2003, par. 110 ; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, sentence, 26 janvier 2006, par. 95 ; CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, affaire n° ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990, par. 56.

<sup>246</sup> CIRDI, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB(AF)/09/1, sentence, 22 septembre 2014, par. 575 et 576 ; CIRDI, *Total S.A. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, par. 128 à 130 ; CIRDI, *Toto Costruzioni S.p.A. v. Republic of Lebanon*, affaire n° ARB/07/12, sentence, 7 juin 2012, par. 166.

<sup>247</sup> *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, affaire n° 33, Sentence n° 135-33-1 (20 juin 1984), *Iran – United States Claims Tribunal Reports (IUSCTR)*, vol. 6, p. 168 ; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Sentence partielle du 17 mars 2006, par. 449.

<sup>248</sup> CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, par. 153 ; CNUDCI, *Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, Décision relative à une question préliminaire du 6 juin 2006, par. 182 ; CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 297.

<sup>249</sup> Voir, par exemple, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, affaire n° WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, par. 158 ; *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, affaire n° WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, par. 224 (en référence à la bonne foi et à l'abus de droit).

<sup>250</sup> *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, 15 novembre 2017 (OC-23/17), série A, n° 23, par. 45 ; *Advisory Opinion on the Rights of Legal Persons*, 26 février 2016 (OC-22/16), série A, n° 22, par. 29 ; *Advisory Opinion on the Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need for International Protection*, 19 août 2014 (OC-21/14), série A, n° 21, par. 60.

<sup>251</sup> *Almonacid Arellano and Others v. Chile*, jugement (exceptions préliminaires, fonds, réparations et frais) du 26 septembre 2006, série C, n° 154, par. 65 ; *Moiwana Community v. Suriname*, jugement (exceptions préliminaires, fonds, réparations et frais) du 15 juin 2005, série C, n° 124, par. 58 ; *Neira Alegria et al. v. Peru*, jugement (exceptions préliminaires) du 11 décembre 1991, série C, n° 13, par. 29.

<sup>252</sup> *Bulacio v. Argentina*, jugement (fond, réparations et frais) du 18 septembre 2003, série C, n° 100, par. 117 et 118 ; *Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, 1<sup>er</sup> octobre 1999 (OC-16/99), série A, n° 16, par. 128.

<sup>253</sup> *Durand and Ugarte v. Peru*, Jugement, 16 août 2000, série C, n° 68, par. 76 ; *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, jugement (fond, réparations et frais) du 30 mai 1999, série C, n° 52, par. 116 et 166 ; *Blake v. Guatemala*, jugement (fond) du 24 janvier 1998, série C, n° 36, par. 112 ; *Godínez Cruz v. Honduras*, jugement (fond) du 20 janvier 1989, série C, n° 5, par. 172 ; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, jugement (fond) du 29 juillet 1988, série C, n° 4, par. 163.

violation d'une obligation internationale implique une obligation de réparation<sup>254</sup> – principe qui permet la révision des décisions judiciaires<sup>255</sup> – ainsi qu'aux principes relatifs aux dommages indirects et au manque à gagner considéré en tant que dommage<sup>256</sup>. Elle n'a fait expressément référence aux dispositions du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice que dans une seule affaire et ce afin de pouvoir déterminer les héritiers d'une personne aux fins de réparation<sup>257</sup>. Dans le cadre d'une autre affaire, elle a considéré que le principe d'égalité devant la loi, d'égale protection de la loi et de non-discrimination était un principe général de droit qui constituait, de surcroît, une norme impérative de droit international général (*jus cogens*)<sup>258</sup>.

136. Dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, déterminant elle aussi que les principes généraux du droit devaient être pris en compte lors de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>259</sup>.

137. Il est également possible de trouver, dans la pratique, des références à ce qui s'apparente à des principes généraux du droit d'application régionale (question qui pourra être traitée dans un futur rapport, comme il a été indiqué plus haut). Tel est en particulier le cas avec la Cour européenne de justice qui, en plusieurs occasions, a appliqué les « principes généraux du droit communautaire », en s'appuyant sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres ou sur l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>260</sup>.

<sup>254</sup> *Goiburú et al. v. Paraguay*, jugement (fond, réparations et dépenses), 22 septembre 2006, série C, n° 153, par. 140 et 141 ; “*Panel blanca*” (*Paniagua Morales et al.*) *v. Guatemala*, jugement (réparations et frais) du 25 mai 2001, série C, n° 76, par. 75 ; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, jugement (réparations et frais) du 21 juillet 1989, série C, n° 7, par. 25.

<sup>255</sup> *Genie Lacayo v. Nicaragua*, ordonnance, 13 septembre 1997, série C, n° 45, par. 9.

<sup>256</sup> *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, jugement (réparations et frais) du 10 septembre 1993, par. 50.

<sup>257</sup> *Ibid.*, par. 61 et 62.

<sup>258</sup> *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, 17 septembre 2003 (OC-18/03), série A, n° 18, par. 101.

<sup>259</sup> *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 février 1975, série A, n° 18, par. 35. Voir également *Enea c. Italie* [Grande Chambre], affaire n° 74912/01, arrêt, 17 septembre 2009, *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme 2009*, par. 104 ; *Demir et Baykara c. Turquie* [Grande Chambre], affaire n° 34503/97, Arrêt, 12 novembre 2008, *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme 2008*, par. 71. Voir également M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 360 ; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1988, p. 160 à 183.

<sup>260</sup> Voir, par exemple, E. Castellarin, « General Principles of EU Law and General International Law », in M. Andenas *et al.* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 131 à 148 ; S. Vogenauer and S. Weatherill (dir.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart, 2017 ; K. Lenaerts et J.A. Gutiérrez-Fons, « The constitutional allocation of powers and general principles of EU law », *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1629 à 1669 ; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2016 ; C. Semmelmann, « General principles of EU law between a compensatory role and an intrinsic value », *European Law Journal*, vol. 19, 2013, p. 457 à 487 ; U. Bernitz et J. Nergelius (dir.), *General Principles of European Community Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 ; J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, Londres, Longman, 1998.

138. Par ailleurs, il semble que les principes généraux du droit aient été également appliqués, dans une certaine mesure, par les tribunaux administratifs internationaux<sup>261</sup>.

139. Il ressort de ce bref aperçu de quelques-unes des pratiques récentes relatives aux principes généraux du droit que, depuis l'adoption, en 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les États et les cours et tribunaux internationaux ont fait référence à cette source du droit international à plusieurs reprises et dans différents contextes, ce qui ne laisse subsister aucun doute quant à sa pertinence dans l'ordre juridique international.

## **Quatrième partie : Éléments et origines des principes généraux du droit**

140. Compte tenu de l'aperçu qui vient d'être donné de l'évolution au fil du temps des principes généraux du droit dans la pratique des États et les décisions rendues par les cours et les tribunaux internationaux, le Rapporteur spécial analyse à présent certains aspects de base du sujet à l'étude : les éléments des principes généraux du droit tels qu'énoncés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et les origines de ces principes en tant que source du droit international, analyse à laquelle s'ajouteront quelques précisions terminologiques.

### **I. Les éléments des principes généraux de droit énoncés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice**

141. Comme indiqué dans la partie 1, la Commission a pris pour point de départ de ses travaux sur le sujet le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La présente section vise à fournir une première évaluation de cette disposition en traitant ce qui, selon le Rapporteur spécial, peut en constituer les différents éléments. Plus spécifiquement, les sous-sections ci-après sont consacrées à l'expression « principes généraux de droit », à l'exigence de reconnaissance et à l'expression « nations civilisées ».

#### **A. « Principes généraux de droit »**

142. Le Rapporteur spécial considère qu'il est utile de commencer par analyser le premier élément du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir l'expression « principes généraux de droit ». Deux questions sont posées ici à cet égard : premièrement, celle de savoir si le terme « principes généraux de droit » nous renseigne sur les caractéristiques, les origines, les fonctions et autres données relatives à cette source du droit international ; deuxièmement, celle de la relation entre principes généraux du droit et droit international général.

143. En guise d'introduction, le Rapporteur spécial note que les « principes généraux de droit » ne sont pas propres à l'ordre juridique international. Une notion similaire existe également dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, sinon dans tous, et ce bien que la terminologie utilisée ne soit pas toujours la même. Le Code civil

<sup>261</sup> Voir, par exemple, G. Ullrich, *The Law of the International Civil Service*, Berlin, Duncker and Humblot, 2018, deuxième partie, chap. 2 ; A. Reinisch, « Sources of international organizations' law: why custom and general principles are crucial », in J. d'Aspremont et S. Besson (dir.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, 2017, p. 1022.

général autrichien, par exemple, dispose que, lorsqu'une affaire ne peut être réglée par des dispositions légales ou par analogie, une décision doit être prise en se fondant sur les principes dits *natürliche Rechtsgrundsätze* (« principes naturels du droit »)<sup>262</sup>. Le Code civil italien, lui, dispose que, dans le cas d'un différend qui ne pourrait être réglé par une disposition légale spécifique, il est possible de recourir à l'analogie voire, si cette voie ne permet pas d'aboutir, aux principes généraux de l'ordre juridique de l'État<sup>263</sup>. Selon le Code civil fédéral mexicain, lorsqu'une action au civil ne peut aboutir par voie de dispositions légales ou de leur interprétation, son règlement doit se fonder sur les principes généraux du droit<sup>264</sup>. De la même façon, le Code civil espagnol autorise l'application des principes généraux du droit en l'absence de règles ou de coutume applicables<sup>265</sup>. Le Code civil égyptien autorise les juges à statuer sur la base des principes du droit naturel et des principes de justice, faute de texte législatif, de coutume ou de principes applicables en droit islamique<sup>266</sup>.

144. On peut se poser la question de savoir si les principes généraux des systèmes juridiques nationaux, tels que ceux susmentionnés, et les principes généraux du droit pris au sens que leur donne le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ont des caractéristiques communes, point de vue qui semble être celui de certains auteurs<sup>267</sup>. Les travaux préparatoires qui ont présidé à

<sup>262</sup> Article 7 (« Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. ») [« Lorsqu'une affaire ne peut être jugée selon les termes d'une loi ou le sens naturel de celle-ci, on s'attachera à des cas similaires prévus par la loi et à l'argumentation développée dans des lois connexes. Si des doutes subsistent, le jugement s'appuiera sur des faits recueillis avec soin et examinés sous tous leurs aspects, dans le respect des principes du droit naturel. » (traduction officielle)].

<sup>263</sup> Article 12 (« Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. ») [« L'application de la loi ne doit pas donner lieu à une autre interprétation que celle qui découle du sens explicite des mots employés et des liens qui les unissent, et de l'intention du législateur. Si un différend ne peut être réglé par l'application d'une disposition légale spécifique, il conviendra de se référer à des dispositions prévues dans des cas similaires ou dans un domaine comparable ; si des doutes subsistent, les principes généraux du système juridique de l'État concerné présideront au jugement. » (traduction officielle)].

<sup>264</sup> Article 19 (« Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho. ») [« Les différends d'ordre juridique au civil doivent être tranchés conformément aux dispositions légales ou à leur interprétation. En l'absence de telles dispositions, les principes généraux du droit présideront au jugement. »].

<sup>265</sup> Article 1(4) (« Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. ») [« Les principes généraux du droit s'appliquent en l'absence de lois ou de coutume, sans que leur contribution au système juridique soit remise en cause. »].

<sup>266</sup> Article 1(2) (بوجد لم فاذا ، العرف بمقتضى القاضي حكم ، تطبيقه يمكن تشريعي نص بوجد لم فاذا) ، العدالة وقواعد الطبيعي القانون مبادئ فيمقتضى ، توجد لم فاذا ، الإسلامية الشريعة مبادئ فيمقتضى) [« En l'absence de dispositions légales applicables, le juge statue conformément à la coutume et en l'absence de coutume, conformément aux principes du droit islamique. Si ceux-ci font défaut, il applique les principes du droit naturel et les règles d'équité. » (traduction officielle)].

<sup>267</sup> Voir, par exemple, S. Besson, « General principles of international law – whose principles? », in S. Besson et P. Pichonnaz (dir.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law*, Genève, Schulthess, 2011, p. 32 à 34. L'auteur est d'avis que les principes généraux du droit international et les principes généraux du droit national présentent les mêmes grandes

l'élaboration du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, tels qu'ils sont rapportés plus haut dans la partie 3, montrent que l'inclusion de cette disposition dans le Statut s'explique, entre autres, par le sentiment qu'il convenait de combler les lacunes du droit conventionnel et du droit international coutumier, et d'éviter de conclure à un *non liquet*<sup>268</sup>. Si l'une des fonctions des principes généraux du droit est bien de suppléer à des lacunes, alors ceux-ci partagent cette caractéristique avec les principes généraux en vigueur dans les systèmes juridiques nationaux. D'un autre côté, il convient cependant de ne pas perdre de vue le fait que les principes généraux du droit pris au sens que leur donne le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, c'est-à-dire en tant que source du droit international, semblent présenter des caractéristiques qui leur sont propres et ce en raison de différences structurelles entre le système juridique international et les ordres juridiques nationaux.

145. L'expression « principes généraux de droit », telle qu'elle figure au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, a été interprétée en diverses occasions, dans son entier ou mot par mot, l'objectif poursuivi étant de clarifier certains aspects de cette source du droit international, notamment ses caractéristiques, ses origines et ses fonctions. Si le Rapporteur spécial considère qu'un tel exercice est utile dans le cadre d'une première approche du sujet, il tient à souligner toutefois que toute conclusion susceptible d'être ainsi tirée ne peut être qu'indicative et nécessite d'être examinée plus avant à la lumière de la pratique existante.

146. La relation entre le terme « principe » et le terme « règle » a beaucoup retenu l'attention. Pour ne citer que quelques-uns des points de vue avancés, un auteur, par exemple, estime que la différence entre principes de droit et règles de droit relève de la logique. Les deux ensembles normatifs font référence, selon lui, à des décisions particulières relatives à des obligations légales qui s'imposent dans des circonstances particulières, mais ils diffèrent par la nature de l'orientation donnée. Les règles, elles, sont applicables selon le principe du tout ou rien, alors que le principe, s'il est pertinent, est un élément qui peut être pris en compte dans le cadre d'une réflexion allant dans un sens ou un autre<sup>269</sup>. Selon un autre auteur, on entend surtout par principe ou principe général de droit, par opposition à règle ou règle générale de droit, quelque chose qui ne constitue pas à proprement parler une règle mais qui sous-tend cette règle, et l'explique ou en exprime la raison d'être. La règle répond à la question du « quoi » – le principe, de fait, à la question du « pourquoi »<sup>270</sup>. Un troisième auteur, en revanche, est d'avis que les principes « restent synonymes de règles juridiques abstraites, fournissant les bases d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à de multiples situations concrètes, soit pour les réglementer de façon permanente, soit pour résoudre les difficultés qu'elles font naître<sup>271</sup> ».

---

caractéristiques, en tant que normes juridiques générales et abstraites, en même temps que fondamentales et indéterminées (p. 32).

<sup>268</sup> Voir *supra*, par. 108.

<sup>269</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 2013, p. 40 et 42.

<sup>270</sup> G. Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92 (1957), p. 7. Commentant ce point de vue, Thirlway estime qu'il ne s'agit pas de dire qu'un principe se situe à un niveau trop élevé pour pouvoir être appliqué à un problème juridique, mais de dire que ce principe, appliqué à ce cas particulier, produira de fait une règle qui permettra de le résoudre (voir Thirlway, *op. cit.* à la note 13, p. 107).

<sup>271</sup> M. Virally, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 533 et 534.

147. Certains auteurs ont avancé que le terme « principe » associé à « général » désignait une norme de portée générale<sup>272</sup> ou que l'expression « principe général » renvoyait aux différents systèmes juridiques internes devant être examinés pour déterminer l'existence d'un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>273</sup>. D'autres ont fait valoir qu'un principe de droit différerait d'une règle de droit prise dans une acception commune, non pas en raison de sa large validité mais plutôt de la généralité de son contenu<sup>274</sup>. De plus, certains auteurs estiment que les principes généraux incarnent des valeurs importantes ou fondamentales<sup>275</sup>.

148. Dans ses considérations sur le terme « principes », le juge Cançado Trindade a affirmé :

Tout système juridique repose sur certains principes fondamentaux qui inspirent, imprègnent et façonnent ses normes. Ce sont les principes (étymologiquement dérivés du latin *principium*) qui, renvoyant aux causes, sources ou origines premières des normes et des règles, confèrent aux normes juridiques et au système juridique tout entier leur cohésion, leur cohérence et leur légitimité. Ce sont les principes généraux de droit (les *prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique ; ce sont eux qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble et qui, en définitive, constituent ses fondements mêmes. C'est ainsi que je conçois la présence et la place des principes généraux au sein de tout ordre juridique, ainsi que leur rôle dans l'univers conceptuel du droit<sup>276</sup>.

149. En revanche, d'autres auteurs ne voient guère de différence entre les mots « règles » et « principes ». Ainsi, certains ont relevé que, si la différence et la relation hiérarchique entre les règles et les principes suscitait tout un débat parmi les théoriciens du droit, cette controverse ne transparaissait pas dans les énonciations de la [Cour internationale de Justice], laquelle tend à considérer ces deux termes comme synonymes<sup>277</sup>. Selon un autre auteur, il est presque impossible d'établir une distinction claire entre les règles juridiques positives constituant des principes généraux et les autres règles juridiques positives<sup>278</sup>.

<sup>272</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (*supra*, note 13), p. 925.

<sup>273</sup> D. Costelloe, « The role of domestic law in the identification of general principles of law under article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice », in M. Andenas *et al.* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 183.

<sup>274</sup> G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969, p. 43. L'auteur ajoute que les principes généraux du droit international désignent des règles de contenu général plutôt que des dispositions régissant les détails (*ibid.*)

<sup>275</sup> Besson, « General principles of international law – whose principles ? » (*supra*, note 267), p. 32 et 33. M. Sørensen, « Principes de droit international public : cours général », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 101, 1960, p. 16. D'après Thirlway, le sentiment de permanence et de stabilité qui se dégage de la notion de « principes généraux » et la sensation que ces principes ont été choisis pour leur justesse évidente et perpétuelle sont si présents que le fait de voir dans cette expression ce n'importe quel principe pourrait à l'avenir être considéré comme un principe général est quelque peu dérangent (Thirlway, *The Sources of International Law* (*supra*, note 13), p. 111).

<sup>276</sup> *Usines de pâte à papier* (*supra*, note 17), Opinion individuelle de M. Cançado Trindade, p. 210, par. 201.

<sup>277</sup> M. Mendelson, « The International Court of Justice and the sources of international law », in V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir.), *Fifty years of the International Court of Justice : Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 80.

<sup>278</sup> Bogdan, « General principles of law and the problem of *lacunae* in the law of nations » (*supra*, note 13), p. 47. Voir aussi Kolb, *La bonne foi en droit international public* (*supra*, note 25), p. 53 et 54.

150. La genèse de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne livre guère d'indications sur cette question, laquelle n'a pas été examinée par les membres du Comité consultatif de juristes, les États ou d'autres. Ainsi, dans leurs délibérations, les membres du Comité semblent avoir fait un usage interchangeable des termes « règles » et « principes »<sup>279</sup>. L'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'établit pas de distinction nette entre « règles » et « principes », les « règles de droit » qui doivent être déterminées par les moyens auxiliaires prévus à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 comprenant clairement les principes généraux du droit<sup>280</sup>.

151. La Cour internationale de Justice et la Commission ne semblent pas opérer de distinction claire entre les termes « règles » et « principes » mais conviennent que ces derniers peuvent être considérés comme des normes à caractère plus général et plus fondamental. Dans l'affaire du *golfe du Maine*, par exemple, la chambre de la Cour internationale de Justice saisie a déclaré :

Quant à l'association des termes « règles » et « principes » [dans l'accord spécial], il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental<sup>281</sup>.

152. De même, dans son projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a expliqué que, « [d]ans le présent texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs, les « règles » de droit international coutumier englob[aient] les dispositions de droit international coutumier qui [étaient] susceptibles d'être qualifiées de « principes » en raison de leur caractère plus général et plus fondamental<sup>282</sup> ».

153. Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure que l'expression « principes généraux de droit » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice fait référence à des normes qui ont un caractère « général » et « fondamental ». Ces normes sont « générales » en ce sens que leur contenu présente un certain degré d'abstraction, et « fondamentales » au sens où elles sous-tendent des règles précises ou incarnent des valeurs importantes.

154. On ne peut toutefois pas exclure que certains principes généraux du droit n'aient pas un caractère « général » et « fondamental » au sens précédemment décrit. Comme indiqué dans la troisième partie ci-dessus et comme examiné plus en détail ci-après, les États ont invoqué un grand nombre de normes qu'ils considéraient comme des principes généraux de droit dans le cadre de différends, tels que la bonne foi, l'abus de droit, la doctrine des « mains propres », l'enrichissement injustifié, l'obligation de réparation intégrale, le principe de la chose jugée (*res judicata*), un droit de passage sur le territoire d'un autre État et un droit au secret des communications entre l'avocat

<sup>279</sup> Par exemple, la proposition initiale faite par Descamps était « les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés » (voir *supra*, par. 93). De même, selon Loder, « [o]n a parlé de règles reconnues et respectées du monde entier, qui n'ont pas encore le caractère de droit positif ; mais la Cour a justement le devoir de développer le droit, de faire "mûrir" les coutumes et les principes universellement reconnus, et de les cristalliser sous la forme de règles positives » (voir *supra*, par. 96).

<sup>280</sup> S. Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, p. 488 et 489.

<sup>281</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J., Recueil 1984*, p. 288 à 290, par. 79.

<sup>282</sup> Par. 3 du commentaire de la conclusion 1 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, A/73/10, par. 65 et 66, p. 124. Voir également *supra*, par. 67.

et son client. On retrouve la même diversité dans les décisions des juridictions internationales, qui se sont notamment fondées sur les principes généraux du droit pour déterminer la personnalité distincte d'une société et de ses actionnaires, arrêter une définition du terme « viol » pour déterminer si un crime international a été commis et donner une définition des « successeurs » aux fins de la réparation. Si certains de ces principes, tels que la bonne foi, peuvent être regardés comme « généraux » et « fondamentaux », on peut se demander si d'autres, comme le droit à la confidentialité des communications entre l'avocat et son client ou le droit de passage sur le territoire d'un autre État, ou certains principes relatifs aux questions de procédure, sont de nature comparable.

155. L'avis selon lequel l'adjectif « général » employé à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a un champ d'application large, à savoir que les principes généraux du droit s'appliquent à tous les États, pourrait bien se vérifier<sup>283</sup>. Toutefois, les exceptions à cette règle générale semblent être étayées par des références dans la pratique à des principes généraux ayant un champ d'application régional. Comme indiqué dans la troisième partie ci-dessus, on peut citer à titre d'exemple la pratique en Afrique, en Asie et en Europe<sup>284</sup>.

156. Selon un auteur, le terme « droit » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, pris dans son sens ordinaire, peut renvoyer tant au droit national qu'au droit international, si bien qu'un principe général du droit peut découler tant des ordres juridiques nationaux que du système juridique international<sup>285</sup>. En outre, à supposer que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ait pour objet de combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier, le même auteur fait valoir que rien ne permet de croire que les auteurs du Statut ont voulu limiter les origines des principes généraux du droit aux systèmes juridiques nationaux et qu'au contraire, ceux-ci ont implicitement consenti à l'utilisation des principes généraux du droit international<sup>286</sup>. Cette thèse se trouve corroborée par la manière dont les principes généraux sont appliqués dans certains systèmes juridiques nationaux. Comme indiqué ci-dessus, les juridictions nationales sont parfois autorisées à se fonder sur des principes généraux propres à leur système juridique lorsqu'un litige ne peut être résolu sur la base d'autres règles. Suivant cette logique, on pourrait considérer que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice devraient également inclure les principes généraux nés dans le système juridique international.

157. S'agissant de déterminer les principes généraux du droit qui découlent des systèmes juridiques nationaux, d'autres ont fait valoir que, lorsque l'on parle de « droit », toutes les branches de celui-ci sont pertinentes. Ainsi, selon le juge Tanaka, « [d]ans la mesure où ces “principes généraux de droit” ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme “droit” recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc.<sup>287</sup> ».

158. Si ces interprétations du terme « droit » sont plausibles, le Rapporteur spécial estime, comme indiqué plus haut, qu'elles doivent être examinées plus avant à mesure que progresse l'examen du sujet et compte tenu de la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales.

<sup>283</sup> Voir également *infra* par. 161.

<sup>284</sup> Voir *supra*, par. 125 et 137.

<sup>285</sup> Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 67.

<sup>286</sup> *Ibid.*

<sup>287</sup> *Sud-Ouest africain* (*supra*, note 221), Opinion dissidente de M. Tanaka, p. 294.

159. Une dernière question à examiner dans la présente sous-section est la relation entre les principes généraux du droit et le « droit international général ».

160. La Commission a confirmé à plusieurs reprises que le droit international général englobait les principes généraux de droit. Ainsi, l'emploi de l'expression « droit international général » peut renvoyer, dans certains cas, selon le contexte, aux principes généraux de droit. Par exemple, dans son commentaire du projet d'article 33 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, la Commission a précisé que « [l]'expression "règles et principes" du droit international général recouv[r]ait les principes généraux de droit<sup>288</sup> ». Par la suite, le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international a estimé dans son rapport que « [le terme "droit international général"] englob[ait] au moins le droit coutumier général ainsi que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>289</sup> ». De même, dans ses commentaires du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a noté que « l'expression "droit international général" [était] employée de diverses manières (sans que cela soit toujours clairement précisé), notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel ou de droit international coutumier ou de principes généraux du droit<sup>290</sup> ». En outre, dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial chargé du sujet intitulé « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » a indiqué que « [l]es principes généraux de droit, comme les règles du droit international coutumier, [étaient] généralement applicables<sup>291</sup> » et que le droit international général englobait les principes généraux du droit<sup>292</sup>. Sur ce sujet, le Comité de rédaction a adopté à titre provisoire le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, selon lequel les principes généraux du droit, ainsi que le droit international coutumier et les dispositions conventionnelles, pouvaient servir de base aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*)<sup>293</sup>.

161. Dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a déclaré que les normes du droit international général « [devaient] s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale<sup>294</sup> ». Compte tenu du large appui que rencontre l'idée selon laquelle le droit international général englobe les principes généraux du droit, on peut conclure que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont universellement applicables. Cette conclusion ne préjuge pas de la possibilité que les principes généraux de droit aient un champ d'application régional ou bilatéral.

162. À la lumière des paragraphes précédents, on peut conclure que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent avoir certaines caractéristiques en commun avec les principes généraux qui existent dans les systèmes juridiques internes, mais qu'il ne faut pas négliger les différences structurelles entre ces derniers et le système juridique international. En outre, les principes généraux de droit comme source du

<sup>288</sup> Par. 2 du commentaire de l'art. 33 du projet de statut d'une cour internationale, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 51, par. 91.

<sup>289</sup> Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) (voir *supra*, note 84), par. 254. Voir également par. 174.

<sup>290</sup> A/73/10, p. 123, note 667.

<sup>291</sup> A/CN.4/706, par. 48.

<sup>292</sup> *Ibid.*, par. 49.

<sup>293</sup> Déclaration du Président du Comité de rédaction, 26 juillet 2017, annexe, p. 11.

<sup>294</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 221), p. 38, par. 63.

droit international peuvent avoir un caractère plus « général » et plus « fondamental » que les autres règles du droit international. Par ailleurs, le sens ordinaire de l'expression « principes généraux de droit » et la fonction généralement admise de cette source de droit international (comblement des lacunes) donnent à penser que les principes généraux de droit ne se limitent pas à ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux. Enfin, les principes généraux de droit, qui font partie du droit international général, sont universellement applicables.

## B. « Reconnus »

163. Le deuxième élément des principes généraux de droit qui se dégage de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est la condition de « reconnaissance ». De l'avis du Rapporteur spécial, ce deuxième élément est étroitement lié à la question de la détermination des principes généraux de droit, qui sera examinée dans un prochain rapport, et aux origines des principes généraux du droit comme source du droit international, qui est étudiée plus en détail ci-après. La présente section se borne donc à quelques considérations générales sur la question de la reconnaissance.

164. Tout d'abord, une comparaison entre les alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice semble justifiée, car il peut être utile de comprendre la condition de reconnaissance. Dans son projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a suivi l'« approche des deux éléments », fondée sur les deux éléments qui figurent à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). À cet égard, elle a précisé que ces éléments étaient « des conditions indispensables à l'existence d'une règle du droit international coutumier<sup>295</sup> ».

165. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est formulé différemment : il parle, non pas de pratique générale acceptée comme étant le droit, mais de principes reconnus par les « nations civilisées ». De l'avis du Rapporteur spécial, la reconnaissance est également la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit comme source du droit international<sup>296</sup>. Par conséquent, pour déterminer l'existence d'un principe général de droit, il faut examiner attentivement les éléments susceptibles d'en attester la reconnaissance.

166. La genèse du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et en particulier les procès-verbaux du Comité consultatif de juristes, confirme que la reconnaissance est la condition indispensable à l'existence des principes généraux de droit. Par-delà leurs désaccords, les membres du Comité ont convenu que la validité formelle des principes généraux de droit était subordonnée à leur reconnaissance par les « nations civilisées ». Il s'agissait par là d'éviter d'accorder aux juges un pouvoir d'appréciation trop large dans la détermination du

<sup>295</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 2 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, A/73/10, p. 125, par. 65 et 66. La Commission a également précisé que, « [p]our déterminer une telle règle, il [fallait] donc examiner avec attention les éléments de preuve disponibles et établir que ces deux éléments [étaient] présents en toutes circonstances » (ibid.)

<sup>296</sup> Un auteur a noté à cet égard que, dans la définition de la troisième source de droit international, il y avait aussi l'élément de reconnaissance de la part des peuples civilisés, mais que l'exigence d'une pratique générale était absente. L'objet de la reconnaissance n'est donc plus le caractère juridique de la règle impliquée dans un usage international, mais l'existence de certains principes intrinsèquement juridiques (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (*supra*, note 20), p. 24).

droit voire le pouvoir de légiférer<sup>297</sup>. En d'autres termes, l'existence d'un principe général de droit doit être déterminée sur une base objective. Cette règle est d'autant plus justifiée que, comme indiqué plus haut, les principes généraux de droit comme source du droit international doivent s'appliquer dans les relations entre sujets de droit international en général.

167. Quelles formes la reconnaissance peut-elle prendre ? La réponse à cette question peut dépendre de la catégorie des principes généraux de droit. En ce qui concerne les principes généraux de droit qui découlent des systèmes juridiques nationaux, une position qui est communément admise en doctrine et qui, comme le montre la section suivante, trouve un appui dans la pratique, est que la condition de reconnaissance est remplie lorsqu'un principe existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux<sup>298</sup>. Certains auteurs établissent un lien explicite entre

<sup>297</sup> Voir Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (*supra*, note 20), p. 24 (comment est-il possible de déterminer si un principe donné est un principe du droit et non d'une autre discipline sociale apparentée, telle que la religion ou la morale ? La reconnaissance de son caractère juridique par les peuples civilisés fournit l'élément de détermination nécessaire).

<sup>298</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (*supra*, note 13), p. 925. Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law » (*supra*, note 13), p. 26 ; Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules » (*supra*, note 21 ), p. 48 ; Costelloe, « The role of domestic law in the identification of general principles of law under article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice » (*supra*, note 273), p. 178 ; B. Juratowitch et J. Shaerf, « Unjust enrichment as a primary rule of international law », in M. Andenas *et al.* (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, Brill, 2019, p. 231 et 232 ; A. Yusuf, « Concluding remarks », in *ibid.*, p. 450 ; A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2019, p. 46 ; E. B Jorge, « Public law sources and analogies of international law », in *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49, 2018, p. 536 ; Redgwell, « Principes généraux du droit international » (*supra*, note 13), p. 5 à 19 ; O. Casanovas et A. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6<sup>e</sup> éd., Tecnos, 2017, p. 72 ; B. I. Bonafé et P. Palchetti, « Relying on general principles in international law », in C. Brölmann et Y. Radi (dir.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Edward Edgar, 2016, p. 163 ; Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law... » (*supra*, note 280), p. 487 ; A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Berlin, Duncker and Humblot, 2010, p. 383 ; Besson, « General principles of international law – whose principles ? » (*supra*, note 267), p. 33 et 35 ; Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) » (*supra*, note 199), par. 30 à 32 ; T. Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, 2009, p. 104 ; A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 223 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law* (*supra*, note 136), p. 36 et 37 ; Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional » (*supra*, note 13), p. 30 et 31 ; G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 207 (1987), p. 188 et 189 ; American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 24 ; Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 59 à 66, et 74 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of *lacunae* in the law of nations » (*supra*, note 13), p. 42 et 43 ; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (*supra*, note 113), p. 9, 195, 196 et 239 ; P. de Visscher, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 136, 1972, p. 114 et 116 ; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1970, p. 419 ; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (*supra*, note 274), p. 97 ; Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice » (*supra*, note 13), p. 203 et 213 ; Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale » (*supra*, note 136), p. 223 et 224 ; W. Bishop, « General course of public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 115, 1965, p. 238 ; Jenks, *The Common Law of Mankind* (*supra*, note 17), p. 312 ; Waldock, « General Course on Public International Law » (*supra*, note 113), p. 55 et 56 ; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (*supra*, note 20), p. 25 ;

la reconnaissance et l'existence du principe *in foro domestico*. D'autres, tout en étant silencieux sur le critère de reconnaissance, estiment plus largement que les principes généraux de droit « découlent » des systèmes juridiques nationaux, sont « acceptés », « énoncés » ou « appliqués » dans ces systèmes, ou sont « empruntés » à ces systèmes, ce qui pourrait vouloir dire que c'est ainsi que la reconnaissance intervient. En expliquant la logique qui sous-tend cette forme de reconnaissance, on a observé, par exemple, que l'existence d'un principe dans les systèmes juridiques nationaux correspondait aux exigences de la conscience juridique des peuples civilisés<sup>299</sup>.

168. Les juridictions internationales emploient des expressions analogues. Ainsi, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a considéré que « [c]'[était] à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions, et non au droit interne d'un État donné, que le droit international se réf[érait] »<sup>300</sup>. De même, dans l'affaire *Sea-Land Service v. Iran*, le Tribunal des différends irano-américains a estimé que l'enrichissement injuste était codifié ou reconnu juridiquement par la grande majorité des systèmes juridiques internes du monde, et était largement admis comme ayant été assimilé au répertoire des principes généraux de droit que les juridictions internationales peuvent appliquer<sup>301</sup>.

169. L'affirmation selon laquelle la condition de reconnaissance peut être remplie par l'existence d'un principe commun aux systèmes juridiques internes est bien entendu une proposition générale, et de nombreuses questions restent en suspens. Par exemple, il convient de déterminer le degré de reconnaissance nécessaire pour donner naissance à un principe général de droit. En outre, on fait souvent valoir que, lorsqu'un principe commun à plusieurs juridictions nationales est identifié, il faut ensuite vérifier s'il peut être appliqué dans le système juridique international. Ce processus est parfois qualifié de « transposition »<sup>302</sup>. Si l'on procède de la sorte, c'est parce que « les conditions régissant le droit international et les systèmes juridiques nationaux sont parfois très différentes, et des règles que ces conditions justifient pleinement à l'échelon national peuvent être moins légitimes si on les applique strictement une fois transposées à l'échelon international<sup>303</sup> ».

170. Une question essentielle à cet égard est de savoir si l'élément de reconnaissance présente un intérêt pour déterminer si un principe commun à des systèmes juridiques nationaux est applicable à l'échelon international et, le cas échéant, de quelle manière.

---

L. Le Fur, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 54 (1935), p. 205 ; G. Ripert, « Les règles du droit civil applicable aux rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 44, 1933, p. 579 et 580 ; Anzilotti, *Cours de droit international (supra, note 13)*, p. 117. Voir aussi le projet de rapport 2018 de l'Association de droit international intitulé « The use of domestic law principles in the development of international law » (*supra, note 29*).

<sup>299</sup> Pellet et Müller, Article 38 (*supra, note 13*), p. 925, se référant à la proposition initiale de Descamps au sein du Comité consultatif de juristes (voir *supra*, par. 93).

<sup>300</sup> *Barcelona Traction (supra, note 217)*, p. 37, par. 50.

<sup>301</sup> *Sea-Land Service v. Iran (supra, note 247)*, p. 168. Pour d'autres exemples, voir la prochaine section.

<sup>302</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (note *supra*, 13) p. 930 à 932 ; Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law » (*supra, note 13*), p. 26 ; Juratowitch et Shaerf, « Unjust enrichment as a primary rule of international law » (*supra, note 298*), p. 232 ; Yusuf, « Concluding remarks » (note *supra*, 298), p. 451 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (*supra, note 298*), p. 163 ; Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ... » (*supra, note 280*), p. 487 ; Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment » (*supra, note 298*), p. 104 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 37 ; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international (supra, note 113)*, p. 272 à 320.

<sup>303</sup> *Barcelona Traction (supra, note 217)*, opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, p. 66.

Cette importante question sera analysée dans un prochain rapport consacré à l'identification des principes généraux de droit.

171. Comme indiqué plus haut, une autre catégorie de principes généraux de droit souvent mentionnée dans la doctrine 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 est celle des principes généraux de droit nés au sein du système juridique international et non des systèmes juridiques nationaux. Si l'on considère que cette catégorie est distincte de celle examinée aux paragraphes précédents, il pourrait être nécessaire d'établir la reconnaissance d'une autre manière.

172. Certains auteurs affirment de façon générale que cette deuxième catégorie relève du champ d'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 sans toutefois préciser les conditions dans lesquelles la reconnaissance intervient dans ce cas de figure<sup>304</sup>. Ceux qui s'y essaient avancent plusieurs arguments.

173. Par exemple, certains auteurs soutiennent que les principes généraux de droit relevant de cette catégorie découlent d'un processus de déduction ou d'abstraction à partir des règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier. Pour établir la reconnaissance, il faudrait donc se reporter aux règles existantes, qui ont déjà été acceptées (ou reconnues) par les États<sup>305</sup>. D'autres font valoir que la reconnaissance pourrait prendre la forme d'actes des organisations internationales ou d'instruments similaires attestant du consensus des États sur des questions particulières, tels que les résolutions de l'Assemblée générale<sup>306</sup>. On a avancé que, dans ce contexte, « [l]'élément fondamental devrait être la disposition des États à se considérer comme étant liés<sup>307</sup> ».

174. Aux fins de la présente section, il suffit de noter que, par-delà les divergences d'opinions en doctrine, un consensus semble se dégager sur le fait que la reconnaissance au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 peut intervenir au niveau international, sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux systèmes juridiques internes des États. Comme on le montrera dans la section suivante, cette position semble trouver un certain appui dans la pratique des États et la jurisprudence internationale.

175. On peut conclure de ce qui précède que la reconnaissance au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 est la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit. Les formes précises que peut prendre une telle

<sup>304</sup> Boyle et Chinkin, *The Making of International Law* (*supra*, note 298), p. 223 ; Anzilotti, *Cours de droit international* (*supra*, note 13), p. 117.

<sup>305</sup> Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules » (*supra*, note 21), p. 50 ; R. Yotova, « Challenges in the identification of the “general principles of law recognized by civilized nations”: the approach of the International Court », *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3, 2017, p. 310 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (*supra*, note 298), p. 163 ; Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) » (*supra*, note 199), par. 33 et 34 ; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 174 ; Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 74.

<sup>306</sup> Yotova, « Challenges in the identification of the “general principles of law recognized by civilized nations” » (*supra*, note 305), p. 310 ; Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) » (*supra*, note 199), par. 36 ; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht* (*supra*, note 298), p. 386.

<sup>307</sup> Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ » (*supra*, note 186), p. 42 et 43. Gaja note ensuite que « [d]ans une certaine mesure, cette disposition peut résulter de l'adoption de résolutions par l'Assemblée générale, mais devrait être mise en relation avec d'autres éléments de la pratique des États. Donner de l'importance à la pratique des États lorsqu'ils font valoir l'existence de ce type de principes rapprocherait ces principes des règles coutumières » (*ibid.*).

reconnaissance peuvent dépendre de la catégorie à laquelle appartiennent les principes généraux de droit en question.

### C. « Nations civilisées »

176. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que les principes généraux de droit sont ceux qui sont reconnus par les « nations civilisées ». Ce troisième élément renvoie à la question de savoir de qui doit émaner la reconnaissance pour qu'un principe général de droit relève du droit international.

177. L'expression « nations civilisées » est le fruit de conceptions politiques et juridiques remontant aux premiers temps du droit international. On estimait alors que seules les nations dites « civilisées » participaient à la formation du droit international et devaient s'y soumettre<sup>308</sup>. Autrement dit, seule la pratique des « nations civilisées » devrait être prise en compte pour déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier<sup>309</sup>. Un auteur a fait observer que, dans le contexte des principes généraux de droit, l'expression « nations civilisées » avait pour objet d'exclure les systèmes juridiques des pays considérés comme non civilisés<sup>310</sup>. Selon un autre auteur, lorsque les juridictions avaient recours aux « principes communs aux pays civilisés » pour combler les lacunes des traités et de la coutume, elles « énonçaient des principes qui avaient une portée très large et étaient indéniablement communs à tous les grands systèmes juridiques occidentaux »<sup>311</sup>.

178. Aujourd'hui, on s'accorde généralement à considérer en doctrine qu'il n'y a pas lieu d'attribuer un sens particulier à l'expression « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. On considère souvent que cette formule est anachronique et devrait donc être écartée<sup>312</sup>. Cette perspective est également étayée par la pratique, aucune distinction n'étant faite entre nations « civilisées » et « non civilisées ». Comme l'a souligné le juge Ammoun :

« [L]e texte de l'Article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour [internationale de Justice] [...] ne pourrait être interprété autrement qu'en lui reconnaissant une portée universelle ne comportant point de discrimination entre les membres d'une même communauté fondée sur l'égalité souveraine. Le critérium de la distinction entre nations civilisées et celles qui ne le seraient pas a été de la sorte un critérium politique – politique de puissance – et n'ayant rien d'éthique ou de juridique. [...]

..

<sup>308</sup> J. Sloan, « Civilized nations », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, par. 2.

<sup>309</sup> *Ibid.*, par. 25.

<sup>310</sup> Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (*supra*, note 20), p. 25.

<sup>311</sup> Cassese, « The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations » (*supra*, note 238), p. 43.

<sup>312</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (*supra*, note 13), p. 927 ; Yusuf, « Concluding remarks » (*supra*, note 298), p. 449 et 450 ; Besson, « General principles of international law – whose principles ? » (*supra*, note 267), p. 37 et 38 ; Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional » (*supra*, note 13), p. 33 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations » (*supra*, note 13), p. 45 ; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (*supra*, note 274), p. 41 ; Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale » (*supra*, note 136), p. 523 ; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (*supra*, note 20), p. 25.

[...][L]a Cour, en citant, le cas échéant, le paragraphe 1 c) de l'Article 38, pourrait omettre le qualificatif visé et se contenter des termes « les principes généraux du droit reconnus par les nations » ; ou bien emprunter la formule dont a fait usage sir Humphrey Waldock dans sa plaidoirie du 30 octobre 1968, à savoir : « les principes généraux du droit reconnus par les systèmes juridiques nationaux ». On pourrait aussi dire tout simplement : « les principes généraux du droit »<sup>313</sup>.

179. On a également fait observer que la formule inappropriée de « nations civilisées » pouvait expliquer en partie pourquoi la Cour internationale de Justice s'était montrée jusqu'à présent réticente à se référer aux règles spécifiques de l'un ou l'autre système juridique interne, sous peine de donner à penser que d'autres systèmes devraient être considérés comme moins civilisés<sup>314</sup>.

180. D'aucuns ont réclamé la modification de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En 1971, dans un rapport établi à la demande de l'Assemblée générale, le Secrétaire général a compilé les vues et propositions des États concernant le rôle de la Cour internationale de Justice<sup>315</sup>. À cette occasion, le Mexique et le Guatemala ont préconisé de modifier voire de supprimer la mention « nations civilisées » à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En particulier, qualifiant cette formule de « vestige verbal de l'ancien système colonialiste », le Mexique proposé de la remplacer par l'expression « communauté internationale » ou par un autre terme analogue<sup>316</sup>.

181. En partant de l'hypothèse que les principes généraux de droit doivent être généralement reconnus, certains auteurs ont établi un lien entre les mots « nations civilisées » et l'Article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice. D'après un auteur, « [l'Article 9] offre des garanties suffisantes, les juges ayant été élus pour assurer "la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde" [...] on peut dès lors admettre que tout ce que l'ensemble des juges de la Cour sont disposés à accepter comme "principes généraux de droit" doit en fait être "reconnu par toutes les nations civilisées" »<sup>317</sup>. Le juge Ammoun a soulevé un argument comparable dans l'affaire relative au *Plateau continental de la mer du Nord*. Selon lui, l'obligation de représentation des « grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » dans la composition de la Cour internationale de Justice sert à réaffirmer l'égalité souveraine de tous les États Membres consacrée par la Charte des Nations Unies, et le fait que toutes les nations doivent participer à la formation des principes généraux de droit<sup>318</sup>.

182. Quelques auteurs soutiennent que l'expression « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de

<sup>313</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 221), opinion individuelle de M. Ammoun, p. 134 et 135. Voir également *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, opinion dissidente de M. Krylov, p. 219 (faisant référence aux principes généraux de droit « reconnus par les nations ») ; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt*, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, opinion individuelle de M. Weeramantry, p. 236, note 9 (qualifiant la formule « nations civilisées » d'inappropriée).

<sup>314</sup> G. Gaja, « General principles of law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, par. 2. Voir également Yusuf, « Concluding remarks » (*supra*, note 298), p. 449.

<sup>315</sup> A/8382.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 24 et 25.

<sup>317</sup> M. Virally, « The sources of international law », in M. Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p. 146.

<sup>318</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 221), opinion individuelle de M. Ammoun, p. 133 et 134.

Justice garde un sens. D'aucuns ont notamment avancé que seuls les États dotés de systèmes juridiques conformes aux normes fondamentales des droits de l'homme, ou ceux qui sont « démocratiques », devraient être considérés comme « civilisés »<sup>319</sup>. Cette position ne trouve cependant aucun appui dans la pratique des États ou dans la jurisprudence des juridictions internationales. Établir une distinction entre nations « civilisées » et « non civilisées » peut conduire à des choix subjectifs et arbitraires lors de l'identification des principes généraux de droit, et serait contraire au principe fondamental de l'égalité souveraine de tous les États. En outre, subordonner la détermination des principes généraux de droit à une vérification préalable de la conformité des systèmes juridiques nationaux aux normes internationales relatives aux droits de l'homme ou aux normes démocratiques rendrait ce travail d'identification trop lourd, voire impossible à réaliser.

183. Comme indiqué précédemment dans la troisième section, l'expression « nations civilisées » n'est plus utilisée dans certains traités postérieurs aux Statuts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Ainsi, la clause de traitement juste et équitable prévue dans certains accords internationaux d'investissement fait référence au « principe de garantie d'une procédure régulière appliqué dans les principaux systèmes juridiques du monde »<sup>320</sup>. De même, l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome fait référence aux « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde ». Ces formules font clairement référence aux principes existant dans les systèmes juridiques nationaux et semblent indiquer que ces derniers devraient être largement représentatifs.

184. L'expression « ensemble des nations » a également été employée en remplacement du terme « nations civilisées ». On peut notamment citer le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui compte 172 États parties), qui se lit comme suit : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ». À l'époque de l'élaboration de cette disposition, la formule « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »<sup>321</sup> avait été proposée, mais les délégations s'y étaient opposées<sup>322</sup>.

185. En résumé, il est largement admis que la distinction opérée entre nations « civilisées » et « non civilisées » ne peut être maintenue. Afin d'éviter les connotations historiques que peut encore véhiculer l'expression « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>323</sup>, d'autres formules telles que « États », « nations » et « ensemble des nations » ont été retenues.

186. Parallèlement à toutes les considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial estime que les principes généraux de droit comme source du droit international doivent être considérés dans le contexte du principe fondamental de l'égalité

<sup>319</sup> Besson, « General principles of international law – whose principles ? » (*supra*, note 267), p. 38. Raimondo, *General Principles of Law...* (*supra*, note 13), p. 52 et 53 ; Sloan, « Civilized nations » (*supra*, note 308), par. 3. Voir également B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 64 ; A. Favre, « Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, IUHEI, 1968, p. 371.

<sup>320</sup> Voir *supra*, note 204.

<sup>321</sup> E/CN.4/SR.324, p. 4.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 5 à 14.

<sup>323</sup> Yusuf, « Concluding remarks » (*supra*, note 298), p. 449.

souveraine de tous les États. Par conséquent, l'expression « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 devrait être évitée et, en tout état de cause, être interprétée comme renvoyant aux États en général. À cet égard, la formule à privilégier est la suivante : « principes généraux de droit reconnus par les États ».

187. Naturellement, cette conclusion générale ne règle pas la question de savoir de qui doit émaner la reconnaissance, et plusieurs questions restent ouvertes, notamment : celle de savoir dans quelle mesure la reconnaissance par les États doit être représentative ou s'il existe d'autres moyens d'établir l'existence d'un principe général de droit ; celle de savoir si les organisations internationales ou d'autres acteurs peuvent également participer à la formation des principes généraux de droit<sup>324</sup>. Le Rapporteur spécial examinera ces questions de manière plus approfondie dans un prochain rapport. Le projet d'article suivant est proposé :

*« Projet de conclusion 2 : Condition de reconnaissance »*

Pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par les États. »

## II. Les origines des principes généraux du droit comme source du droit international

188. Comme indiqué plus haut, les origines des principes généraux du droit comme source du droit international sont sujet à controverse, du moins dans la doctrine. La question est souvent envisagée sous l'angle des catégories de principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et elle a été brièvement évoquée dans la section précédente en lien avec l'exigence de reconnaissance.

189. Bien que la doctrine propose plusieurs catégories<sup>325</sup>, deux seulement semblent étayées par la pratique et largement acceptées par les auteurs, à savoir : les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et les principes formés dans le cadre du système juridique international. Le Rapporteur spécial les traitera dans la présente section comme deux catégories distinctes, sans préjuger des conclusions qui pourraient se faire jour à mesure que l'on avancera dans l'examen du sujet. Il convient de noter que l'on n'a ici en vue que l'existence de ces catégories de principes généraux du droit, sans chercher encore à déterminer la forme que peut prendre leur reconnaissance, dont il sera question plus tard.

<sup>324</sup> Reinisch, « Sources of international organizations' law... » (*supra*, note 261), p. 1022 (« Les principes généraux de droit peuvent également servir de fondement à l'établissement d'obligations pour les organisations internationales. Le caractère contraignant des principes généraux de droit, généralement considérés comme découlant de principes communs aux divers systèmes juridiques des États, peut être difficile à établir pour les organisations internationales car, conformément à la pratique, elles n'ont pas eu la possibilité de participer à leur élaboration. Néanmoins, il existe suffisamment d'exemples de domaines dans lesquels les organisations internationales ont accepté que les principes généraux de droit découlent du droit interne de leurs États Membres... La pertinence des principes généraux de droit ne se limite pas au cas particulier de l'[Union européenne]. Comme en témoigne leur utilisation généralisée comme moyen de combler les lacunes du droit du travail des organisations internationales, notamment par les tribunaux administratifs internationaux, les principes généraux de droit sont souvent considérés comme directement applicables aux organisations internationales »).

<sup>325</sup> Voir par. 23 ci-dessus.

## A. Les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux<sup>326</sup>

190. Comme indiqué plus haut, il semble être communément admis par la doctrine que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent provenir des systèmes juridiques étatiques. De nombreux auteurs considèrent que l'existence de principes communs à la plupart des systèmes juridiques nationaux suffit à satisfaire à l'exigence de reconnaissance prévue dans cette disposition<sup>327</sup>.

191. L'affirmation selon laquelle les principes généraux du droit comme source du droit international peuvent découler des systèmes juridiques nationaux trouve confirmation dans les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et en particulier dans l'œuvre du Comité consultatif de juristes, dont les membres s'accordaient généralement à reconnaître pour principes généraux du droit ceux apparus *in foro domestico*<sup>328</sup>. De même, dans la mesure où il s'agit du contexte dans lequel a été adopté le Statut, il convient de rappeler la pratique antérieure à l'adoption du Statut : à plusieurs reprises, les États et les organes juridictionnels se sont appuyés sur les règles ou principes consacrés par les systèmes juridiques nationaux et le droit romain pour justifier l'application du principe correspondant au niveau international<sup>329</sup>.

192. Cette catégorie de principes généraux du droit apparaît également dans la pratique récente des États et les décisions des juridictions internationales. S'agissant de la pratique des États, il existe de nombreux exemples d'États se prévalant au contentieux des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux ; ainsi de la célèbre affaire du *Droit de passage sur territoire indien* opposant le Portugal et l'Inde, où le Portugal a revendiqué son droit de passage par les moyens suivants :

« Le droit du Portugal de transiter à travers l'Union indienne [...] se présente comme une nécessité logique, impliquée dans la notion même [...] de souveraineté [...]. Mais ce n'est pas seulement de là qu'il découle. Ses bases

<sup>326</sup> On trouve parfois en ce sens des formulations du type « principes généraux du droit interne », « principes généraux du droit national », « principes généraux admis *in foro domestico* » ou encore « principes généraux ayant un équivalent dans les systèmes juridiques nationaux ». Le Rapporteur spécial trouve plus commode l'expression « principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux », puisqu'elle rend compte plus fidèlement de la manière dont ces principes doivent être identifiés.

<sup>327</sup> Voir par. 167 ci-dessus.

<sup>328</sup> Voir par. 109 ci-dessus. Un auteur a fait observer que l'interprétation « statique et historique » de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice consiste à l'interpréter comme englobant cette catégorie de principes généraux du droit. Voir Kolb, *La bonne foi en droit international public* (*supra*, note 25), p. 56.

<sup>329</sup> Voir notamment l'affaire d'arbitrage de l'*Alabama* (*supra*, note 120), l'affaire *Fabiani* (*supra*, note 122), l'affaire du *Fonds pieux des Californies* (*supra*, note 123), l'affaire *North Atlantic Coast Fisheries* (*supra*, note 128) et l'affaire de l'*Indemnité russe* (note 132 ci-dessus), toutes citées dans la troisième partie ci-dessus. Voir également l'affaire du *Queen* opposant le Brésil, la Norvège et Suède (1871), pour laquelle l'arbitre avait appliqué le principe reconnu par la législation de tous les pays selon lequel le demandeur doit prouver sa cause [“ao conhecimento da presente questão deve ser aplicado, como regra dominante de decidir, o preceito de jurisprudência, reconhecido pela legislação de todos os países, de que á parte reclamante incumbe a prova da sua pretensão” (la règle absolue à appliquer au moment de trancher la question à l'examen est le principe issu de la jurisprudence, reconnu par la législation de tous les pays, selon lequel la charge de la preuve revient au demandeur)] (La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (*supra*, note 114), p. 155).

conventionnelles et coutumières ne sont ni moins certaines, ni moins solides que le principe général auquel il se rattache. »<sup>330</sup>

193. Dans sa réplique au contre-mémoire de l'Inde<sup>331</sup>, le Portugal a également fait valoir ce qui suit :

« Un désaccord existe entre les Parties relativement à la notion de “principes généraux de droit”, le Gouvernement de l'Inde estimant que seuls les principes qui sont attestés par la conformité des droits internes méritent cette appellation, tandis que le Gouvernement portugais considère ces limites comme trop étroites. Il est en tout cas certain que les principes admis *in foro domestico* par les nations civilisées sont inclus dans l'ordre juridique international<sup>332</sup>. »

194. Pour étayer le droit de passage qu'il revendiquait, le Portugal a produit une étude comparative de 64 systèmes juridiques nationaux, qui figure en annexe de sa réplique<sup>333</sup>. Toutefois, après être parvenue à la conclusion qu'il existait une pratique sur laquelle les Parties étaient bien d'accord, la Cour n'a pas jugé nécessaire de rechercher si les principes généraux du droit pouvaient conduire au même résultat.

195. En l'affaire relative à *Certains biens*, le Liechtenstein a avancé que l'enrichissement injustifié constituait un principe général du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le Liechtenstein a rappelé qu'une règle devait être considérée comme un principe général du droit *i)* si elle était appliquée dans les principaux systèmes de droit interne et *ii)* si elle était « transposable » en droit international<sup>334</sup>. Pour montrer que la première condition était remplie, le Liechtenstein s'est appuyé sur le droit romain et sur les systèmes juridiques de l'Autriche, de la France, de l'Italie, de la République islamique d'Iran, de la Suisse, du Royaume-Uni et des États-Unis, entre autres<sup>335</sup>. Cette argumentation n'a cependant pas été examinée par la Cour internationale de Justice, qui a estimé qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de cette requête.

196. En l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* (rayée du rôle en 2015), le Timor-Leste a soutenu, entre autres choses, que l'Australie avait violé un « principe de non-ingérence dans les communications avec des conseillers juridiques (le secret professionnel des avocats et conseils) ». Le pays a affirmé que ce droit pouvait « être considéré comme un principe coutumier ou un principe général de droit »<sup>336</sup>. D'après le demandeur, « point n'est besoin de préciser que la plupart des États reconnaissent d'une manière ou d'une autre le secret professionnel des avocats et conseils afin de protéger le secret des communications confidentielles entre les conseillers juridiques et leurs clients »<sup>337</sup>.

<sup>330</sup> *Droit de passage sur territoire indien* (*supra*, note 222), Mémoire du Gouvernement de la République portugaise, par. 41.

<sup>331</sup> *Ibid.*, Contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, par. 294 à 306 ; Duplique du Gouvernement de l'Inde, par. 565 à 569.

<sup>332</sup> *Ibid.*, Réplique du Gouvernement de la République portugaise, par. 327.

<sup>333</sup> *Ibid.*, Réplique du Gouvernement de la République portugaise, p. 858, à lire conjointement avec l'annexe 20 des observations et conclusions du Gouvernement de la République portugaise sur les exceptions préliminaires du Gouvernement de l'Inde, p. 714 et suiv.

<sup>334</sup> *Certains biens* (*supra*, note 225), Mémoire de la Principauté du Liechtenstein, par. 6.5.

<sup>335</sup> *Ibid.*, par. 6.7 à 6.15.

<sup>336</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* (*supra*, note 226), Mémoire du Timor-Leste, par. 6.2.

<sup>337</sup> À l'appui de cette affirmation, le Timor-Leste a fourni trois études sur la question, portant sur 45 systèmes juridiques nationaux (annexes 22 à 24 de son mémoire).

197. L'Australie a répondu que « les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 découlaient d'ordinaire de principes généraux des jurisprudences internes qui ont été adaptés comme il convient à la sphère du droit international afin d'éviter toute "déformation" »<sup>338</sup>. Elle a cependant rejeté les arguments du Timor-Leste au motif que « la simple existence d'une forme de secret professionnel dans de nombreux régimes juridiques nationaux ne [suffisait pas] à générer un nouveau principe général de droit international »<sup>339</sup>, et que le Timor-Leste avait omis « d'expliquer comment il [convenait] d'adapter, sans les déformer, les principes de droit interne à la sphère du droit international, et comment reprendre, en droit international [...], les procédures spécifiques et souvent complexes prévues par les régimes juridiques internes pour invoquer et apprécier le secret professionnel »<sup>340</sup>.

198. L'alinéa c) du paragraphe 1) de l'article 21 du Statut de Rome est également utile à cet égard. Il y est disposé qu'en l'absence de règles établies par le Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve et par d'autres traités, et de « principes et règles du droit international », la Cour applique « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues ». Comme il est expliqué dans la troisième partie ci-dessus, on peut considérer que l'expression « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde » circonscrit en partie la portée de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

199. De même, certains traités d'investissement bilatéral mentionnent l'obligation de ne pas dénier de rendre la justice conformément au principe de garantie d'une procédure régulière consacré par les principaux systèmes juridiques du monde<sup>341</sup>.

200. La pratique des États s'apprécie aussi à la lumière de certaines décisions des tribunaux nationaux et d'autres documents similaires. Par exemple, dans un arrêt du 4 septembre 2004, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé que le terme « règles générales du droit international » employé à l'article 25 de la Constitution allemande englobait les principes généraux du droit, définis comme des principes juridiques reconnus, partagés par les systèmes juridiques nationaux et transposables aux relations entre États<sup>342</sup>.

201. Dans une affaire concernant la responsabilité d'une société du fait de violations des droits de l'homme, une cour d'appel (quatrième circuit) a délimité la portée du « droit des gens » (« law of nations », figurant dans la loi intitulée *Alien Tort Statute*) en s'appuyant sur le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle s'est par ailleurs également référée à l'article 102 de la loi intitulée *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, dans laquelle les principes généraux

<sup>338</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (supra, note 226)*, Contre-mémoire de l'Australie, par. 4.20.

<sup>339</sup> *Ibid.*, par. 4.21.

<sup>340</sup> *Ibid.*, par. 4.22. Voir également par. 4.34 à 4.38 et 4.43 à 4.47. L'Australie a fourni un résumé des lois nationales sur le secret professionnel des avocats et conseils, sa portée et les exceptions y relatives (annexe 51).

<sup>341</sup> Voir *supra*, note 204.

<sup>342</sup> 2 BvR 1475/07, par. 20 [«Allgemeine Rechtsgrundsätze sind anerkannte Rechtsprinzipien, die übereinstimmend in den innerstaatlichen Rechtsordnungen zu finden und auf den zwischenstaatlichen Verkehr übertragbar sind» (Les principes généraux du droit sont des principes juridiques reconnus partagés par les systèmes juridiques nationaux et transposables aux relations entre États)]. Voir également BVerGE 118, 124, par. 63.

du droit sont définis comme ceux acceptés par la communauté internationale des États par dérivation des principes généraux communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques<sup>343</sup>.

202. De même, dans un rapport de 2010, le Conseil fédéral suisse définit les principes généraux du droit comme des principes « recouvrant des principes communs aux grands systèmes juridiques et qui acquièrent une valeur universelle » et ajoute que, « souvent issus des droits nationaux, ils s'appliquent en règle générale lorsque ni le droit conventionnel, ni le droit coutumier ne sont d'aucun secours dans le règlement d'un différend »<sup>344</sup>.

203. Enfin, il convient également de rappeler que des États ont déjà fait part de leurs vues concernant cette catégorie de principes généraux du droit à la Sixième Commission. C'est notamment le cas du Brésil, qui a estimé que « l'identification des principes généraux du droit [reposait] sur tous les systèmes juridiques du monde »<sup>345</sup>.

204. Les juridictions internationales se sont également appuyées à plusieurs reprises sur cette catégorie de principes généraux du droit. En l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé, en ce qui concerne la charge de la preuve, qu'un État doit être autorisé à « recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (*circumstantial evidence*) » et que « ces moyens de preuve indirecte [étaient] admis dans tous les systèmes de droit et leur usage [était] sanctionné par la jurisprudence internationale »<sup>346</sup>. Le terme « tous les systèmes de droit » peut s'entendre comme englobant les systèmes juridiques nationaux.

205. En l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour s'est référée au droit interne pour appliquer les règles du droit international sur la protection diplomatique et a précisé ce qui suit :

« Pour aborder maintenant l'affaire sous l'angle du droit international, la Cour doit, comme elle l'a déjà indiqué, partir du fait que la présente espèce met essentiellement en jeu des facteurs tirés du droit interne – à savoir ce qu'il y a de distinct et ce qu'il y a de commun entre la société et l'actionnaire – que les Parties ont pris chacune pour prémisse de leur raisonnement tout en en donnant des interprétations très divergentes. Si la Cour devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. C'est pourquoi, comme il est indiqué plus haut, non seulement la Cour doit prendre en considération le droit interne mais encore elle doit s'y référer. C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions, et non au droit interne d'un État donné, que le droit international se

<sup>343</sup> *Aziz and ors v. Alcolac Incorporated and ors*, ILDC 1878 (US 2011), arrêt, 19 septembre 2011, par. 40 à 42. Voir également *Agent Orange Product Liability Litigation, Re. Vietnam Association For Victims of Agent Orange / Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors*, ILDC 123 (US 2005), arrêt, 10 mars 2005, par. 328 à 330.

<sup>344</sup> « Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008 » (5 mars 2010), p. 2084. Dans un rapport de 2011, le Conseil fédéral a défini les principes généraux du droit comme des « normes dotées d'une validité universelle car connues de tous les grands systèmes juridiques dans le monde ». Voir « Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne » (30 mars 2011), p. 3412.

<sup>345</sup> *A/C.6/72/SR.21*, par. 15 ; *A/C.6/73/SR.21*, par. 41.

<sup>346</sup> *Détroit de Corfou* (*supra*, note 214), p. 18.

réfère. Quand elle fait appel à ces règles, la Cour ne saurait les modifier et encore moins les déformer. »<sup>347</sup>

206. En l'affaire du *Sud-Ouest africain*, l'une des seules où il a été fait expressément référence à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour s'est prononcée comme suit :

« Cet argument revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des "principes généraux de droit" mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 c), de son Statut. »<sup>348</sup>

207. Si, en l'espèce, la Cour a rejeté l'existence d'un principe général du droit, on peut interpréter ce passage comme laissant entendre que l'*actio popularis* aurait pu être considéré comme tel s'il avait existé dans un nombre suffisant de systèmes de droit interne et non pas seulement dans certains. En anglais, la Cour emploie le terme « imported » (importé), ce qui laisse également entendre qu'il faut examiner les systèmes juridiques nationaux pour définir les principes généraux du droit<sup>349</sup>.

208. Dans le domaine de l'arbitrage interétatique, l'arbitre de l'affaire des *Cargaisons déroutées* a observé que « les principes du droit international qui [gouvernaient] l'interprétation des traités ou accords internationaux ainsi que l'administration des preuves, [avaient] été dégagés par la doctrine et surtout par la jurisprudence internationale en correspondance étroite avec les règles d'interprétation des contrats adoptées à l'intérieur des nations civilisées<sup>350</sup> ». À cet égard, le Tribunal s'est appuyé sur des principes d'interprétation (tels que la bonne foi et l'effet utile) et de la charge de la preuve<sup>351</sup>.

209. Dans l'arbitrage relatif à la *Concession des phares de l'Empire ottoman*, la Tribunal a répondu à l'argument de non-transmission de dettes découlant de dommages causés par la Grèce comme suit :

« Si cet argument formulait en vérité un principe général de droit, il devrait également jouer et au même titre dans le droit civil, mais il est loin d'en être ainsi. Bien au contraire, les dettes délictuelles de personnes privées, qui présenteraient exactement le même caractère "hautement personnel", passent généralement aux héritiers. Ce n'est pas à dire que les principes de droit privé soient applicables comme tels en matière de succession d'Etats, mais seulement que le seul argument qui soit quelquefois invoqué pour nier la transmission de dettes délictuelles n'a pas de valeur. »<sup>352</sup>

210. En l'affaire *Argentine-Chile Frontier*, le Tribunal a appliqué le principe de l'estoppel, qu'il a mis en rapport avec les systèmes juridiques nationaux. Sur le fondement de l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, il a estimé ce qui suit : « Il existe en droit international un principe, qui est de surcroît un principe de droit substantif et non une simple règle technique de preuve, selon lequel « un État partie à un litige international est tenu par ses actes ou son attitude antérieure lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans ce litige » [...] Ce principe

<sup>347</sup> *Barcelona Traction (supra, note 217)*, p. 37, par. 50. Voir également p. 39 à 40, par. 56.

<sup>348</sup> *Sud-Ouest africain (supra, note 221)*, p. 47, par. 88.

<sup>349</sup> Selon M. Gaja, dans ce passage, la Cour semble indiquer qu'un principe commun à plusieurs systèmes de droit interne n'est pas automatiquement transposé en droit international. Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ » (*supra, note 186*), p. 38.

<sup>350</sup> *Cargaisons déroutées (supra, note 230)*, p. 70.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (supra, note 231)*, p. 199.

est désigné par différents termes, dont les plus usuels sont ceux d'« estoppel » ou de « forclusion ». Mais il est clair que ces termes ne doivent pas être entendus dans le sens exact qu'ils possèdent en droit interne. »<sup>353</sup> Le Tribunal a tiré la même conclusion en l'affaire *Chagos Marine Protected Area*<sup>354</sup>.

211. En l'affaire *Abyei*, arbitrage opposant le Soudan et le Mouvement/l'Armée populaire de libération du Soudan sur la question de savoir si les experts de la Commission frontalière d'Abyei avaient excédé leur mandat en vertu de l'Accord de paix global conclu par les parties, des principes généraux applicables aux systèmes juridiques nationaux ont également été examinés. L'accord compromissaire prévoyait expressément que le Tribunal applique les « principes généraux de droit et usages » (art. 3). Le Tribunal a d'abord établi ce qui suit :

« En l'absence d'une définition juridique précise de l'"excès de mandat" qui fasse autorité, le Tribunal convient que les critères de contrôle applicables en droit international public et dans les systèmes juridiques nationaux, dans la mesure où ces derniers partagent généralement les mêmes pratiques, peuvent être utiles, à titre de "principes généraux de droit et usages", à l'interprétation de l'article 2 a)<sup>355</sup>. »

212. Le Tribunal a ensuite analysé la procédure de contrôle judiciaire des organes administratifs dans les systèmes juridiques nationaux<sup>356</sup> et en droit international public<sup>357</sup>.

213. Les tribunaux pénaux internationaux ont également eu l'occasion de se référer à des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux ou de les appliquer. Dans un arrêt rendu le 13 juillet 2006, par exemple, la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale s'est prononcée sur l'appel interjeté par le Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire, non prévu par le Statut ou le Règlement de procédure et de preuve de la Cour, d'une décision de la Chambre préliminaire<sup>358</sup>. D'après le Procureur, « l'absence de mécanisme permettant d'examiner les décisions de rejet ne peut s'expliquer que par l'existence d'un vide juridique. En tant que tel, ce vide doit être comblé par les principes généraux du droit applicables dans une telle situation et prévus en l'espèce à l'article 21-1-c) du Statut »<sup>359</sup>.

214. La Chambre d'appel a estimé que l'article 21, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de Rome visait à incorporer dans les sources du droit les principes généraux du droit dégagés à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde<sup>360</sup>. Elle a ensuite analysé les arguments présentés par le Procureur au sujet des modalités d'examen des décisions excluant la possibilité d'interjeter appel qui existent dans divers systèmes juridiques nationaux<sup>361</sup> et conclu qu'il « n'exist[ait] aucun principe général de droit sur l'examen des décisions rendues par des juridictions inférieures tendant à ne pas autoriser un pourvoi et qu'un tel principe n'a[vait] pas été universellement adopté<sup>362</sup> ».

215. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est plus souvent appuyé sur les principes généraux du droit dégagés à partir des systèmes juridiques internes.

<sup>353</sup> *Argentine-Chile Frontier Case* (*supra*, note 232), p. 164.

<sup>354</sup> *Chagos Marine Protected Area* (*supra*, note 236), p. 542 à 544, par. 435 à 438.

<sup>355</sup> *Abyei Arbitration* (*supra*, note 235), p. 299, par. 401.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 299 et 300, par. 402. Le Tribunal a analysé la pratique des États-Unis, du Royaume-Uni et de certains systèmes juridiques d'Europe continentale.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 300, par. 403 à 404.

<sup>358</sup> *Situation en République démocratique du Congo, Arrêt* (*supra*, note 239), par. 3.

<sup>359</sup> *Ibid.*, par. 22.

<sup>360</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>361</sup> *Ibid.*, par. 26 à 31.

<sup>362</sup> *Ibid.*, par. 32.

Par exemple, dans l'affaire *Furundžija*, après avoir constaté qu'on ne « p[ouvait] trouver aucune définition du viol dans le droit international<sup>363</sup> », la Chambre de première instance s'est attachée à en trouver d'éventuelles indications dans les traités et dans la jurisprudence d'autres tribunaux pénaux internationaux<sup>364</sup>. Elle a ensuite déclaré ce qui suit :

aucun autre élément que ceux mis en évidence ne peut être tiré du droit international conventionnel ou coutumier, de même que ne sont d'aucun secours les principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international. La Chambre de première instance estime, par conséquent, que pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis (*principle of specificity, Bestimmtheitsgrundsatz*, exprimé par le brocard latin *nullum crimen sine lege stricta*), il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne.

Lorsque les règles de droit pénal international ne définissent pas une notion de droit pénal, il est légitime de se tourner vers le droit interne, étant entendu que : i) sauf stipulation expresse par une règle internationale, on ne peut se limiter à un seul système juridique national comme, par exemple, celui d'un pays de la *common law* ou de la tradition civiliste. Les juridictions internationales doivent au contraire tirer parti des concepts généraux et des institutions juridiques communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques. Elles doivent dès lors s'attacher à dégager les dénominateurs communs à ces systèmes et, en particulier, les notions de base que ceux-ci ont en commun ; ii) on doit tenir compte de la spécificité des procédures pénales internationales lorsqu'on utilise des notions juridiques nationales puisqu'aussi bien « un certain nombre de caractéristiques distinguent les procès internationaux des procédures pénales nationales ». On évite ainsi une introduction ou une transposition mécanique du droit interne dans les procédures du droit pénal international ainsi que l'altération corrélative des traits singuliers de ces procédures<sup>365</sup>.

216. Après avoir examiné le système juridique de plusieurs États, la Chambre de première instance a pu établir certains éléments de la définition du viol<sup>366</sup>.

217. Dans l'affaire *Kunarac*, une autre Chambre de première instance s'est appuyée sur les principes généraux du droit pour élargir la définition du viol établie dans l'affaire *Furundžija*, qu'elle estimait « bien adaptée aux circonstances de l'espèce », mais « plus stricte sur un point que ne l'exige le droit international<sup>367</sup> ». Elle a déclaré ce qui suit :

le recours aux principes généraux du droit, communs aux principaux systèmes juridiques du monde, permet, en l'absence de règles de droit international conventionnel ou coutumier sur la question, de dégager les règles internationales pour déterminer les circonstances dans lesquelles les actes de pénétration sexuelle définis ci-dessus constituent un viol. La valeur de ces sources réside en ce qu'elles permettent d'isoler des « concepts généraux et des institutions juridiques » qui, s'ils sont communs à un large éventail de systèmes juridiques internes, sont révélateurs d'une certaine tendance internationale sur un point de droit, dont on peut considérer qu'elle fournit une bonne indication

<sup>363</sup> *Le Procureur c. Furundžija* (*supra*, note 240), par. 175.

<sup>364</sup> *Ibid.*, par. 175 et 176.

<sup>365</sup> *Ibid.*, par. 177 à 180.

<sup>366</sup> *Ibid.*, par. 181. Voir cependant par. 182 à 186 (examinés dans la section suivante).

<sup>367</sup> *Le Procureur c. Kunarac et consorts* (*supra*, note 240), par. 438.

de l'état du droit international en la matière. En passant en revue les principaux systèmes juridiques internes, la Chambre de première instance ne cherche pas à découvrir une disposition juridique précise qui aurait été adoptée par la majorité d'entre eux, mais à déterminer s'il est possible de dégager, à partir de l'examen général de ces systèmes internes, certains principes fondamentaux ou, selon les termes du jugement *Furundžija*, des « dénominateurs communs », qui intègrent les *principes* à adopter dans un cadre international<sup>368</sup>.

218. La Chambre a ensuite étudié un certain nombre de systèmes juridiques internes<sup>369</sup>, et conclu, entre autres, que « [l]e principe fondamental véritablement commun à tous ces systèmes juridiques [était] que doivent être réprimées les violations graves de l'*autonomie sexuelle*<sup>370</sup> ».

219. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel du Tribunal a confirmé le raisonnement de la Chambre de première instance au sujet du principe de légalité. Cette dernière avait conclu ce qui suit :

Il est indéniable que des actes tels que le meurtre, la torture, le viol et le traitement inhumain sont criminels au regard des « principes généraux de droit » reconnus par tous les systèmes juridiques. Aussi, la réserve exprimée à l'article 15, paragraphe 2, du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques] devrait-elle être prise en compte lorsque l'on envisage la question de l'application du principe *nullem crimen sine lege* au cas d'espèce. L'objectif de ce principe est d'empêcher qu'un individu soit poursuivi et puni pour des actes dont il croyait raisonnablement qu'ils étaient licites à la date de leur perpétration. Il est peu crédible d'affirmer que les accusés ne reconnaîtraient pas la nature criminelle des actes allégués dans l'Acte d'accusation. Peu importe qu'ils n'aient pas pu prévoir la création d'un Tribunal international appelé à engager des poursuites<sup>371</sup>.

220. Dans l'affaire *Aloeboetoe et al.*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dû déterminer les successeurs d'un individu aux fins de réparation. Elle a expressément fait référence à l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de la Cour internationale de Justice, et a déterminé lesdits successeurs en s'appuyant sur les grands systèmes juridiques<sup>372</sup>.

221. On peut trouver dans le règlement de différends entre investisseurs et États des références aux principes généraux du droit dégagés à partir de systèmes juridiques internes. C'est notamment le cas dans l'affaire *Inceysa v. El Salvador*, où le tribunal arbitral a conclu que, de manière générale, on entendait par principes généraux du droit des règles générales dans lesquelles on s'accordait internationalement à reconnaître des normes et des règles de conduite universelles applicables en toutes circonstances et qui, de l'avis d'éminents commentateurs, étaient les règles de droit sur lesquelles reposaient les systèmes juridiques des États<sup>373</sup>. Dans l'affaire *El Paso v. Argentina*, le tribunal a fait observer que les principes généraux du droit étaient des règles largement appliquées *in foro domestico*, dans des affaires privées ou publiques,

<sup>368</sup> Ibid., par. 439.

<sup>369</sup> Ibid., par. 443 à 456.

<sup>370</sup> Ibid., par. 457.

<sup>371</sup> *Le Procureur c. Mucić et consorts* (*supra*, note 240), par. 179 et 180. Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (*supra*, note 240), par. 677, 680 à 695 ; *Le Procureur c. Drazen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-T, Jugement, 29 novembre 1996, par. 19 et 31.

<sup>372</sup> *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, (*supra*, note 256), par. 61 et 62.

<sup>373</sup> CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, affaire n° ARB/03/26, sentence, 2 août 2006, par. 227.

quant au fond ou à la procédure, pourvu que, moyennant adaptation, elles se prêtent à une application en droit international public<sup>374</sup>. Il a ensuite déclaré ce qui suit :

on peut difficilement douter de l'existence d'un principe général tendant à exclure l'illicéité dans certaines circonstances, comme le confirment les Principes relatifs aux contrats du commerce international de l'Institut international pour l'unification du droit privé, une sorte de *restatement* international du droit des contrats répertoriant les règles et principes appliqués dans la majorité des systèmes juridiques internes<sup>375</sup>.

222. Dans l'affaire *Sea-Land Service v. Iran*, le Tribunal des réclamations États-Unis/Iran a estimé que l'enrichissement injustifié était codifié ou reconnu juridiquement par la grande majorité des systèmes juridiques internes et largement admis comme faisant partie du répertoire de principes généraux du droit invocable par les juridictions internationales<sup>376</sup>. Dans une autre affaire, le Tribunal a conclu que la notion de changement de circonstances dans sa forme élémentaire était admise dans un tel nombre de systèmes juridiques qu'on pouvait la considérer comme un principe général du droit ; elle est également consacrée à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et largement reconnue à ce titre<sup>377</sup>.

223. Il ressort clairement des exemples susmentionnés que des principes généraux du droit peuvent être tirés des systèmes juridiques internes. Bien que le nombre de systèmes juridiques nationaux dans lesquels un principe doit exister ne soit pas précisé, des expressions telles que « grande majorité de systèmes juridiques internes du monde », « majorité de systèmes juridiques nationaux », « majorité des législations » et « principaux systèmes juridiques du monde » sont employées.

224. Dans certains cas, des études comparatives des systèmes juridiques internes ont été expressément menées pour dégager tel ou tel principe général du droit. À cet égard, certains auteurs ont avancé qu'en l'absence de pareille étude, il est possible que la détermination des principes du droit communs aux systèmes juridiques internes par les juridictions résulte d'une démarche implicite, spontanée ou intuitive<sup>378</sup>.

225. Cependant, l'existence d'un principe dans la majorité des systèmes juridiques internes ne suffit pas à elle seule à faire de celui-ci un principe général de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme on l'a vu dans la section précédente, il est généralement admis dans

<sup>374</sup> CIRDI, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/15, sentence, 31 octobre 2011, par. 622.

<sup>375</sup> Ibid., par. 623. Voir également *Total v. Argentina* (*supra*, note 246), par. 128 à 130 ; *Toto Costruzioni v. Lebanon* (*supra*, note 246), par. 166.

<sup>376</sup> *Sea-Land Service v. Iran* (*supra*, note 247), p. 168.

<sup>377</sup> *Questech, Inc. v. Iran*, sentence n° 191-59-1, 20 septembre 1985, IUSCTR, vol. 9, p. 122. Voir également *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, sentence n° 438-430-1, 5 septembre 1989, IUSCTR, vol. 23, p. 171, par. 92 ; *Isaiah v. Bank Mellat*, sentence n° 35-219-2, 30 mars 1983, IUSCTR, vol. 2, p. 237.

<sup>378</sup> Concernant la Cour internationale de Justice en particulier, l'Article 9 de son Statut a été invoqué à l'appui de cette démarche, en ce qu'il prévoit que les personnes appelées à faire partie de la Cour représentent les « grandes formes de civilisation » et les « principaux systèmes juridiques du monde ». Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 » (*supra*, note 13), p. 930 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations » (*supra*, note 13), p. 50 ; Waldock, « General Course on Public International Law » (*supra*, note 113), p. 67 ; Virally, « The sources of international law » (*supra*, note 317), p. 146. Sur la question du recours à une méthode de droit comparé aux fins de la détermination des principes généraux du droit, voir J. Ellis, « General principles and comparative law », *European Journal of International Law*, vol. 22, 2011, p. 949 à 971.

la doctrine qu'un tel principe doit aussi être « transposé » dans l'ordre juridique international<sup>379</sup>. On peut citer à cet égard les propos souvent repris du juge McNair :

Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage ... Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application « des principes généraux du droit ». À mon avis, la juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions<sup>380</sup>.

226. Le juge Simma a émis un avis analogue. Examinant la question de savoir si l'*exceptio non adimpleti contractus* pouvait constituer un principe général de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice, il a évoqué « la question de la possibilité de transposer cette notion forgée *in foro domestico* dans l'ordre juridique international, et, plus précisément, celle des modifications qui devront être apportées à ce principe général de sorte qu'il puisse également jouer le rôle constructif sur le plan international<sup>381</sup> ». En outre, certains sont d'avis que le corpus des principes généraux du droit, quoiqu'influencé par le droit interne, n'en est pas moins issu d'une dynamique endogène<sup>382</sup> et que :

si la Cour [internationale de Justice] concluait à la convergence des aspects pertinents des systèmes juridiques internes, il resterait à vérifier que le principe ainsi dégagé est compatible avec les principes et les règles du droit international dans le cadre desquels il devrait être appliqué<sup>383</sup>.

227. La pratique mentionnée dans les paragraphes ci-dessus tend donc en partie à confirmer, à d'importantes nuances près, qu'une transposition ou une vérification de l'applicabilité à l'échelon international s'impose pour qu'un principe tiré de systèmes juridiques internes devienne un principe général de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de la Cour internationale de justice<sup>384</sup>. Dans l'affaire relative à *Certains biens*, par exemple, le Liechtenstein a argué qu'un principe commun à plusieurs systèmes juridiques internes devait être « transposable » dans le droit international, et expliqué, entre autres, que le principe de l'enrichissement injustifié n'était pas incompatible avec le droit international public et qu'il y était au contraire admis<sup>385</sup>. En l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et donnée*, l'Australie a estimé que les

<sup>379</sup> Voir *supra*, par. 169.

<sup>380</sup> *Statut international du Sud-Ouest africain, Avis consultatif : C. I. J. Recueil 1950*, p.128, Opinion individuelle de Sir Arnold McNair, p. 148. Voir également *supra*, par. 169.

<sup>381</sup> *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, (*supra*, note 223), Opinion individuelle de M. le juge Simma, par. 13.

<sup>382</sup> J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 35. En outre, il avance qu'un tribunal international choisit, modifie et adapte des éléments tirés d'autres systèmes existants (*ibid.*).

<sup>383</sup> Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ » (*supra*, note 186), p. 40.

<sup>384</sup> Il avait déjà été soutenu, avant même l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice, qu'il n'était pas possible d'appliquer sans plus de vérifications un principe commun aux systèmes juridiques internes en droit international. Voir en particulier l'affaire *North Atlantic Coast Fisheries* (par. 86), dans laquelle le tribunal arbitral a jugé que la notion de « servitude » n'était pas adaptée aux relations interétatiques.

<sup>385</sup> Affaire relative à *Certains biens* (*supra*, note 225), mémoire du Liechtenstein, par. 6.20 et 6.21.

principes des jurisprudences internes devaient être « adaptés comme il convient à la sphère du droit international afin d'éviter toute "déformation"<sup>386</sup>». De même, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a fait observer que les principes existant dans les systèmes juridiques internes devaient être transposables aux relations interétatiques<sup>387</sup>.

228. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a conclu qu'elle ne saurait « modifier » et encore moins « déformer » les principes existant en droit interne<sup>388</sup>. Deux des tribunaux arbitraux susmentionnés ont, quant à eux, estimé que le principe de l'estoppel ne s'entendait pas tout à fait de la même façon qu'en droit interne<sup>389</sup>. En outre, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a fait observer qu'il fallait éviter toute « introduction ou transposition mécanique » du droit interne<sup>390</sup>. Enfin, le Tribunal des réclamations États-Unis/Iran a considéré qu'un principe existant dans les systèmes juridiques internes devait être largement admis comme faisant partie du répertoire de principes généraux du droit invocable par les juridictions internationales<sup>391</sup>.

229. La principale question à régler est de savoir comment déterminer l'applicabilité d'un principe commun aux systèmes juridiques nationaux au niveau international. Cette question, qui appelle une réflexion prudente, sera analysée dans un rapport ultérieur consacré à la détermination des principes généraux du droit.

230. Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure que l'une des catégories de principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice est celle des principes dégagés à partir du droit interne, pour autant qu'on puisse trouver dans la majorité des systèmes juridiques nationaux des principes communs.

## **B. Principes généraux du droit formés dans le système juridique international<sup>392</sup>**

231. La deuxième catégorie de principes généraux du droit concerne les principes qui ne trouvent pas leur origine dans le droit interne, mais bien dans l'ordre juridique international. Comme pour la catégorie présentée dans la section précédente, l'existence de principes généraux du droit formés dans le système juridique international est elle aussi étayée par la pratique et la doctrine.

232. Cette catégorie de principes généraux du droit se fonde sur plusieurs éléments. Comme évoqué plus haut, d'après la doctrine, l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de la Cour internationale de Justice, pris dans son sens ordinaire, n'exclut pas l'existence de principes généraux de droit émanant du système juridique international<sup>393</sup>. En outre, partant du principe que la raison d'être et l'objet de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice est de combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier, un auteur a avancé que les rédacteurs de ce paragraphe avaient sans doute consenti implicitement à l'utilisation des principes généraux du droit international aux mêmes fins, car il

<sup>386</sup> Voir *supra*, par. 197.

<sup>387</sup> Voir *supra*, par. 200.

<sup>388</sup> Voir *supra*, par. 205.

<sup>389</sup> Voir *supra*, par. 210.

<sup>390</sup> Voir *supra*, par. 215.

<sup>391</sup> Voir *supra*, par. 222.

<sup>392</sup> Cette catégorie est aussi désignée sous les appellations suivantes : « principes généraux du droit international », « principes généraux du droit découlant de la nature particulière de la communauté internationale » ou « principes généraux propres au droit international ».

<sup>393</sup> Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 67.

serait difficile de croire qu'ils auraient permis de combler les lacunes à l'aide de principes du droit interne, mais pas du droit international<sup>394</sup>.

233. La question capitale des rapports entre les principes généraux du droit apparus dans le système juridique international et le droit international coutumier revient parfois dans la doctrine. Certains ont par exemple avancé que les principes généraux du droit appartenant à cette catégorie naissaient soit en étant formulés expressément dès le début, *ab initio*, soit en étant progressivement acceptés et reconnus comme contraignants par la communauté internationale des États dans son ensemble<sup>395</sup>. De ce point de vue, ce processus ne conduit pas immédiatement à l'émergence de règles de droit coutumier international, mais de principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de justice<sup>396</sup>. D'autres auteurs estiment au contraire qu'il n'existe aucune distinction entre les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et les règles du droit international conventionnel ou coutumier<sup>397</sup>.

234. Etant donné qu'ils peuvent relever de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, du Statut de la Cour internationale de Justice, les principes formés dans le cadre du système juridique international sont également subordonnés à l'exigence de reconnaissance. Comme indiqué ci-dessus, une telle reconnaissance pourrait résulter de la déduction ou de l'abstraction des règles en vigueur du droit conventionnel et du droit international coutumier, ou des décisions d'organisations internationales, telles que les résolutions de l'Assemblée générale, qui sont l'expression d'un consensus entre les États sur des questions précises<sup>398</sup>. Dans le contexte du droit des droits de l'homme, deux auteurs ont décrit le processus visant à déterminer l'existence de principes généraux découlant de principes formés dans le cadre du système juridique international comme un processus résolument *consensuel*, donnant une expression juridique suffisante aux considérations humanitaires sous-jacentes<sup>399</sup>.

235. L'existence d'une catégorie de principes généraux de droit qui trouvent leur origine dans le système juridique international est corroborée par la pratique des États et la jurisprudence internationale. Quelques traits caractérisent les exemples donnés ci-dessous. Premièrement, on cite des « principes » [en utilisant parfois des termes

<sup>394</sup> Ibid., Siorat, d'après qui l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de la Cour internationale de Justice concerne le pouvoir de systématisation du juge par analogie, a estimé que « [l']admission expresse de l'analogie avec des règles du droit interne entraîne a fortiori la reconnaissance tacite de l'analogie avec des règles du droit international ... Qui peut le plus peut le moins : permettre formellement à la Cour de fonder un raisonnement analogique sur des règles d'un autre système juridique que celui dont elle fait partie, c'est aussi l'autoriser implicitement à le fonder sur les règles du droit international, conventionnel et coutumier, qu'elle a pour tâche première d'appliquer ». L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, p. 286.

<sup>395</sup> Voir B. Simma et P. Alston, « The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1989, p. 104, citant un rapport de la Branche américaine de l'Association de droit international, intitulé « The role of State practice in the formation of customary and *jus cogens* norms of international law », 19 janvier 1989.

<sup>396</sup> Ibid.

<sup>397</sup> Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ... » (*supra*, note 280), p. 490 ; Raimondo, *General Principles of Law ...* (*supra*, note 13), p. 42 ; Degan, *Sources of International Law* (*supra*, note 138), p. 83 ; Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional » (*supra*, note 13), p. 24 à 26 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations » (*supra*, note 13), p. 42 ; Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice » (*supra*, note 13), p. 204. Voir Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations » (*supra*, note 13), p. 67 à 69.

<sup>398</sup> Voir par. 171 à 173 ci-dessus.

<sup>399</sup> Simma et Alston, « The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles » (*supra*, note 395), p. 107.

proches de ceux de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38] qui font partie du droit international mais ne semblent pas constituer des règles du droit conventionnel ou du droit international coutumier. Deuxièmement, en général, il n'est pas fait référence à des principes communs aux systèmes juridiques nationaux pour les identifier. Troisièmement, l'existence de tels principes paraît avoir été déterminée de diverses manières, comme le recours à des textes et décisions internationaux et le recensement de principes sous-tendant d'autres règles du droit international. En particulier, la reconnaissance de ces principes par les États semble être notamment démontrées dans les travaux préparatoires des traités, les dispositions conventionnelles et les résolutions de l'Assemblée générale, ainsi que dans les déclarations.

236. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que :

[L]es obligations qui incombait aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États<sup>400</sup>.

237. Dans l'avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit :

Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime du droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette considération entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel<sup>401</sup>.

238. La déclaration de la Cour selon laquelle les principes sous-tendant la Convention sont des « principes reconnus par les nations civilisées », obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel, semble faire directement référence à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut<sup>402</sup>. Il n'est pas fait mention de principes communs aux systèmes juridiques nationaux. Il apparaît que la Cour a conclu à l'existence d'un principe sur la base de la *reconnaissance* par les États,

<sup>400</sup> *Détroit de Corfou* (*supra*, note 214), p. 22. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (*supra*, note 223), p. 112, par. 215 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 257, par. 79.

<sup>401</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra*, note 215), p. 23.

<sup>402</sup> W. Schabas, « Genocide Convention, Reservations (Advisory Opinion) », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), par. 10 (les termes employés font clairement référence à l'alinéa c) plutôt que b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ et se rapportent donc aux principes généraux de droit). Voir Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) » (*supra*, note 199), par. 15.

notant que cette reconnaissance avait été exprimée dans la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, qui a marqué l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime du droit des gens »<sup>403</sup>.

239. Dans l'affaire du *Droit de passage*, le Portugal a fait valoir que le droit de passage qu'il revendiquait avait pour fondement, outre un principe général de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, des « principes généraux propres à l'ordre juridique international ». Il a expliqué qu'il s'agissait là « de principes généraux qui sont propres à l'ordre juridique international et dont il serait donc vain de chercher la manifestation dans les ordres juridiques internes »<sup>404</sup>. Pour illustrer de tels principes, le Portugal a cité le droit des États d'exister, l'obligation de respecter la souveraineté des autres États et l'obligation de ne pas permettre que son territoire soit utilisé pour des actes contraires aux droits d'autres États<sup>405</sup>.

240. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, l'Éthiopie et le Libéria ont déclaré que la politique d'apartheid était répugnante au regard des normes politiques et morales généralement acceptées de la communauté internationale et contraire aux normes acceptées par la coutume internationale et incorporées dans les principes généraux de droit universellement reconnus par les nations civilisées<sup>406</sup>. Ils ont invoqué divers textes – jurisprudence nationale et internationale, conventions, résolutions de l'Assemblée générale et résolutions du Conseil de sécurité – à l'appui de leurs arguments faisant valoir que « la coutume internationale » prohibait la discrimination et la séparation et que la généralisation de cette norme dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées imposait que la politique d'*apartheid* soit considérée comme une violation du droit international<sup>407</sup>.

241. Dans la même affaire, le juge Tanaka a considéré que la reconnaissance du principe de l'égalité devant la loi ne se limitait pas à son existence *in foro domestico* mais pouvait être réalisée au niveau international :

Comme indiqué plus haut, il n'est pas indispensable que la reconnaissance de ce principe se manifeste par des actes législatif ; elle peut résulter de l'attitude des délégations des États Membres participant à l'élaboration de résolutions, déclarations, etc., contre la discrimination raciale au sein des organes de la Société des Nations, de l'Organisation des Nations Unies et autres organisations qui jouent un rôle important dans la création du droit international coutumier<sup>408</sup>.

242. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Cour s'est référée au principe de l'*uti possidetis* comme « principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste »<sup>409</sup>. Elle a en outre noté qu'il fallait voir, « dans le respect par les nouveaux États africains des limites administratives et des frontières établies par les puissances coloniales, non pas une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe de droit international coutumier dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique, mais

<sup>403</sup> Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ » (*supra*, note 186), p. 41.

<sup>404</sup> *Droit de passage* (*supra*, note 221), réponse du Portugal, par. 335.

<sup>405</sup> *Ibid.*, par. 336. Dans le même temps, le Portugal a estimé qu'étant donné que l'Inde ne niait pas l'existence de ces principes en général, il n'était pas nécessaire de déterminer s'ils relevaient du paragraphe 1 b) ou 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (*ibid.*). Voir également les exceptions préliminaires de l'Inde, par. 190 à 196 ; le contre-mémoire de l'Inde, par. 295 à 297 ; la duplique de l'Inde, par. 570 à 577.

<sup>406</sup> *Sud-Ouest africain* (*supra*, note 221), réplique de l'Éthiopie et du Libéria, p. 271.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>408</sup> *Sud-Ouest africain* (*supra*, note 221), opinion dissidente du juge Tanaka, p. 300.

<sup>409</sup> *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 565, par. 20.

bien l'application en Afrique d'une règle de portée générale »<sup>410</sup>. Selon la Cour, dans sa résolution 16 (1), l'Organisation de l'Union africaine (1964) a volontairement souhaité «préciser et renforcer le principe de l'*uti possidetis juris* qui n'apparaissait que de façon implicite dans la charte de [l']organisation »<sup>411</sup>.

243. La Cour a appliqué le principe de l'*uti possidetis* dans des affaires ultérieures<sup>412</sup>, sans préciser sa source exacte. Certains États semblent considérer le principe de l'*uti possidetis* comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, par exemple, El Salvador a fait valoir que le principe était aussi bien une règle de droit international coutumier qu'un principe général de droit<sup>413</sup>. De même, la Cour constitutionnelle de Slovénie a considéré que le principe de l'*uti possidetis*, tel qu'invoqué durant l'accès à l'indépendance des États américains et africains, était un principe généralement admis du droit international et qu'en tant que tel il liait aussi la Slovénie<sup>414</sup>. Faisant référence, entre autres, à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, la Commission d'arbitrage de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie a estimé que le principe de l'*uti possidetis*, bien qu'initialement appliqué pour régler les différends liés à la décolonisation en Amérique et en Afrique, était aujourd'hui reconnu comme un principe général<sup>415</sup>. Plus récemment, dans le différend territorial et maritime entre la Croatie et la Slovénie, le tribunal d'arbitrage s'est référé à l'*uti possidetis* comme à un principe bien établi du droit international<sup>416</sup>.

244. Dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Nauru a considéré ce qui suit :

la clause de Martens semble appeler l'application des principes généraux de droit. Elle invoque les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées incarneraient donc les principes d'humanité et la conscience publique. Les armes inhumaines et les armes qui sont une offense à la conscience publique sont par conséquent interdites<sup>417</sup>.

Dans son argumentation, Nauru a soutenu l'existence des principes généraux de droit invoqués (le principe d'humanité et la conscience publique) non par l'existence de principes communs à une majorité de systèmes juridiques nationaux mais par leur reconnaissance par les États au nom de la clause de Martens. La Suède a elle aussi fait référence à des principes juridiques généraux et fondamentaux, reconnus par les nations civilisées, y compris ceux énoncés

<sup>410</sup> Ibid., par. 21.

<sup>411</sup> Ibid., p. 565 à 566, par. 22.

<sup>412</sup> Voir *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, C.I.J. Recueil 2007, p. 706, par. 151 ; *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, CIJ Recueil 2005, p. 108, par. 23 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)]*, C.I.J. Recueil 1992, p. 386 à 387, par. 40 à 42.

<sup>413</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (voir note précédente), mémoire d'El Salvador, par. 3.4.

<sup>414</sup> *Arbitrage entre le Croatie et la Slovénie* (*supra*, note 237), par. 260 et note 396.

<sup>415</sup> Commission d'arbitrage de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, opinion n° 3 (11 janvier 1992), *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), p. 1500.

<sup>416</sup> *Arbitrage entre le Croatie et la Slovénie* (*supra*, note 237), par. 256 et note 396.

<sup>417</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 400), réponse de Nauru aux conclusions des autres États, p. 13.

dans la Déclaration des Nations Unies sur l'environnement de 1972 et ceux qui sont stipulés dans les Conventions de la Haye<sup>418</sup>.

245. Dans l'affaire *Furundžija*, après avoir conclu qu'il n'existait pas de réponse précise quant à la définition du viol dans le droit conventionnel et le droit international coutumier, ni dans une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux, faute d'uniformité, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a décidé qu'elle devait voir si l'on pouvait parvenir à une solution appropriée en recourant aux principes généraux du droit pénal international ou, si ces principes n'étaient d'aucun secours, aux principes généraux du droit international<sup>419</sup>. À cet égard, la Chambre a noté ce qui suit :

Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être ; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble. Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne. Qu'une violence sexuelle aussi grave que la pénétration orale forcée soit qualifiée de viol est dans le droit fil de ce principe<sup>420</sup>.

246. En l'espèce, le Tribunal semble avoir considéré que la reconnaissance par les États du principe général du respect de la dignité humaine découlait du fait que ce principe était le « fondement » ou la « raison d'être » du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme.

247. Dans l'affaire *Kupreškić*, une autre Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que, comme il n'existait « aucun principe général de droit commun aux principaux systèmes juridiques du monde », il lui revenait « de rechercher un principe général de droit conforme aux caractéristiques de la justice pénale internationale et répondant à ses exigences fondamentales »<sup>421</sup>.

248. Lors des procès de Nuremberg, la Cour a recouru à certains principes de droit pénal pour rendre ses décisions<sup>422</sup>. Par la suite, l'Assemblée générale a confirmé, dans sa résolution 95 (I), « les principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, et par l'arrêt de cette Cour »<sup>423</sup>.

249. En outre, comme indiqué dans la troisième partie ci-dessus, les principes de Nuremberg ont été réaffirmés comme « des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » et « des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme, respectivement<sup>424</sup>.

<sup>418</sup> Ibid., note verbale de l'Ambassade de Suède, datée du 20 juin 1995, et exposé écrit du Gouvernement suédois, p. 4 à 5.

<sup>419</sup> *Le Procureur c. Furundžija* (*supra*, note 240), par. 182.

<sup>420</sup> Ibid., par. 183.

<sup>421</sup> *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (*supra*, note 240), par. 738.

<sup>422</sup> Par exemple, pour s'assurer que les poursuites engagées au titre de crimes internationaux n'étaient pas contraires au principe de légalité, la Cour s'est référée aux principes généraux de droit. Elle a en particulier déclaré que le droit des conflits armés existait non seulement dans les traités mais aussi dans les coutumes et pratiques nationales qui ont progressivement obtenu une reconnaissance universelle, et découlait des principes généraux de justice appliqués par les juristes et par les tribunaux militaires. Voir Tribunal militaire international (Nuremberg), arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1946, *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), p. 219.

<sup>423</sup> Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946, préambule.

<sup>424</sup> Voir par. 121 ci-dessus.

250. Dans certains cas, des principes généraux de droit formés par une interaction entre le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux ont été invoqués. Par exemple, dans l'affaire *CE-Hormones*, l'Union européenne a fait valoir que :

Dans le cas où l'Organe d'appel ne détermine pas qu'une telle règle coutumière [sur le principe de précaution] a déjà été clairement établie, on considère que, en tout état de cause, le principe de précaution est un principe général de droit, reconnu en droit tant national qu'international. Les principes généraux de droit sont des principes énoncés en droit tant national qu'international qui ne résistent pas nécessairement à l'épreuve de la pratique et de l'*opinio juris* mais expriment des valeurs communes inhérentes à la vie humaine et à la société et sont à présent généralement acceptés par tous les États et la communauté internationale. Cela est expressément stipulé par l'article 130r(2) du Traité instituant la Communauté européenne et reconnu par la communauté internationale, par exemple dans la fameuse Déclaration de Rio ainsi que par de nombreuses conventions et autres instruments, et des juridictions nationales<sup>425</sup>.

251. Par ailleurs, dans ses observations orales, l'Union européenne a estimé ce qui suit :

Le principe de précaution est dans tous les cas un principe général de droit, au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il s'agit de principes qui naissent souvent d'une interaction entre le droit international, le droit national et les exigences de la raison, le bon sens ou des considérations morales. Nombre d'instruments internationaux et nationaux et de décisions rendues par des juridictions et des organes d'experts attestent le statut du principe de précaution comme principe général de droit<sup>426</sup>.

252. En revanche, les États-Unis ont estimé que le principe de précaution était plus une « approche » qu'un « principe »<sup>427</sup>, et le Canada a considéré que le « concept » ou « approche de précaution » était un principe de droit *naissant* qui pourrait à l'avenir devenir l'un des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>428</sup>. L'Organe d'appel ne s'est pas prononcé sur ces questions.

253. De l'avis du Rapporteur spécial, la pratique telle qu'exposée dans les paragraphes qui précèdent montre que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice englobent non seulement ceux découlant des systèmes juridiques nationaux mais aussi ceux endogènes au système juridique international. Les formes précises que la reconnaissance de cette catégorie de principes généraux de droit peut prendre seront examinées plus avant dans un futur rapport du Rapporteur spécial.

<sup>425</sup> *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (AB-1997-4), appel des Communautés européennes, 6 octobre 1997, par. 91.

<sup>426</sup> *Ibid.*, observations orales des Communautés européennes, 4 novembre 1997, par. 18.

<sup>427</sup> Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *CE-Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, par. 122.

<sup>428</sup> *Ibid.*

« *Projet de conclusion 3 : catégories de principes généraux de droit*

Les principes généraux de droit comprennent les principes :

- a) découlant des systèmes juridiques nationaux ;
- b) formés dans le cadre du système juridique international. »

### III. Terminologie

254. Comme indiqué dans la section ci-dessus consacrée à la méthodologie, l'une des difficultés du présent sujet consiste à déterminer les éléments utiles à son étude. Cela tient au fait que, dans la pratique comme dans la doctrine, des termes comme « principe », « principe général », « principe général de droit », « principe général de droit international » et « principe de droit international » sont souvent employés indistinctement et sans que leur source en droit international ne soit précisée. Il s'agit d'un problème de terminologie avec lequel le Rapporteur spécial a dû composer lors de l'établissement du présent rapport, et qui risque de poser problème tout au long des travaux de la Commission à cet égard.

255. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial juge utile, pour des raisons de clarté, de proposer la terminologie que la Commission devrait employer dans le cadre de ses travaux sur les principes généraux de droit.

256. Lorsqu'il est question des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'expression « principes généraux de droit » est la plus appropriée, afin de suivre au plus près le libellé de cette disposition.

257. En ce qui concerne les différentes catégories de principes généraux de droit pouvant relever de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les expressions « principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux » et « principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international » ont été employées tout au long du présent rapport.

258. S'agissant de l'expression « nations civilisées », le Rapporteur spécial a estimé qu'il valait mieux l'éviter, compte tenu du principe fondamental de l'égalité souveraine des États, de l'attitude adoptée actuellement par les États et les juridictions internationales à son égard, et du fait qu'il est communément admis dans la doctrine qu'elle est inappropriée. Par conséquent, la source de droit international visée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice devrait être lue comme « les principes généraux de droit reconnus par les États ».

### Cinquième partie : Programme de travail futur

259. Le Rapporteur spécial propose le programme ci-après pour les travaux de la Commission sur le présent sujet.

260. Dans le deuxième rapport, qui sera soumis en 2020, le Rapporteur spécial engagera le débat sur les fonctions des principes généraux de droit et leur relation avec les autres sources du droit international.

261. Présenté en 2021, le troisième rapport sera probablement consacré à l'identification des principes généraux du droit, y compris la question de l'exigence de reconnaissance. Il traitera peut-être aussi de la possible application des principes généraux de droit à l'échelon régional ou bilatéral.

## **Annexe**

### **Projets de conclusion proposés**

#### *Projet de conclusion 1*

##### *Champ d'application*

Le présent projet de conclusion se rapporte aux principes généraux de droit comme source du droit international.

#### *Projet de conclusion 2*

##### *Exigence de reconnaissance*

Pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par les États.

#### *Projet de conclusion 3*

##### *Catégories de principes généraux de droit*

Les principes généraux de droit comprennent les principes :

- a) découlant des systèmes juridiques nationaux ;
  - b) formés dans le cadre du système juridique international.
-