



# Assemblée générale

Distr. générale  
12 mai 2020  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

Soixante-douzième session

Genève, 29 juin-7 août 2020

### Principes généraux du droit

#### Étude du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction . . . . .	2
I. Traités enregistrés auprès des Secrétariats de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies (du 1 <sup>er</sup> janvier 1920 au 31 juillet 2019) . . . . .	6
A. Terminologie . . . . .	6
B. Origines . . . . .	18
C. Reconnaissance . . . . .	20
D. Transposition . . . . .	21
E. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international . . . . .	21
II. Jurisprudence des tribunaux d'arbitrage entre États . . . . .	23
A. Sources de droit applicables et terminologie . . . . .	23
B. Origines . . . . .	30
C. Reconnaissance . . . . .	32
D. Transposition . . . . .	34
E. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international . . . . .	35
III. Jurisprudence des juridictions internationales à caractère universel . . . . .	36
A. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie . . . . .	37
B. Tribunal pénal international pour le Rwanda . . . . .	63
C. Cour pénale internationale . . . . .	72



## Introduction

1. À sa soixante-neuvième session, en 2007, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail à long terme<sup>1</sup>. À sa soixante-dixième session, en 2018, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et désigné Marcelo Vázquez Bermúdez Rapporteur spécial<sup>2</sup>. Celui-ci a présenté son premier rapport sur le sujet lors de la soixante et onzième session, en 2019<sup>3</sup>. À cette même session, la Commission a demandé au Secrétariat de faire une étude sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour la suite de ses travaux sur le sujet<sup>4</sup>. La présente étude a été établie conformément à cette demande.

2. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a délimité le champ du sujet, qui recouvre les questions suivantes : la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international ; les origines des principes généraux du droit et les catégories correspondantes ; la détermination des principes généraux du droit ; les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international<sup>5</sup>. Ne relève pas du sujet l'examen du contenu des principes généraux du droit<sup>6</sup>. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'examen de la nature juridique des principes généraux du droit devait partir de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, notamment des trois éléments de la disposition, à savoir le terme « principes généraux de droit », le critère de « reconnaissance » et le terme « nations civilisées »<sup>7</sup>. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 reproduit le libellé du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale<sup>8</sup>.

3. Le Rapporteur spécial a estimé que la détermination des principes généraux du droit était 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, tout en indiquant que le terme « nations civilisées » était obsolète et qu'il fallait lui préférer des libellés comme « reconnus par les États » ou « reconnus par la communauté des nations »<sup>9</sup>. Il a également estimé que la détermination était fonction de l'origine desdits principes, en particulier selon que l'on considérait qu'ils découlaient des systèmes juridiques nationaux ou qu'ils s'étaient formés dans le cadre du système juridique international<sup>10</sup>. S'agissant des principes formés dans le cadre du système juridique international, il a fait observer que leur existence semblait pouvoir être déterminée de diverses manières, par exemple par le recours à des décisions ou des textes internationaux ou par la mise au jour de principes au fondement d'autres règles du droit international. En outre, la reconnaissance par les États de ces principes semblait notamment se déduire des

---

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

<sup>2</sup> A/73/10, par. 363.

<sup>3</sup> A/CN.4/732.

<sup>4</sup> A/74/10, par. 207 et 286.

<sup>5</sup> A/CN.4/732, Première partie, sect. A.

<sup>6</sup> Ibid., par. 41.

<sup>7</sup> Ibid., par. 14 à 20.

<sup>8</sup> Protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale visé par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. Genève, 16 décembre 1920, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 6, n° 170, p. 379.

<sup>9</sup> A/CN.4/732, par. 21 à 23 et 184 à 186.

<sup>10</sup> Ibid., par. 29 à 33.

travaux préparatoires des traités et des dispositions des traités ou prendre place dans le cadre de résolutions de l'Assemblée générale ou de déclarations<sup>11</sup>.

4. Par ailleurs, le Rapporteur spécial a fait observer dans son premier rapport que les principes généraux de droit avaient notamment pour fonction de venir combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier, de façon à éviter les *non liquet*, et étaient un moyen d'interpréter d'autres règles du droit international ou d'étayer le raisonnement juridique<sup>12</sup>. Il a invoqué l'opinion largement répandue selon laquelle les principes généraux du droit étaient une source accessoire de droit international, en ce sens qu'ils venaient combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier<sup>13</sup> et qu'ils étaient non seulement une source directe de droits et d'obligations mais aussi un moyen d'interpréter d'autres règles du droit international<sup>14</sup> ou d'étayer le raisonnement juridique<sup>15</sup>. Il a également évoqué le rôle plus abstrait qui leur était parfois attribué, à savoir celui de soubassement ou de fondement du système juridique international ou encore d'un moyen d'en renforcer le caractère systématique<sup>16</sup>.

5. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, la terminologie utilisée tant dans la pratique que dans la doctrine est disparate. Il a proposé que la Commission utilise le terme « principes généraux du droit » lorsqu'il était question des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour. Il a indiqué que des termes comme « principe », « principe général », « principe général de droit », « principe général de droit international » et « principe de droit international » étaient souvent employés indistinctement et sans que leur source en droit international ne soit précisée<sup>17</sup>. Il a prévenu que ce flou terminologique risquait de poser des difficultés tout au long des travaux de la Commission sur le sujet et, de fait, le Secrétariat a eu du mal à établir la présente étude<sup>18</sup>, notamment quand il s'est agi de sélectionner les documents à examiner puis d'analyser et de classer le corpus.

6. Pour recenser la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour la suite des travaux de la Commission sur le sujet, il a été procédé à un tripe examen :

a) un examen des traités publiés dans le *Recueil des Traités* de la Société des Nations et le *Recueil des Traités* de l'Organisation des Nations Unies<sup>19</sup>. Cet examen s'est limité aux traités enregistrés auprès du Secrétariat permanent de la Société des Nations et aux traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU ou classés et inscrits au répertoire du Secrétariat de l'ONU entre le 1<sup>er</sup> janvier 1920 et le 31 juillet 2019 ;

<sup>11</sup> Ibid., par. 235.

<sup>12</sup> Ibid., par. 24 à 28.

<sup>13</sup> Ibid., par. 25.

<sup>14</sup> Ibid., par. 26.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid., par. 254.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Le *Recueil des Traités* des Nations Unies est une publication du Secrétariat de l'ONU dans laquelle sont compilés tous les traités et accords internationaux enregistrés auprès du Secrétariat conformément à l'Article 102 de la Charte des Nations Unies ou classés et inscrits au répertoire conformément au règlement destiné à mettre en application l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 97(I) du 14 décembre 1946 et modifié pour la dernière fois par la résolution 73/210 du 20 décembre 2018. Le *Recueil des Traités* de la Société des Nations est un recueil des traités et des engagements internationaux ultérieurs enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations et publiés par lui conformément à l'Article 18 du Pacte de la Société des Nations.

b) un examen du corpus ci-après : les sentences arbitrales rendues depuis 1<sup>er</sup> janvier 1920 et publiées dans le *Recueil des sentences arbitrales* ; les rapports de la Cour de La Haye ; la jurisprudence de la Cour permanente d'arbitrage et les *Analyses des sentences rendues par les tribunaux d'arbitrage constitués conformément aux stipulations des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux ainsi que par les juridictions spéciales d'arbitrage qui ont fonctionné en application de l'article 47 de la Convention de 1907* ; les sentences arbitrales rendues en vertu de l'article 21.3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>20</sup> ;

c) un examen de la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel. Par « caractère universel », on entend non pas les organes judiciaires dont l'acte constitutif jouit d'une adhésion universelle, mais ceux dont tous les États du monde peuvent devenir membre et qui par conséquent ont vocation à exercer leur compétence *ratione materiae* partout sur la planète<sup>21</sup>. C'est sur cette base que la Cour pénale internationale a été prise en compte dans la présente étude, mais pas les juridictions régionales ni les juridictions pénales hybrides établies par voie de négociation entre l'ONU et tel ou tel État. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux (« le Mécanisme ») ont été retenus en tant qu'organes subsidiaires créés par des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU – décisions que, conformément à l'Article 25 de la Charte des Nations Unies, tous les États Membres ont convenu d'accepter et d'appliquer. Sur cette base, ces juridictions sont dites « universelles » aux fins de la présente étude, quelle que soit leur compétence *ratione temporis*, *ratione loci* ou *ratione personae*.

7. Les recherches effectuées dans les publications et bases de données susmentionnées au moyen du mot « principe(s) », à savoir le terme le plus général parmi ceux énumérés par le Rapporteur spécial, ont produit un nombre de résultats si considérable qu'il n'était pas possible pour le Secrétariat de les passer tous en revue dans le temps imparti et avec les moyens dont il disposait. Le corpus examiné dans la présente étude donne donc des recherches effectuées au moyen des autres termes retenus par le Rapporteur spécial, à savoir « principe(s) général(aux) », « principe(s) général(aux) de (du) droit », « principe(s) de (du) droit », « principe(s) général(aux) de (du) droit international » et « principe(s) de (du) droit international », ainsi que trois autres syntagmes jugés utiles par le Secrétariat : « article 38 », « paragraphe 3 de l'article 38 » et « alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 38 ». Près de 2 000 pages de références susceptibles de présenter un intérêt ont ainsi été réunies. Comme il n'était bien sûr pas possible d'en faire l'examen exhaustif, il a été décidé de présenter dans l'étude une typologie de l'information recueillie, assortie d'exemples. L'information a ainsi été organisée selon qu'elle concernait la terminologie, les origines des principes généraux du droit, leur reconnaissance, leur transposition, leurs fonctions ou leurs rapports avec d'autres sources de droit international. Dans les sections consacrées aux sentences arbitrales et à la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel, les sources de droit applicables sont également examinées.

<sup>20</sup> Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, n° 31874, p. 3.

<sup>21</sup> Le Secrétariat avait adopté la même approche lorsqu'il s'était agi de définir le « caractère universel » dans son étude sur « Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier » établie à l'occasion de travaux sur le sujet « Détermination du droit international coutumier ». Voir [A/CN.4/691](#).

8. La présente étude adopte une perspective très large : elle présente les éléments obtenus au moyen des recherches susmentionnées sans chercher à établir si telle ou telle référence vise réellement ou non les 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 du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et sans trier les documents sur cette base. Comme indiqué au paragraphe 5 ci-dessus, la terminologie utilisée est disparate, les termes étant souvent employés indistinctement et sans que la source en droit international des « principes » en question ne soit précisée. Ainsi, s'agissant de l'origine des principes généraux du droit et des deux catégories établies à cet égard par le Rapporteur spécial, ce n'est pas parce que les termes « principes généraux du droit international » et « principes du droit international » contiennent le mot « international » que les principes en question trouvent nécessairement leur origine dans le système juridique international. L'étude retient donc d'autres critères le cas échéant, comme le fait de savoir si les principes en question s'inscrivent dans un contexte authentiquement international (comme celui des relations diplomatiques et consulaires entre États) ou s'ils découlent de sources de droit international conventionnel ou coutumier.

9. La présente étude passe d'abord en revue les éléments provenant des traités enregistrés en application de l'article 18 du Pacte de la Société des Nations et de l'article 102 de la Charte des Nations Unies jusqu'au 31 juillet 2019 (sect. I). La prise en compte dans la présente étude d'un instrument enregistré en application de l'Article 102 de la Charte ou de l'article 18 du Pacte ne confère pas audit instrument le statut de traité ou d'accord international s'il n'a pas déjà ce statut et ne confère à aucune partie un statut qu'elle n'aurait pas autrement. La prise en compte dans la présente étude d'un instrument qui n'a pas été enregistré en application de l'Article 18 ou de l'Article 102 ne constitue pas une prise de position du Secrétariat sur la nature dudit instrument, le statut des parties ou toute autre question semblable.

10. L'étude passe ensuite en revue la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques rendue depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1920 et accessible au public (sect. II). Elle ne devait pas porter à l'origine sur les sentences arbitrales ayant pour parties des organisations internationales ou d'autres entités non étatiques, ni sur les procédures de conciliation et d'arbitrage engagées par des particuliers ou des sociétés. Toutefois, si l'étude s'était bornée aux seules sentences arbitrales interétatiques, peu d'éléments susceptibles de présenter un intérêt auraient été retenus, beaucoup de procédures de ce type étant confidentielles. Le Secrétariat a donc pris une certaine liberté et fait figurer dans son analyse, le cas échéant, d'autres décisions que les seules sentences arbitrales interétatiques. Par exemple, il a retenu la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Abyei*<sup>22</sup> ainsi que plusieurs décisions prises par les commissions de réclamation établies par des États pour donner suite aux demandes d'indemnisation émanant de particuliers.

11. Enfin, l'étude passe en revue la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel, dont la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda et celle de la Cour pénale internationale. Les décisions du Mécanisme ont été examinés selon le cas avec celles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou celles du Tribunal pénal international pour le Rwanda. L'étude s'intéresse avant tout aux jugements et arrêts rendus sur le fond et portant condamnation mais, comme dans l'examen des sentences arbitrales, le Secrétariat a pris en compte le cas échéant d'autres types de décisions.

<sup>22</sup> *Délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement-Armée populaire de libération du Soudan*, sentence du 22 juillet 2009, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 145-416.

## I. Traités enregistrés auprès des Secrétariats de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies (du 1<sup>er</sup> janvier 1920 au 31 juillet 2019)

12. Les traités publiés dans le *Recueil des Traités* de la Société des Nations et examinés dans le cadre de la présente étude appartiennent principalement à deux catégories : ceux qui instituent des commissions ou des tribunaux d'arbitrage ou, pour certains d'entre eux, qui renvoient les différends à la Cour permanente d'arbitrage ; ceux qui viennent établir ou régir les relations diplomatiques et consulaires entre des États. Les traités de la première catégorie définissent le droit applicable par la commission ou le tribunal d'arbitrage ou la Cour permanente d'arbitrage. Les traités de la deuxième catégorie définissent les droits et obligations primaires des États parties cherchant à organiser leurs relations diplomatiques et consulaires. Une troisième catégorie regroupe les traités portant sur divers sujets : transport maritime ou transnational, égalité de traitement des ressortissants des États parties sur le territoire des autres États parties, confiscation de biens. La plupart des traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations ont pour parties des États européens ; quelques-uns ont pour parties des États d'Afrique, d'Asie, des Amériques ou des Caraïbes. Les traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et examinés dans le cadre de l'étude portent sur un ensemble de questions beaucoup plus vaste : traités d'amitié, règlement des différends, commerce et navigation, relations économiques, sécurité sociale des travailleurs, services aériens, investissements, droits de l'homme, droit humanitaire, télécommunications internationales, organisations internationales, droit pénal international, droit diplomatique et consulaire, droit de l'eau, droit de la mer, succession d'États. La diversité géographique des parties aux traités est également beaucoup plus grande.

### A. Terminologie

13. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice reprend l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (ouvert à la signature le 16 décembre 1920). Il reproduit son libellé, y ajoutant simplement quelques mots dans la phrase liminaire et modifiant la numérotation des paragraphes et des alinéas<sup>23</sup>. Comme le rappelle le Rapporteur spécial, l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'est pas à l'origine de la pratique consistant à appliquer des règles ou principes issus de sources autres que les traités et la coutume<sup>24</sup>. Les rédacteurs du Statut en 1920 ont codifié un corpus de droit international qui existait déjà et pour lequel la pratique étatique (sous forme de traités) et la jurisprudence (sentences des tribunaux arbitraux internationaux) étaient abondantes<sup>25</sup>. La pratique et la jurisprudence désignaient alors le droit applicable au moyen d'une multitude de termes<sup>26</sup>. Comme on le verra dans l'étude des traités ci-après, l'expression « principes

<sup>23</sup> L'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale commence par ces mots : « La Cour applique : [...] », qui deviennent, dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : [...] ».

<sup>24</sup> A/CN.4/732, par. 77.

<sup>25</sup> Ibid., par. 77 à 89. Voir également B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Londres, Stevens and Sons Limited, 1953), p. 19, où sont cités les discours de Descamps, Fernandes, Loder, Hagerup et Phillimore (Cour permanente de justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, et annexes* (La Haye, Van Langenhuisen Brothers, 1920).

<sup>26</sup> Par exemple, « la justice », « l'équité », « le droit des gens », « les principes de justice », « les stipulations du traité », « les principes généraux de la justice et de l'équité » ou d'autres

généraux de droit reconnus par les nations civilisées » figurant à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'a été reprise qu'en partie dans la pratique conventionnelle ultérieure des États.

### 1. Dispositions renvoyant à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale ou à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

14. Plusieurs traités examinés aux fins de l'étude renvoient à l'article 38 du statut de la Cour permanente de Justice internationale ou à l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice et, ce faisant, font que les principes généraux du droit seront l'une des sources de droit international à appliquer par la cour internationale ou le tribunal arbitral considéré. C'est par exemple le cas du traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire conclu en 1931 entre la Bulgarie et la Norvège :

Dans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer par les arbitres, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale<sup>27</sup>.

15. Dans l'un de ces traités, l'article 38 est visé comme suit :

Dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le Tribunal arbitral ou la Cour permanente de Justice internationale appliqueront les principes de droit indiqués notamment dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale<sup>28</sup>.

Le terme « principes de droit » semble être ici employé pour renvoyer aux diverses sources du droit international énumérées à l'article 38, le mot « notamment » pouvant laisser penser que les parties ont envisagé que des « principes de droit » autres que ceux visés à l'article 38 pouvaient exister.

16. De même, après la création de l'ONU, de nombreux traités ont continué de stipuler que, dès lors qu'un tribunal arbitral était constitué, celui-ci devait appliquer, sauf accord contraire, les sources de droit international visées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté par l'Assemblée générale en 1949, prévoit ainsi que « [d]ans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer par les arbitres, le Tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice »<sup>29</sup>. Dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le paragraphe 1 de l'article 74 (Délimitation de la zone

---

formulations (on statuera sur l'affaire en se basant sur « les règles qui, de l'avis de la Cour, devraient être celles du droit international en vigueur »). Voir [A/CN.4/732](#), par. 77 à 89; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (voir *supra*, note 25), p. 6 et 7 ; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)* (Londres, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927), p. 60 à 62.

<sup>27</sup> Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire entre la Bulgarie et la Norvège (Sofia, 26 novembre 1931), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 134, n° 3081, p. 27, art. 5. Voir également l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (Genève, 26 septembre 1928), *ibid.*, vol. 93, n° 2123, p. 343, art. 18, le Pacte d'amitié, de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire entre la République hellénique et la République tchécoslovaque (Prague, 8 juin 1929), *ibid.*, vol. 108, n° 2512, p. 255, art. 33, la Convention de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre l'Italie et la Norvège (Oslo, 17 juin 1929), *ibid.*, vol. 105, n° 2410, p. 161, art. 20, et l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux (New York, 28 avril 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 71, n° 912, p. 101, art. 28.

<sup>28</sup> Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire entre le Luxembourg et la Norvège (Genève, 12 février 1932), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 142, n° 3277, p. 29, art. 18.

<sup>29</sup> Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, art. 18.

économique exclusive entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face) et le paragraphe 1 de l'article 83 (Délimitation du plateau continental entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face) intègrent les dispositions de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sans même qu'il soit question d'établir un tribunal arbitral<sup>30</sup>.

## 2. Dispositions reproduisant le libellé de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

17. Plusieurs traités examinés aux fins de la présente étude reprennent textuellement la description des sources du droit international figurant à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice pour définir le droit applicable par la cour internationale ou le tribunal arbitral considéré. C'est le cas notamment de cinq traités conclus à l'époque de la Société des Nations, lesquels apportent toutefois des modifications au texte. Ainsi :

Le tribunal arbitral fonde ses décisions :

- 1) Sur les conventions internationales générales ou spéciales en vigueur entre les deux Parties et les règles de droit [*principles of law*] qui en découlent ;
- 2) Sur la coutume internationale considérée comme l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ;
- 3) Sur les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- 4) Sur les résultats de la doctrine et de la jurisprudence les plus autorisées, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

Avec le consentement des deux Parties, le tribunal arbitral peut, au lieu de fonder sa sentence sur des principes juridiques, statuer d'après des considérations tirées de l'équité<sup>31</sup>.

18. Dans ces traités, les principes généraux du droit figurent parmi les sources de droit applicables par le tribunal arbitral, le texte reproduisant le libellé du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Les mots « et les règles de droit qui en découlent » figurant au premier alinéa sont toutefois un ajout par rapport au texte du paragraphe 1 de l'article 38 et visent à autoriser le tribunal à appliquer « les règles de droit » [*principles of law*] qui découlent des traités en vigueur entre les parties. Ces règles de droit [*principles of law*] sont donc distinctes des principes généraux de droit dont il est question au troisième alinéa. La dernière phrase de la disposition autorise le tribunal à statuer « d'après des considérations tirées de l'équité » et non pas sur la base de « principes juridiques », si les parties y consentent. Le texte fait ainsi une distinction entre, d'une part, les considérations

<sup>30</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 3.

<sup>31</sup> Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et les Pays-Bas (La Haye, 20 mai 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 66, n° 1527, p. 103, à la page 121, art. 4. Les autres traités rédigés de manière identique sont le Traité de conciliation et d'arbitrage entre la Pologne et la Tchécoslovaquie (Varsovie, 23 avril 1925), *ibid.*, vol. 48, n° 1171, p. 383, art. 19, la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et la Suède (Berlin, 29 août 1924), *ibid.*, vol. 42, n° 1036, p. 111, art. 5, la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et l'Estonie (Berlin, 10 août 1925), *ibid.*, vol. 63, n° 1484, p. 111, art. 5, et le Traité d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et le Luxembourg (Genève, 11 septembre 1929), *ibid.*, vol. 118, n° 2715, p. 97, art. V.

tirées de l'équité et, d'autre part, les sources du droit international, y compris les principes généraux du droit<sup>32</sup>.

19. Plusieurs traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU et examinés dans le cadre de la présente étude reprennent le libellé complet de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple la convention d'arbitrage de 1965 entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse<sup>33</sup>, l'accord de pêche de 1973 entre les États-Unis d'Amérique et la Pologne<sup>34</sup> et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950<sup>35</sup>. Deux autres traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU et instituant des tribunaux arbitraux, tout en reprenant le libellé de l'alinéa dans leurs dispositions relatives au droit applicable, omettent le mot « civilisées », la citation se lisant comme suit : « principes généraux de droit reconnus par les nations »<sup>36</sup>.

### 3. Dispositions faisant mention des « principes généraux du droit »

20. Plusieurs traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations et examinés aux fins de l'étude font mention des « principes généraux de droit » sans renvoyer à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ni reproduire son libellé. Ces textes se réfèrent souvent en outre à « l'équité ». Ainsi, le traité de 1923 entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie concernant le passage des trains tchécoslovaques sur le territoire hongrois prévoit que « [l]e tribunal devra décider selon les dispositions de la présente convention et d'après les principes généraux du droit et d'équité »<sup>37</sup>. Le traité de 1921 entre l'Allemagne et la Pologne et la Ville libre de Dantzig recourt à une formulation quelque peu différente : « Le Tribunal statuera sur les litiges en se basant sur les stipulations de la présente Convention, les principes généraux du droit, ainsi que sur l'équité »<sup>38</sup>.

21. On trouve le terme « principes généraux du droit » dans plusieurs traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU. Ainsi, la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre prévoit que « [l]es tribunaux ne pourront appliquer que les dispositions légales antérieures à l'infraction et conformes aux principes généraux du droit, notamment en ce qui concerne le

<sup>32</sup> On trouve à l'article 5 de la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et la Suède une même clause finale.

<sup>33</sup> Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Confédération suisse (Londres, 7 juillet 1965), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 605, n° 8765, p. 205, art. 26.

<sup>34</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République populaire de Pologne concernant les pêcheries dans la région occidentale de l'océan Atlantique moyen (Varsovie, 2 juin 1973), *ibid.*, vol. 916, n° 13076, p. 185, annexe I, sect. VII.

<sup>35</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950), *ibid.*, vol. 213, n° 2889, p. 221, art. 7.

<sup>36</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République populaire de Pologne concernant les pêcheries dans la région occidentale de l'océan Atlantique moyen, annexe I, sect. VII ; Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République populaire de Pologne relatif aux pêcheries au large des côtes des États-Unis (Washington, 1<sup>er</sup> août 1985), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2243, n° 39921, p. 41, annexe III, sect. VI.

<sup>37</sup> Convention concernant le règlement du passage de trains tchécoslovaques par la partie hongroise de la voie ferrée Čata Lučenec (Budapest, 8 mars 1923), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 48, n° 1167, p. 257, art. 15. On trouve une formulation très proche dans le Traité entre la République d'Autriche et le Royaume de Hongrie concernant la réglementation des conditions de transit et de raccordement dans le trafic ferroviaire entre les deux pays (Budapest, 30 juin 1930), *ibid.*, vol. 122, n° 2799, p. 69, art. 20.

<sup>38</sup> Convention entre l'Allemagne et la Pologne et la Ville libre de Dantzig concernant la liberté de transit entre la Prusse orientale et le reste de l'Allemagne (Paris, 21 avril 1921), *ibid.*, vol. 12, n° 308, p. 61, art. 11.

principe de la proportionnalité des peines »<sup>39</sup>. Parfois, dans le texte anglais, le syntagme « *general principles of law* » est précédé de l'article défini « *the* », sans toutefois que les traités ne viennent préciser quels sont les principes généraux de droit ainsi visés. Par exemple, la Convention entre l'ONU et la Confédération suisse concernant le parc de l'Ariana à Genève prévoit que la convention « sera interprétée sur la base des principes généraux du droit [*in accordance with the general principles of law*] »<sup>40</sup>. Un accord de 1972 entre les États-Unis et le Mexique stipule que les dispositions y figurant « ne constituent pas un précédent, une reconnaissance ou une acceptation affectant les droits de l'un ou l'autre pays eu égard à [un traité de 1944 sur l'eau] et aux principes généraux du droit [*the general principles of law*] »<sup>41</sup>.

22. L'accord de 2001 sur les questions de succession conclu entre les États de l'ex-Yougoslavie se réfère également aux principes généraux du droit : « Les États successeurs prendront toutes les mesures requises en vertu des principes généraux du droit et appropriées par ailleurs pour s'assurer de l'application effective des principes énoncés dans la présente annexe, telles que la conclusion d'accords bilatéraux et la notification à leurs tribunaux et autres autorités compétentes. »<sup>42</sup>

23. Certains des traités examinés font mention des principes généraux de droit interne. Ainsi, la Convention (révisée) de 1934 des maladies professionnelles de l'Organisation internationale du Travail mentionne les « principes généraux de [la] législation nationale » des États membres concernant la réparation des accidents du travail<sup>43</sup>. Dans le traité de 1999 entre la Suède et l'Ukraine concernant les mesures de lutte contre la criminalité, il est fait mention des principes généraux du droit interne de ces États, chaque partie pouvant refuser toute demande « qui est contraire à ses principes de droit généraux ou autres intérêts essentiels »<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 973, p. 287, art. 67. Voir également l'Accord établissant un régime provisoire applicable à un système commercial mondial de télécommunications par satellites et l'Accord spécial (avec annexe) (Washington, 20 août 1964), *ibid.*, vol. 514, n° 7441, p. 25, art. 14, l'Accord relatif à une assistance du Programme des Nations Unies pour le développement au Gouvernement du Botswana (Gaborone, 14 mai 1975), *ibid.*, vol. 968, n° 14004, p. 117, art. XI, par. 3, et l'Accord entre la République fédérale d'Allemagne, la République d'Autriche et la Confédération suisse concernant la réglementation des prélèvements d'eau opérés dans le lac de Constance (avec protocole de clôture) (Berne, 30 avril 1966), *ibid.*, vol. 620, n° 8956, p. 191, art. 11.

<sup>40</sup> Convention sur l'Ariana entre l'Organisation des Nations Unies et la Confédération suisse (Berne, 11 juin 1946, et New York, 1<sup>er</sup> juillet 1946), *ibid.*, vol. 1, n° 7, p. 153, art. 12.

<sup>41</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique effectué par procès-verbal n° 241 de la Commission internationale des frontières et des eaux (El Paso, 14 juillet 1972), *ibid.*, vol. 898, n° 12822, p. 151.

<sup>42</sup> Accord sur les questions de succession (avec annexes) (Vienne, 29 juin 2001), *ibid.*, vol. 2262, n° 40296, p. 251, annexe G, art. 4.

<sup>43</sup> Organisation internationale du Travail, Convention (révisée) de 1934 des maladies professionnelles (n° 42), *ibid.*, vol. 40, n° 624, p. 19, art. 1<sup>er</sup>. Voir également les accords ci-après conclus entre la Belgique et la France : la Convention générale sur la sécurité sociale, l'Accord complémentaire concernant le régime de sécurité sociale applicable aux travailleurs frontaliers et saisonniers, l'Accord complémentaire concernant le régime de sécurité sociale applicable aux travailleurs des mines et établissements assimilés, le Protocole relatif à l'allocation aux vieux travailleurs salariés et à l'allocation temporaire aux vieux et le Protocole relatif aux allocations en cas de chômage (Bruxelles, 17 janvier 1948), *ibid.*, vol. 36, n° 570, p. 233.

<sup>44</sup> Accord entre le Royaume de Suède et l'Ukraine relatif à la coopération concernant les mesures de lutte contre la criminalité (Stockholm, 23 mars 1999), *ibid.*, vol. 2313, n° 41312, p. 295, art. 4.

#### 4. Dispositions faisant mention des « principes du droit »

24. De nombreux traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations et examinés aux fins de l'étude mentionnent les « principes du droit »<sup>45</sup>. Pour beaucoup, il s'agit de traités qui instituent des tribunaux arbitraux ou renvoient les différends à la Cour permanente d'arbitrage ou à la Cour permanente de Justice internationale et qui disposent que « les principes du droit ou de l'équité » feront partie du droit applicable<sup>46</sup>. Ainsi, un traité d'arbitrage conclu en 1928 entre les États-Unis et la Finlande prévoit ce qui suit :

Tous les différends portant sur les questions d'ordre international [...] susceptibles d'une solution judiciaire de par leur nature même, si on leur applique les principes du droit ou de l'équité [...], seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage établie à La Haye [...]<sup>47</sup>.

Dans d'autres traités analogues, on trouve le terme « les principes de droit et de l'équité »<sup>48</sup> et, en une occasion, le terme « les principes de droit et de justice »<sup>49</sup>.

25. Dans plusieurs traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations, le terme « principes du droit » vise les règles de droit découlant des traités en vigueur entre les parties, étant posé que ces règles font partie du droit à appliquer par le tribunal arbitral<sup>50</sup>. Dans trois traités de ce type, la clause ci-après a été ajoutée :

Si, dans un cas donné, les bases juridiques mentionnées ci-dessus accusent des lacunes, le tribunal arbitral se prononcera selon les principes juridiques [*principles of law*] qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il

<sup>45</sup> Voir, par exemple, le Traité général d'arbitrage interaméricain et le Protocole d'arbitrage progressif (Washington, 5 janvier 1929), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 130, n° 2988, p. 135, art. 1<sup>er</sup>, et le Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti (Saint-Domingue, 20 février 1929), *ibid.*, vol. 105, n° 2414, p. 224, art. 3.

<sup>46</sup> Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et le Portugal (Washington, 1<sup>er</sup> mars 1929), *ibid.*, vol. 99, n° 2282, p. 375, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la République de Pologne (Washington, 16 août 1928), *ibid.*, vol. 99, n° 2286, p. 409, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Hongrie (Washington, 26 janvier 1929), *ibid.*, vol. 96, n° 2200, p. 173, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre l'Albanie et les États-Unis d'Amérique (Washington, 22 octobre 1928), *ibid.*, vol. 92, n° 2089, p. 218, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Suède (Washington, 27 octobre 1928), *ibid.*, vol. 91, n° 2063, p. 225, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Norvège (Washington, 20 février 1929), *ibid.*, vol. 91, n° 2079, p. 413, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Tchécoslovaquie (Washington, 16 août 1928), *ibid.*, vol. 89, n° 2018, p. 225, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et l'Autriche (Washington, 16 août 1928), *ibid.*, vol. 88, n° 1988, p. 95, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et le Danemark (Washington, 14 juin 1928), *ibid.*, vol. 88, n° 1995, p. 173, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Finlande (Washington, 7 juin 1928), *ibid.*, vol. 87, n° 1958, p. 9, art. 1<sup>er</sup> ; Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Chine (Washington, 27 juin 1930), *ibid.*; vol. 140, n° 3236, p. 183, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>47</sup> Traité d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Finlande, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>48</sup> Traité d'arbitrage et de conciliation entre le Danemark et Haïti (Washington, 5 avril 1928), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 99, n° 2264, p. 19, art. 4 ; Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Égypte relatif à l'arbitrage de la réclamation de George J. Salem (Le Caire, 20 janvier 1931), *ibid.*, vol. 142, n° 15B, p. 309, art. 3 ; Convention d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Norvège au sujet de la réclamation d'un groupe d'armateurs de Christiania contre le Gouvernement des États-Unis (Washington, 30 juin 1921), *ibid.*, vol. 14, n° 365, p. 19, art. 1<sup>er</sup> ; Convention entre le Danemark et l'Islande concernant la procédure à suivre pour le règlement des différends (Tingvalla, 27 juin 1930), *ibid.*, vol. 118, n° 2717, p. 121, art. 2.

<sup>49</sup> Traité entre la République démocratique d'Estonie et la République socialiste des soviets d'Ukraine relatif aux relations futures (Moscou, 25 novembre 1921), *ibid.*, vol. 11, n° 294, p. 121, préambule.

<sup>50</sup> Voir les traités mentionnés *supra* dans la note 31.

s'inspirera, à cet effet, des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.<sup>51</sup>

26. Cette clause autorise le tribunal arbitral, aux fins du traité, à s'appuyer sur les « principes du droit » dès lors que les sources de droit international visées à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, y compris les principes généraux du droit, « accusent des lacunes ». Elle est remarquable en ce qu'elle investit le tribunal arbitral d'une autorité subjective : « les principes juridiques qui, à son avis, devraient faire règle en droit international » (c'est nous qui soulignons)<sup>52</sup>.

27. Parfois, les « principes de droit » sont invoqués non pas pour circonscrire le droit applicable par une cour internationale ou un tribunal arbitral mais pour établir des droits ou obligations de fond, comme dans l'accord entre les États-Unis et le Mexique où il est dit que « les règles reconnues de droit et d'équité [*recognized principles of law and equity*] exigent le prompt paiement d'indemnités équitables pour les biens expropriés »<sup>53</sup>. Ailleurs, la mention des « principes de droit » vise à poser des droits et obligations primaires, comme dans le traité entre la Colombie et le Pérou où il est fait état des « principes du droit affirmant la dignité humaine, le travail, la liberté et le bien-être de leurs habitants »<sup>54</sup>, ou dans le traité multilatéral qui mentionne « les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité »<sup>55</sup>.

28. On trouve le terme « principes de justice » dans trois traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations. Dans deux de ces traités, les parties ont convenu que les différends seraient réglés conformément aux « principes de la justice et de l'équité »<sup>56</sup>, précisant toutefois que la commission de réclamation établie par elles était chargée de statuer sur les demandes d'indemnisation *ex gratia* et non d'établir la responsabilité du Mexique en conformité avec les principes généraux du droit international<sup>57</sup>. Dans un traité multilatéral de 1923, les États américains ont

<sup>51</sup> Voir la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et l'Estonie, art. 5, la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et l'Estonie, art. 5, et le Traité d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et le Luxembourg, art. V.

<sup>52</sup> Une formulation analogue figurait parmi les propositions soumises au Comité consultatif de juristes en 1920 lors de l'élaboration de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, soutenue notamment par le Danemark, la Norvège, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse, mais elle n'a pas été retenue par les membres du Comité, qui souhaitaient éviter que les juges de la Cour ne s'érigent en « législateurs ». Voir Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (voir *supra*, note 25), p. 6 et 7, la note 43 en particulier.

<sup>53</sup> Échange de notes entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique comportant un accord relatif au paiement de compensations pour les biens agraires expropriés appartenant à des ressortissants américains au Mexique (Washington, 9 novembre 1938, et Mexico, 12 novembre 1938), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 201, n° 4714, p. 201.

<sup>54</sup> Protocole d'amitié et de coopération entre la République de Colombie et la République du Pérou (Rio de Janeiro, 24 mai 1934), *ibid.*, vol. 164, n° 3786, p. 21, art. 17.

<sup>55</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930), *ibid.*, vol. 179, n° 4137, p. 89, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>56</sup> Convention entre Sa Majesté britannique et le Président des États-Unis mexicains tendant à assurer le règlement des réclamations britanniques au Mexique provoquées par les pertes ou dommages résultant d'actes révolutionnaires survenus entre le 20 novembre 1910 et le 31 mai 1920 (Mexique, 19 novembre 1926), *ibid.*, vol. 85, n° 1922, p. 51, art. 2 ; Convention entre Sa Majesté britannique et le Président des États-Unis du Mexique, additionnelle à la Convention du 19 novembre 1926 concernant les réclamations britanniques au Mexique résultant d'actes révolutionnaires (Mexico, 5 décembre 1930), *ibid.*, vol. 119, n° 2749, p. 261, art. 2.

<sup>57</sup> Voir l'article 2 des deux conventions.

exprimé le désir de « fortifier de plus en plus les principes de justice et de respect mutuels [...] dans leurs relations réciproques »<sup>58</sup>.

29. Le terme « principes du droit » se trouve dans de nombreux traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU. Beaucoup de ces traités pourvoient au règlement des différends entre États et établissent des tribunaux d'arbitrage à cette fin. Par exemple, un traité de 1962 entre la Tchécoslovaquie et l'Autriche prévoit que « [l]e tribunal arbitral statuera en se fondant sur le présent Accord ainsi que sur le droit international coutumier et les principes de droit généralement reconnus »<sup>59</sup>. Parmi les traités où le terme est présent sans qu'il soit question de tribunal arbitral, on peut citer le traité de 1949 entre les Pays-Bas et l'Indonésie relatif au transfert de souveraineté, dans lequel les parties conviennent d'« observe[r] les dispositions des traités internationaux et les principes de droit internationalement reconnus » qui se rapportent à l'exercice des droits et libertés fondamentales de l'homme<sup>60</sup>, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dont l'article 61 est ainsi rédigé :

La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine.<sup>61</sup>

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 mentionne les « principes du droit »<sup>62</sup>.

## 5. Dispositions faisant mention des « principes généraux du droit international »

30. On trouve mention des « principes généraux du droit international » dans un certain nombre de traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations. Plusieurs de ces traités viennent régir les relations diplomatiques et consulaires entre États. Ainsi, dans un traité de paix multilatéral de 1923, les parties conviennent que « sur les territoires respectifs, les agents diplomatiques et consulaires recevront, sans préjudice d'accords particuliers à intervenir, le traitement consacré par les principes généraux du droit des gens [*general principles of international law*] »<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Traité pour le règlement pacifique des conflits entre les États américains (Santiago du Chili, 3 mai 1923), *ibid.*, vol. 33, n° 831, p. 25.

<sup>59</sup> Accord entre la République socialiste tchécoslovaque et la République d'Autriche relatif à la réglementation du trafic ferroviaire à la frontière (Prague, 22 septembre 1962), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 495, n° 7244, p. 157, art. 24.

<sup>60</sup> Accord de la conférence de la table ronde entre le Royaume des Pays-Bas et la République d'Indonésie (La Haye, 2 novembre 1949), *ibid.*, vol. 69, n° 894, p. 3, projet de Statut de l'Union, appendice, par. 19.

<sup>61</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981), *ibid.*, vol. 1520, n° 26363, p. 217.

<sup>62</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, n° 814, p. 187, art. X.

<sup>63</sup> Traité de paix (Lausanne, 24 juillet 1923), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 28, n° 701, p. 11, art. 1<sup>er</sup>. Pour d'autres dispositions relatives aux relations diplomatiques ou consulaires, voir le Traité consulaire entre le Reich allemand et la République turque (Ankara, 28 mai 1929), *ibid.*, vol. 133, n° 3069, p. 257, préambule, la Convention consulaire entre le Royaume d'Italie et la République turque (Rome, 9 septembre 1929), *ibid.*, vol. 129, n° 2962, p. 195, art. 16, et le Traité d'amitié entre l'Empire de Perse et la République tchécoslovaque (Téhéran, 29 octobre 1930), *ibid.*, vol. 121, n° 2783, p. 53, art. II.

31. On trouve des formulations analogues dans d'autres traités régissant les relations diplomatiques et consulaires : « principes généralement reconnus du droit international »<sup>64</sup>, « principes généraux du droit international public »<sup>65</sup> et « principes généraux du droit commun international »<sup>66</sup>. Tous ces termes sont utilisés dans un contexte intrinsèquement international, celui des relations diplomatiques et consulaires, ce qui pourrait présenter un intérêt lors de l'examen de l'origine desdits principes.

32. Parmi les autres traités faisant mention des « principes généraux du droit international » dans un contexte intrinsèquement international, citons les suivants : un traité d'amitié conclu en 1926 entre l'Allemagne et l'Afghanistan, qui prévoit que « [les légations des parties] jouissent réciproquement et également des privilèges diplomatiques accordés conformément aux principes généraux du droit des gens »<sup>67</sup> ; un traité bilatéral conclu en 1923 entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie, qui mentionne les « principes généralement reconnus du droit international » eu égard aux avoirs de l'État confisqués par la Tchécoslovaquie<sup>68</sup> ; un traité conclu en 1927 entre l'Allemagne et la Turquie, qui prévoit que « [l]es ressortissants de l'une des deux Parties contractantes seront, sur le territoire de l'autre Partie, accueillis et traités, en ce qui concerne leur personne et leurs biens, selon les principes généraux du droit des gens »<sup>69</sup> ; un traité conclu en 1926 entre le Mexique et le Royaume-Uni, où il est dit que « que c'est de son plein gré que le Mexique veut indemniser *ex gratia* les personnes lésées et non parce que sa responsabilité pourrait être établie en vertu des principes généraux du droit international »<sup>70</sup> ; un traité multilatéral de 1938 fixant des règles communes de neutralité entre les États parties, qui prévoit que « [l]e roi se réserve d'interdire, [...] en observant les principes généraux du droit international, l'accès de ports danois »<sup>71</sup>.

33. Un grand nombre de traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU mentionnent les « principes généraux du droit international »<sup>72</sup>, les « principes

<sup>64</sup> Traité d'amitié entre le Reich allemand et le Royaume de l'Hedjaz, Nedjed et dépendances (Le Caire, 26 avril 1929), *ibid.*, vol. 115, n° 2690, p. 265, art. 2.

<sup>65</sup> Traité d'amitié entre la Lettonie et la Turquie (Varsovie, 3 janvier 1925), *ibid.*, vol. 59, n° 1390, p. 81, art. 2 ; Traité d'amitié entre la Hongrie et la Turquie (Constantinople, 18 décembre 1923), *ibid.*, vol. 43, n° 1062, p. 271, art. 2 ; Traité d'amitié entre la Suède et la Turquie (Angora, 31 mai 1924), *ibid.*, vol. 38, n° 972, p. 147, art. 2 ; Traité d'amitié entre la République de Chine et la République turque (Ankara, 4 avril 1934), *ibid.*, vol. 153, n° 3515, p. 161, art. 2.

<sup>66</sup> Traité d'amitié entre la République de Lituanie et l'Empire de Perse (Moscou, 13 janvier 1930), *ibid.*, vol. 131, n° 3013, p. 221, art. 2.

<sup>67</sup> Traité d'amitié entre le Reich allemand et le Royaume d'Afghanistan (Berlin, 3 mars 1926), *ibid.*, vol. 62, n° 1460, p. 115, art. 2.

<sup>68</sup> Protocole entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie au sujet du recensement supplémentaire des mises de fonds (créances) conformément aux ordonnances de la République tchécoslovaque (Prague, 13 juillet 1923), *ibid.*, vol. 36, n° 902, p. 41, par. 4.

<sup>69</sup> Convention d'établissement entre le Reich allemand et la République turque (Angora, 12 janvier 1927), *ibid.*, vol. 73, n° 1713, p. 187, art. 2. On trouve une disposition semblable dans le Traité d'établissement entre l'Égypte et la Turquie (Ankara, 7 avril 1937), *ibid.*, vol. 191, n° 4438, p. 95, art. 9.

<sup>70</sup> Convention entre Sa Majesté britannique et le Président des États-Unis mexicains tendant à assurer le règlement des réclamations britanniques au Mexique provoquées par les pertes ou dommages résultant d'actes révolutionnaires survenus entre le 20 novembre 1910 et le 31 mai 1920, art. 2.

<sup>71</sup> Déclaration du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède en vue de fixer des règles similaires de neutralité (Stockholm, 27 mai 1938), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 188, n° 4365, p. 293, art. 2, par. 4.

<sup>72</sup> Par exemple, l'Accord entre la République de Turquie et la République de Croatie relatif à la sécurité sociale (Zagreb, 12 juin 2006), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2902, n° 50582, p. 223, art. 36, par. 3 (« Le tribunal d'arbitrage statuera à la majorité des voix sur la base de l'accord existant entre les Parties contractantes et des principes généraux du droit international »).

généralement reconnu du droit international »<sup>73</sup> ou les « principes généraux du droit international public »<sup>74</sup>. Il s'agit, pour la plupart, de traités pourvoyant au règlement des différends ou de traités régissant les relations diplomatiques et consulaires entre les parties. Ainsi, un traité d'amitié conclu entre 1949 entre la Thaïlande et les Philippines fait mention de « tous les droits, privilèges, exemptions et immunités qui sont accordés aux officiers consulaires [...] conformément aux principes généralement reconnus par le droit et les usages internationaux »<sup>75</sup>. On trouve également ces termes dans d'autres contextes que le règlement des différends ou les relations diplomatiques et consulaires, par exemple dans le traité de coopération policière conclu en 1998 entre la République bolivarienne du Venezuela et la Colombie, dans lequel les Parties déclarent « [s]e fonder sur les principes généraux du droit international et sur le respect de l'égalité souveraine des États »<sup>76</sup>.

## 6. Dispositions renvoyant aux « principes du droit international »

34. Il ressort des recherches effectuées dans le *Recueil des Traités* de la Société des Nations que les dispositions faisant référence aux « principes du droit international » ou à des variantes de ce terme y sont les plus nombreuses. La plupart de ces dispositions sont contenues dans des traités relatifs aux relations diplomatiques et consulaires. Un exemple est le traité d'amitié de 1928 entre le Royaume d'Afghanistan et la République de Lettonie, qui stipule ce qui suit :

Les Hautes Parties contractantes... auront mutuellement le droit d'envoyer des agents diplomatiques dûment accrédités qui jouiront, à charge de réciprocité, dans le pays de leur résidence, des droits, privilèges, immunités et exemptions accordés aux pareils agents étrangers d'après les principes du droit des gens<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Voir l'échange de notes entre le Royaume-Uni et la Birmanie concernant le Traité relatif à la reconnaissance de l'indépendance de la Birmanie et à certaines questions connexes (Londres, 17 octobre 1947), *ibid.*, vol. 70, n° 904, p. 183, à la page 199 (« 3. En terminant, je suggère que s'il se pose des questions qui, de l'avis de l'un des deux Gouvernements, n'entrent pas exactement dans le cadre des paragraphes précédents de la présente lettre, elles soient examinées par des représentants de nos deux Gouvernements et qu'une décision soit prise à leur sujet conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale actuelle »), et l'échange de notes constituant un accord administratif entre le Brésil et le Venezuela concernant l'échange de correspondance officielle par voie aérienne (accord complémentaire de l'accord du 3 juin 1919) (Caracas, 30 janvier 1946), *ibid.*, vol. 65, n° 839, p. 107, aux pages 113 et 115 (« e) Ces valises seront soumises en ce qui concerne la sécurité et l'inviolabilité aux conditions prescrites dans l'Accord précité du 3 juin 1919 et jouiront de tous les autres privilèges accordés au courrier de cabinet conformément aux principes du droit international universellement reconnus »).

<sup>74</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique, la France, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur les arrangements provisoires relatifs aux nodules polymétalliques des grands fonds marins (avec annexe et appendices) (Washington, 2 septembre 1982), *ibid.*, vol. 1871, n° 31958, p. 275, à la page 296, appendice 1 (« 7. Dans la mesure où une question n'est pas traitée par l'Appendice 2 et par d'autres dispositions pertinentes du présent Accord, l'arbitre ou les arbitres s'inspireront de manière compatible avec l'Appendice 2 des principes généraux du droit reconnus par les Parties ; ce qui, lorsque l'affaire est présentée par une Partie ou par des Parties, signifie les principes généraux du droit international public (droit positif) reconnu par les Parties »).

<sup>75</sup> Traité d'amitié entre le Royaume de Thaïlande et la République des Philippines (Washington, 14 juin 1949), *ibid.*, vol. 81, n° 1062, p. 53, art. IV.

<sup>76</sup> Accord de coopération policière entre la République du Venezuela et la République de Colombie (Santa Fe de Bogotá, 28 avril 1998), *ibid.*, vol. 2409, n° 43479, p. 263, préambule.

<sup>77</sup> Traité d'amitié entre le Royaume d'Afghanistan et la République de Lettonie (Riga, 16 février 1928), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1781, p. 99, art. 2. On peut également citer le Traité d'amitié entre l'Afghanistan et la Finlande (Helsinki, 17 juillet 1928), *ibid.*, vol. 112, n° 2601, p. 9, art. 2 ; le Traité d'amitié entre l'Estonie et la Turquie (Varsovie, 1<sup>er</sup> décembre 1924), *ibid.*, vol. 70, n° 1624, p. 77, art. 2 ; le Traité d'amitié entre la Pologne et

35. Les variantes de cette expression utilisées dans le cadre des relations diplomatiques et consulaires comprennent : « d'après les principes du droit international public [et] les usages internationaux »<sup>78</sup> ; « conformément aux principes et à la pratique du droit commun international »<sup>79, 80</sup> ; et « consacrés par les principes et la pratique du droit commun international »<sup>81</sup>. L'expression « principes du droit international » a également été utilisée dans un certain nombre de traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations à propos du respect par les États, sur leur territoire, des biens et de la personne de leurs ressortissants respectifs, par exemple : « les principes du droit international en vigueur entre gouvernements indépendants doivent être respectés »<sup>82</sup>.

36. Quelques-uns des traités enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations qui ont été examinés aux fins de l'étude font référence aux « principes de droit international » dans le contexte du renvoi de différends devant des juridictions internationales et du droit applicable à cet égard. Par exemple, un traité bilatéral conclu en 1928 entre l'Italie et la Turquie stipule que « [l]a sentence arbitrale sera rendue conformément aux principes du droit international »<sup>83</sup>. Un traité de 1929 entre la République dominicaine et Haïti stipule que « les controverses... ne seront [pas] déferées à la juridiction arbitrale, si ce n'est d'accord avec les principes du Droit international »<sup>84</sup>. Dans plusieurs autres traités de ce type, une formule incluse dans le

---

l'Afghanistan (Angora, 3 novembre 1927), *ibid.*, vol. 74, n° 1734, p. 83, art. II ; Traité d'amitié entre la Lettonie et la Turquie, art. 2.

<sup>78</sup> Traité de commerce et de navigation entre le Japon et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (Vienne, 16 novembre 1923), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 42, n° 1035, art. IV.

<sup>79</sup> Échange de notes entre le Japon et la Perse, comportant un règlement provisoire des relations entre les deux pays (Téhéran, 30 mars 1929), *ibid.*, vol. 107, n° 2499, p. 427, préambule. Les autres traités sont le Traité d'amitié entre le Royaume d'Italie et l'Empire de Perse (Téhéran, 5 septembre 1929), *ibid.*, vol. 141, n° 3264, p. 185, art. 2 ; le Traité d'amitié entre l'Empire de Perse et la Confédération suisse (Berne, 25 avril 1934), *ibid.*, vol. 159, n° 3666, p. 235, à la page 237, art. 2.

<sup>80</sup> Traité d'amitié entre le Royaume de Suède et l'Empire de Perse (Téhéran, 27 mai 1929), *ibid.*, vol. 105, n° 2420, p. 279, art. II.

<sup>81</sup> Traité d'amitié entre la République de Finlande et les États-Unis du Mexique (Washington, 2 octobre 1936), *ibid.*, vol. 179, n° 4157, p. 303, art. 2 et 3.

<sup>82</sup> Traité d'amitié et de bonne entente entre Sa Majesté britannique et Sa Majesté le Roi du Hejaz et du Nejd et ses dépendances (Djeddah, 20 mai 1927), *ibid.*, vol. 71, n° 1658, p. 131, art. 5. Voir aussi la Convention de ratification entre les États-Unis et la République dominicaine, contenue dans l'Accord d'évacuation du 30 juin 1922 (Saint-Domingue, 12 juin 1924), *ibid.*, vol. 48, n° 1153, p. 91, à la page 107 ; Traité entre Sa Majesté pour le Royaume-Uni et l'Inde et Son Excellence le Président de la République de Chine, concernant la renonciation aux droits d'extraterritorialité en Chine et le règlement des questions connexes (avec échange de notes et procès-verbal d'accord) (Chungking, 11 janvier 1943), *ibid.*, vol. 205, n° 4826, p. 69, art. 2.

<sup>83</sup> Traité de neutralité, de conciliation et de règlement judiciaire entre le Royaume d'Italie et la République turque (Rome, 30 mai 1928), *ibid.*, vol. 95, n° 2172, p. 183, art. 3. Voir également le Traité d'amitié entre le Royaume d'Italie et l'Empire de Perse, art. 2.

<sup>84</sup> Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti (Saint-Domingue, 20 février 1929), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 105, n° 2414, p. 215, art. 4 b). Voir également le Traité d'amitié entre le Royaume d'Italie et l'Empire de Perse, art. 2. Échange de notes entre les Gouvernements danois et tchécoslovaque, comportant un arrangement au sujet de l'exemption de la conscription pour des buts militaires des moyens de transport appartenant aux Consuls de carrière, etc. (Copenhague, 20 et 24 juillet 1925), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 37, n° 948, p. 97.

préambule énonce le souhait que les différends soient réglés selon « les principes les plus élevés du droit international public »<sup>85, 86</sup>.

37. Outre les dispositions contenues dans les traités bilatéraux susmentionnés relatifs aux relations diplomatiques et consulaires entre les États, un certain nombre de traités multilatéraux enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations font référence à des « principes de droit international » dans des contextes qui semblent intrinsèquement internationaux, ce qui peut présenter un intérêt pour l'examen des origines des principes en question ; il s'agit notamment d'un traité multilatéral de 1921 entre les États-Unis, l'Empire britannique, la France et le Japon relatif à leurs possessions insulaires dans l'océan Pacifique, qui stipule que « ne seront pas comprises parmi les contestations visées au second paragraphe de l'article premier les questions qui, d'après les principes du droit international, relèvent exclusivement de la souveraineté des Puissances respectives »<sup>87</sup>, d'un protocole multilatéral de 1930 concernant l'apatridie et la nationalité, dans lequel les parties déclarent « qu'en ce qui concerne tout point qui ne fait pas l'objet d'une des dispositions de l'article [précédent], les principes et règles du droit international demeurent en vigueur »<sup>88</sup>, et une convention multilatérale de 1925 pour la répression de la contrebande de boissons alcoolisées, dans laquelle les parties déclarent que « [l]es limites des routes maritimes internationales auxquelles ne s'étend pas la surveillance prévue par la convention générale, mais à l'égard desquelles seront appliqués les principes du droit international concernant la liberté des mers, seront les suivantes : ... »<sup>89</sup>.

38. Deux traités concernant les relations amicales comportent un préambule où est exprimé le souhait que les différends entre les parties soient réglés conformément aux « principes établis par le Pacte de la Société des Nations », bien qu'il ne soit pas précisé si ces principes sont censés avoir un caractère juridique<sup>90</sup>.

39. Les références aux « principes du droit international » sont également parmi les plus nombreuses dans les traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. La plupart d'entre elles figurent dans les dispositions relatives au droit applicable des traités instituant des tribunaux arbitraux<sup>91</sup>. D'autres références

<sup>85</sup> Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre l'Autriche et l'Espagne (Vienne, 11 juin 1928), *ibid.*, vol. 87, n° 1984, p. 393, préambule ; Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Bulgarie et la Pologne (Varsovie, 31 décembre 1929), *ibid.*, vol. 113, n° 2638, p. 89, préambule ; Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, entre l'Espagne et le Luxembourg (Luxembourg, 21 juin 1928), *ibid.*, vol. 109, n° 2533, p. 137, préambule ; Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre l'Espagne et la République tchécoslovaque (Prague, 16 novembre 1928), *ibid.*, vol. 100, n° 2303, p. 313, préambule.

<sup>86</sup> Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre l'Espagne et la Finlande (Helsinki, 31 mai 1928), *ibid.*, vol. 82, n° 1874, p. 229, préambule.

<sup>87</sup> Traité entre les États-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France et le Japon, relatif à leurs possessions insulaires et dominions insulaires dans l'océan Pacifique (Washington, 13 décembre 1921), *ibid.*, vol. 25, n° 607, p. 183, Protocole, par. 2.

<sup>88</sup> Protocole relatif à un cas d'apatridie (La Haye, 12 avril 1930), *ibid.*, vol. 179, n° 4138, p. 115, art. 2.

<sup>89</sup> Convention entre l'Allemagne, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Norvège, la Pologne et la Ville libre de Dantzig, la Suède et l'Union des Républiques socialistes soviétiques pour la répression de la contrebande de marchandises alcooliques (Helsingfors, 19 août 1925), *ibid.*, vol. 45, n° 1033, p. 183, art. I.

<sup>90</sup> Voir, par exemple, le Pacte d'amitié, de conciliation et de règlement judiciaire entre la Grèce et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (Belgrade, 27 mars 1929), *ibid.*, vol. 108, n° 2509, p. 201, préambule ; et le Pacte d'amitié, de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire entre la République hellénique et la République tchécoslovaque, préambule.

<sup>91</sup> Voir, par exemple, le Traité d'amitié, de conciliation et de règlement judiciaire entre la République turque et la République italienne (Rome, 24 mars 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*,

similaires incluent les « principes du droit des gens », par exemple dans la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, qui prévoit que les parties au conflit « demeureront tenues de remplir [leurs obligations] en vertu 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>92</sup>, et les « principes du droit international public », par exemple dans un traité de 1946 entre la Chine et l'Arabie saoudite, dans lequel les parties ont convenu d'établir des relations diplomatiques « conformément aux principes du droit international public »<sup>93</sup>.

40. Les autres références conventionnelles aux « principes du droit international » comprennent les « principes généralement reconnus par le droit et les usages internationaux » dans le contexte des relations commerciales<sup>94</sup>, ainsi que « les principes et la pratique du droit commun international »<sup>95</sup>, « les principes de droit internationalement reconnus »<sup>96</sup>, les « principes internationaux reconnus »<sup>97</sup> et « les principes et usages du droit commun international »<sup>98</sup>.

## B. Origines

41. Les traités susmentionnés dans la section A, aux sous-sections 1 et 2, qui renvoient aux dispositions de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale ou de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, ou qui les énoncent expressément (avec des modifications dans certains cas), incorporent l'expression « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » sans donner plus de précisions quant à l'origine de ces principes, qu'ils découlent des systèmes juridiques nationaux ou qu'ils aient pris forme dans l'ordre juridique international<sup>99</sup>. Comme exposé ci-dessus dans la section A, sous-section 2, un certain nombre de traités qui ont établi des tribunaux arbitraux précisent que le droit applicable à cet égard comprend les « principes de droit » découlant des traités en vigueur entre les parties<sup>100</sup>. Le fait que les « principes de droit » en question découlent de traités pourrait signifier qu'ils trouvent leur origine dans l'ordre juridique international.

42. Comme indiqué ci-dessus dans la section A, aux sous-sections 5 et 6, un certain nombre de dispositions conventionnelles faisant référence aux « principes généraux

---

vol. 96, n° 1338, p. 207 ; Traité d'amitié entre l'Égypte et le Yémen (Alexandrie, 27 septembre 1945), *ibid.*, vol. 9, n° 53, p. 373, art. 2.

<sup>92</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, vol. 75, n° 971, p. 85, art. 62.

<sup>93</sup> Traité d'amitié entre la République de Chine et le Royaume d'Arabie saoudite (Djeddah, 15 novembre 1946), *ibid.*, vol. 18, n° 289, p. 197, art. II.

<sup>94</sup> Traité de paix et d'amitié entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement du Népal (Katmandou, 30 octobre 1950), *ibid.*, vol. 97, n° 1346, p. 121, art. IV (« Les deux Parties contractantes entretiendront et développeront des relations commerciales mutuellement avantageuses, appropriées à l'amitié cordiale qui les lie depuis longtemps, et conformes aux principes généralement reconnus par le droit et les usages internationaux »).

<sup>95</sup> Traité d'amitié entre le Royaume des Pays-Bas et le Royaume d'Afghanistan (Istanbul, 26 juillet 1939), *ibid.*, vol. 32, n° 177, p. 381, art. 2.

<sup>96</sup> Accord de la Conférence de la Table ronde entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie, p. 223.

<sup>97</sup> Traité d'amitié entre la République syrienne et le Gouvernement du Pakistan (Karachi, 29 août 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 109, n° 1494, p. 95, art. II.

<sup>98</sup> Convention d'établissement, de commerce et de navigation entre la Perse et la Grèce (Londres, 9 janvier 1931), *ibid.*, vol. 166, n° 497, p. 331, art. 1.

<sup>99</sup> Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/732, par. 188 à 253).

<sup>100</sup> Voir les traités mentionnés dans la note de bas de page 31 *supra*.

du droit international », ou à des variantes de ce terme, concernent les relations diplomatiques et consulaires entre États, le traitement des légations d'un État partie sur le territoire de l'autre État partie, le traitement réciproque des ressortissants d'un État partie sur le territoire de l'autre État partie, la confiscation de biens de l'État par l'autre État partie, la nationalité et l'apatridie, les conditions de neutralité entre États parties et les principes du droit international relatifs à la liberté des mers. Ces dispositions conventionnelles, qui établissent des droits et obligations primaires entre les États, se sont fait jour dans des contextes de nature intrinsèquement internationale, ce qui est sans doute à noter lorsque l'on examine les origines des principes du droit international qui y sont mentionnés. De même, dans deux autres traités mentionnés ci-dessus à la section A, sous-section 6, les références aux « principes établis par le Pacte de la Société des Nations » sont d'autres exemples de référence à des principes découlant d'un traité, ce qui peut être une indication de leur origine.

43. Les dispositions de certains traités d'entraide judiciaire enregistrés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies font référence aux « principes généraux de la législation de l'État du tribunal requis »<sup>101</sup>. Le traité de 1949 entre les Pays-Bas et l'Indonésie concernant le transfert de souveraineté est un exemple de traité faisant référence à des « principes de droit » dont le contexte semble être de nature intrinsèquement internationale<sup>102</sup>. Les « règles de droit » visées dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sont déterminées par référence, à titre subsidiaire, aux « autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine », ce qui pourrait présenter un intérêt pour l'examen de l'origine des principes en question, c'est-à-dire pour déterminer s'ils proviennent de l'ordre juridique international, des systèmes juridiques nationaux des États membres ou de ces deux ensembles de sources<sup>103</sup>.

44. Un certain nombre de traités enregistrés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies qui mentionnent des « principes généraux » le font par référence à des principes établis dans le traité lui-même ou dans une série de traités ayant le même sujet. Un certain nombre d'accords de services aériens, par exemple, font référence à des principes généraux de « développement méthodique » des services entre les pays concernés, en fonction des exigences du trafic et d'autres considérations de ce type<sup>104</sup>. Ces principes ont été tirés des traités, ce qui pourrait être une indication de leur origine. Des exemples similaires de ces « principes généraux » se retrouvent dans les traités relatifs à la promotion et à la protection des investissements, dans les accords

<sup>101</sup> Voir, par exemple, la Convention sur l'entraide judiciaire en matière civile entre la République populaire hongroise et la République italienne (Budapest, 26 mai 1977), *ibid.*, vol. 1334, n° 22388, p. 379, p. 386, art. 8, par. 4.

<sup>102</sup> Accord de la Conférence de la Table ronde entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie, p. 223.

<sup>103</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 61.

<sup>104</sup> Voir, par exemple, l'Accord entre le Gouvernement royal hellénique et le Gouvernement de la République syrienne relatif aux services aériens civils entre leurs territoires respectifs (Damas, 5 juillet 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1013, p. 71, annexe, par. 2 ; Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement royal de Norvège relatif aux communications aériennes à destination, au travers et en provenance de Grande-Bretagne et de Norvège (avec annexe) (Londres, 31 août 1946), *ibid.* vol. 6, n° 78, p. 235, art. premier, par. 6 ; Accord relatif aux transports aériens entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement des États-Unis du Brésil (Rio de Janeiro, 31 octobre 1946), *ibid.*, vol. 11, n° 152, p. 115, annexe, art. IV e).

de sécurité sociale, dans les accords sur les normes internationales du travail et dans les accords relatifs au transfèrement des personnes condamnées. Des exemples similaires de ces « principes généraux » se retrouvent dans des traités pour la promotion et la protection des investissements<sup>105</sup>, des conventions de sécurité sociale<sup>106</sup>, des accords sur les normes internationales du travail<sup>107</sup> et les accords concernant le transfert des personnes condamnées<sup>108</sup>.

### C. Reconnaissance

45. Les traités enregistrés auprès des Secrétariats de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies examinés aux fins de la présente étude ne font généralement pas expressément référence à une exigence de reconnaissance des principes généraux du droit. Les traités susmentionnés dans la section A, à la sous-section 1, qui renvoient à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, et à la sous-section 2, qui reprennent expressément le libellé de l'article 38, réaffirment l'exigence d'une « reconnaissance » des principes généraux du droit « par les nations civilisées ». Certains traités enregistrés plus récemment auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et mentionnés à la section A, sous-section 2, reprennent expressément le libellé de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, mais omettent le mot « civilisées » dans la référence aux principes généraux du droit. Les dispositions pertinentes font ainsi référence aux « principes généraux de droit reconnus par les nations »<sup>109</sup>.

46. Les deux traités susmentionnés dans la section A, sous-section 5, qui prévoient que les principes de droit international en question doivent être « généralement reconnus »<sup>110</sup> ne précisent aucunement ce en quoi consisterait une reconnaissance générale. Le traité mentionné dans la section A, à la sous-section 4, qui fait référence aux « principes de droit reconnus », ne donne pas non plus d'informations

<sup>105</sup> Voir, par exemple, l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République de Turquie relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements (Ankara, 15 février 1995), *ibid.*, vol. 2012, n° 34528, p. 223, art. V.

<sup>106</sup> Par exemple, la Convention entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République française relative aux régimes de sécurité sociale applicables en France et en Irlande du Nord (Paris, 28 janvier 1950), *ibid.*, vol. 97, n° 1349, p. 155.

<sup>107</sup> Voir l'Accord de base entre l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Organisation internationale du Travail, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et l'Organisation mondiale de la santé, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en qualité de Puissance administrante des territoires de Cyrénaïque et de Tripolitaine, d'autre part, au sujet de la fourniture d'une assistance technique (Lake Success, New York, 15 décembre 1950), *ibid.*, vol. 76, n° 985, p. 121 ; Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (Montréal, 9 octobre 1946), *ibid.*, vol. 15, n° 229, p. 35, art. 41.

<sup>108</sup> Voir, par exemple, le Traité sur le transfèrement des personnes condamnées entre la République du Pérou et la République portugaise (Lima, 7 avril 2010), *ibid.*, vol. 2915, n° 50752, p. 197, art. 2.

<sup>109</sup> Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République populaire de Pologne concernant les pêcheries dans la région occidentale de l'océan Atlantique moyen, annexe I, sect. VII ; Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République populaire de Pologne relatif aux pêcheries au large des côtes des États-Unis, annexe III, sect. VI.

<sup>110</sup> Traité d'amitié entre le Reich allemand et le royaume de l'Hejaz, Nejd et dépendances, art. 2 ; Protocole entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie au sujet du recensement supplémentaire des mises de fonds (créances), conformément aux ordonnances de la République tchécoslovaque, par. 4. Voir également la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, art. 1<sup>er</sup>.

supplémentaires sur ce qu'exige la reconnaissance<sup>111</sup>. Dans d'autres cas, la référence faite dans le traité semble indiquer que la reconnaissance signifie que les principes généraux en question sont communs aux États parties ou aux organisations concernés, comme par exemple dans les formules suivantes : « les principes juridiques généraux communs aux membres »<sup>112</sup>, « les principes généraux applicables dans chacun des pays »<sup>113</sup>, et « les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines »<sup>114</sup>.

## D. Transposition

47. Les traités étudiés ne comportent pas de références expresses à la transposition ou à la transposabilité dans l'ordre juridique international des principes généraux du droit appliqués dans les systèmes juridiques nationaux.

## E. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international

48. Nombre des dispositions conventionnelles examinées aux fins de la présente étude n'indiquent pas expressément quelles sont les fonctions des principes généraux du droit. Dans un certain nombre de traités, comme nous l'avons vu dans la section A, les dispositions en question ont pour fonction d'établir des règles secondaires, concernant le droit applicable pour le règlement des différends entre les parties. D'autres dispositions conventionnelles établissent des droits et obligations primaires entre les États parties, concernant par exemple leurs relations diplomatiques et consulaires.

49. Certains des traités examinés ci-dessus dans la section A, à la sous-section 2, qui énoncent expressément les dispositions du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale comme étant le droit applicable devant un tribunal arbitral, et à la sous-section 4, qui font référence aux « principes de droit », contiennent des clauses libellées comme suit :

Si, dans une affaire donnée, les bases juridiques mentionnées ci-dessus sont insuffisantes, le Tribunal prononce une sentence conforme aux principes de droit qui, à son avis, devraient régir le droit international. À cette fin, il s'inspire des décisions consacrées par la doctrine et la jurisprudence<sup>115</sup>.

50. De telles dispositions donnent à penser que les « principes de droit » en question peuvent, dans les affaires où les autres sources de droit international sont « insuffisantes », remplir un rôle complémentaire ou « combler des lacunes » (pour éviter un *non liquet*) à la place des principes généraux du droit<sup>116</sup>. Aucune disposition des traités en question ne précise quelle est la nature ou l'origine de ces « principes

<sup>111</sup> Échange de notes entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Mexique, comportant un accord relatif au paiement de compensations pour les biens agraires expropriés, appartenant à des ressortissants américains au Mexique, p. 208.

<sup>112</sup> Accord relatif à la création d'une organisation arabe des pays exportateurs de pétrole (Beyrouth, 9 janvier 1968), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 681, n° 9707, p. 235, 252, art. 6 a) (« La responsabilité contractuelle de l'Organisation sera régie par les dispositions du contrat conclu. La responsabilité en cas de dommage sera régie par les principes juridiques généraux communs aux membres »).

<sup>113</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif aux échanges commerciaux (Washington, 23 décembre 1942), *ibid.* vol. 13, n° 81, p. 231, art. XII. Voir aussi l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Paraguay relatif aux échanges commerciaux (Assomption, 12 septembre 1946), *ibid.* vol. 125, n° 1677, p. 179, art. X.

<sup>114</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 61.

<sup>115</sup> Voir les affaires susmentionnées (voir la note de bas de page 51 *supra*).

<sup>116</sup> A/CN.4/732, par. 24 à 28.

de droit », ni comment ils se rattachent aux principes généraux du droit au sens du paragraphe 3 de l'article 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale. Il n'est pas davantage précisé si le tribunal doit tirer ces principes de droit des systèmes juridiques nationaux ou de l'ordre juridique international, ou encore de ces deux sources à la fois. Un autre exemple de ce type est un traité multilatéral de 1930 concernant la nationalité et l'apatridie, dans lequel les parties déclarent : « en ce qui concerne tout point qui ne fait pas l'objet d'une des dispositions de l'article ci-dessus, les principes et règles du droit international demeurent en vigueur »<sup>117</sup>. La priorité est ainsi donnée aux dispositions du traité en question mais, pour autant que celles-ci présentent des lacunes, les principes et les règles du droit international doivent s'appliquer.

51. Un traité conclu en 1945 entre le Royaume-Uni et la Chine dans le domaine des relations consulaires attribue également un tel rôle de « comblement de lacunes » aux principes généraux du droit, en attendant la conclusion d'un traité général à cet effet :

En attendant la conclusion du ou des traités visés au paragraphe précédent, chacune des Hautes Parties contractantes convient que les fonctionnaires consulaires de l'une seront autorisés à exercer leurs fonctions conformément aux principes généraux du droit international dans tous les ports, villes et lieux de l'autre qui sont ou peuvent être ouverts aux fonctionnaires consulaires de tout pays étranger<sup>118</sup>.

Le traité d'amitié entre l'Égypte et le Yémen, conclu en 1945, attribue aux principes généraux du droit un rôle similaire de réglementation des relations diplomatiques et consulaires en attendant la conclusion d'un traité général<sup>119</sup>.

52. On trouve un exemple de la fonction interprétative des principes généraux du droit dans la Convention sur le site de l'Ariana à Genève entre l'Organisation des Nations Unies et la Confédération suisse, qui prévoit que ladite Convention sera interprétée sur la base de ces principes<sup>120</sup>.

53. Un autre exemple est l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et la Sierra Leone relatif à la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone, qui prévoit, en son article sur la grâce et la commutation de la peine, que le Président du Tribunal spécial tranche la question « dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit »<sup>121</sup>.

54. Les différents traités étudiés ne donnent guère d'informations sur la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international.

55. En se référant aux dispositions de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, ou en les énonçant expressément (avec quelques modifications), les États qui ont conclu les traités susmentionnés dans la section A, aux sous-sections 1 et 2, ont intégré la formule : « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », sans établir de hiérarchie entre les trois principales sources de droit international énoncées dans ledit article ni déterminer d'aucune autre manière les rapports entre les principes généraux de droit et les autres sources du droit international. De même, les différents traités susmentionnés dans la

<sup>117</sup> Protocole relatif à un cas d'apatridie, art. 2.

<sup>118</sup> Traité entre les Pays-Bas et la Chine, concernant la renonciation aux droits d'extraterritorialité en Chine et le règlement des questions connexes, avec échange de notes et procès-verbal agréé, (Londres, 29 mai 1945), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2, n° 23, p. 307, art. VIII.

<sup>119</sup> Traité d'amitié entre l'Égypte et le Yémen, art. 2.

<sup>120</sup> Art. 12.

<sup>121</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone relatif à la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone (Freetown, 16 janvier 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137, art. 23.

section A, à la sous-section 3, qui utilisent l'expression « les principes généraux du droit » sans faire référence à l'article 38 ni en reprendre expressément le contenu, n'établissent généralement pas d'ordre de priorité ou de hiérarchie entre les sources de droit applicables.

56. Un traité bilatéral, conclu en 1921 entre la Suisse et l'Allemagne, fait exception :

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<sup>122</sup>.

Ainsi, l'ordre de priorité dans lequel il convient d'appliquer les sources du droit international est explicitement établi. Parmi les traités étudiés, deux seulement contiennent une telle disposition<sup>123</sup>.

57. De même, un traité bilatéral de 1931 entre l'Allemagne et la Pologne concernant les assurances sociales contient la disposition suivante : « Le tribunal d'arbitrage statue sur les litiges conformément aux dispositions du présent traité et, si besoin est, à titre complémentaire, conformément aux principes généraux du droit et de l'équité. »<sup>124</sup> Dans le cadre de ce traité, les principes généraux du droit ne devaient être appliqués qu'en cas de besoin, et en complément des dispositions du traité.

58. Enfin, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale précise en son article 21 les sources de droit applicables à la Cour, en établissant un ordre de priorité<sup>125</sup>. Il établit également une distinction entre les principes généraux du droit découlant des lois nationales [article 21, par. 1, al. c)] et les principes du droit international [article 21, par. 1, al. b)]. Cette disposition du Statut de Rome et la jurisprudence pertinente de la Cour pénale internationale sont exposées en détail dans la section III de la présente étude.

## II. Jurisprudence des tribunaux d'arbitrage entre États

### A. Sources de droit applicables et terminologie

#### 1. Sources de droit applicables

59. Les tribunaux d'arbitrage, en tant qu'organes ad hoc de règlement des différends, tirent leur autorité des traités et accords qui les établissent. Comme nous l'avons montré dans la section I de la présente étude, ces instruments sont nombreux et divers. Certains, par exemple, sont des traités de fond établissant des droits et obligations primaires et comportant des dispositions relatives au règlement des

<sup>122</sup> Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand (Berne, 3 décembre 1921), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 12, n° 320, p. 271, art. 5.

<sup>123</sup> L'autre est la Convention d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et la Suède, en son art. 5.

<sup>124</sup> Traité entre le Reich allemand et la République de Pologne concernant les assurances sociales (Berlin, 11 juin 1931), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 141, No. 3263, p. 91, art. 47, par. 2.

<sup>125</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38511, p. 3, à la page 104, art. 21.

différents entre les parties par voie d'arbitrage. D'autres sont des traités dont l'objet est précisément le règlement des différends en général entre les parties, ou sont des accords spéciaux pour le règlement de certains litiges, ou encore conjuguent ces deux objets. Ces instruments contiennent également diverses dispositions concernant le droit applicable par les tribunaux arbitraux ainsi créés – dispositions qui peuvent ou non se référer expressément aux principes généraux du droit. La terminologie utilisée est variée et il n'est pas toujours évident de savoir si les « principes », « principes généraux », etc., mentionnés dans les instruments fondateurs sont des références aux principes généraux du droit au sens de l'article 38, paragraphe 3, du Statut de la Cour permanente de justice internationale ou de l'article 38, paragraphe 1, point c), du Statut de la Cour internationale de justice. En outre, lorsque les tribunaux arbitraux font référence aux principes généraux du droit, ils n'indiquent généralement pas expressément s'ils se basent sur les instruments fondateurs ou s'ils considèrent que ces principes sont intrinsèquement applicables devant les juridictions internationales, comme l'une des sources du droit international. Dans la présente section, pour les raisons exposées dans la section I ci-dessus, le Secrétariat a également inclus, le cas échéant, d'autres pièces que les seules sentences arbitrales interétatiques.

60. Le tribunal arbitral chargé d'examiner la délimitation de la région de l'Abyei<sup>126</sup>, par exemple, a été établi sur la base d'une convention d'arbitrage entre le Gouvernement soudanais et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan<sup>127</sup>. Le droit applicable par les arbitres comprenait l'Accord de paix global signé par les parties le 9 janvier 2005, la Constitution nationale de transition du Soudan de 2005, ainsi que « les principes généraux du droit et les pratiques que le Tribunal [pouvait] juger pertinents »<sup>128</sup>. Dans la sentence, le tribunal arbitral a confirmé<sup>129</sup> qu'il avait pour tâche d'appliquer ces instruments et les principes généraux du droit comme prévu dans la convention d'arbitrage et, dans ces conditions, a déterminé « que les critères de contrôle applicables en droit international public et dans les systèmes juridiques nationaux, dans la mesure où ces derniers partage[ai]nt généralement les mêmes pratiques, [pouvaient] être utiles »<sup>130</sup>.

61. L'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*<sup>131</sup> a été examinée sur la base d'une convention générale de 1907 pour le règlement des différends internationaux<sup>132</sup>, d'une convention générale d'arbitrage de 1908 entre les deux États<sup>133</sup> et d'une convention spéciale d'arbitrage concernant les réclamations en question<sup>134</sup>. Celle-ci prévoyait que « [l]e tribunal examine et statue sur les demandes susmentionnées conformément aux principes de droit et d'équité »<sup>135</sup>. Dans ces conditions, le tribunal a décidé que « les mots "droit et équité" utilisés dans l'accord spécial de 1921... devaient être compris comme désignant les principes généraux de

<sup>126</sup> Arbitrage relatif à l'*Abyei* (voir note 22 *supra*).

<sup>127</sup> Le 7 juillet 2008, le Gouvernement soudanais et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan ont signé la Convention d'arbitrage sur la délimitation de la zone d'Abyei. Ce texte n'est pas un traité et n'est pas enregistré auprès de l'Organisation des Nations Unies, mais il est mentionné au paragraphe 1 de la sentence du tribunal arbitral (*ibid.*).

<sup>128</sup> *Ibid.*, par. 425.

<sup>129</sup> *Ibid.*, par. 407.

<sup>130</sup> *Ibid.*, par. 401.

<sup>131</sup> *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. États-Unis)*, sentence du 13 octobre 1922, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. I, p. 307 à 346.

<sup>132</sup> Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (La Haye, 18 octobre 1907), mentionnée à la page 309 de la sentence (*ibid.*).

<sup>133</sup> Signé le 4 avril 1908, mentionné à la page 309 de la sentence (*ibid.*).

<sup>134</sup> Convention d'arbitrage entre les États-Unis d'Amérique et la Norvège au sujet de la réclamation d'un groupe d'armateurs de Christiania contre le Gouvernement des États-Unis.

<sup>135</sup> *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup>.

justice, par opposition à tout corpus de jurisprudence ou au droit interne de tout État »<sup>136</sup>.

62. L'affaire *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims* a été examinée sur la base d'un traité de 1922 entre le Royaume-Uni et le Costa Rica, qui prévoyait que l'arbitre statue sur les demandes « en tenant dûment compte des accords existants [et] des principes du droit public et international »<sup>137</sup>. L'arbitre s'est ainsi référé au « principe » selon lequel : « [l]es changements de gouvernement ou de politique intérieure d'un État n'affectent généralement pas sa position en droit international... bien que le gouvernement change, la nation demeure, conservant des droits et des obligations intacts »<sup>138</sup>. L'Accord instituant un tribunal d'arbitrage chargé d'établir la délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada stipulait que : « [s]tatuant conformément aux principes et règles du droit international applicables en la matière, le Tribunal [était] prié de procéder à la délimitation entre les Parties des espaces maritimes... »<sup>139</sup>. Le Tribunal a ainsi fondé sa décision sur le « principe de l'équidistance » et le « principe de l'égale capacité des îles et pays continentaux d'engendrer des espaces maritimes »<sup>140</sup>.

63. L'arbitrage dans l'affaire du *Rainbow Warrior* s'est déroulé sur la base de deux accords conclus entre la France et la Nouvelle-Zélande le 9 juillet 1986, ainsi que d'un échange de lettres de la même date prévoyant l'arbitrage, et d'un accord complémentaire du 14 février 1989 concernant la création du tribunal arbitral<sup>141</sup>. L'accord complémentaire prévoyait que : « [l]es décisions du Tribunal [seraient] prises sur la base [des accords susmentionnés] et des règles et principes applicables du droit international »<sup>142</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal ne s'est cependant pas appuyé directement sur cette formule pour examiner les principes généraux du droit, mais a dit qu'elle constituait « [l]a source coutumière, [qui]... comprend deux branches importantes du droit international général : le droit des traités, codifié dans la Convention de Vienne de 1969, et le droit de la responsabilité de l'État, en cours de codification par la Commission du droit international »<sup>143</sup>.

64. La décision rendue dans l'affaire de la procédure en application de la Convention OSPAR est un exemple de sentence dans laquelle le tribunal arbitral semble avoir considéré que les principes généraux de droit étaient par nature une source de droit international applicable devant les tribunaux internationaux,

<sup>136</sup> *Réclamations des armateurs norvégiens* (voir note 131 *supra*), p. 331.

<sup>137</sup> Convention entre le Gouvernement britannique et le Gouvernement du Costa Rica en vue de soumettre à l'arbitrage certaines revendications formulées contre le Gouvernement du Costa Rica (San José, 12 janvier 1922), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 17, n° 432, p. 151, art. I.

<sup>138</sup> *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, sentence du 18 octobre 1923, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 377.

<sup>139</sup> Accord instituant un tribunal d'arbitrage chargé d'établir la délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada (Paris et Toronto, 30 mars 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1583, n° 27629, p. 25, art. 2.1.

<sup>140</sup> *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, décision du 10 juin 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 265 à 341, p. 267.

<sup>141</sup> Pour les textes pertinents, voir *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence du 30 avril 1990, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 272 et 273, par. 122.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 219, Accord complémentaire (New York, 14 février 1989), art. 2.

<sup>143</sup> *Ibid.*, par. 249. Voir aussi *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, sentence des 24/27 juillet 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 155 à 269, dans laquelle le tribunal arbitral (à la page 189) a fait référence à un hypothétique principe général de droit coutumier ; opinion dissidente de M. Gavan Griffith dans *l'Arbitrage relatif à la Convention OSPAR (Irlande-Royaume-Uni)*, décision du 2 juillet 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 59 à 151 (voir p. 134), dans laquelle il considère que le principe de précaution est « un principe coutumier établi du droit international ».

indépendamment du fait qu'ils sont cités comme tels dans la Convention. La Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) prévoit que le tribunal arbitral « décide selon les règles du droit international, et, en particulier, de la Convention »<sup>144</sup>. Le tribunal, après avoir reconnu que son premier devoir était d'appliquer la Convention, a déclaré qu'un juge international appliquerait aussi le droit international coutumier et les principes généraux sauf si les Parties avaient créé une *lex specialis*<sup>145</sup>. De même, dans l'affaire *Ambatielos*, l'accord d'arbitrage sous-jacent ne mentionnait, mis à part ses propres dispositions, aucune autre source de droit international applicable<sup>146</sup>. La commission d'arbitrage a néanmoins déclaré qu'il était généralement admis que le principe de la prescription extinctive s'appliquait au droit d'intenter une action devant un tribunal international, et que les tribunaux internationaux en avaient ainsi décidé dans de nombreuses affaires... »<sup>147</sup>.

65. Les tribunaux arbitraux établis conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont régis par la partie XV de la Convention, qui prévoit qu'« [u]ne cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci »<sup>148</sup>. En outre, les articles 74, paragraphe 1, et 83, paragraphe 1, de la Convention stipulent que la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, respectivement, entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face « est effectuée conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, afin d'aboutir à une solution équitable ». En interprétant ces dernières dispositions, le tribunal arbitral, dans l'affaire de l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago*, a déclaré :

Cette formule apparemment simple et imprécise permet en réalité de prendre en considération un vaste ensemble de règles juridiques contenues dans les traités et le droit coutumier applicables à la délimitation entre les parties, ainsi que les principes généraux du droit international et les contributions que les décisions des juridictions internationales et la doctrine ont apportées à la compréhension et à l'interprétation de cet ensemble de règles juridiques<sup>149</sup>.

66. Pour en venir à l'examen de la terminologie diverse utilisée par les tribunaux arbitraux, les sous-sections qui suivent se présentent selon le même plan que les subdivisions de la sous-section A de la section I ci-dessus, relative aux traités enregistrés auprès des Secrétariats de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies.

<sup>144</sup> Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Paris, 22 septembre 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2354, n° 42279, p. 67, art. 32, par. 6 a).

<sup>145</sup> *Arbitrage relatif à la Convention OSPAR* (voir *supra*, note 143), p. 87, par. 84. Voir également *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal contre Allemagne), décision du 31 juillet 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1011 à 1033 (voir p. 1016).

<sup>146</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la Grèce tendant à soumettre à l'arbitrage l'affaire *Ambatielos* (Londres, 24 février 1955), art. 2. Le texte de l'accord est joint à celui de la décision rendue dans l'affaire *Ambatielos* (Grèce, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), sentence du 6 mars 1956, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 83 à 153 (voir p. 88).

<sup>147</sup> Affaire *Ambatielos* (voir *supra*, note 146), p. 103.

<sup>148</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 293.

<sup>149</sup> *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*, décision du 11 avril 2006, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 147 à 251, par. 222.

## 2 Terminologie

### a) Sentences renvoyant à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ou reprenant le libellé de ces articles

67. Pour viser les principes généraux du droit, certaines des sentences arbitrales examinées renvoient à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, comme dans les affaires *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*<sup>150</sup> et *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*<sup>151</sup>. D'autres font mention des principes généraux du droit en reprenant le libellé de ces articles, par exemple les sentences rendues dans les affaires *Goldenberg*<sup>152</sup> et *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica*<sup>153</sup>. Des tribunaux arbitraux ont également admis qu'il fallait appliquer les principes généraux de droit comme source de droit international, comme dans l'affaire *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention*, dans laquelle le tribunal, après avoir rappelé qu'il lui incombait au premier chef d'appliquer la Convention, a indiqué qu'il devait appliquer aussi « le droit international coutumier et les principes généraux », sauf dans la mesure où les parties avaient créé une *lex specialis*<sup>154</sup>.

68. Les tribunaux arbitraux établis conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont régis par la partie XV de la Convention, selon laquelle « [u]ne cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». En interprétant cette disposition et les dispositions de la Convention relatives à la délimitation des zones maritimes qui renvoient à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le tribunal constitué dans l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago* a indiqué que les principes généraux du droit devaient être pris en compte dans l'examen de l'affaire<sup>155</sup>.

### b) Sentences faisant mention des « principes généraux du droit »<sup>156</sup>

69. Certaines sentences examinées aux fins de l'étude font mention des « principes généraux du droit ». Dans l'arbitrage relatif à un litige frontalier entre le Guatemala et le Honduras, le tribunal a invoqué une disposition du traité en vigueur entre les parties, selon laquelle toute possession n'était réputée légitime que si elle était

<sup>150</sup> Voir *supra*, note 145.

<sup>151</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 149-196, à la p. 164. Voir aussi *Affaire concernant un litige frontalier entre la République Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, sentence du 21 octobre 1994, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 3-149, opinion dissidente de Reynaldo Galindo Pohl, p. 98.

<sup>152</sup> *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, sentence du 27 septembre 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 901-910, à la p. 909.

<sup>153</sup> *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica*, sentence du 26 juin 1998, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 21-82, à la p. 55.

<sup>154</sup> *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (voir *supra*, note 143), p. 87, par. 4. Voir également *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (voir *supra*, note 145), p. 1016.

<sup>155</sup> *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra*, note 149), p. 210, par. 222.

<sup>156</sup> On trouve parfois le terme « principes généraux ». Ainsi, dans l'affaire *Goldenberg*, l'arbitre a appliqué le « principe général qui s'oppose à l'expropriation de la propriété privée des étrangers sans juste indemnité », sans toutefois qualifier ce principe de « principe général de droit » (voir *supra*, note 152, p. 909).

conforme aux « principes généraux du droit »<sup>157</sup>. Dans l'examen d'une réclamation faite au nom d'un particulier contre le Mexique, le commissaire mexicain a estimé que retenir la responsabilité d'un État en se fondant uniquement sur les dires du demandeur et la déposition d'un témoin serait faire peu de cas des « principes généraux du droit »<sup>158</sup>. Dans un litige concernant le montant de l'indemnisation à accorder pour le décès de ressortissants américains au Chili, un arbitre a fait observer dans son opinion concordante que les tribunaux internationaux appliquaient souvent les « principes généraux du droit » et les acquis du droit interne<sup>159</sup>. Dans une affaire concernant la Banque des règlements internationaux, le tribunal a indiqué que toute décision ayant pour effet de priver les actionnaires de leurs actions n'était licite qu'à condition que leur soit versée une indemnité, ce qui découlait des règles du droit international général protégeant la propriété privée et des « principes généraux du droit »<sup>160</sup>. Dans une autre affaire, une commission d'arbitrage a déclaré que, selon les « principes généraux fondamentaux du droit », un débiteur ne pouvait invoquer une situation résultant de ses propres turpitudes pour se libérer d'une obligation<sup>161</sup>.

### c) Sentences faisant mention des « principes du droit »

70. Plusieurs sentences examinées dans le cadre de l'étude font mention des « principes du droit ». Dans l'une, il est dit, par exemple, qu'un tribunal international doit déterminer la question de la responsabilité à la lumière des faits et des « principes généraux de droit applicables » (« *general, applicable principles of law* »)<sup>162</sup>. Dans une autre, le tribunal, cherchant à élucider le sens des mots « conformément aux principes du droit et de l'équité », fait observer que la majorité des juristes internationaux semblent convenir que, par ces mots, l'on entend les principes généraux de justice, par opposition à la jurisprudence ou au droit interne des États<sup>163</sup>. Dans une autre affaire, une commission d'arbitrage a estimé que l'on pouvait trouver une solution appropriée au cas d'espèce dans les « principes de droit » qui, bien appliqués, pouvaient trancher la question de la responsabilité internationale, et qu'en l'absence de règles concrètes, il lui incombait d'examiner les faits dont elle était saisie et d'appliquer aux intérêts contradictoires les « principes de droit » pertinents<sup>164</sup>. Dans deux autres affaires, une commission d'arbitrage a cherché à savoir si elle s'était trompée dans l'application des « principes du droit » et des règles définies et appliquées par elle dans ses décisions antérieures<sup>165</sup>.

<sup>157</sup> *Honduras borders (Guatemala, Honduras)*, sentence du 23 janvier 1933, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1307-1366, à la p. 1323.

<sup>158</sup> *Frederick W. Stacpoole (Great Britain) v. United Mexican States*, sentence du 15 février 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 95-99, opinion dissidente du commissaire mexicain, à la p. 99.

<sup>159</sup> *Différend concernant la responsabilité des décès de Letelier et de Moffitt (États-Unis, Chili)*, sentence du 11 janvier 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 1-19, à la p. 16.

<sup>160</sup> *Bank for International Settlements – partial dispute with former private shareholders*, sentence définitive du 19 septembre 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 153-296, à la p. 227, par. 156.

<sup>161</sup> *Case of the Netherlands Steamship Op ten Noort (Netherlands, Japan)*, décisions I et II du 16 janvier 1961, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 508-552, à la p. 518.

<sup>162</sup> *George W. Johnson, Arthur P. White, executor, and Martha J. Mcfadden, administratrix (U.S.A.) v. United Mexican States (« Daylight » case)*, sentence du 15 avril 1927, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 164-172, à la p. 170.

<sup>163</sup> *Cayuga Indians (Great Britain v. United States)*, sentence du 22 janvier 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 173-190, à la p. 183.

<sup>164</sup> *E. R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States*, sentence du 8 octobre 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 608-615, aux p. 609 et 614.

<sup>165</sup> *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and various underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, sentence du 15 décembre 1933, *Recueil des sentences d'arbitrage*, vol. VIII, p. 160-190, à la p. 164 ; *Philadelphia-Girard*

71. Autre exemple dans lequel un tribunal arbitral s'appuie sur les « principes du droit » ou les « principes du droit international », la sentence rendue dans l'affaire *Island of Palmas*<sup>166</sup>. Est d'abord cité le compromis d'arbitrage instituant le tribunal, dans lequel les parties se disent désireuses de régler, conformément aux « principes du droit international » et à toute disposition conventionnelle applicable, les différends nés entre elles en ce qui concerne la souveraineté sur l'île de Palmas<sup>167</sup>. Sur cette base, le tribunal invoque plusieurs « principes » applicables en l'espèce, dont le principe de compétence exclusive de l'État sur son territoire, sur le fondement duquel sont réglées la plupart des questions relevant des relations internationales<sup>168</sup>, le principe selon lequel l'exercice continu et pacifique des fonctions étatiques dans une région donnée est un élément constitutif de la souveraineté territoriale<sup>169</sup>, et le principe qui veut que l'Espagne ne peut transférer plus de droits qu'elle n'en détient<sup>170</sup>.

**d) Sentences faisant mention des « principes généraux du droit international »**

72. Un grand nombre des sentences arbitrales examinées dans le cadre de l'étude mentionnent les « principes généraux du droit international ». Ainsi, le tribunal constitué dans l'arbitrage de l'*Abyei* a estimé qu'il était largement admis que, lorsque l'on invoquait les « principes généraux du droit » dans un litige frontalier, l'on visait notamment les « principes généraux du droit international »<sup>171</sup>. Dans une sentence relative à la nationalité, une commission de conciliation a fait valoir que, puisque le traité était muet sur la question de la double nationalité, il lui revenait de s'appuyer sur les « principes généraux du droit international »<sup>172</sup>. Dans une autre sentence, la commission a indiqué, s'agissant d'une situation dans laquelle un gouvernement légal et un gouvernement insurrectionnel coexistaient sur le territoire de l'État, que c'était au regard des « principes généraux du droit international » qu'il fallait apprécier cette situation et déterminer ses effets sur les dispositions du Traité de paix<sup>173</sup>. Dans l'affaire *Salem* en 1932, le tribunal a estimé qu'il convenait de déterminer si l'une des puissances, en accordant la citoyenneté au mépris des « principes généraux du droit international », avait empiété sur les droits de l'autre puissance<sup>174</sup>. Dans la sentence concernant la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est évoquée plus haut, le tribunal a fait valoir que, bien que certaines dispositions de la Convention semblaient refléter ou codifier la coutume et les « principes généraux du droit internationaux » s'imposant aux parties, il n'avait pas compétence pour se prononcer sur le caractère coutumier des dispositions de la Convention<sup>175</sup>.

---

*National Bank (United States) v. Germany and Direktion der Disconto Gesellschaft, Impleaded*, sentence du 21 avril 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII, p. 69-75, la p. 70.

<sup>166</sup> *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, sentence du 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 829-871.

<sup>167</sup> Préambule de l'accord relatif à l'arbitrage des différends concernant la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas), signé par les États-Unis et les Pays-Bas le 23 janvier 1925, *Island of Palmas case (Netherlands, USA)* (ibid., p. 831).

<sup>168</sup> Ibid., par. 838.

<sup>169</sup> Ibid., par. 840.

<sup>170</sup> Ibid., par. 842.

<sup>171</sup> Arbitrage relatif à l'*Abyei* (voir *supra*, note 21), p. 310, par. 430.

<sup>172</sup> *Mergé case*, décision n° 55 du 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 236-248, à la p. 241.

<sup>173</sup> *Fubini case*, décision n° 201 du 12 décembre 1959, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 420-434, à la p. 428.

<sup>174</sup> *Salem case (Egypt, USA)*, sentence du 8 juin 1932, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1161-1237, p. 1184.

<sup>175</sup> *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (voir *supra*, note 143), p. 121, par. 12.

e) **Sentences faisant mention des « principes du droit international »**

73. Plusieurs sentences examinées aux fins de l'étude font mention des « principes du droit international ». Dans la sentence susmentionnée concernant la coexistence d'un gouvernement légal et d'un gouvernement insurrectionnel sur le territoire de l'État, la commission de conciliation a fait valoir que les dispositions du Traité devaient être interprétées dans leur contexte général, en toute bonne foi et à la lumière des « principes du droit international »<sup>176</sup>. Dans une sentence rendue sous le régime de la Convention relative aux réclamations spéciales conclue en 1923 entre les États-Unis et le Mexique, la commission d'arbitrage a rappelé que le règlement des réclamations se faisait à titre gracieux et non pas au regard des « principes du droit international »<sup>177</sup>. Dans l'affaire *Ambatielos*, la commission d'arbitrage a dit ne pas croire qu'une telle disposition ait pour effet d'incorporer les « principes du droit international » dans le traité anglo-grec de 1886 en vertu de la clause de la nation la plus favorisée<sup>178</sup>. Dans l'*Affaire des cargaisons déroutées*, l'arbitre a fait observer qu'aucun « principe de droit international » n'aurait pu empêcher la confiscation de navires appartenant à un État<sup>179</sup>.

**B. Origines**

74. Les sentences arbitrales examinées aux fins de l'étude ne précisent pas si les principes généraux du droit dont il est fait mention trouvent leur origine dans les systèmes juridiques nationaux ou s'ils ont été formés dans le cadre du système juridique international. Dans deux de ces sentences, le droit national ou la jurisprudence nationale sont invoqués à l'appui du principe visé, mais, dans les deux cas, un seul pays est cité : dans l'affaire *Salem*, le tribunal attire l'attention sur les règles constitutionnelles organisant le pouvoir judiciaire égyptien<sup>180</sup> ; dans l'*Affaire des cargaisons déroutées*, l'arbitre renvoie au Code civil français<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> *Fubini case* (voir *supra*, note 173), p. 425.

<sup>177</sup> *Sarah Ann Gorham (U.S.A.) v. United Mexican States*, décision du 24 octobre 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 640-645.

<sup>178</sup> *Ambatielos claim* (voir *supra*, note 146), p. 108.

<sup>179</sup> *Affaire des cargaisons déroutées (Grèce, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence du 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 53-81, p. 73 (« aucun principe de droit international n'entrave ou ne gêne la liberté pour deux États contractants de stipuler une obligation en la monnaie d'un État tiers, même en vue de régler une dette n'impliquant de relations juridiques qu'entre eux »). Voir aussi : *Navigation on the Danube (Allied Powers: Czechoslovakia, Greece, Romania, Serb-Croat-Slovene Kingdom) Germany, Austria, Hungary and Bulgaria*, sentence du 2 août 1921, *ibid.*, vol. I, p. 97-212, à la p. 108 ; *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, sentence du 16 novembre 1957, *ibid.*, vol. XII, p. 281-317, p. 308 (« la règle suivant laquelle les États ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord préalable entre les États intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit ») ; *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, décisions du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978, *ibid.*, vol. XVIII, p. 3-413, à la p. 189, par. 101 (« La proportionnalité doit donc être utilisée comme un critère ou un facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental ») ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, *ibid.*, vol. XX, p. 119-213, à la p. 149, par. 79 (« Pour ce qui a trait au droit non écrit, il n'existe actuellement en droit international positif aucune norme coutumière ni aucun principe général de droit autorisant les États qui ont conclu un traité valable concernant une délimitation maritime, ou leurs successeurs, à vérifier ou à réviser son caractère équitable »).

<sup>180</sup> *Salem case* (voir *supra*, note 174), p. 1199.

<sup>181</sup> *Affaire des cargaisons déroutées* (voir *supra*, note 179), p. 70.

75. Dans un grand nombre de sentences, les principes en question sont invoqués dans un contexte intrinsèquement international, ce qui peut être utile lorsqu'il s'agit de déterminer leur origine. Dans la *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, le tribunal rappelle que c'est un « principe bien établi du droit international » que les contre-mesures ne doivent faire aucune place au recours à la force<sup>182</sup>. Dans la sentence relative à un litige frontalier colonial entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne, l'arbitre dit qu'il lui incombe de statuer conformément « aux principes et aux règles positives du droit international public »<sup>183</sup>. Dans la sentence concernant la coexistence d'un gouvernement légal et d'un gouvernement insurrectionnel sur le territoire de l'État, la commission de conciliation indique que c'est au regard des « principes généraux du droit international » qu'il faut apprécier la situation et déterminer ses effets sur les dispositions du Traité de paix<sup>184</sup>. Dans l'affaire *Shufeldt*, l'arbitre cite un passage où il est dit que c'est un « principe consacré du droit international » qu'un souverain ne saurait être admis à opposer aucune disposition de son droit interne pour faire obstacle à une réclamation d'un autre souverain à raison d'un tort fait à ses sujets<sup>185</sup>. Dans l'arbitrage concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow, le tribunal invoque les « principes généraux du droit international » qui fondent la règle d'épuisement des recours internes<sup>186</sup>. Dans l'affaire de la Fonderie du Trail, le tribunal renvoie à « l'obligation qui incombe à chaque État de respecter les autres États et leur territoire »<sup>187</sup>.

76. Dans d'autres sentences, les principes dont il est fait mention sont dérivés de traités ou constituent des principes d'interprétation des traités, ce qui peut être utile lorsqu'il s'agit de déterminer leur origine. C'est le cas, par exemple, dans l'*Affaire des cargaisons déroutées*<sup>188</sup>, dans l'*Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow*<sup>189</sup>, dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*<sup>190</sup> et dans la *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn »)*<sup>191</sup>.

77. Comme indiqué dans l'introduction de la présente étude, ce n'est pas parce que le mot « international » figure dans les termes utilisés dans les traités ou par les tribunaux arbitraux, tels « principes généraux du droit international » ou « principes

<sup>182</sup> *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, sentence du 17 septembre 2007, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 1 à 144, à la p. 126, par. 446.

<sup>183</sup> *Affaire Walfish Bay Boundary (Germany, Great Britain)*, sentence du 23 mai 1911, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 263 à 308, à la p. 294.

<sup>184</sup> *Fubini case* (voir *supra*, note 173), p. 428.

<sup>185</sup> *Shufeldt claim (Guatemala, USA)*, sentence du 24 juillet 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1079-1102, à la p. 1098.

<sup>186</sup> *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow*, 30 novembre 1992-2 mai 1994, vol. XXIV, p. 1-359, à la p. 62, par. 6.19.

<sup>187</sup> *Trail smelter case (United States, Canada)*, décisions du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905-1982, à la p. 1963.

<sup>188</sup> *Affaire des cargaisons déroutées* (voir *supra*, note 179), à la p. 70.

<sup>189</sup> *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow* (voir *supra*, note 186), p. 88 (« La condition v) peut se déduire dans le présent contexte du principe général qui veut que les obligations acceptées par traité doivent être exécutées de bonne foi : il serait contraire à la bonne foi d'encourager une procédure de consultation qui, dans l'ensemble, aboutirait à une injustice »).

<sup>190</sup> *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence du 9 décembre 1978, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 417-493, à la p. 463.

<sup>191</sup> *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, sentence du 24 mai 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35-125, à la p. 64.

du droit international », que les principes en question trouvent nécessairement leur origine dans le système juridique international. La prudence s'impose à cet égard. Dans nombre d'occurrences où le mot « international » est employé par les tribunaux arbitraux, il est impossible d'affirmer en toute certitude que les principes visés trouvent leur origine dans le système juridique international. Ainsi, dans l'affaire concernant le *Litige frontalier entre l'Argentine et le Chili*, la Cour cite l'autorité de la chose jugée comme « principe universel et absolu du droit international »<sup>192</sup>.

78. Autre exemple, dans l'affaire *Salem*, le tribunal invoque le « principe de droit international » selon lequel l'État est souverain lorsqu'il accorde la citoyenneté<sup>193</sup>. Dans l'affaire *Navigation on the Danube*, l'arbitre conclut que, selon « les principes du droit international », les navires fluviaux privés confisqués pendant la guerre devraient être restitués à leurs propriétaires qui en avaient la possession et le contrôle au moment de la saisie<sup>194</sup>. Dans l'*Affaire entre l'Allemagne et la Lituanie*, l'arbitre estime qu'« [e]n vertu des principes du droit international, un État doit remplir ses obligations internationales *bona fide* »<sup>195</sup>. Dans l'affaire *Goldenberg*, l'arbitre déclare que « [l]e respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens »<sup>196</sup>.

### C. Reconnaissance

79. Parmi les sentences analysées, peu font mention des conditions nécessaires à la reconnaissance de tel ou tel principe général du droit. Les références implicites à la reconnaissance, où il serait, par exemple, question d'un principe général du droit bien établi, sont assez rares, elles aussi<sup>197</sup>. Certaines sentences renvoient à l'Article 38, paragraphe 3, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou à l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut de la Cour internationale de Justice, ou énoncent en toutes lettres l'une ou l'autre de ces dispositions et, ce faisant, incorporent la condition de « reconnaissance par les nations civilisées »<sup>198</sup>. Dans un certain nombre d'autres sentences, il est fait écho à tel ou tel principe « généralement » ou « universellement » accepté. Dans l'affaire *Ambatielos claim*, par exemple, la commission arbitrale a déclaré qu'il était généralement admis que le principe de prescription extinctive s'appliquait au droit de saisir les juridictions internationales<sup>199</sup>. Dans l'affaire *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims*, il est apparu que le principe de la continuité de l'État bénéficiait d'une acceptation universelle, au point

<sup>192</sup> *Litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy* (voir *supra*, note 151), p. 24.

<sup>193</sup> *Salem case* (voir *supra*, note 174), p. 1184.

<sup>194</sup> *Navigation on the Danube* (voir *supra*, note 179), p. 115.

<sup>195</sup> *Affaire entre l'Allemagne et la Lituanie concernant la nationalité de diverses personnes (Allemagne contre Lituanie)*, sentence du 10 août 1937, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1719–1764, à la p. 1751 (« En vertu des principes du droit international, un État doit remplir ses obligations internationales *bona fide*. Et en vertu de ce principe, la Lituanie est tenue de casser une décision rendue par un de ses organes, si cette décision est contraire aux dispositions d'un accord international »).

<sup>196</sup> *Affaire Goldenberg* (voir *supra*, note 152), p. 909.

<sup>197</sup> Par exemple, *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (voir *supra*, note 182), p. 126. Voir également *Affaire du lac Lanoux* (voir *supra*, note 179), p. 305 (« Il ne saurait être allégué que, malgré cet engagement, l'Espagne n'aurait pas une garantie suffisante, car il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas »).

<sup>198</sup> Voir, par exemple, *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica* (voir *supra*, note 153), p. 55.

<sup>199</sup> *Affaire Ambatielos* (voir *supra*, note 146), p. 103.

qu'il en était devenu un principe bien établi du droit international<sup>200</sup>. Dans l'arbitrage relatif à l'Abeyi, le tribunal a estimé que les principes applicables aux systèmes juridiques nationaux, dans la mesure où ces derniers partageaient généralement les mêmes pratiques, pouvaient être utiles, à titre de « principes généraux de droit et usages »<sup>201</sup>.

80. Il est question dans certaines sentences de la reconnaissance d'un principe dans le système juridique d'une des deux parties au litige ou des deux, bien qu'il s'agisse alors de démontrer que ledit principe est connu des parties plutôt que d'en établir la reconnaissance. Par exemple, dans l'affaire *Island of Palmas*, le tribunal a invoqué le principe selon lequel un État ne pouvait transférer plus de droits de propriété que ceux qu'il détenait, principe de droit expressément reconnu comme tel par les États-Unis dans leur correspondance diplomatique avec l'Espagne<sup>202</sup>. Dans l'affaire *Salem*, le juge a noté que la séparation des pouvoirs était un principe consacré dans la constitution du système judiciaire égyptien<sup>203</sup>.

81. Dans plusieurs affaires, l'accent a été mis sur l'acceptation (ou le rejet) d'un principe dans les décisions judiciaires et arbitrales antérieures. En l'*Arbitrage concernant l'aire marine protégée des Chagos*, par exemple, des arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice ont été cités pour appuyer la reconnaissance du principe d'estoppel comme principe général du droit<sup>204</sup>. Par ailleurs, dans l'*Affaire concernant la délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, le tribunal s'est appuyé sur l'affaire *Island of Palmas* pour démontrer l'existence d'un principe général du droit intertemporel<sup>205</sup>. Dans l'*Arbitrage relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, mentionné précédemment, la conclusion selon laquelle il était bien établi en droit international que les contre-mesures ne pouvaient comprendre l'emploi de la force s'appuyait sur le fait que ce principe était ancré dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission, dans la jurisprudence des organes judiciaires internationaux et dans la Déclaration relative

<sup>200</sup> *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims* (voir *supra*, note 138), p. 377. Voir aussi *Litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy* (voir *supra*, note 151), p. 24 (où un principe est qualifié d'universel et d'absolu).

<sup>201</sup> Arbitrage relatif à l'Abeyi (voir *supra*, note 235), p. 299, par. 401.

<sup>202</sup> Affaire *Island of Palmas* (voir *supra*, note 166), p. 842.

<sup>203</sup> Affaire *Salem* (voir *supra*, note 174), p. 1199. Voir également *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes*, décision du 24 mars 1922, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. I, p. 248, dans laquelle la Colombie soutient que le principe de l'*uti possidetis* est reconnu à la fois dans la Constitution colombienne et dans la Constitution vénézuélienne.

<sup>204</sup> *Sentence arbitrale relative au différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, sentence du 18 mars 2015, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 542 à 544. Dans la sentence rendue en l'arbitrage *Yukos*, le tribunal a décidé que la théorie des « mains sales » n'était pas un principe général du droit, aucune juridiction internationale ne l'ayant invoquée en ce sens. Voir *Yukos Universal Limited (île de Man) et la Fédération de Russie*, sentence définitive du 18 juillet 2014, par. 1364 à 1374. Toutes les sentences rendues en l'arbitrage *Yukos* ont été annulées par la Cour de district de La Haye le 20 avril 2016 au motif que la Cour permanente d'arbitrage n'était pas compétente. La Cour suprême des Pays-Bas a annulé cette décision le 18 février 2020 et la sentence arbitrale a été rétablie. Le Ministère russe de la justice a déclaré que la Fédération de Russie ferait appel de cette décision, voir BBC News, « Dutch court backs \$50bn Yukos claim against Russia », 18 février 2020, consultable à l'adresse suivante : [www.bbc.com/news/world-europe-51547011](http://www.bbc.com/news/world-europe-51547011).

<sup>205</sup> *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (voir *supra*, note 179), p. 141.

aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>206</sup>.

82. Les tribunaux d'arbitrage se sont également appuyés sur la doctrine pour démontrer la reconnaissance de principes généraux du droit. En l'affaire du *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica*<sup>207</sup>, l'affaire *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims*<sup>208</sup> et l'*arbitrage concernant l'aire marine protégée des Chagos*<sup>209</sup>, les tribunaux se sont appuyés sur la doctrine et, dans le cas de l'affaire *Ambatielos claim*<sup>210</sup>, sur une résolution de l'Institut de Droit international.

## D. Transposition

83. Aucune des sentences arbitrales étudiées ne fait expressément référence à la transposition ou à la transposabilité dans le système juridique international de principes généraux du droit appliqués dans les systèmes juridiques nationaux. Certaines évoquent toutefois la distinction faite entre l'application au niveau international de tel ou tel principe de droit national et son application en droit interne. Dans l'affaire *Argentine-Chile frontier*, par exemple, après avoir constaté que « l'estoppel », ou la « forclusion », était un principe en droit international, et par ailleurs, un principe de droit matériel, le tribunal d'arbitrage a déclaré que ces termes ne devaient pas être entendus dans le sens exact qu'ils possédaient en droit interne<sup>211</sup>.

84. On peut citer un autre exemple, tiré de l'affaire *Island of Palmas*, dans laquelle le tribunal a déclaré ce qui suit [*traduction non officielle*] :

Bien que le droit interne, grâce à son système judiciaire perfectionné, soit en mesure de reconnaître des droits de propriété abstraits existant indépendamment de leur exercice matériel, il n'en a pas moins limité l'effet de ces droits par les

<sup>206</sup> *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam* (voir *supra*, note 182), p. 126, par. 446.

<sup>207</sup> *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica* (voir *supra*, note 153), p. 55 (se référant, à l'appui du principe d'estoppel, à Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (voir note *supra*, note 25) ; A. Martin, *L'Estoppel en droit international public* (Paris, Pedone, 1979) ; C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1970) ; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 1989).

<sup>208</sup> *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims* (voir *supra*, note 138), p. 377 (citant l'extrait ci-après, tiré de J. B. Moore, « A Digest of International Law », vol. I (Washington, Government Printing Office, 1906) [*traduction non officielle*] : « Les changements de gouvernement ou de politique intérieure d'un État n'affectent généralement pas sa position en droit international. Une monarchie peut devenir république, ou une république une monarchie ; les principes absolus peuvent être remplacés par des principes constitutionnels, ou l'inverse ; mais, si le gouvernement change, la nation demeure, conservant des droits et des obligations intacts »).

<sup>209</sup> *Arbitrage concernant l'aire marine protégée des Chagos* (voir *supra*, note 204), p. 542 (citant l'extrait ci-après, tiré de A.D. McNair, « The Legality of the Occupation of the Ruhr », *British Year Book of International Law*, vol. 5, n° 17 (1924), p. 17 : « que la jurisprudence internationale admette à certains égards le principe selon lequel l'État ne peut pas souffler le chaud et le froid – *allegans contraria non audiendus est* »).

<sup>210</sup> *Ambatielos claim* (voir *supra*, note 146), p. 103 (se référant, à l'appui du principe de la prescription extinctive, à H. Lauterpacht et L. Oppenheim, *International Law*, 7<sup>e</sup> édition (New York et Londres, Longmans, Green and Co. 1948) et à J.H. Ralston, « The Law and Procedure of International Tribunals », (Stanford, Stanford University Press, 1926) ; et citant un extrait d'une résolution de 1925 de l'Institut de Droit international : [la détermination de la question du délai de la prescription extinctive est] « laissée à la souveraine appréciation du juge international qui, pour admettre le moyen tiré du laps de temps, doit discerner dans les circonstances de la cause l'existence de l'une des raisons par lesquelles la prescription s'impose »).

<sup>211</sup> Affaire *Argentine-Chile Frontier*, sentence, 9 décembre 1966, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 164. Ce point n'est pas approfondi dans la sentence.

principes de la prescription et de la protection de la possession. On ne peut présumer que le droit international, dont la structure n'est pas basée sur une organisation super-étatique, réduise un droit tel que la souveraineté territoriale – auquel se rattachent presque tous les rapports internationaux – à la catégorie d'un droit abstrait, dépourvu de manifestations concrètes<sup>212</sup>.

Le tribunal a poursuivi en évoquant le principe selon lequel l'exercice continu et pacifique des fonctions étatiques à l'intérieur d'une région donnée était un élément constitutif de la souveraineté territoriale<sup>213</sup>.

## E. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international

85. Un certain nombre des sentences arbitrales analysées confirment que les principes généraux du droit sont de nature complémentaire et ont pour fonction de combler les lacunes. Par exemple, dans l'affaire relative au litige frontalier colonial entre l'Allemagne et le Royaume-Uni, l'arbitre a évoqué la nécessité de trancher le litige conformément aux principes et aux règles positives du droit international public et, à défaut, aux principes généraux du droit<sup>214</sup>. Dans l'affaire relative au *canal de Beagle*, la Cour d'arbitrage a déclaré qu'il était un principe général du droit absolu que, en l'absence de disposition expresse en sens contraire, une attribution de territoire devait *ipso facto* entraîner l'attribution des eaux dépendantes du territoire attribué<sup>215</sup>. De même, on peut lire ce qui suit dans le compromis relatif à l'*Affaire des propriétés religieuses* : « Le Tribunal examinera et réglera lesdites réclamations en statuant d'après le droit conventionnel éventuellement applicable et, à défaut, d'après les dispositions et les principes généraux du droit et de l'équité »<sup>216</sup>.

86. On peut également trouver un exemple du recours aux principes généraux comme outil d'interprétation dans l'*Affaire de l'île du Timor* : « Les principes généraux du droit sur l'interprétation des conventions exigent qu'on tienne compte de la "réelle et commune intention des Parties sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir par erreur" »<sup>217</sup>. Autre exemple dans l'affaire *Fubini*, qui concernait la coexistence d'un gouvernement et d'un mouvement insurrectionnel dans un même État, et dans laquelle la commission de conciliation a déclaré que c'était par application des principes généraux du droit international que la situation devait être tranchée et ses effets sur les dispositions du traité de paix, déterminés<sup>218</sup>, ajoutant ensuite qu'il convenait d'interpréter les dispositions du traité dans leur contexte et dans leur ensemble, de bonne foi et à la lumière des principes du droit international<sup>219</sup>.

87. Les arbitres qui appliquent l'article 21, paragraphe 3, du Mémorandum d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends pour déterminer le « délai raisonnable » nécessaire à la mise en œuvre des

<sup>212</sup> Affaire *Island of Palmas* (voir *supra*, note 166), p. 839.

<sup>213</sup> *Ibid.*, par. 840.

<sup>214</sup> Affaire *Walfish Bay boundary* (voir *supra*, note 183), p. 294, par. III.

<sup>215</sup> Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle, décision du 18 février 1977, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 145.

<sup>216</sup> L'accord n'ayant pas été enregistré comme prévu à l'Article 18 du Pacte de la Société des Nations, il est fait référence au texte du compromis relatif à l'*Affaire des propriétés religieuses* (France, Royaume-Uni, Espagne contre Portugal), décision du 4 septembre 1920, *Nations Unies, Recueil des sentence arbitrales*, vol. 1, p. 9, art. III.

<sup>217</sup> Affaire de l'île de Timor (*Pay-Bas, Portugal*), sentence du 25 juin 1914, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 507 (traduction non officielle).

<sup>218</sup> Affaire *Fubini* (voir *supra*, note 173), p. 428.

<sup>219</sup> *Ibid.*, par. 425.

recommandations et des décisions dans le cadre du règlement des différends en question ont élaboré des « principes généraux » pour s'acquitter de cette tâche<sup>220</sup>. En outre, des arbitres appliquant l'article 21, paragraphe 3, ont saisi l'Organe d'appel de l'OMC, qui

a toujours soutenu qu'il était de principe que les dispositions des accords couverts par l'OMC étaient toutes des dispositions d'un seul traité, à savoir l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, et que, partant, elles devaient être interprétées de manière cohérente et uniforme, en donnant à toutes les dispositions applicables un sens harmonieux<sup>221</sup>.

88. Dans certaines sentences arbitrales, il a été fait écho à la fonction des principes généraux du droit au sens large, à savoir celle d'un outil au service de la logique, du bon fondement et de la cohérence de l'application des diverses sources de droit international. En l'arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, par exemple, le tribunal, s'appuyant sur l'article 74, paragraphe 1, et l'article 83, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer pour délimiter la zone économique exclusive et le plateau continental, a déclaré que lesdites dispositions

permettaient, en fait, d'interpréter largement les règles consacrées dans les traités et la coutume applicables à la délimitation entre les parties et d'examiner également les principes généraux du droit international, les décisions des juridictions internationales et la doctrine, qui concouraient à la bonne compréhension et à l'interprétation de ce corpus de règles<sup>222</sup>.

89. Dans l'affaire concernant la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, le tribunal s'est penché sur la relation entre les principes généraux du droit et ladite convention, déclarant que certaines dispositions de la Convention d'Aarhus reflétaient ou codifiaient la coutume et des principes généraux du droit international qui étaient contraignants pour les Parties<sup>223</sup>. En outre, après avoir reconnu que son premier devoir était d'appliquer la Convention, le tribunal a souligné qu'un juge international appliquerait aussi le droit international coutumier et les principes généraux sauf si les parties avaient créé une *lex specialis*<sup>224</sup>.

### III. Jurisprudence des juridictions internationales à caractère universel

90. Conformément à leurs mandats respectifs, les juridictions pénales internationales à caractère universel visées dans la présente section se sont appuyées sur des principes généraux du droit et les ont appliqués de diverses manières. Seront examinées ici la jurisprudence de la Cour pénale internationale, puis celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et, enfin, celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda. La jurisprudence du Mécanisme, qui a été créé pour exercer les fonctions résiduelles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, est analysée en même

<sup>220</sup> Voir, par exemple, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, ARB-2005-4/21, sentence du 20 février 2006, par. 49.

<sup>221</sup> *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine*, ARB-2012-1/26, sentence du 7 décembre 2015, par. 110.

<sup>222</sup> *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago* (voir *supra*, note 149), p. 210, par. 222.

<sup>223</sup> *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (voir *supra*, note 143), p. 121, par. 12.

<sup>224</sup> *Ibid.*, par. 87. Voir également *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (voir *supra*, note 145), p. 1026.

temps que celle de l'un et l'autre, respectivement. Le droit pénal international applicable est déterminé par les instruments juridiques en vertu desquels ont été créés lesdits tribunaux, à savoir : le Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté par la Conférence de Rome le 17 juillet 1998, tel que modifié par la suite ; le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution [827 \(1993\)](#) du 25 mai 1993, tel que modifié par la suite ; le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution [955 \(1994\)](#) du 8 novembre 1994, tel que modifié par la suite ; le Statut du Mécanisme adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution [1966 \(2010\)](#) du 22 décembre 2010.

## A. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

### 1. Sources de droit et terminologie applicables

91. On ne trouve dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie aucune disposition générale énumérant les sources de droit international applicables ni aucune référence aux principes généraux du droit qui correspondrait à l'Article 21 du Statut de Rome. Certains instruments fondateurs du Tribunal font néanmoins écho à des principes généraux du droit, comme expliqué ci-après.

92. Dans son rapport établi conformément au paragraphe 2 de la résolution [808 \(1993\)](#) du Conseil de sécurité, le Secrétaire général informait ce dernier de la création du Tribunal. Le rapport a été approuvé dans son ensemble par le Conseil de sécurité<sup>225</sup>. S'agissant de la création du Tribunal, il y est prévu ce qui suit : « Il appartiendra au Tribunal international 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 »<sup>226</sup>. En outre, il prévoit ce qui suit sur la question des peines :

L'accusé peut bénéficier d'une mesure de grâce ou de commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il exécute celle-ci. En tel cas, l'État concerné en avise le Tribunal international, qui tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit<sup>227</sup>.

93. En outre, l'article 28 du Statut du Tribunal prévoit ce qui suit :

Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il est emprisonné, cet État en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit<sup>228</sup>.

94. Le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal fait également écho aux principes généraux du droit. En son article 89, il est prévu ce qui suit :

a) En matière de preuve, la Chambre applique les règles énoncées dans la présente section et n'est pas liée par les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve.

<sup>225</sup> Voir [S/25704](#) et Corr.1.

<sup>226</sup> Ibid., par. 58 (c'est nous qui soulignons).

<sup>227</sup> Ibid., par. 123.

<sup>228</sup> Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, tel qu'adopté par le Conseil de sécurité le 25 mai 1993 dans sa résolution [827 \(1993\)](#), puis modifié par les résolutions [1166 \(1998\)](#), [1329 \(2000\)](#), [1411 \(2002\)](#), [1431 \(2002\)](#), [1481 \(2003\)](#), [1597 \(2005\)](#), [1660 \(2006\)](#), [1837 \(2008\)](#) et [1877 \(2009\)](#).

b) Dans les cas où le Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause<sup>229</sup>.

95. En outre, on trouve dans le Statut du Mécanisme une référence aux principes généraux du droit analogue à celle faite à l'article 28 du Statut du Tribunal. L'article 26 du Statut du Mécanisme (Grâce et commutation de peine) prévoit ce qui suit :

Si la personne condamnée par le TPIY, le TPIR ou le Mécanisme peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine selon les lois de l'État dans lequel elle est emprisonnée, cet État en avise le Mécanisme. Il n'est accordé de grâce ou de commutation de peine que si le Président du Mécanisme en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit<sup>230</sup>.

96. Le Tribunal et le Mécanisme, qui exerce un certain nombre de fonctions essentielles qui relevaient auparavant du Tribunal et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ont généralement employé des termes différents pour faire référence à ce qui pouvait s'interpréter comme des principes généraux du droit. Ainsi, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a utilisé l'expression « principes généraux du droit » au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ou la terminologie employée dans son propre Statut ou dans son Règlement de procédure et de preuve à plusieurs occasions, mais a parfois choisi de s'en écarter quelque peu<sup>231</sup>.

97. En ce qui concerne le Mécanisme, les décisions du Président en matière de grâce ou de commutation de peine reprennent souvent le libellé de l'article 26 du Statut, par exemple, qui prévoit qu'« [i]l n'est accordé de grâce ou de commutation de peine que si le Président du Mécanisme en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit »<sup>232</sup>. Conformément à l'article 26, dans l'affaire *Galić*, le Président du Mécanisme a appliqué les « principes généraux du droit » pour décider de la libération anticipée [*traduction non officielle*] :

<sup>229</sup> Règlement de procédure et de preuve, tel que modifié le 8 juillet 2015.

<sup>230</sup> Voir la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité du 22 décembre 2010, annexe 1 (Statut du Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux).

<sup>231</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Milan Lukić et Sredoje Lukić*, affaire n° IT-98-32/1-A, « Corrigendum to the Motion on Behalf of Sredoje Lukić Seeking Reconsideration of the Judgment Rendered by the Appeals Chamber on 4 December 2012 », 25 juin 2013, Chambre d'appel, par. 24 à 26 ; *Le Procureur c/ Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, jugement du 31 juillet 2003, Chambre de première instance II, par. 891 ; *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, Chambre de première instance, par. 414 ; *Le Procureur c. Zejnil Delalić et autres*, affaire n° IT-96-21, décision relative à la requête aux fins de permettre aux témoins K, L et M de témoigner par voie de vidéoconférence, 28 mai 1997, Chambre de première instance, par. 8 ; *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Chambre d'appel, par. 41 ; *Le Procureur c. Duško Tadić (appel)*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, Chambre d'appel, par. 225 (« les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ») ; *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement du 14 janvier 2000, Chambre de première instance, par. 540 ; *Le Procureur c. Nikola Šainović et consorts*, affaire n° IT-05-87-A, arrêt du 23 janvier 2014, Chambre d'appel, par. 1643 ; *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts (appel)* (« affaire Čelebići »), affaire n° IT-96-21-A, arrêt du 20 février 2001, Chambre d'appel, par. 583 (« les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations »).

<sup>232</sup> *Le Procureur c/ Sreten Lukić*, affaire n° MICT-14-67-ES.4, Decision of the President on the Early Release of Sreten Lukić, 17 septembre 2019, Président du Mécanisme, par. 9 ; *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° MICT-14-83-ES, « Decision on the Early Release of Stanislav Galić », 26 juin 2019, Président du Mécanisme, par. 11.

En outre, le Président a estimé que rien dans les normes juridiques internationales et les normes relatives aux droits humains applicables ne donnait à penser qu'une personne condamnée à une peine d'emprisonnement à perpétuité n'avait pas le droit d'introduire de demande de remise en liberté. Il a jugé qu'il était dans l'intérêt de la justice et conforme aux principes généraux du droit de donner la possibilité à une telle personne de demander sa remise en liberté.

En l'espèce et sans préjuger d'autres affaires, l'intérêt de la justice et le principe de sécurité juridique l'ont amené à considérer que Galić pourrait prétendre à une libération anticipée dès lors qu'il aurait purgé 30 ans de sa peine au minimum<sup>233</sup>.

98. En ce qui concerne son Règlement de procédure et de preuve, le Tribunal a évoqué l'article 89, paragraphe b), dans plusieurs décisions, employant généralement des termes analogues à ceux que l'on retrouve dans ledit article. Par exemple, dans l'affaire *Milutinović et consorts* [désormais *Šainović et al.*], la Chambre de première instance a statué comme suit [traduction non officielle] :

Tout au long du procès, la Chambre a appliqué l'article 89 du Règlement, ainsi que l'importante jurisprudence relative aux questions de preuve qui s'est développée au Tribunal depuis sa création. Dans les cas où le Règlement était muet, la Chambre a appliqué les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause<sup>234</sup>.

99. En ce qui concerne les références aux principes généraux du droit au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple, le Tribunal a jugé en l'affaire *Zejnîl Delalić et al.* que l'article 89, paragraphe b), de son propre Statut était analogue à l'Article 38, relevant que l'absence de la mention de la reconnaissance par les nations civilisées était sans incidence sur le fond :

L'expression « principes généraux du droit » figurant à l'article 89 B) est semblable à celle utilisée à l'Article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice, sans les derniers mots « reconnus par les nations civilisées » qui, d'ailleurs, ne modifient pas le fond. L'Article 38 1) c) du Statut de la CIJ a été interprété comme englobant les lois reconnues dans le droit interne de tous les États civilisés. (Voir *Guggenheim, 94 Hague Recueil (1958, II), 78*). D'après Oppenheim, « l'intention est de permettre à la Cour d'appliquer les principes généraux de la jurisprudence interne, en particulier ceux du droit privé, dans la mesure où ils sont applicables aux relations entre États »<sup>235</sup>.

100. L'expression « Principes généraux du droit pénal » est parfois employée par le Tribunal. Dans le jugement portant condamnation qu'elle a rendu en l'affaire *Erdemović*, la Chambre de première instance a employé des termes analogues à ceux figurant à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, concluant que les crimes contre l'humanité constituaient des infractions « aux principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent du droit pénal de toutes les nations civilisées » :

<sup>233</sup> *Le Procureur c/ Stanislav Galić* (voir *supra*, note 233), par. 16 et 34 (notes de bas de page omises).

<sup>234</sup> *Le Procureur c/ Milan Milutinović et consorts* [maintenant *Šainović et al.*], affaire n° IT-05-87-T, jugement (vol. 1 sur 4) du 26 février 2009, Chambre de première instance, par. 35.

<sup>235</sup> *Le Procureur c/ Zejnîl Delalić et al.*, décision relative à la requête aux fins de permettre aux témoins K, L et M de témoigner par voie de vidéoconférence (voir *supra*, note 232), par. 8 ; Voir aussi, par exemple : *Le Procureur c/ Milan Lukić et Sredoje Lukić* (voir *supra*, note 232), par. 24 à 26 ; *Le Procureur c/ Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra*, note 232), par. 41.

De manière générale, le crime contre l'humanité est reconnu comme un crime très grave qui choque la conscience collective. L'acte d'accusation au soutien des charges contre les accusés au procès de Nuremberg précisait pour ce qui est des crimes contre l'humanité que « ces méthodes et ces crimes constituaient des infractions aux conventions internationales, au droit interne, aux principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent du droit pénal de toutes les nations civilisées ». Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies estimait dans son rapport proposant le Statut du Tribunal que « les crimes contre l'humanité désign[ai]ent des actes inhumains d'une *extrême gravité*... En 1994, la Commission du droit international affirmait que « la définition des crimes contre l'humanité englob[ait] les actes inhumains *de caractère très grave*...<sup>236</sup>

## 2. Origines

101. Dans sa jurisprudence, le Tribunal s'appuie à de multiples reprises sur des principes généraux du droit issus des systèmes juridiques nationaux. Il lui arrive parfois de procéder en parallèle à des analyses du droit interne, de portée et d'étendue variables, mais dans lesquelles on trouve souvent une comparaison entre plusieurs systèmes de droit civil et de *common law*.

102. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance a étudié divers systèmes juridiques nationaux afin de dégager une définition du viol. La Chambre de première instance a souligné « la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur »<sup>237</sup>. Dans son examen de la définition du viol dans ce contexte, elle a étudié la législation et la jurisprudence nationales relatives au viol, en particulier en ce qui concernait l'*actus reus* (élément matériel), les questions de genre, les éléments constitutifs de la force, les circonstances aggravantes et les peines<sup>238</sup>. À cette fin, la Chambre de première instance s'est intéressée aux systèmes juridiques des pays suivants : Allemagne, Chili, Chine, Japon, République fédérale socialiste de Yougoslavie, Zambie, Autriche, France, Italie, Argentine, Pakistan, Inde, Ouganda, Nouvelle-Galles du Sud, Pays-Bas, Angleterre et Pays de Galles et Bosnie-Herzégovine ; à un traité juridique sur le droit sud-africain ; et à la proposition des États-Unis à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale<sup>239</sup>.

103. En outre, la Chambre de première instance a conclu de son examen des législations nationales qu'il existait une définition du viol dans « la plupart des systèmes juridiques » :

Il ressort de cet examen des législations nationales qu'en dépit des disparités inévitables, la plupart des systèmes juridiques de la *common law* ou de tradition civiliste considèrent le viol comme la pénétration forcée du corps humain par le pénis ou l'introduction d'un autre objet dans le vagin ou l'anus<sup>240</sup>.

104. La Chambre de première instance a toutefois relevé une différence dans les systèmes nationaux pour ce qui était de l'incrimination de la pénétration orale forcée : « certains États la considèrent comme une violence sexuelle, tandis qu'elle est qualifiée de viol dans d'autres États ». Ce constat l'a conduite à évaluer ensuite les

<sup>236</sup> *Le Procureur c/ Drazen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-T, jugement portant condamnation du 29 novembre 1996, Chambre de première instance, par. 27 (note de bas de page omise).

<sup>237</sup> *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Chambre de première instance, par. 179.

<sup>238</sup> *Ibid.*, par. 180.

<sup>239</sup> *Ibid.*, par. 180.

<sup>240</sup> *Ibid.*, par. 181.

principes du droit international, en déclarant ce qui suit : « Face à ce manque d'uniformité, il revient à la Chambre de première instance de voir si l'on peut parvenir à une solution appropriée en recourant aux principes généraux du droit pénal international ou, si ces principes ne sont d'aucun secours, aux principes généraux du droit international »<sup>241</sup>.

105. La Chambre de première instance a finalement conclu à l'existence du « principe général du respect de la dignité humaine » et s'est fondée sur lui pour qualifier la pénétration orale forcée de viol :

La Chambre de première instance estime que la pénétration buccale forcée par l'organe sexuel masculin constitue une atteinte à la dignité humaine particulièrement humiliante et dégradante. L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. 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>242</sup>.

106. Dans l'affaire *Kunarac et al.*, la Chambre de première instance a résumé la méthode employée dans l'affaire *Furundžija* pour déterminer des principes généraux du droit, qu'elle a qualifiée d'« examen général des systèmes internes » :

Comme cela a été relevé en l'affaire *Furundžija*, 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 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>243</sup>.

107. Dans l'affaire *Kunarac et al.*, la Chambre de première instance a également estimé que la détermination de tels principes, relatifs en l'occurrence aux éléments constitutifs du viol, revenait à dégager le véritable dénominateur commun aux divers systèmes, à savoir, en l'espèce, le principe fondamental commun à tous selon lequel la pénétration sexuelle constituait un viol dès lors que la victime n'était pas consentante ou ne l'avait pas voulu.

<sup>241</sup> Ibid., par. 182.

<sup>242</sup> Ibid., par. 183.

<sup>243</sup> *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, affaires n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, jugement du 22 février 2001, Chambre de première instance, par. 439 (notes de bas de page omises).

Comme indiqué ci-dessus, en l'affaire *Furundžija*, la Chambre avait analysé une série de systèmes juridiques nationaux pour tenter de définir les éléments constitutifs du viol. En l'espèce, il est apparu à l'issue de l'examen des systèmes internes, considérés dans leur ensemble, que le principe fondamental commun à tous était que la pénétration sexuelle constituait un viol dès lors que la victime n'était pas consentante ou ne l'avait pas voulu. Certes, dans de nombreux systèmes juridiques, sont pris en compte les éléments énumérés dans la définition *Furundžija* – la force, la menace de son emploi ou la contrainte – mais l'ensemble des dispositions signalées dans ce jugement donne à penser que le véritable dénominateur commun aux divers systèmes pourrait bien être un principe plus large et plus fondamental, qui consisterait à sanctionner les violations de l'autonomie sexuelle<sup>244</sup>.

108. Après avoir examiné le raisonnement suivi dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance dans l'affaire *Kunarac et al.* a relevé ce qu'elle a qualifié de « principe fondamental véritablement commun à tous ces systèmes juridiques », à savoir que « doivent être réprimées les violations graves de l'autonomie sexuelle » :

L'analyse des dispositions précitées indique que les éléments répertoriés sous les deux premiers titres font que la volonté de la victime est ignorée ou que celle-ci se soumet involontairement à l'acte. Le principe fondamental véritablement commun à tous ces systèmes juridiques est que doivent être réprimées les violations graves de l'autonomie sexuelle. Cette dernière est violée chaque fois que la victime se voit imposer un acte auquel elle n'a pas librement consenti ou auquel elle ne participe pas volontairement<sup>245</sup>.

109. En outre, dans une décision rendue en l'affaire *Prlić et al.*, la Chambre d'appel a examiné les systèmes juridiques nationaux pour interpréter « [...] “les principes généraux du droit” au sens de l'article 89 B) du Règlement » pour ce qui était d'un aspect relatif aux contre-interrogatoires<sup>246</sup>. Ce faisant, elle a analysé la jurisprudence et la législation de sept juridictions, concluant que « les systèmes juridiques nationaux [n'étaient] guère éclairants » et qu'on ne pouvait « dégager aucun “principe général” manifeste de la pratique des juridictions nationales dans ce domaine » :

Pour interpréter « l'esprit du Statut et des principes généraux du droit » au sens de l'article 89 B) du Règlement, la Chambre d'appel fait observer que, compte tenu de la nature de la question soulevée, les systèmes juridiques nationaux ne sont guère éclairants. D'une manière très générale, dans les systèmes où l'accusé peut témoigner sous serment à son propre procès – et non simplement prendre la parole en tant qu'accusé –, un document tel que la Transcription de l'audition serait inadmissible car ne pouvant donner lieu à un contre-interrogatoire [citant les Etats-Unis, le Canada et l'Angleterre en note de bas de page]. A l'inverse, c'est dans les systèmes où les déclarations recueillies suivant certaines procédures au cours de la phase préliminaire peuvent être admises par écrit au procès que l'accusé n'est généralement pas autorisé à témoigner à son propre procès : il peut certes être interrogé, mais d'une façon qui n'est pas comparable à l'interrogatoire sous serment [citant la France, l'Autriche, l'Allemagne et l'Italie en note de bas de page]. Il résulte de ce qui précède qu'on

<sup>244</sup> Ibid., par. 440.

<sup>245</sup> Ibid., par. 457.

<sup>246</sup> *Le Procureur c/ Jadranko Prlić et al.*, affaire n° IT-04-74-AR73.6, *Décision relative aux Appels interjetés contre la décision d'admission de la transcription de l'audition de l'interrogatoire de Jadranko Prlić*, 23 novembre 2007, Chambre d'appel, par. 50.

ne peut dégager aucun « principe général » manifeste de la pratique des juridictions nationales dans ce domaine<sup>247</sup>.

110. Dans l'affaire *Halilovic*, la Chambre d'appel a indiqué que le « principe général » d'oralité tirait son origine du droit romain et revêtait aujourd'hui diverses formes en *common law* et en droit romano-germanique :

Le deuxième grief de l'Appelant, selon lequel le mode de production des éléments de preuve (directement à l'audience) contrevient au principe d'oralité, est infondé. Certes, il existe un principe général selon lequel les témoins qui comparaissent devant le Tribunal font leur déposition oralement plutôt que de la faire enregistrer. Ce principe tire son origine du droit romain, qui disposait que les parties comparaisant devant un tribunal faisaient leur déposition oralement plutôt que par écrit, et revêt aujourd'hui diverses formes en *common law* et en droit romano-germanique. Le principe d'oralité et son pendant, le principe d'immédiateté, qui ont une fonction analogue à l'interdiction de la preuve par ouï-dire en *common law*, visent à garantir le caractère contradictoire de la procédure pénale ainsi que le droit de l'accusé de confronter les témoins à charge.

Toutefois, comme il ressort du Règlement, le principe d'oralité n'est pas une restriction absolue, mais constitue simplement une préférence pour la déposition orale<sup>248</sup>.

111. Dans un autre exemple relatif aux principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, après avoir conclu, dans l'affaire *Tadić*, qu'« aucune mention n'[était] faite, dans le Statut du Tribunal, de sa compétence en matière d'outrage »<sup>249</sup> et qu'« il n'exist[ait] pas en droit international coutumier de règles spécifiques directement applicables en la matière »<sup>250</sup>, la Chambre d'appel s'est référée aux « principes généraux du droit communs aux grands systèmes juridiques dans le monde » :

Il est, par ailleurs, utile de se référer aux principes généraux du droit communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés et affirmés (le cas échéant) dans la jurisprudence internationale. D'un point de vue historique, la procédure applicable en cas d'outrage était et demeure une création de la *common law*. Bien que le concept général d'outrage soit en principe inconnu en droit de tradition civiliste, de nombreux pays attachés à ce système ont adopté des dispositions législatives pour sanctionner les délits de cet ordre<sup>251</sup>.

112. La Chambre d'appel a ensuite examiné diverses manifestations du principe général de droit en question (règles gouvernant l'outrage) dans les juridictions de *common law* et de tradition romano-germaniste :

Bien que les règles gouvernant l'outrage soient désormais partiellement codifiées au Royaume-Uni, en *common law*, le pouvoir de sanctionner un outrage continue fondamentalement à relever de la compétence inhérente des cours supérieures et ne se fonde pas sur un texte législatif. Par contre, dans les

<sup>247</sup> Ibid.

<sup>248</sup> *Le Procureur c. Sefer Halilović (appel interlocutoire)*, affaire n° IT-01-48-AR73.2, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Admission of Record of Interview of the Accused from the Bar Table, 19 août 2005, Chambre d'appel, par. 16 et 17.

<sup>249</sup> *Le Procureur c/ Duško Tadić (outrage)*, affaire n° IT-94-1-A-R77, arrêt relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent Conseil, Milan Vujin, 31 janvier 2000, Chambre d'appel, par. 13.

<sup>250</sup> Ibid., par. 14.

<sup>251</sup> Ibid., par. 15 (note omise).

systèmes de tradition romano-germanique, la répression de toute conduite entravant le cours de la justice procède d'un texte législatif, dont les dispositions s'appliquent en général à des infractions très spécifiques découlant d'une conduite bien définie ayant porté ou pouvant porter préjudice à la compétence des tribunaux<sup>252</sup>.

113. Pour parvenir à la conclusion susmentionnée, la Chambre d'appel a passé en revue les différents systèmes juridiques et a précisé comment le principe était traité dans les lois et codes pénaux de divers pays :

Par exemple, le Code pénal allemand sanctionne comme agent principal de l'infraction quiconque incite un témoin à faire une fausse déclaration (par. 26 et 153). Le droit pénal de la République populaire de Chine sanctionne quiconque incite un témoin à faire un faux témoignage (Article 306). Le Nouveau Code Pénal français réprime ceux qui font pression sur un témoin pour qu'il fasse une déclaration mensongère ou s'abstienne de faire une déclaration véridique (Article 434-15). Des dispositions législatives plus générales existent, concernant notamment la police de l'audience, les « affronts » (outrages), les infractions commises en audience (par exemple, les délits d'audience) et la publication de commentaires tenant à exercer une pression sur les témoignages ou sur la décision d'un tribunal quel qu'il soit. Le Code pénal russe sanctionne toute entrave, quelle qu'elle soit, aux activités des tribunaux, pour peu que l'auteur ait eu l'intention d'entraver le cours de la justice (Article 294) et sanctionne également des infractions plus spécifiques, telles que la falsification d'éléments de preuve (Article 303)<sup>253</sup>.

114. Dans le jugement *Kupreškić et al.*, la Chambre de première instance fait référence aux « principes généraux du droit pénal découlant de la convergence des principaux systèmes pénaux dans le monde » :

La Chambre de première instance estime que les problèmes en cause peuvent désormais trouver une solution juridique satisfaisante. Le concept juridique de « crimes contre l'humanité » est à présent fermement ancré dans le droit international positif, ses contours juridiques sont bien tracés et il ne suscite plus aucun doute quant à sa légitimité. En particulier, son application ne soulève plus le problème de la rétroactivité de la loi pénale. On peut également s'appuyer sur les principes généraux du droit international pénal, qu'ils soient formulés par le biais de l'interprétation, de la généralisation ou de la déduction logique. De surcroît, il est à présent clair que, pour combler les éventuelles lacunes du droit international coutumier et conventionnel, les juridictions criminelles nationales et internationales peuvent s'inspirer des principes généraux du droit pénal découlant de la convergence des principaux systèmes pénaux dans le monde<sup>254</sup>.

115. Dans son appréciation, la Chambre de première instance a noté que les lois et décisions judiciaires nationales constituaient des éléments pertinents à prendre en considération. Elle a déterminé que, lorsqu'elle s'appuyait « sur les droits internes pour combler toutes lacunes éventuelles du Statut ou du droit international coutumier », elle pouvait être amenée « à examiner des législations ou des jurisprudences internes et se fonder sur celles-ci en vue de dégager un principe général du droit pénal commun à tous les grands systèmes du monde »<sup>255</sup>.

116. En outre, dans l'affaire *Tadić*, lorsqu'elle a statué sur une requête tendant à l'obtention de mesures de protection en faveur des victimes et des témoins, la

<sup>252</sup> Ibid., par. 17 (notes omises).

<sup>253</sup> Ibid., note 20.

<sup>254</sup> *Le Procureur c/ Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 677.

<sup>255</sup> Ibid., par. 539 (note de bas de page omise).

Chambre de première instance a examiné, dans la législation et les codes pénaux d'un certain nombre de pays, les principes de la procédure pénale appliqués dans les juridictions internes :

Les mesures visant à éviter que l'identité des victimes et témoins ne soit divulguée sont également compatibles avec les principes de la procédure pénale appliqués dans les juridictions internes. Il est de plus en plus admis, dans la jurisprudence interne, qu'il convient de protéger l'identité des victimes et témoins lorsqu'il y a un intérêt particulier. Plusieurs pays de *common law* prévoient la non-divulgence des informations permettant d'identifier certains témoins et victimes. Le Royaume-Uni interdit la divulgation des informations permettant d'identifier un plaignant ou une plaignante dans les affaires d'agression sexuelle, notamment toute image (fixe ou animée), sauf si le tribunal l'exige [(art. 4 de la loi de 1976 portant modification de la loi sur les infractions sexuelles (*Sexual Offences (Amendment) Act*)]. La législation canadienne garantit l'anonymat, sur demande adressée au tribunal (art. 442 (3) du Code criminel canadien). Dans le Queensland (Australie), la loi de 1989 du Queensland portant modification de la loi sur les éléments de preuve [*Evidence Act (Amendment) 1989 (Queensland)*] permet d'accorder à un « témoin spécial » une protection supplémentaire pendant son témoignage, notamment d'interdire au public, à l'accusé ou à toute autre personne désignée d'assister à l'audience (Écritures de la professeur Chinkin, p. 4 à 6). La législation sud-africaine prévoit également, pour un certain temps, la non-divulgence de l'identité des témoins participant à une procédure pénale s'il est probable qu'un préjudice découle du témoignage [par. 2 b) de l'art. 153 de la loi sud-africaine 51/1977 relative à la procédure pénale (*Criminal Procedure Act of South Africa 51/1977*)] et contient des dispositions prévoyant la fermeture de la salle d'audience pendant le témoignage des victimes d'agressions sexuelles<sup>256</sup>.

117. Dans l'affaire *Gotovina et al.*, notant que les parties se référaient « abondamment à la jurisprudence des États », la Chambre d'appel a estimé qu'il serait « instructif de faire un bref survol des principes qui sous-tendent, en droit interne, le devoir de loyauté du conseil envers un ancien client ». À cet égard, elle a examiné les systèmes juridiques des États-Unis, du Royaume-Uni, de la Bosnie-Herzégovine et de la France, ainsi que le Code de déontologie des avocats européens et le Code de déontologie des avocats croates<sup>257</sup>.

118. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Krstić*, la Chambre d'appel a examiné de « nombreux systèmes juridiques internes », ainsi que la jurisprudence internationale pour définir les principes relatifs à l'élément moral (*mens rea*) de la complicité :

Telle est également l'approche suivie pour ce qui est de l'élément moral (*mens rea*) de la complicité par de nombreux systèmes juridiques internes, tant de droit romano-germanique que de la *common law*, qui l'appliquent souvent expressément à la prohibition du génocide. En droit français, par exemple, le complice doit seulement savoir que, par sa contribution, il aide l'auteur principal ; cette condition générale vaut pour la prohibition du génocide. De même, en droit allemand, pour les infractions exigeant la preuve d'une intention spécifique (*dolus specialis*), il n'est pas nécessaire que le complice ait le même

<sup>256</sup> *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 août 1995, Chambre de première instance, par. 39.

<sup>257</sup> *Le Procureur c/ Ante Gotovina et al.*, affaire n° IT-06-90-AR73.2, Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté par Ivan Čermak contre la décision relative au conflit d'intérêts concernant M<sup>es</sup> Čedo Prodanović et Jadranka Sloković, 29 juin 2007, Chambre d'appel, par. 44 à 47.

degré d'intention que l'auteur principal ; il suffit qu'il ait connaissance de l'intention de ce dernier. On trouve ce principe général appliqué à la prohibition du génocide à la section 6 du Code allemand des crimes contre le droit international. L'approche est la même dans le droit pénal suisse puisque une personne peut être déclarée coupable d'avoir facilité un crime du seul fait qu'elle avait connaissance de l'intention spécifique qui animait son auteur. Parmi les systèmes de *common law*, le droit pénal anglais retient une approche semblable, précisant que le complice doit seulement avoir connaissance de l'intention de l'auteur principal. Ce principe général s'applique à la prohibition du génocide. On retrouve ce même principe au Canada et en Australie, ainsi que dans certains États des États-Unis d'Amérique<sup>258</sup>.

119. En outre, il est parfois fait référence à des principes qui semblent tirés du système juridique international. Dans certaines affaires, les Chambres se sont référées à la fois aux systèmes juridiques et au système juridique international pour expliquer l'origine de tel ou tel principe. Dans l'affaire *Čelebići*, par exemple, la Chambre d'appel s'est référée au principe d'indépendance judiciaire « dans les systèmes internes et internationaux » :

L'on ne saurait contester que les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires revêtent un caractère fondamental en droit international comme en droit interne. Ils sont consacrés non seulement dans de nombreux instruments internationaux et régionaux, parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais aussi dans le Statut du Tribunal lui-même : son article 12 prévoit que les Chambres doivent être composées de juges indépendants, et son article 13 dispose que ces derniers doivent être impartiaux. Dans sa jurisprudence, la Chambre d'appel a insisté sur l'importance fondamentale de l'indépendance de la justice. Elle a également reconnu que le principe d'indépendance judiciaire dans les systèmes internes et internationaux interdisait généralement aux personnes ou organes judiciaires d'exercer des pouvoirs exécutifs ou législatifs<sup>259</sup>.

120. En l'espèce, la Chambre d'appel a, en outre, examiné parallèlement les « principes humanitaires fondamentaux » qui sous-tendent le droit international humanitaire, sans toutefois préciser de quelle source de droit international ces principes relevaient :

Il est indéniable que l'article 3 commun, qui constitue un corps minimal de règles impératives, rend compte des principes humanitaires fondamentaux qui sous-tendent le droit international humanitaire dans son ensemble, et sur lesquels se fondent les Conventions de Genève dans leur intégralité. Ces principes, dont l'objet est le respect de la dignité de la personne humaine, ont évolué suite à des siècles marqués par la guerre, et faisaient déjà partie du droit international coutumier lors de l'adoption des Conventions de Genève puisqu'ils correspondent aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces principes ont été codifiés dans l'article 3 commun en vue de constituer un *corpus* minimal de règles applicable aux conflits internes, mais ils sont

<sup>258</sup> *Le Procureur c/ Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt du 19 avril 2004, Chambre d'appel, par. 141 (notes de bas de page omises).

<sup>259</sup> *Le Procureur c/ Zdravko Delalić et al. (appel)* (« affaire *Čelebići* ») (voir *supra*, note 231), par. 689 (notes de bas de page omises). Voir aussi, par exemple : *Le Procureur c/ Nikola Šainović et al.* (voir *supra*, note 231), par. 1643 et 1662 ; *Le Procureur c/ Astrit Haraqija et Bajrush Morina*, affaire n° IT-04-84-R77.4, Jugement relatif aux allégations d'outrage, 17 décembre 2008, Chambre de première instance I, par. 23, 38 et 39 ; *Le Procureur c/ Jadranko Prlić et al.* (voir *supra*, note 246), par. 50 à 55.

tellement fondamentaux qu'on considère qu'ils régissent les conflits tant internes qu'internationaux. Pour reprendre les termes du CICR, le but de l'article 3 commun est d'« assurer le respect du minimum de règles d'humanité que tous les peuples civilisés considèrent comme valables partout et en toutes circonstances, comme étant au-dessus et en dehors même de la guerre ». Par conséquent, ces règles peuvent être considérées comme la « quintessence » des principes humanitaires énoncés dans l'ensemble des Conventions de Genève.

C'est précisément de ces principes que la CIJ parle comme de l'expression des règles humanitaires fondamentales applicables en *toutes* circonstances<sup>260</sup>.

121. Se référant aux « règles fondamentales » sous-tendant les normes applicables aux conflits internes et leur prise en compte par « toute nation civilisée » et se fondant sur certains instruments internationaux, la Chambre d'appel a de surcroît établi que ces règles pouvaient aussi s'appliquer aux conflits internationaux :

Tant les droits de l'homme que le droit humanitaire [...] procèdent d'un souci de la dignité humaine, qui est à la base d'une série de règles humanitaires fondamentales. Dans son Commentaire relatif aux Protocoles additionnels, le CICR parle en ces termes de leur objet commun [...] Les instruments universels et régionaux des droits de l'homme et les Conventions de Genève ont en commun un « noyau » de règles fondamentales [...] L'objet des règles fondamentales figurant dans ces deux corpus juridiques est de protéger la personne humaine de certains actes odieux que toute nation civilisée considère comme inacceptables en toutes circonstances<sup>261</sup>.

122. Dans sa description de la jurisprudence internationale et autre relative aux principes généraux dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance a établi qu'une « série de décisions judiciaires [...], prises par des instances nationales ou internationales, [pouvait] permettre de fixer progressivement des principes généraux en s'y référant ou en les précisant ».

Le Tribunal doit inévitablement s'appuyer sur des décisions judiciaires, puisque le droit international pénal, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, n'en est encore qu'aux premiers stades de son développement. Ainsi, il existe relativement peu de dispositions conventionnelles en la matière, alors qu'une jurisprudence abondante et apparue dans ce domaine, notamment après la Seconde Guerre mondiale. Il s'agit encore une fois d'une évolution fort compréhensible : il était difficile pour le législateur international de concilier des traditions nationales disparates et souvent contradictoires en matière de droit pénal et de procédure pénale, en adoptant des règles générales susceptibles de tenir dûment compte de ces traditions. Par contre, une série de décisions judiciaires sur des cas d'espèce, prises par des instances nationales ou internationales, peut permettre de fixer progressivement des principes généraux en s'y référant ou en les précisant. Il paraît donc logique que les juridictions internationales s'appuient fortement sur cette jurisprudence<sup>262</sup>.

123. Dans une décision relative à l'affaire *Karadžić et al.*, la Chambre de première instance a également indiqué que « les principes généraux du droit international humanitaire » influent sur sa conception de la sanction, qui procédait « en particulier de la jurisprudence établie par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo », ainsi que « du principe de la responsabilité pénale individuelle des personnes en position d'autorité [qui] a été réaffirmé dans un certain nombre de décisions prises

<sup>260</sup> *Le Procureur c/ Zdravko Delalić et al. (appel)* (« affaire Čelebići ») (voir *supra*, note 231), par. 143 et 144 (notes de bas de page omises).

<sup>261</sup> *Ibid.*, par. 149 (notes de bas de page omises).

<sup>262</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 537 et 538.

par des juridictions nationales et consacré par divers instruments nationaux et internationaux »<sup>263</sup>. Elle a ensuite invoqué ces principes en examinant la question de la responsabilité pénale : « [i]l s'ensuit du principe susmentionné que les fonctions officielles d'une personne, même si celle-ci est de fait en position d'autorité – qu'elle occupe des fonctions de chef militaire, de chef de file ou de dirigeant – ne l'exemptent pas de la responsabilité pénale et tendent à la renforcer »<sup>264</sup>.

### 3. Reconnaissance

124. Le niveau et l'étendue de la reconnaissance requis par le Tribunal étaient parfois relativement grands. À titre d'exemple, dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a déclaré que « la plupart, si ce n'est la totalité des pays » devraient adopter la même notion pour qu'un principe général du droit soit suffisamment reconnu :

[P]our le domaine qui nous intéresse ici, on ne peut se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales en tant que sources de normes et principes internationaux, dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun<sup>265</sup>.

125. De même, dans l'affaire *Šainović et al.*, la Chambre d'appel a adopté une démarche similaire fondée sur la reconnaissance par « la plupart, si ce n'est la totalité des pays » pour ce qui était de la responsabilité pour complicité, se référant à « la doctrine relative aux principes généraux du droit reconnus par les nations ».

La Chambre d'appel se tourne maintenant vers le droit interne relatif aux éléments de la responsabilité pour complicité. Tout d'abord, elle rappelle que, selon la doctrine relative aux principes généraux du droit reconnus par les nations, on peut, dans certains cas, se fonder sur les législations et jurisprudences nationales comme sources de normes et principes internationaux. Cela n'est toutefois possible que lorsqu'il est démontré que la plupart, si ce n'est la totalité des pays acceptent et adoptent la même conception de la notion en question. Plus particulièrement, il faudrait démontrer que les grands systèmes juridiques du monde ont la même conception de cette notion<sup>266</sup>.

126. La Chambre d'appel a ensuite expliqué que la reconnaissance de principes généraux supposait de dégager un principe commun aux « grands systèmes juridiques du monde » à la suite d'un « examen du droit interne » :

Ayant procédé à un examen du droit interne, la Chambre d'appel estime que ce n'est pas le cas pour ce qui est de la notion d'« intention précise ». Plus précisément, au vu des différences entre les juridictions nationales en ce qui concerne la responsabilité pour complicité, la Chambre d'appel estime qu'aucun principe commun aux grands systèmes juridiques du monde ne peut être clairement dégagé. Les législations nationales et jurisprudences des juridictions internes ont pour point commun de disposer que, pour que la responsabilité pour complicité soit établie, il faut qu'il y ait eu fourniture d'une assistance ou d'un appui facilitant la commission d'un crime. Les juridictions nationales conçoivent toutefois de diverses manières le lien entre les actes d'assistance et le crime pour ce qui est de l'élément matériel (*actus reus*) et du degré de

<sup>263</sup> *Le Procureur c/ Radovan Karadžić et al.*, affaire n° IT-95-5-D, décision du 16 mai 1995, Chambre de première instance, par. 23.

<sup>264</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>265</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić (appel)* (voir *supra*, note 231), par. 225.

<sup>266</sup> *Le Procureur c. Nikola Šainović et al.* (voir *supra*, note 231), par. 1643 (notes de bas de page omises).

l'élément moral (*mens rea*) selon les principes appliqués dans leurs systèmes juridiques respectifs<sup>267</sup>.

127. Dans l'affaire *Krstić*, la Chambre d'appel a abordé la reconnaissance « par le TPIR et par de nombreux systèmes de droit nationaux ». Elle a déclaré ce qui suit :

Concernant la gravité des crimes allégués, la Chambre d'appel a récemment reconnu dans l'affaire *Vasiljević* que la complicité (*aiding and abetting*) est une forme de responsabilité qui emporte généralement une peine inférieure à celle qui s'impose dans le cas de la coaction. Ce principe a également été reconnu par le TPIR et par de nombreux systèmes de droit nationaux<sup>268</sup>.

128. Se référant à « la majorité des pays », la Chambre d'appel a évoqué, dans l'affaire *Delić*, les principes généraux du droit compte tenu de l'absence de jurisprudence et du « caractère inédit de la question » s'agissant de l'autorité du jugement à la suite du décès d'un appelant et avant le prononcé de l'arrêt. Elle a déclaré ce qui suit :

[L]a jurisprudence du Tribunal ne peut s'appliquer directement en l'espèce. Dans ces circonstances et compte tenu du caractère inédit de la question, la Chambre d'appel estime qu'il est utile de donner un bref aperçu des dispositions pertinentes et des précédents émanant d'autres tribunaux<sup>269</sup>.

À l'issue d'un examen des régimes de *common law* et de droit romano-germanique<sup>270</sup>, la Chambre d'appel a conclu qu'il n'existait « pas de principe général constant suivi par la majorité des pays » :

Cet aperçu montre qu'il n'existe pas de principe général constant suivi par la majorité des pays concernant l'autorité du jugement lorsque, suite au décès de l'appelant, il est mis fin à la procédure d'appel. Pour cette raison, et gardant à l'esprit les réalités spécifiques et la particularité des procédures devant le Tribunal, la Chambre d'appel ne peut dégager aucune tendance dominante, et, à plus forte raison, aucune règle du droit international coutumier qui serait directement applicable à l'espèce<sup>271</sup>.

129. Dans l'affaire *Milošević*, la Chambre d'appel s'est penchée sur la reconnaissance du droit d'assurer sa propre défense par « divers systèmes de droits de par le monde » et a examiné le droit interne et la jurisprudence des tribunaux de crimes de guerre :

Si nul ne conteste le droit de se défendre soi-même, divers systèmes de droit de par le monde reconnaissent qu'il n'est pas absolu. Ainsi, même dans l'arrêt *Faretta*, la Cour suprême américaine a indiqué que puisque « [l]e droit de se défendre soi-même n'autorise pas une atteinte à la dignité du prétoire », un juge de première instance « peut [en priver] l'accusé s'il y a de sa part faute délibérée et volonté de faire obstruction ». Acceptant l'idée que ce droit n'est pas sans limites, l'Angleterre, l'Écosse, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie en sont venus à autoriser leurs tribunaux à restreindre considérablement le droit d'une personne accusée d'un délit sexuel de se défendre elle-même, afin de protéger les témoins vulnérables contre tout traumatisme. Les tribunaux écossais vont même jusqu'à interdire à ces accusés d'assurer leur défense. Si la Chambre d'appel ne s'est pas encore prononcée sur cette question, les tribunaux

<sup>267</sup> Ibid., par. 1644 (note de bas de page omise).

<sup>268</sup> *Le Procureur c. Radislav Krstić* (voir *supra*, note 258), par. 268 (notes de bas de page omises).

<sup>269</sup> *Le Procureur c. Rasim Delić*, affaire n° IT-04-83-A, Décision relative à l'issue de la procédure, 29 juin 2010, Chambre d'appel, par. 10

<sup>270</sup> Ibid., par. 11 et 12.

<sup>271</sup> Ibid., par. 13.

contemporains spécialisés dans les crimes de guerre sont unanimes pour conclure que le droit à se défendre soi-même « n'est pas absolu, mais relatif »<sup>272</sup>.

130. Le Tribunal se réfère parfois à sa propre jurisprudence et à la conformité de celle-ci avec les principes généraux du droit. À titre d'exemple, dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre de première instance a établi ce qui suit :

La Chambre souscrit aux vues sur lesquelles s'appuie la jurisprudence du Tribunal, selon laquelle les individus peuvent être tenus pénalement responsables pour avoir pris part à la commission de crimes à raison de l'une ou l'autre des formes de responsabilité pénale individuelle visées à l'article 7 1) du Statut. Cette approche est conforme aux principes généraux du droit pénal et au droit international coutumier<sup>273</sup>.

131. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal a rappelé, « comme principe général », sa propre jurisprudence. À titre d'exemple, dans l'affaire *Kupreškić et al.*, la Chambre d'appel a établi ce qui suit :

La Chambre d'appel garde à l'esprit le fait que, lorsqu'elle détermine si la Chambre de première instance est parvenue à une conclusion raisonnable, elle ne doit pas modifier à la légère les constatations faites en première instance. La Chambre d'appel pose comme principe général l'approche adoptée dans l'Arrêt *Kupreškić* :

D'après la jurisprudence du Tribunal, c'est d'abord à la Chambre de première instance d'examiner les éléments de preuve présentés au procès, de les apprécier et de décider du poids à leur accorder. Par conséquent, la Chambre d'appel doit toujours accorder quelque crédit aux constatations de la Chambre de première instance. Ce n'est que lorsque aucun juge du fait [...] n'aurait [raisonnablement] accepté les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance, ou que l'appréciation de ces éléments est totalement entachée d'erreur, que la Chambre d'appel peut substituer sa propre conclusion à celle tirée en première instance<sup>274</sup>.

132. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel a pris acte de certains principes généraux du droit « reconnus par tous les systèmes juridiques » :

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 *nullum 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

<sup>272</sup> *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, affaire n° IT-02-54-AR73.7, décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la Chambre de première instance relative à la commission d'office des conseils de la défense, 1<sup>er</sup> novembre 2004, Chambre d'appel, par. 12 (notes de bas de page omises). Voir aussi, par exemple, *Le Procureur c. Vlastimir Đorđević*, affaire n° IT-05-87/1-A, arrêt du 27 janvier 2014, Chambre d'appel, par. 17 à 20 ; *Le Procureur c. Nikola Šainović et al.* (voir *supra*, note 231), par. 23 ; *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, affaire n° IT-04-82-A, arrêt du 19 mai 2010, Chambre d'appel, par. 14.

<sup>273</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, jugement du 3 mars 2000, Chambre de première instance, par. 264 (notes de bas de page omises).

<sup>274</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić (appel)*, affaire n° IT-95-14-A, arrêt du 29 juillet 2004, Chambre d'appel, par. 17 (citant : *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al. (appel)*, affaire n° IT-95-16-A, arrêt du 23 octobre 2001, Chambre d'appel, par. 30) (notes de bas de page omises).

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>275</sup>.

133. Dans l'affaire *Kupreškić et al.*, la Chambre d'appel a fait référence, après avoir examiné les systèmes de *common law* et de droit romano-germanique, à la reconnaissance par les « systèmes répressifs internes à travers le monde » :

La Chambre d'appel note toutefois qu'une Chambre de première instance raisonnable doit tenir compte de la difficulté qu'il y a à identifier un accusé dans une affaire donnée et soigneusement peser cet élément de preuve avant de déclarer l'accusé coupable sur cette seule base. Les systèmes répressifs internes à travers le monde reconnaissent la nécessité de faire preuve de la plus grande prudence avant de déclarer un accusé coupable en se fondant sur son identification par un témoin dans des conditions difficiles. Les principes établis dans ces systèmes reconnaissent la fragilité des perceptions d'humains et le risque qu'il y a de commettre une erreur judiciaire en se fondant, sans avoir la possibilité de les vérifier, sur les affirmations péremptoires de témoins qui prétendent reconnaître l'accusé<sup>276</sup>.

134. Pour ce qui est de la reconnaissance à l'échelle internationale, dans l'affaire *Blagojević et Jokić*, la Chambre de première instance a évoqué les « normes et principes internationalement reconnus ». Elle a également expliqué qu'elle devait « discerner les principes et la logique qui, en matière de peine », répondaient notamment aux « besoins [...] de la communauté internationale » :

Appliquant le droit international, le Tribunal doit tenir compte, comme il convient, de l'incidence qu'aura, de par le monde, sa manière de mettre en œuvre les normes et principes internationalement reconnus. Ainsi, une Chambre de première instance doit prendre en considération les obligations qu'elle a envers l'accusé, sans perdre de vue la mission qu'elle a de faire respecter les finalités et les principes du droit pénal international. Cette tâche est particulièrement complexe en ce qui concerne la peine. Un rapide survol de l'histoire de la peine révèle que les formes de sanction reflètent les normes et les valeurs d'une société donnée à une époque donnée. En conséquence, la Chambre de première instance doit discerner les principes et la logique qui, en matière de peine, répondent aux besoins tant de la société de l'ex-Yougoslavie que de la communauté internationale<sup>277</sup>.

135. Dans le même ordre d'idées, toujours en ce qui concerne la reconnaissance internationale, la Chambre de première instance a invoqué, dans le cadre du prononcé de la peine dans l'affaire *Erdemović*, « le principe général de droit internationalement reconnu par l'ensemble des nations, selon lequel les peines les plus lourdes peuvent être imposées pour les crimes contre l'humanité » :

En conclusion, la Chambre est d'avis que la référence à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquées par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie s'avère un reflet du principe général de droit internationalement reconnu par l'ensemble des nations, selon lequel les peines les plus lourdes peuvent être

<sup>275</sup> *Le Procureur c. Zdravko Delalić et al. (appel) (« affaire Čelebići »)* (voir *supra*, note 231), par. 179 (citant le jugement en première instance) (notes de bas de page omises).

<sup>276</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al. (appel)* (voir *supra*, note 274), par. 34.

<sup>277</sup> *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, jugement du 17 janvier 2005, Chambre de première instance I, par. 816 (à noter qu'il est également fait référence à plusieurs reprises au droit international coutumier dans le jugement). Voir aussi *Le Procureur c. Momir Nikolić*, affaire n° IT-02-60/1-S, jugement portant condamnation du 2 décembre 2003, Chambre de première instance, par. 84.

imposées pour les crimes contre l'humanité. Cette référence assure, en pratique, que la responsabilité pénale est suffisamment prévisible par tous les accusés ayant commis leurs crimes sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Aucun accusé ne peut prétendre qu'il ignorait, au moment de leur perpétration, le caractère criminel des actes qu'il commettait et la lourdeur des peines dont ils étaient assortis. Le Tribunal examinera, chaque fois que l'exercice est possible, la pratique judiciaire pertinente de l'ex-Yougoslavie mais ne saurait être aucunement lié par cette pratique dans le prononcé des peines et sanctions qu'il impose pour les crimes relevant de sa compétence<sup>278</sup>.

136. La Chambre de première instance a également évoqué la reconnaissance « par l'ensemble des nations », déclarant qu'elle pouvait « également, ainsi que l'a[vait] fait valoir la Chambre d'appel, considérer que, pour reprendre les termes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les actes visés étaient "tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations" »<sup>279</sup>.

137. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, la Chambre d'appel a fait référence à la reconnaissance « aussi bien dans les systèmes juridiques nationaux que dans des précédents de juridictions internationales » :

L'Accusation note que la déclaration préalable de ce témoin a été admise dans l'affaire *Blaškić* à la demande de l'accusé. Dans cette affaire, la Chambre de première instance a tenu compte de « la nécessité d'une bonne administration de la justice et [de] l'impératif d'un procès équitable » et des exceptions au principe de la déposition orale et du contre-interrogatoire admises « aussi bien dans les systèmes juridiques nationaux que dans des précédents de juridictions internationales, et notamment celles relatives à l'admission des déclarations de témoins décédés »<sup>280</sup>.

138. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre de première instance a confirmé que, étant donné que l'exception au principe de la déposition orale était « admis[e] dans les différents systèmes juridiques, nationaux et internationaux », elle devait tenir compte de cette exception, même si elle se réservait le droit de décider quel poids elle lui accorderait :

La Chambre a [...] été confrontée au problème de l'admission de la déclaration d'un témoin alors décédé, qui avait été faite sous serment aux enquêteurs du Procureur. Les juges ont estimé que ce cas de figure faisait clairement partie des exceptions au principe de la déposition orale des témoins, notamment aux fins de contre-interrogatoire, admis dans les différents systèmes juridiques, nationaux et internationaux, et a versé ladite déclaration au dossier, se réservant le droit de lui accorder, le moment venu, le poids approprié<sup>281</sup>.

139. Dans l'affaire *Hartmann*, la Chambre d'appel a rejeté l'argument de l'appelante, selon lequel « en l'espèce, la Chambre de première instance n'a[vait] pas tenu compte [d'un] précédent obligatoire, qui traduit[sait] un principe général de droit international »<sup>282</sup>. Concernant « la supposée dérogation qu'emport[ait] le Jugement

<sup>278</sup> *Le Procureur c. Drazen Erdemović* (voir *supra*, note 236), par. 40.

<sup>279</sup> *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, jugement du 29 novembre 2002, par. 199 (la note de bas de page, dans laquelle est notamment cité le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est omise).

<sup>280</sup> *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-AR73.5, décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé, 21 juillet 2000, Chambre d'appel, par. 14.

<sup>281</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (voir *supra*, note 273), par. 36 (note de bas de page omise).

<sup>282</sup> *Le Procureur c. Florence Hartmann*, affaire n° IT-02-54-R77.5-A, arrêt du 19 juillet 2011, Chambre d'appel, par. 120.

par rapport aux principes reconnus par la Convention européenne en matière de liberté d'expression », elle a déterminé qu'elle n'était pas liée à ces principes : « [L]a Chambre d'appel n'est pas liée par les décisions des juridictions régionales ou internationales, y compris la CEDH »<sup>283</sup>.

140. Il est parfois fait référence aux instruments internationaux, dans lesquels sont consacrés certains principes. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre de première instance s'est référée aux « principes généraux du droit », notamment le droit de la personne accusée d'être jugée sans retard excessif, comme suit :

CONSIDÉRANT que les juges, qui sont les garants des libertés individuelles, doivent examiner les conséquences d'une durée de détention provisoire qui leur semble excessive à la lumière des principes généraux du droit, notamment le droit de la personne accusée d'être jugée sans retard excessif, c'est-à-dire, dans un délai raisonnable (voir art. 21.4 c) du Statut et art. 5.3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]) ;

[...]

CONSIDÉRANT par conséquent que la détention provisoire de l'accusé n'excède pas une durée raisonnable au sens des principes internationaux, en particulier ceux consacrés par la Convention européenne, tels qu'interprétés par la Commission et la Cour européenne[.]<sup>284</sup>

#### 4. Transposition

141. S'il n'y a que quelques mentions expresses de la transposition dans la jurisprudence étudiée, la question de la transposabilité des principes généraux du droit dans le système juridique international est abordée dans un plus grand nombre de cas.

142. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance met en garde contre une « introduction [...] mécanique » des notions de droit interne lorsque l'on considère les principes généraux du droit « communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques » et préconise plutôt de « tenir compte de la spécificité des procédures pénales internationales lorsqu'on utilise des notions juridiques nationales ».

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 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 corrélatrice des traits singuliers de ces procédures<sup>285</sup>.

<sup>283</sup> Ibid., par. 159.

<sup>284</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, Order Denying A Motion for Provisional Release, 20 décembre 1996, Chambre de première instance I.

<sup>285</sup> *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir *supra*, note 237), par. 178.

143. La Chambre de première instance a émis une mise en garde similaire dans l'affaire *Kupreškić et al.*, se déclarant « bien consciente du risque qu'il y aurait à incorporer en bloc des principes de droit national dans le système de droit international pénal, unique en son genre, appliqué par le Tribunal international »<sup>286</sup>.

144. La Chambre de première instance a également expressément mentionné la transposition dans l'affaire *Blaškić*. Elle a déclaré que les principes généraux du droit tirés des législations nationales ne pouvaient, « en principe, pas être transposés dans le droit pénal international » :

CONSIDÉRANT que la Chambre de première instance examinera tout d'abord les moyens de droit en se fondant sur une analyse de l'article 65 de son Règlement et sur les principes régissant la détention provisoire compte tenu des faits pertinents ; qu'elle examinera ensuite les autres moyens invoqués par la Défense ;

[...]

CONSIDÉRANT que tant la lettre de ce texte que l'esprit du Statut du Tribunal international disposent que la détention de l'accusé est la règle et que la mise en liberté est l'exception ; que, de fait, la gravité des crimes dont est saisi le Tribunal ne laisse place à nulle autre interprétation, même si celle-ci est fondée sur les principes généraux du droit régissant les dispositions applicables du droit interne, qui ne peuvent, en principe, être transposés dans le droit international pénal<sup>287</sup>[.]

145. Dans d'autres cas, le Tribunal ne mentionne pas la transposition, mais examine l'applicabilité de principes internes au niveau international en utilisant d'autres termes. À titre d'exemple, dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel s'est référée aux « principes généraux du droit communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés et affirmés (le cas échéant) dans la jurisprudence internationale »<sup>288</sup>. Elle a ensuite précisé le rôle qu'elle jouait dans le développement et l'affirmation des principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale :

Ce n'est pas dire pour autant que les pouvoirs du Tribunal de sanctionner un outrage ou une conduite entravant le cours de la justice sont à tous égards les mêmes que ceux dont disposent les tribunaux internes, car sa compétence en tant que juridiction internationale doit tenir compte de sa position différente au sein de la structure de base de la communauté internationale<sup>289</sup>.

146. Dans l'affaire *Delalić et al.*, la Chambre de première instance a déterminé que le principe *nullum crimen sine lege* était différent sur les plans national et international « pour ce qui est de [son] application et de [ses] normes » :

Alors que, dans les systèmes internes de justice pénale, le processus d'incrimination dépend de la loi qui fixe le moment à compter duquel la conduite est interdite et le contenu de l'interdiction, le système international de justice pénale atteint le même objectif par des traités ou des conventions, ou lorsque les mesures unilatérales d'interdiction prises par les États passent dans la coutume.

Dès lors, on pourrait supposer que les principes de légalité sont, en droit pénal international, différents de ce qu'ils sont dans les systèmes juridiques internes,

<sup>286</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 677.

<sup>287</sup> *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Order Denying A Motion for Provisional Release (voir *supra*, note 284).

<sup>288</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić (outrage)* (voir *supra*, note 249), par. 15.

<sup>289</sup> *Ibid.*, par. 18.

pour ce qui est de leur application et de leurs normes. Ils semblent être caractérisés par leur objectif clair : tenir la balance égale entre la nécessité de faire preuve de justice et d'équité envers l'accusé et le besoin de préserver l'ordre mondial<sup>290</sup>.

147. Dans le même ordre d'idées, la Chambre d'appel a plus tard déclaré, dans l'affaire *Čelebići*, que le droit international déterminait l'effet du droit interne sur le plan international : « Un principe bien établi du droit international veut que l'effet du droit interne sur le plan international soit déterminé par le droit international »<sup>291</sup>.

148. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance a fait valoir que le principe *jus de non evocando*, bien que figurant dans un certain nombre de constitutions nationales, ne s'appliquait pas à l'exercice des pouvoirs du Conseil de sécurité :

Référence est également faite au principe *jus de non evocando* qui figure dans un certain nombre de Constitutions nationales. Mais ce principe, s'il exige qu'un accusé soit jugé par les tribunaux régulièrement établis et non par quelque tribunal spécial créé à cette fin particulière, ne s'applique pas quand la question qui se pose concerne l'exercice, par le Conseil de sécurité, agissant au titre du Chapitre VII, des pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte des Nations Unies<sup>292</sup>.

149. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a conclu que, même si le principe selon lequel « un tribunal doit être établi par la loi » était un « principe général du droit », il n'était pas transposable ; en d'autres termes, ce principe ne s'appliquait pas « devant un tribunal international » même s'il s'appliquait « dans le contexte des systèmes juridiques nationaux » :

[...] [L]'Appelant n'a pas convaincu la présente Chambre que les conditions énoncées dans ces trois conventions doivent s'appliquer non seulement dans le contexte des systèmes juridiques nationaux mais aussi dans le cadre des instances se déroulant devant un tribunal international. La présente Chambre est, cependant, convaincue que le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi, comme expliqué ci-dessous, est un principe général du droit imposant une obligation internationale qui ne s'applique qu'à l'administration de la justice pénale dans un cadre national. D'après ce principe, tous les États sont tenus d'organiser leur justice pénale de manière à garantir à toutes les personnes le droit à ce qu'une accusation pénale soit entendue par un tribunal établi par la loi. Cela ne signifie pas cependant qu'à l'opposé, un tribunal pénal international pourrait être créé par le simple caprice d'un groupe de gouvernements. Un tel tribunal doit trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents. On peut alors dire que le tribunal est « établi par la loi »<sup>293</sup>.

150. Plus particulièrement, la Chambre d'appel a contesté l'applicabilité du principe « en droit international » s'agissant de la séparation des pouvoirs, celle-ci étant différente au niveau international :

Il est clair que la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, qui est largement retenue dans la plupart des systèmes nationaux, ne

<sup>290</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 404 et 405.

<sup>291</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al. (appel)* (« affaire *Čelebići* ») (voir *supra*, note 231), par. 76.

<sup>292</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995, Chambre de première instance, par. 37.

<sup>293</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (voir *supra*, note 231), par. 42.

s'applique pas au cadre international ni, plus spécifiquement, au cadre d'une organisation internationale comme les Nations Unies. La répartition des trois fonctions judiciaire, exécutive et législative entre les principaux organes des Nations Unies n'est pas clairement tranchée. S'agissant de la fonction judiciaire, la Cour internationale de Justice est, de toute évidence, l'« organe judiciaire principal » [...] Il n'existe pas, cependant, d'organe législatif dans l'acceptation technique du terme dans le système des Nations Unies et, plus généralement, pas de Parlement dans la communauté mondiale. Cela signifie qu'il n'existe pas d'organe officiellement habilité à promulguer des lois ayant un effet contraignant direct sur des sujets juridiques internationaux.

Il est, de toute évidence, impossible de classer les organes des Nations Unies en fonction de la répartition précitée qui existe dans le droit interne des États. En fait, l'Appelant est convenu que la structure constitutionnelle des Nations Unies ne suit pas la séparation des pouvoirs que l'on observe souvent dans les constitutions nationales. En conséquence, l'élément « séparation des pouvoirs » de la condition qu'un tribunal soit « établi par la loi » ne s'applique pas en droit international. Le principe susmentionné ne peut imposer d'obligation qu'aux États en ce qui concerne le fonctionnement de leurs propres systèmes nationaux.<sup>294</sup>

151. La Chambre d'appel a toutefois déclaré que, du point de vue de la règle de droit, le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi pouvait s'appliquer dans le contexte du droit international. Elle a ainsi fait référence aux instruments internationaux et a conclu que le Tribunal avait en effet été « créé conformément à la règle de droit » :

La troisième interprétation possible de la condition que le Tribunal international soit « établi par la loi » est que sa création doit être conforme à la règle de droit. Cela semble être l'interprétation la plus raisonnable et la plus probable de l'expression dans le contexte du droit international. Pour qu'un tribunal comme celui-ci soit créé conformément à la règle de droit, il doit être établi conformément aux normes internationales appropriées ; il doit offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme.

Cette interprétation de la garantie qu'un tribunal est « établi par la loi » est confirmée par une analyse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [...]

[...]

Cette préoccupation à l'égard des tribunaux *ad hoc* qui opèrent de façon à ne pas assurer aux personnes traduites devant eux les garanties d'un procès équitable sous-tend également l'interprétation par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de l'expression « établi par la loi » figurant à l'article 14, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [...]

Un examen du Statut du Tribunal international et du Règlement de procédure et de preuve adopté conformément au Statut invite à conclure qu'il a été établi conformément à la règle de droit<sup>295</sup>.

<sup>294</sup> Ibid., par. 43.

<sup>295</sup> Ibid., par. 45 et 46.

## 5. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international

### a) Fonctions

152. La fonction des principes généraux du droit consistant à combler les lacunes lorsqu'il n'existe pas d'autres sources du droit international sur lesquelles s'appuyer pour trancher une question a été énoncée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić et al.* Bien que cette dernière ait conclu en l'espèce qu'il n'existait « aucun principe général de droit pénal commun aux principaux systèmes juridiques du monde »<sup>296</sup> concernant le changement de la qualification juridique des faits, elle a estimé qu'en général, une lacune dans le cadre juridique du Tribunal pouvait être comblée à l'aide des principes généraux du droit : « La Chambre de première instance utilisera au besoin ces principes pour combler les lacunes du Statut du Tribunal international et du droit coutumier »<sup>297</sup>. Elle a poussé plus loin l'analyse de cette fonction des principes généraux du droit, notant que, dans ce contexte, les principes généraux pouvaient s'appliquer *principaliter* (pour trancher les questions relevant de sa compétence principale) comme *incidenter tantum* (dans l'exercice de sa compétence incidente) :

Ainsi, le *corpus* normatif que le Tribunal doit appliquer *principaliter*, c'est-à-dire pour trancher les questions relevant de sa compétence principale, est celui du droit international. Il est vrai qu'il pourrait être judicieux pour le Tribunal de s'appuyer sur les droits internes pour combler toutes lacunes éventuelles du Statut ou du droit international coutumier. Par exemple, il pourrait être amené à examiner des législations ou des jurisprudences internes et se fonder sur celles-ci en vue de dégager un principe général du droit pénal commun à tous les grands systèmes du monde. De plus, il se pourrait que le Tribunal ait à appliquer le droit interne *incidenter tantum*, c'est-à-dire dans l'exercice de sa compétence incidente. Ainsi, pour déterminer si l'article 2 du Statut (relatif aux infractions graves) est applicable, le Tribunal peut avoir à déterminer si l'un des actes énumérés a été perpétré contre une personne considérée comme « protégée » par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949. À cette fin, il se peut qu'il doive s'assurer que la personne était ressortissante d'un État autre que celui du belligérant ennemi ou de la Puissance occupante. Manifestement, cet examen ne peut se fonder que sur les dispositions pertinentes du droit interne du pays dont la personne concernée est un ressortissant. Il n'en demeure pas moins que le droit international est le principal corpus de règles que le Tribunal est appelé à appliquer pour trancher les affaires dont il est saisi<sup>298</sup>.

153. Dans le contexte de l'imposition des peines pour les crimes contre l'humanité, la Chambre de première instance s'est référée, dans l'affaire *Erdemović*, aux « principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » pour combler un vide juridique, le Statut et le Règlement du Tribunal ne fournissant pas d'indication détaillée sur l'imposition des peines :

Hormis la référence à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquées par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie, qui sera discutée ci-après, et à l'emprisonnement à vie, la Chambre note que le Statut et le Règlement ne fournissent pas d'autre indication sur la durée de la peine d'emprisonnement encourue par les auteurs des crimes relevant de la compétence du Tribunal, notamment des crimes contre l'humanité. Afin d'examiner l'échelle des peines applicables au crime contre l'humanité, la Chambre va identifier les caractéristiques propres à ce crime et les peines qui y ont été attachées par le

<sup>296</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 738.

<sup>297</sup> *Ibid.*, par. 677.

<sup>298</sup> *Ibid.*, par. 539.

droit international ainsi que par les droits nationaux, expressions de principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations<sup>299</sup>.

154. Le Tribunal semble parfois avoir utilisé les principes généraux du droit pour interpréter des règles ou pour examiner la validité ou la compatibilité des règles. Dans l'affaire *Kupreškić et al.*, la Chambre de première instance s'est servie des principes généraux pour assurer la compatibilité de la notion de persécution avec les principes du droit pénal :

La Chambre de première instance est ainsi amenée à déterminer quels actes non prévus à l'article 5 du Statut du Tribunal international peuvent être intégrés dans la notion de persécution. De toute évidence, il lui appartient de définir précisément la notion de persécution, en vue de déterminer si les crimes retenus en l'espèce en relèvent ou non. De plus, cette notion doit être compatible avec les principes généraux de droit pénal tels les principes de la légalité et de la spécificité. En premier lieu, la Chambre de première instance examinera quels types d'actes, en sus des autres catégories de crimes contre l'humanité, ont été considérés comme constituant des persécutions. En second lieu, elle déterminera si certains éléments sous-jacents à ces actes pourraient contribuer à définir la persécution<sup>300</sup>.

155. Les principes généraux, à titre de moyens d'interprétation, ont également permis d'élargir des notions juridiques. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance s'est appuyée sur le principe de la dignité humaine pour interpréter la notion de viol plus largement, déclarant que « l'idée que la stigmatisation qui s'attach[ait] à la pénétration vaginale ou anale [était] plus forte que celle qui découl[ait] de la pénétration orale forcée », qui était une source de préoccupation, était « largement contrebalancé[e] par le principe fondamental de la protection de la dignité humaine, un principe qui milit[ait] en faveur de l'élargissement de la définition du viol »<sup>301</sup>. Elle a également noté qu'il n'était pas nécessaire que la juridiction de l'accusé privilégie cette définition plus large, dans la mesure où il n'était « pas contraire au principe *nullum crimen sine lege* d'inculper de viol une personne qui s'[était] rendue coupable d'un acte de pénétration orale forcée alors que dans certains pays, dont le sien, elle ne pourrait être poursuivie que pour violences sexuelles »<sup>302</sup>.

156. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre de première instance s'est notamment référée aux principes généraux du droit pénal pour étayer son approche :

La Chambre souscrit aux vues sur lesquelles s'appuie la jurisprudence du Tribunal, selon laquelle les individus peuvent être tenus pénalement responsables pour avoir pris part à la commission de crimes à raison de l'une ou l'autre des formes de responsabilité pénale individuelle visées à l'article 7 1) du Statut. Cette approche est conforme aux principes généraux du droit pénal et au droit international coutumier<sup>303</sup>.

157. S'appuyant sur les principes généraux du droit, conformément à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, pour examiner les règles relatives aux peines, la Chambre de première instance a déterminé, dans l'affaire *Erdemović*, que des violations particulièrement graves des « principes généralement reconnus du droit international » pouvaient être réprimées comme suit :

<sup>299</sup> *Le Procureur c. Drazen Erdemović* (voir *supra*, note 236), par. 26.

<sup>300</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 609.

<sup>301</sup> *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir *supra*, note 237), par. 184.

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* (voir *supra*, note 273), par. 264 (notes de bas de page omises).

Le paragraphe 2 [de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] ajoute d'ailleurs que « (r)ien 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 cet égard, la Cour spéciale de cassation néerlandaise en 1949, saisie d'un moyen de défense fondé sur le principe *nulla poena sine lege*, dans une espèce relative à un crime contre l'humanité s'exprimait en ces termes :

« [...] Le principe selon lequel un acte n'est punissable qu'en vertu d'une disposition pénale préexistante vise à garantir la sécurité juridique et la liberté individuelle. [...] Ce principe n'a toutefois rien d'absolu, et son application peut être soumise à d'autres principes, dont la reconnaissance met en jeu des intérêts juridiques tout aussi importants et selon lesquels on ne saurait admettre que des violations particulièrement graves des principes généralement reconnus du droit international (violations dont la nature criminelle était incontestable au moment où elles ont été commises) ne soient pas considérées comme punissables au seul motif qu'elles ne tombent pas sous le coup d'une sanction antérieurement définie »<sup>304</sup>.

158. La Chambre de première instance s'est également référée au droit interne et au droit international comme sources des principes généraux du droit susmentionnés. Elle a indiqué avoir passé en revue le droit international et le droit interne, en prêtant particulièrement attention aux lois de l'ex-Yougoslavie<sup>305</sup>, et a déterminé qu'il était « un principe général de droit commun à l'ensemble des nations selon lequel les peines les plus sévères sont prévues pour les crimes contre l'humanité dans les systèmes juridiques nationaux » :

À l'instar du droit international, les États qui ont introduit le crime contre l'humanité dans leur législation interne ont prévu, en cas de commission d'un tel crime, l'imposition des peines les plus sévères autorisées par leur système respectif. Enfin, pour ce qui est de la législation pertinente de l'ex-Yougoslavie, qui sera examinée en détail ci-après, qu'il suffise de mentionner à ce stade que le Code pénal de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (ci-après le « Code pénal de l'ex-Yougoslavie »), prévoyait les peines les plus lourdes pour la commission d'actes de génocide ou de crimes de guerre contre la population civile.

La Chambre constate ainsi qu'il est un principe général de droit commun à l'ensemble des nations selon lequel les peines les plus sévères sont prévues pour les crimes contre l'humanité dans les systèmes juridiques nationaux. Elle conclut dès lors qu'il existe en droit international une norme selon laquelle le crime contre l'humanité est un crime d'une extrême gravité qui appelle, à défaut de circonstances atténuantes, les peines les plus sévères<sup>306</sup>.

159. En l'affaire *Halilović*, la Chambre de première instance et la Chambre d'appel ont appliqué « le principe au fondement de [l']article »<sup>307</sup>, le principe en question étant le « principe général selon lequel les témoins qui comparaissent devant le

<sup>304</sup> *Le Procureur c. Drazen Erdemović* (voir *supra*, note 236), par. 38 (où est citée l'affaire *Albin Rauter*, Cour spéciale de cassation néerlandaise, 12 janvier 1949, in Lauterpracht, éd., *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1949* (Londres, Butterworth, 1955), p. 543).

<sup>305</sup> La Chambre de première instance n'a pas cité d'exemples de lois applicables d'autres pays que l'ex-Yougoslavie dans ses conclusions.

<sup>306</sup> *Le Procureur c. Drazen Erdemović* (voir *supra*, note 236), par. 30 et 31.

<sup>307</sup> *Le Procureur c. Sefer Halilović (Appel interlocutoire)* (voir *supra*, note 248), par. 46.

Tribunal font leur déposition oralement »<sup>308</sup> et l'article étant celui disposant que l'aveu est présumé volontaire :

De plus, compte tenu de la preuve présentée par l'Appelant concernant le caractère volontaire de la déposition, il incombait à la Chambre de première instance d'en examiner pleinement les circonstances. Il semble que la Chambre, tout en ne citant pas l'article 92 du Règlement, ait appliqué le principe au fondement de cet article pour prendre sa décision<sup>309</sup>.

160. De même, en l'affaire *Deronjić*, la Chambre d'appel a retenu un « principe général [...] qui fonde le droit pénal » à l'appui de son interprétation de la nature de la responsabilité individuelle :

Que les circonstances aggravantes doivent être liées à l'auteur du crime [comme cela a été déclaré] ne signifie pas forcément qu'elles doivent se rapporter précisément aux traits caractéristiques de l'auteur du crime. [L'auteur de cette déclaration] a simplement rappelé le principe général de la responsabilité individuelle qui fonde le droit pénal : une personne ne peut être tenue responsable si ce n'est d'un acte ou d'une omission de sa part. Ainsi, personne ne peut être déclaré coupable des actes imprévisibles commis par d'autres en exécution d'un plan et être condamné en conséquence. Le fait de tenir un accusé individuellement responsable pour avoir tiré parti de la vulnérabilité de ses victimes cadre parfaitement avec le principe de la responsabilité individuelle. En l'espèce, l'Appelant non seulement savait que ses victimes étaient sans défense et en a tiré parti, mais il a aggravé leur état en approuvant les assurances données en son nom par Milutin Milošević [...] <sup>310</sup>

161. En l'affaire *Krnojelac*, la Chambre de première instance a estimé que la présomption d'innocence prévue par le Statut du Tribunal « consacr[ait] un principe général du droit » : « [Elle] a appliqué à l'Accusé la présomption d'innocence prévue par l'article 21 3) du Statut qui consacre par là un principe général du droit. L'Accusation a donc dû établir la culpabilité de l'accusé, et ce au-delà de tout doute raisonnable, comme l'article 87 A) du Règlement lui en faisait l'obligation. »<sup>311</sup>

162. En l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel a vu dans les « principes appliqués dans les systèmes de droit interne » un moyen d'interprétation, estimant qu'il n'était utile de « se reporter aux règles nationales que lorsque cela [était] nécessaire pour interpréter le Règlement [du Tribunal] » :

La Chambre rappelle que tant les Chambres de première instance qu'elle-même peuvent utilement se reporter aux principes appliqués dans les systèmes de droit interne pour interpréter le Statut et le Règlement. Cependant, l'article 89 A) du Règlement dispose expressément que la Chambre « n'est pas liée par les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve ». Ce qui importe au premier chef, c'est qu'une Chambre de première instance « applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause ». La Chambre d'appel fait observer que la Chambre de première instance a conclu que ce principe sous-entendait « l'application des règles nationales d'administration de la preuve par la Chambre de première instance ». La Chambre d'appel confirme au contraire qu'il convient d'appliquer essentiellement les règles

<sup>308</sup> Ibid., par. 16.

<sup>309</sup> Ibid., par. 46 (note de bas de page omise).

<sup>310</sup> *Le Procureur c. Miroslav Deronjić*, affaire n° IT-02-61-A, Arrêt relatif à la sentence, 20 juillet 2005, Chambre d'appel, par. 124.

<sup>311</sup> *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, Jugement, 15 mars 2002, Chambre de première instance II, par. 66.

d'administration de la preuve telles qu'elles sont expressément énoncées dans le Règlement, et de ne se reporter aux règles nationales que lorsque cela est nécessaire pour interpréter le Règlement.<sup>312</sup>

#### b) Relations avec d'autres sources du droit international

163. Une partie de la jurisprudence analysée aux fins de la présente étude donne à penser qu'il existe une hiérarchie entre les différentes sources du droit international ; dans une autre partie du corpus, les « principes » dont il est fait mention semblent renvoyer non pas aux principes généraux du droit mais à d'autres sources du droit international, comme le droit international coutumier ou le droit conventionnel.

164. S'agissant de la question d'une possible hiérarchie des sources du droit international, en l'affaire *Kupreškić et al.*, la Chambre de première instance semble énumérer dans un certain ordre les sources se rapportant à la définition de la persécution, indiquant que, après avoir pris en compte les sources conventionnelles et coutumières du droit international, il lui reviendra d'examiner différents types de principes généraux (les « principes généraux de droit international pénal », les « principes généraux de droit pénal communs aux principaux systèmes juridiques existants » et les « principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale »). Elle explique en effet :

Pour résoudre les différends sur l'étendue de la notion de persécution, la Chambre de première instance n'a d'autre recours que de se tourner vers le droit international coutumier, puisque ni le droit des réfugiés ni le projet de la CDI ne font autorité en la matière. En effet, dès que le Statut ne résout pas une question spécifique et que le *Rapport du Secrétaire général* ne s'avère pas utile à son interprétation, il appartient au Tribunal international de faire appel i) aux règles de droit international coutumier ou ii) aux principes généraux de droit international pénal ; ou, en leur absence, iii) aux principes généraux de droit pénal communs aux principaux systèmes juridiques existants ; ou, en leur absence, iv) aux principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale. Il y a tout lieu de penser que les auteurs du Statut ont eu l'intention de fonder ce dernier sur le droit international, en conséquence de quoi il convient de combler toute lacune éventuelle en se reportant à ce corpus de règles juridiques<sup>313</sup>.

165. Pareillement, en l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance semble suivre un certain ordre lorsqu'elle analyse les éléments constitutifs du crime de viol, citant d'abord le « droit international conventionnel ou coutumier » et les « principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international », avant de préciser que, ces sources n'étant d'aucun secours, « il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques » afin de dégager « avec toute la prudence nécessaire [...] ces principes du droit interne » :

La présente Chambre de première instance fait observer qu'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

<sup>312</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al. (appel)* (« affaire Čelebići ») (voir *supra*, note 231), par. 538 (notes de bas de page omises).

<sup>313</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.* (voir *supra*, note 231), par. 591.

du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne<sup>314</sup>.

166. En l'affaire *Kunarac et al.*, la Chambre de première instance rappelle comme suit l'analyse développée dans l'affaire *Furundžija* figurant au paragraphe précédent :

La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Furundžija* a étudié les éléments spécifiques constitutifs du crime de viol, que n'exposent ni le Statut ni les instruments du droit international humanitaire ou des droits de l'homme. Après avoir fait remarquer que la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda saisie de l'affaire *Akayesu* avait défini le viol comme « une invasion physique de nature sexuelle commise sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte », elle a examiné les différentes sources du droit international et constaté qu'on ne pouvait dégager les éléments constitutifs du viol du droit international conventionnel ou coutumier, pas plus que des « principes généraux du droit international pénal ou ceux du droit international ». Elle a donc estimé que « [...] il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques [...] ». Elle a conclu de l'examen de la législation interne d'un certain nombre d'États que l'élément matériel (*actus reus*) du crime de viol est constitué par : [...]»<sup>315</sup>

167. S'agissant du droit international coutumier, il semble parfois que les « principes » dont il est fait mention dans la jurisprudence du Tribunal ne renvoient pas aux principes généraux du droit comme source de droit mais aux principes faisant partie du corpus du droit international coutumier. Par exemple, dans son rapport de 1993, le Secrétaire général évoque le principe *nullum crimen sine lege* en ces termes : « l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains États, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas »<sup>316</sup>. De même, dans son jugement en l'affaire *Halilović*, la Chambre de première instance renvoie comme suit aux principes de droit international coutumier : « Le principe de la responsabilité pénale individuelle des supérieurs pour ne pas avoir empêché leurs subordonnés de commettre des crimes ou pour ne pas les en avoir punis fait partie intégrante du droit international coutumier. L'article 7 3) du Statut s'applique à tous les actes sanctionnés par les articles 2 à 5, qu'ils aient été commis dans le cadre de conflits armés internationaux ou internes. »<sup>317</sup>

168. Dans une autre affaire, *Hadžihasanović et al.*, l'Accusation fait à l'occasion d'un rectificatif une distinction entre le droit international coutumier et le droit pénal international :

La mention du « droit international coutumier » dans la phrase susmentionnée est fautive et devrait être remplacée par celle du « droit pénal international ». La phrase devrait se lire comme suit :

<sup>314</sup> *Le Procureur c. Anto Furundžija* (*supra*, note 237), par. 177.

<sup>315</sup> *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.* (voir *supra*, note 243), par. 437 (notes de bas de page omises).

<sup>316</sup> S/25704 et S/25704/Corr.1, par. 34.

<sup>317</sup> *Le Procureur c. Sefer Halilović*, affaire n° IT-01-48-T, Jugement, 16 novembre 2005, Chambre de première instance I, par. 55.

« La Chambre de première instance a déterminé que le principe avait évolué pour devenir un principe général du *droit pénal international*, ce qui répond à l'argument de l'Appelant » (nous soulignons).<sup>318</sup>

169. En l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel suggère que les éléments matériels permettant d'établir l'existence d'une règle du droit international coutumier peuvent être les mêmes que ceux permettant d'établir l'existence d'un « principe général » :

Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. [...] Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires<sup>319</sup>.

170. Toutefois, dans l'affaire en question, il est difficile de savoir si, dans le passage ci-après, la Chambre vise la détermination du droit international coutumier ou des principes généraux du droit :

La pratique des États démontre que les principes généraux du droit international coutumier ont également évolué en ce qui concerne les conflits armés internes dans des domaines se rapportant aux méthodes de guerre. En plus des éléments susmentionnés concernant l'interdiction des attaques contre des civils sur le théâtre des hostilités, on peut relever l'interdiction de la perfidie. Ainsi, par exemple, dans une affaire portée devant les tribunaux nigériens, la Cour suprême du Nigéria a soutenu que les rebelles ne peuvent pas donner pour réel leur statut de civils tout en participant à des opérations militaires<sup>320</sup>.

## B. Tribunal pénal international pour le Rwanda

### 1. Sources de droit applicables et terminologie

171. Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda reprend en grande partie le libellé du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, son article 27 (Grâce et commutation de peines) disposant que le Président du Tribunal peut décider des questions de peine notamment sur la base « des principes généraux du droit » :

Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il est emprisonné, cet État en avise le Tribunal international pour le Rwanda. Une grâce ou une commutation de peine n'est accordée que si le Président du Tribunal international pour le Rwanda, en consultation avec les juges, en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit.

<sup>318</sup> *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et al.*, affaire n° IT-01-47-AR72, Corrigendum to the Prosecution's Response to Defence Interlocutory Appeal on Jurisdiction Filed on 9 December 2002, 20 décembre 2002, Chambre d'appel, par. 5.

<sup>319</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, (voir *supra*, note 231), par. 99.

<sup>320</sup> *Ibid.*, par. 125.

172. De plus, comme celui pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Statut du Mécanisme vise les principes généraux du droit de la même manière que l'article 27 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Ainsi, aux termes de l'article 26 du Statut du Mécanisme (Grâce et commutation de peine) : « Il n'est accordé de grâce ou de commutation de peine que si le Président du Mécanisme en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit ».

173. Dans bien des décisions concernant les affaires portées devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda ou le Mécanisme, les « principes généraux du droit » sont mentionnés quand le Statut est cité textuellement<sup>321</sup>. Parfois, néanmoins, il est fait mention des « principes généraux » ou de tel ou tel principe sans qu'il soit fait référence au Statut<sup>322</sup>. Dans d'autres cas, l'on procède à une analyse. Par exemple, en l'affaire *Ntakirutimana*, la Chambre de première instance s'est arrêtée sur les divers principes généraux en matière d'appréciation de la preuve dégagés par le Tribunal dans sa jurisprudence :

En l'espèce, en présence de questions de preuve sur lesquelles le Règlement est muet, la Chambre a appliqué, comme l'y autorise l'article 89 B) du Règlement, les règles d'administration de la preuve qui, selon elle, sont propres à permettre, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, un règlement équitable de la cause. La Chambre a pris en compte la jurisprudence du Tribunal qui a dégagé certains principes généraux en matière d'appréciation de la preuve. Ainsi, le jugement *Akayesu* comporte d'importantes énonciations concernant notamment la valeur probante, le sort réservé aux déclarations de témoins, l'incidence du traumatisme sur les dépositions des témoins, les problèmes liés à l'interprétation du kinyarwanda en français et en anglais et les facteurs d'ordre culturel qui influent sur les témoignages. Des décisions ultérieures, la dernière en date étant le jugement *Bagilishema*, ont développé ces principes sur lesquels la Chambre reviendra selon que de besoin<sup>323</sup>.

174. S'agissant des termes renvoyant aux principes généraux du droit, en certaines occasions, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a expressément utilisé les termes figurant à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En l'affaire *Rwamakuba*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a mentionné les « principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice » lorsqu'il a présenté les moyens du Greffier, lequel faisait valoir que les règles régissant l'indemnisation n'étaient encore envisagées que dans le cadre des principes généraux du droit :

En l'espèce, le Greffier conteste que la Chambre soit habilitée à accorder une indemnisation à André Rwamakuba à raison de la violation de son droit à l'assistance d'un conseil. Il fait valoir que les règles régissant l'indemnisation de ceux dont les droits ont été violés ne sont encore envisagées que dans le cadre

<sup>321</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Obed Ruzindana*, affaire n° MICT-12-10-ES, Decision of the President on the Early Release of Obed Ruzindana, 13 mars 2014, Président du Mécanisme, par. 7 ; *Le Procureur c. Gérard Ntakirutimana*, affaire n° MICT-12-17-ES, version publique expurgée de la décision du Président du Mécanisme du 26 mars 2014 relative à la libération anticipée de Gérard Ntakirutimana, 24 April 2014, par. 6 ; *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana*, affaire n° MICT-13-37-ES.I, Version publique expurgée de la décision du Président relative à la libération anticipée de Ferdinand Nahimana rendue le 22 septembre 2016, 5 décembre 2016, par. 7 et 10.

<sup>322</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23-S, jugement portant condamnation, 4 septembre 1998, Chambre de première instance I, par. 8.

<sup>323</sup> *Le Procureur c. Elizaphan et Gérard Ntakirutimana*, affaires n°s ICTR-96-10 et ICTR-96-17-T, Jugement portant condamnation, 21 février 2003, Chambre de première instance I, par. 32 (notes de bas de page omises).

des principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et ne sont pas encore consacrées dans les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, le droit conventionnel ou le droit coutumier.<sup>324</sup>

175. Toutefois, dans cette décision, la Chambre de première instance a retenu que « comme l'a[vait] rappelé la Chambre d'appel, il exist[ait] un principe fondamental du droit international des droits de l'homme selon lequel toute violation de droits de l'homme ouvr[ait] droit à un recours utile »<sup>325</sup>. Elle a rejeté en outre l'argument du Greffier, suggérant que, parmi les principes généraux de droit, le principe de l'indemnisation en était plus qu'au stade de l'élaboration : « [L]a Chambre n'est pas convaincue par l'argument du Greffier. Tout d'abord, cinq textes internationaux relatifs aux droits de l'homme prévoient expressément le droit à réparation ou restitution<sup>326</sup>[...] Par ailleurs, la Cour antiaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme sont habilitées à accorder une réparation financière aux victimes de violations des droits de l'homme<sup>327</sup> ». La Chambre a conclu ainsi : « La Chambre estime donc qu'on ne peut dire que les règles régissant l'indemnisation de ceux dont les droits ont été violés ne sont qu'en cours d'élaboration en droit international. »<sup>328</sup>

## 2. Origines

176. Le Tribunal a retenu que certains principes généraux du droit trouvaient leur origine dans les systèmes juridiques nationaux et étudié différents systèmes juridiques. Parallèlement, il s'est également fondé sur le droit international et la jurisprudence internationale pour déterminer les principes généraux du droit, en se référant parfois au droit interne<sup>329</sup>.

177. En l'affaire *Bagosora et 28 autres*, le Procureur a fait valoir que, sur la base d'une étude des systèmes juridiques nationaux, il était possible d'établir qu'existait un principe général du droit selon lequel les parties avaient un droit d'appel inaliénable :

[Traduction non officielle] Le Procureur soutient qu'un droit d'appel inaliénable ressort de la pratique des juridictions nationales. Il allègue qu'une étude des droits internes établit l'existence d'un principe général du droit selon lequel, sauf disposition expresse contraire, il peut généralement être appelé des décisions d'une juridiction inférieure. Le Procureur cite les dispositions des codes de procédure pénale des pays de tradition civiliste que sont la France, le Sénégal et l'Allemagne, où la relaxe prononcée par une juridiction inférieure peut toujours faire l'objet d'un appel devant une cour supérieure, ainsi que les recours en *mandamus* et en *certiorari* dans les pays de *common law* que sont les États-Unis et le Royaume-Uni.

<sup>324</sup> *Le Procureur c. André Rwamakuba*, affaire n° ICTR-98-44C-T, Décision relative à la requête de la défense en juste réparation, 31 janvier 2007, Chambre de première instance III, par. 53.

<sup>325</sup> *Ibid.*, par. 16.

<sup>326</sup> *Ibid.*, par. 54 (note de bas de page omise, celle-ci renvoyait notamment au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Comité des droits de l'homme).

<sup>327</sup> *Ibid.*, par. 55.

<sup>328</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>329</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR- 96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, Chambre de première instance I ; *Le Procureur c. Justin Mugenzi et Prosper Mugiraneza*, Decision on Motion for Declaration of Lack of Jurisdiction or, in the Alternative, for Damages, affaire n° MICT-14-75, devant un juge unique du Mécanisme, 23 novembre 2016 ; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999, Chambre de première instance II.

Selon le Procureur, la Chambre d'appel peut, en extrapolant à partir de ces règles, se déclarer compétente en l'espèce. Il soutient que les tribunaux internationaux peuvent appliquer les principes généraux du droit, citant notamment l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et la jurisprudence du TPIY<sup>330</sup>.

178. Toutefois, dans l'affaire susmentionnée, la Chambre d'appel a conclu que les règles citées par le Procureur étaient chacune inscrites dans la loi du pays concerné et les a donc jugées inapplicables en l'espèce<sup>331</sup>.

179. En l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance s'est référée aux systèmes de droit civil, en particulier celui du Rwanda, lorsqu'elle a examiné le concours d'infractions et cherché à savoir s'il existait un principe autorisant les condamnations multiples :

La Chambre relève que dans les systèmes de droit civil, dont celui du Rwanda, la règle du concours idéal d'infractions permet, dans certaines circonstances, des condamnations multiples à raison du même fait. La loi rwandaise autorise les condamnations multiples dans les circonstances ci-après [...] <sup>332</sup>

180. La Chambre de première instance a conclu, sur la base du droit interne et international, qu'un tel principe existait et s'appliquait dans certaines circonstances :

S'inspirant du droit et de la jurisprudence interne et internationaux, la Chambre conclut qu'il est acceptable de convaincre l'Accusé de deux infractions à raison des mêmes faits dans les circonstances ci-après : (1) les infractions comportent des éléments constitutifs différents ; ou (2) les dispositions créant les infractions protègent des intérêts distincts, ou (3) il est nécessaire d'obtenir une condamnation pour les deux infractions pour rendre pleinement compte du comportement de l'Accusé<sup>333</sup>.

181. Dans son analyse des éléments constitutifs de la complicité dans le génocide, en l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a cité les modes de participation du complice ressortant de « la plupart des systèmes juridiques criminels de *Civil Law* » et examiné certains d'entre eux : « [s]'agissant des éléments matériels de la complicité dans le génocide (*Actus reus*), les modes de participation du complice sont, dans la plupart des systèmes juridiques criminels de *Civil Law*, au nombre de trois [...] Il est à noter que le Code pénal rwandais a ajouté deux autres formes de participation [...] »<sup>334</sup>. Dans la citation qui précède, une note de bas de page, omise ici, renvoie plus particulièrement au Code pénal sénégalais et au Nouveau code pénal français<sup>335</sup>. Le Tribunal a poursuivi en ces termes : « Par ailleurs, tout comme les systèmes criminels de la *Civil Law*, ceux connus sous le nom de la *Common Law*, dont notamment le droit anglais, prévoient généralement qu'il n'est pas nécessaire que le complice désire que l'infraction principale soit commise. »<sup>336</sup>

<sup>330</sup> *Procureur c. Bagosora et 28 autres*, affaire ICTR-98-37-A, Arrêt rendu sur la recevabilité de l'appel formé par le Procureur contre la décision d'un juge confirmateur rejetant un acte d'accusation contre Théoneste Bagosora et 28 autres accusés, 8 juin 1998, Chambre d'appel, par. 46 et 47 (notes de bas de page omises).

<sup>331</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>332</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (voir *supra*, note 329), par. 467 (au paragraphe 465 la Chambre s'est également référée à la jurisprudence de la Cour de Cassation française).

<sup>333</sup> *Ibid.*, par. 468.

<sup>334</sup> *Ibid.*, par. 533.

<sup>335</sup> *Ibid.*, note 106.

<sup>336</sup> *Ibid.*, par. 539.

182. S'agissant de l'infraction d'entente en vue de commettre le génocide, en l'affaire *Musema*, la Chambre de première instance a étudié et comparé les systèmes civilistes et de *common law* et abouti à la conclusion suivante :

La Chambre constate que les systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne tendent à considérer l'entente ou *conspiracy* comme une forme particulière de participation criminelle, punissable en tant que tel. Dans les systèmes de tradition romano-continentale, l'entente ou le complot font exception au principe selon lequel la simple résolution criminelle et les actes préparatoires sont généralement considérés comme impunissables. Dans ces derniers systèmes, le complot n'est répréhensible que lorsqu'il vise la commission de quelques crimes considérés comme particulièrement graves, tel que l'atteinte à la sûreté de l'État<sup>337</sup>.

183. À l'issue de l'examen, constatant que les « éléments constitutifs [...] [étaient] très proches » dans les deux systèmes, la Chambre de première instance a défini comme suit la notion d'entente en vue de commettre le génocide :

Le droit dans les systèmes de tradition romano-continentale distingue généralement entre deux types d'*actus reus*, qualifiant deux « niveaux » de complot ou d'entente [...]

Dans les systèmes de tradition anglo-saxonne, l'infraction d'entente est généralement constituée lorsque deux ou plusieurs personnes ont arrêté un accord en vue d'un dessein commun ; ce dessein étant contraire à la loi.

La Chambre remarque que les éléments constitutifs de l'infraction d'entente ainsi définis dans ces deux systèmes pénaux sont proches. Sur la base de ces éléments, la Chambre définit l'entente en vue de commettre le génocide comme une résolution d'agir sur laquelle au moins deux personnes se sont accordées, en vue de commettre un génocide<sup>338</sup>.

184. En l'affaire *Mugenzi et Mugiraneza*, le Mécanisme a pris appui à la fois sur les systèmes internes et internationaux pour statuer que les requérants, tout en s'efforçant de démontrer que de nombreux systèmes internes prévoyaient une indemnisation en cas d'acquiescement, n'étaient pas parvenus à établir l'existence d'une règle contraignante du droit international coutumier ou d'un principe général de droit qui l'aurait implicitement habilité à accorder une telle indemnisation<sup>339</sup>. Selon le Mécanisme, l'observation générale du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le paragraphe 6) de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques venait étayer cette conclusion : « aucune indemnisation n'est due lorsque la condamnation est annulée en appel, c'est-à-dire avant que le jugement ne devienne définitif »<sup>340</sup>.

185. En l'affaire *Bagosora et al.*, la Défense a argué de l'existence d'un « principe général » approuvé par l'Assemblée générale concernant la détention :

La Défense dénonce les conditions de la mise en liberté provisoire prévues par l'Article 65 du *Règlement de procédure et de preuve*, qu'elle juge manifestement excessives. Selon les principes généraux du droit, la détention provisoire doit être l'exception et la liberté la règle. Ce principe, déclare la Défense, a été

<sup>337</sup> *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, jugement et sentence, 27 janvier 2000, Chambre de première instance I, par. 186.

<sup>338</sup> *Ibid.*, par. 189 à 191.

<sup>339</sup> *Le Procureur c. Justin Mugenzi and Prosper Mugiraneza* (voir *supra*, note 329), par. 9 (note de bas de page omise).

<sup>340</sup> *Ibid.*

approuvé lors des délibérations de l'Assemblée générale des Nations Unies [...]»<sup>341</sup>

La Défense a poursuivi en soutenant que « l'Article 65 du Règlement devrait être interprété de la manière la plus large possible afin de cadrer avec les principes définis dans les textes internationaux » et qu'« [e]n conséquence, le Tribunal devrait, en rendant sa décision sur la Requête, écarter les dispositions de l'Article 65 au motif qu'elles [étaient] contraires aux normes du droit international et à la pratique des juridictions des pays civilisés »<sup>342</sup>. La Chambre de première instance a cependant rejeté cet argument, au motif suivant :

Dans la pratique, une fois que le procès de Bagosora a été joint aux autres, les actions de ses coaccusés influent sur les droits de tous les accusés, en vertu du principe procédural du bénéfice de cohésion. [...] En conséquence, on ne doit pas permettre à Bagosora de tirer profit des avantages de la jonction des procès sans l'obliger à en subir les inconvénients<sup>343</sup>.

186. Dans son jugement en l'affaire *Nahimana et al.*, la Chambre de première instance, tout en citant principalement des sources internationales, a également invoqué la jurisprudence des États lorsqu'elle a examiné les « principes cardinaux » relatifs « à l'incitation à la discrimination et à la violence »<sup>344</sup>.

Le droit international protège à la fois le droit de ne pas subir de discrimination et le droit à la liberté d'expression. La Déclaration universelle des droits de l'homme porte en son article 7 que « [t]ous ont droit à une protection égale contre toute discrimination [...] », et en son l'article 19 que « [t]out individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression ». Ces deux principes sont consacrés par des traités internationaux et régionaux, de même que la relation entre ces deux droits fondamentaux qui, dans certains contextes, semblent entrer en conflit et nécessiter une médiation<sup>345</sup>.

La jurisprudence internationale relative à l'incitation à la discrimination et à la violence a dégagé un certain nombre de principes cardinaux qui renseignent utilement sur les facteurs qu'il convient de retenir pour définir les éléments constitutifs de « l'incitation directe et publique à commettre le génocide » s'agissant des *mass media*<sup>346</sup>.

La Chambre retient le droit international, bien développé dans les domaines relatifs à la liberté vis-à-vis de toute discrimination et à la liberté d'expression, comme référence aux fins de l'examen de ces questions, faisant observer que les droits internes varient largement alors que le droit international codifie des normes universelles en voie d'évolution. La Chambre relève que la jurisprudence américaine accepte également les principes fondamentaux posés par le droit international et reconnaît que l'incitation à la violence, les menaces, la diffamation, la publicité mensongère, les atteintes aux bonnes mœurs et la pornographie infantile constituent des formes d'expression qui débordent le champ de la liberté d'expression<sup>347</sup>.

<sup>341</sup> *Le Procureur c. Théoneste Bagosora et autres*, affaire n° ICTR-98-41-T, décision relative à la requête de la défense en demande de mise en liberté, 12 juillet 2002, Chambre de première instance III, par. 7.

<sup>342</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>343</sup> *Ibid.*, par. 18.

<sup>344</sup> *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana et al.*, affaire n° ICTR-99-52-T, jugement et sentence, 3 décembre 2003, Chambre de première instance I, par. 1000.

<sup>345</sup> *Ibid.*, par. 983.

<sup>346</sup> *Ibid.*, par. 1000.

<sup>347</sup> *Ibid.*, par. 1010 (note de bas de page omise).

187. Toujours en l'affaire *Nahimana et al.*, pour statuer que le discours de haine violait « la règle de droit international coutumier » qui interdisait la discrimination, la Chambre de première instance s'est appuyée sur les « principes bien établis en droit interne et international » :

Au regard de principes bien établis en droit interne et international ainsi que de la jurisprudence dans l'affaire *Streicher* (1946) et dans de nombreuses affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales depuis lors, la Chambre considère que le discours de haine qui exprime une discrimination ethnique ou autre viole la règle de droit international coutumier qui interdit la discrimination. Étant donné cette norme, la prohibition de l'apologie de la discrimination et de l'incitation à la violence s'impose d'autant plus que le pouvoir des médias de causer du tort est de plus en plus admis<sup>348</sup>.

188. En l'affaire *Musema*, la Chambre de première instance a considéré « que la position adoptée par la jurisprudence [...] quant au principe de la responsabilité pénale individuelle telle qu'elle se dégage[ait] notamment des Jugements *Akayesu* et *Rutaganda* [était] suffisamment établie et va[lai]t en l'espèce » et remarqué que « le principe de la responsabilité pénale individuelle figurant à l'Article 6 (1) suppos[ait] que la planification ou la préparation du crime débouche effectivement sur sa commission »<sup>349</sup>. Quant à l'origine du principe, la Chambre de première instance a retenu ce qui suit :

Le principe énonçant la responsabilité de commande tire son origine du principe de la responsabilité pénale individuelle telle qu'appliquée par les juridictions de Nuremberg et de Tokyo. Il a été ultérieurement codifié dans l'article 86 du Protocole additionnel I d[u 8 juin] 1977 aux Conventions de Genève de 1949.

[...]

Concernant la question de savoir si la forme de responsabilité pénale individuelle prévue au paragraphe 3 de l'Article 6 du Statut s'applique non seulement aux militaires, mais également aux personnes exerçant une fonction civile, il est important de noter que lors des procès de Tokyo, certaines autorités civiles ont été condamnées pour des crimes de guerre en application de ce principe<sup>350</sup>.

### 3. Reconnaissance

189. Le Tribunal a examiné la reconnaissance dont bénéficiaient les principes généraux du droit, apportée tantôt par l'ensemble des nations tantôt par un groupe de nations, ainsi que celle qui prenait place dans le cadre du système international.

190. En l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a évoqué notamment les « principes reconnus par les systèmes de droit du monde entier » pour poser qu'un témoin avait le droit à un contre-interrogatoire :

La Chambre considère qu'il ne peut attacher de poids à cette allégation de caractère général, visant à jeter le discrédit sur les témoins à charge, pour deux motifs. [...] En ce qui concerne la question de principe, il n'est que justice de donner au témoin accusé par la Défense de mentir la possibilité d'entendre cette allégation et d'y répondre. Il s'agit là d'une règle de la *Common law*, mais

<sup>348</sup> Ibid., par. 1076.

<sup>349</sup> *Le Procureur c. Alfred Musema* (voir *supra*, note 337), par. 113 et 115.

<sup>350</sup> Ibid., par. 128 et 132.

également d'une simple question de justice et d'équité envers les victimes et témoins, principes reconnus par les systèmes de droit du monde entier<sup>351</sup>.

191. En l'affaire *Nshogoza*, la Chambre de première instance a examiné la reconnaissance apportée « par les instruments internationaux ainsi qu'en droit interne » et celle apportée « par les nations modernes » :

[Traduction non officielle] La Défense allègue également que l'action rwandaise contrevient à l'article 9 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*non bis in idem*), en ce que M. Nshogoza est poursuivi à raison d'allégations objet de la présente instance. La Chambre rappelle que le principe *non bis in idem* est un principe général de droit bien établi, en vigueur dans les juridictions internationales et nationales, et reconnu comme tel par les instruments internationaux ainsi qu'en droit interne. Cependant, l'article 9 du Statut du TPIR dispose que le principe *non bis in idem* s'applique spécifiquement aux « faits constituant de graves violations du droit international humanitaire », nul ne pouvant être traduit devant une juridiction nationale « s'il a déjà été jugé pour les mêmes faits par le Tribunal international pour le Rwanda ». M. Nshogoza a été jugé et condamné par cette Chambre pour outrage au Tribunal. Il n'a pas été jugé et condamné pour des violations graves du droit international humanitaire, comme le prévoit l'article 9. Par conséquent, la Chambre ne peut s'autoriser du libellé de l'article pour exercer sa compétence et exiger du Rwanda qu'il renonce aux poursuites sur le fondement de cette disposition. Elle peut, bien entendu et en passant, déclarer que, d'une manière générale, elle s'attend à ce que toute institution judiciaire respecte les principes généraux de droit reconnus par les nations modernes, nonobstant le libellé particulier de l'article 9. Mais il serait présomptueux de supposer que l'article 9 l'habilite à ordonner au Rwanda ou à son appareil judiciaire de respecter les principes généraux du droit<sup>352</sup>.

192. En l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, dans son examen de la notion de génocide, la Chambre de première instance a retenu que la prohibition du génocide était « consacrée par l'Assemblée générale des Nations Unies en tant que principe du droit international » dont l'origine se trouvait surtout dans la jurisprudence et les instruments internationaux, relevant toutefois que le crime de génocide était considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier :

C'est dans le jugement du Tribunal militaire international (Nuremberg) des 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 1946 que le concept du génocide est mis à contribution pour la première fois aux fins de la répression d'actes perpétrés dans l'intention de détruire certains groupes humains. Par suite, la prohibition de ce crime en tant que principe du droit international est consacrée par l'Assemblée générale des Nations Unies. La résolution 260 A) III) du 9 décembre 1948 portant adoption du Projet de Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide cristallise ce principe dans le droit international. Ladite Convention devient par la suite un instrument international de protection des droits de l'homme communément admis. La Chambre relève

<sup>351</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (voir *supra*, note 329), par. 46 (note de bas de page omise) [la Chambre de première instance a cité à cet égard A. Keane, *The Modern Law of Evidence*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford, Butterworth, 1989)]. Voir également *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-T, jugement, 7 juin 2001, Chambre de première instance I, par. 142 et 143.

<sup>352</sup> *Le Procureur c. Léonidas Nshogoza*, affaire n° ICTR-07-91-T, Decision on Defence Request for Order for Cooperation of the Republic of Rwanda and the United Republic of Tanzania, 28 juillet 2009, Chambre de première instance III, par. 10 (notes de bas de page omises). Voir également *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana et al.* (voir *supra*, note 344).

que le crime de génocide est considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier qui, de surcroît, est une norme impérative du droit<sup>353</sup>.

#### 4. Transposition

193. Le Tribunal n'a pas expressément abordé dans sa jurisprudence la question de la transposition, mais a examiné si des principes applicables en droit interne pouvaient valoir en droit international. Par exemple, la Chambre d'appel a estimé que le principe de l'individualisation, appliqué dans les systèmes juridiques internes, était « inapplicable » à une affaire portant sur des « crimes particulièrement odieux » :

Le principe d'individualisation exige que la peine soit prononcée au regard de la situation personnelle de l'accusé et de la gravité du crime commis [...]. Les juridictions internes de certains pays estiment que la possibilité d'être un jour libéré devrait être ouverte à l'accusé même s'il est condamné à l'emprisonnement à vie. Comme l'a déclaré la Cour constitutionnelle allemande [...] Aux yeux de la Chambre d'appel, cette théorie est sans doute digne d'intérêt pour les systèmes de droit interne, où elle pourrait « en principe » être mise en pratique. Elle est toutefois inapplicable à une situation telle qu'en l'espèce où des crimes particulièrement odieux ont été commis. La Chambre de première instance a par exemple pris en considération le fait que l'attaque avait été lancée contre un lieu « universellement reconnu comme étant un sanctuaire, le complexe paroissial de Gikomero », et que « [d]e nombreuses personnes [avaient] été massacrées ». La Chambre d'appel juge par conséquent sans fondement l'argument de l'appelant tendant à établir que la peine qui lui a été imposée en l'espèce a été « prononcée de façon purement mécanique, sans qu'il soit tenu compte des particularités des faits de la cause »<sup>354</sup>.

#### 5. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international

194. Le Tribunal n'a procédé dans sa jurisprudence à aucune analyse détaillée des fonctions des principes généraux du droit et de leurs relations avec d'autres sources du droit international.

195. En l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a attribué des fonctions distinctes au droit international coutumier et aux principes généraux du droit lorsqu'elle a examiné l'article 3 commun, indiquant que cet article relevait à la fois du droit international coutumier et « de principes et de normes généraux relatifs aux conflits armés internes », ces derniers toutefois « couvr[ant] l'article 3 commun mais [ayant] également une portée plus large » que ceux du droit international coutumier :

Il est clair aujourd'hui que l'article 3 commun a acquis le statut de règle du droit coutumier en ce sens que la plupart des États répriment dans leur code pénal des actes qui, s'ils étaient commis à l'occasion d'un conflit armé interne, constitueraient des violations de l'article 3 commun. La Chambre de première instance du TPIY a également estimé dans le jugement *Tadić* que l'article 3 du Statut du TPIY (coutumes de la guerre) [...] comprenait le régime de protection établi aux termes de l'article 3 commun applicable aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, suivant en cela la Chambre d'appel du TPIY qui avait jugé que l'article 3 commun faisait sans aucun doute partie du droit international coutumier et qu'il existait un ensemble de principe et de

<sup>353</sup> *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (voir *supra*, note 329), par. 88.

<sup>354</sup> *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, affaire n° ICTR-99-54A-A, jugement, 19 septembre 2005, Chambre d'appel, par. 357 (notes de bas de page omises).

normes généraux relatifs aux conflits armés internes qui couvrent l'article 3 commun mais qui ont également une portée plus large<sup>355</sup>.

## C. Cour pénale internationale

### 1. Sources de droit applicables et terminologie

196. Les principes généraux du droit occupent une place particulière dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale parce que le Statut de Rome énonce les sources de droit applicables à la Cour à son article 21 (droit applicable), un ordre de priorité les hiérarchisant, et d'une manière qui établit une différence entre les principes généraux du droit dégagés du droit national [art. 21, par. 1 c)] et ceux issus du droit international [art. 21, par. 1 b)]. L'article 21 est libellé comme 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.

2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

197. De plus, le chapitre 3 du Statut de Rome intitulé « Principes généraux du droit pénal » expose les principes suivants au titre dudit chapitre : *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, non-rétroactivité *ratione personae*, responsabilité pénale individuelle, incompétence à l'égard des personnes de moins de 18 ans, défaut de pertinence de la qualité officielle, responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques, imprescriptibilité, élément psychologique, motifs d'exonération de la responsabilité pénale, erreur de fait ou erreur de droit, et ordre hiérarchique et ordre de la loi.

198. La terminologie employée au regard des principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale présente diverses formes mais se fonde souvent sur le libellé de l'article 21 tel qu'indiqué ci-dessus<sup>356</sup>.

### 2. Origines

199. La Cour pénale internationale s'est référée à plusieurs occasions aux principes généraux du droit représentant les systèmes juridiques nationaux du monde, invoquant souvent les systèmes juridiques de certains pays ou des groupes de systèmes juridiques et le faisant souvent en référence à l'article 21, paragraphe 1 c),

<sup>355</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, (voir *supra*, note 329), par. 608 (notes de bas de page omises).

<sup>356</sup> Voir, par exemple : Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, 10 février 2006, Chambre préliminaire I, par. 42.

du Statut de Rome<sup>357</sup>. La Cour pénale internationale a également fait référence, d'une manière générale, aux principes généraux du droit national ou international, aux principes généraux du droit international, aux principes généraux du droit public international, et aux principes établis du droit international, à l'appui desquels elle a souvent renvoyé, entre autres, à la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux<sup>358</sup>.

200. S'agissant des systèmes juridiques nationaux, dans l'affaire *Muthaura et al.*, la Chambre préliminaire a statué que l'examen de cinq systèmes juridiques nationaux ne serait pas suffisant pour en dégager un principe général du droit, « même à supposer qu'il y ait un vide juridique dans le Statut et les règlements, on ne saurait dégager un principe général du droit à partir de l'examen de seulement cinq systèmes juridiques nationaux, dont les pratiques ne sont même pas uniformes »<sup>359</sup>. La Chambre d'appel, dans cette affaire, a également noté que, comme le Procureur n'a pas fait valoir que l'article 21, paragraphe 1 c) s'appliquait « dans les circonstances actuelles ou que la jurisprudence invoquée [devait] être considérée comme établissant un principe général du droit “dégag[é] par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde” », la jurisprudence citée par le Procureur n'était pas utile<sup>360</sup>.

201. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire a examiné la pratique du récolement de témoins en référence à l'article 21, paragraphe 1 c), du Statut de Rome<sup>361</sup>, s'agissant de savoir si un certain volet de la définition du récolement de témoins pourrait « être englobé, en vertu de l'article 21-1-c du Statut, dans un principe

<sup>357</sup> Voir, par exemple : Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision levant l'interdiction des contacts et des communications entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, affaire n° ICC-01/04-01/07, 13 mars 2008, Chambre préliminaire, p. 12 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour, 8 novembre 2006, Chambre préliminaire, par. 35 à 42 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 30 novembre 2007, Chambre de première instance I, par. 41.

<sup>358</sup> Voir, par exemple : Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation, 17 avril 2014, Chambre de première instance V, par. 74 à 87 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Judgment on the Appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled « Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterisation of the Facts May Be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court », 8 décembre 2009, Chambre d'appel, par. 80 et 81 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, Decision on the Prosecution's Request for Admission of Documentary Evidence, 10 juin 2014, Chambre de première instance V, par. 15 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled « Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute », 8 mars 2018, Chambre d'appel, par. 144 à 148 et 178.

<sup>359</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et al.*, affaire n° ICC-01/09-02/11, Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un Conseil de la Défense, 20 juillet 2011, Chambre préliminaire II, par. 27.

<sup>360</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et al.*, affaire n° ICC-01/09-02/11 OA 3, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II intitulée « Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense », 10 novembre 2011, Chambre d'appel, par. 62.

<sup>361</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour (voir *supra*, note 362), par. 9 et 28.

général du droit dégagé par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales de la République démocratique du Congo »<sup>362</sup>. Relevant d'entrée de jeu qu'en la matière, ce volet « est appréhendé[e] de manières très différentes d'un système national à l'autre », la Chambre préliminaire a ensuite examiné de quelle manière il était appréhendé dans différents systèmes, faisant observer que la pratique du récolement de témoins

serait contraire à la déontologie ou à la loi dans nombre de pays aussi différents les uns des autres que le Brésil, l'Espagne, la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Écosse, le Ghana, l'Angleterre et le pays de Galles ou encore l'Australie, tandis que dans d'autres pays, en particulier aux États-Unis d'Amérique, la pratique du récolement de témoins de la manière proposée par l'Accusation est bien acceptée<sup>363</sup>.

La Chambre a conclu que le volet de la définition du récolement de témoins en question « n'est reconnu par aucun principe général du droit pouvant être dégagé à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde »<sup>364</sup>.

202. Dans l'affaire *Lubanga*, également à propos de la pratique du récolement de témoins, la Chambre de première instance a estimé que l'existence de cette pratique dans deux systèmes juridiques relevant de la *common law* s'avérait pareillement insuffisante, notant en outre qu'il n'avait pas été fait mention des systèmes romano-germaniques :

Bien que cette pratique [du récolement de témoins] soit admise dans une certaine mesure dans deux systèmes juridiques – relevant tous deux de la *common law* –, cela ne suffit pas pour conclure qu'il existe un principe général fondé sur une pratique établie dans des systèmes juridiques nationaux. La Chambre de première instance note que les arguments invoqués par l'Accusation s'agissant des jurisprudences nationales ne comprenaient aucune référence tirée de la tradition juridique romano-germanique<sup>365</sup>.

203. Dans l'affaire *Lubanga*, aux fins de l'examen du « principe » de l'abus de procédure dans le contexte de la suspension des procédures, la Chambre d'appel s'est penchée sur les décisions de justice prises par les tribunaux nationaux, mais a observé des divergences et a donc conclu que « le pouvoir de suspendre une procédure pour abus de procédure [...] n'est généralement pas reconnu comme indispensable à un tribunal, en tant qu'attribut indissociable du pouvoir judiciaire »<sup>366</sup>.

204. Dans l'affaire relative à la *Situation en République démocratique du Congo*, la Chambre d'appel a examiné l'avis du Procureur, selon lequel un principe général de droit pourrait être considéré comme comblant un vide juridique concernant l'examen d'une décision excluant la possibilité d'interjeter appel<sup>367</sup>. Dans son examen, la

<sup>362</sup> Ibid., par. 35.

<sup>363</sup> Ibid., par. 36 et 37 (note omise).

<sup>364</sup> Ibid., par. 42.

<sup>365</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial (voir *supra*, note 362), par. 41 (note omise).

<sup>366</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06 (OA4), Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006, Chambre d'appel, par. 35.

<sup>367</sup> Cour pénale internationale, *Situation en République démocratique du Congo*, affaire n° ICC-01/04, 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, Chambre d'appel, par. 21 à 27.

Chambre a pris note d'un ensemble de systèmes juridiques présentés par le Procureur en la matière, y compris des systèmes de tradition romano-germanique, relevant de la *common law* ainsi que du droit islamique, constatant, toutefois, « qu'il n'existe 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 pas été universellement adopté »<sup>368</sup>.

205. La Chambre d'appel a également expliqué que les lois nationales applicables au regard de l'article 21 ne font référence à aucune loi nationale particulière. La Cour a déclaré que

si, conformément à l'article 21 c) du Statut, la Cour peut appliquer (exclusivement à un titre subsidiaire) « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde », aucune loi nationale particulière ne fait partie du droit applicable en vertu de l'article 21 du Statut<sup>369</sup>.

Par conséquent, dans l'affaire *Bemba et al.*, la Chambre d'appel, « rappelant que la Cour ne peut appliquer que les sources de droit énumérées à l'article 21 du Statut, [...] [a estimé] que la tentative de M. Kilolo visant à importer certains principes nationaux prévoyant une exception de fraude au privilège ne présentait aucune utilité »<sup>370</sup>.

206. De même, dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire a fait observer que le fait de recourir aux principes généraux du droit ne revient pas au fait d'être lié par des jurisprudences nationales, étant donné que si, « selon l'article 21-1-c du Statut, elle doit appliquer, à défaut, les principes généraux de droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales », en revanche, « cela étant, [la Chambre] estime que la Cour n'est pas liée par les décisions rendues par des juridictions nationales en matière d'administration de la preuve »<sup>371</sup>.

207. La Cour pénale internationale a fait quelquefois référence à ce qu'elle a appelé « les principes généraux du droit international ». Dans un cas, la Chambre de première instance a défini ce qu'elle appelait « les principes généraux du droit international » comme « incluant ceux dégagés à partir des lois nationales » pour autant qu'il était possible de tenir compte de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, entre autres, pour définir de tels principes. La Chambre de première instance s'est prononcée comme suit<sup>372</sup> :

[...] la Cour internationale de Justice a pris soin de réaffirmer – ce qui revêt une importance certaine pour la question sur laquelle doit statuer à présent la Chambre de première instance – le principe général du droit international suivant relatif aux « pouvoirs implicites » des « organisations internationales » en général [...].

<sup>368</sup> Ibid., par. 25 à 27 et 32.

<sup>369</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba et al.*, affaire n° ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5, Judgment on the Appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the Decision of Trial Chamber VII entitled « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute », 8 mars 2018, Chambre d'appel, par. 291.

<sup>370</sup> Ibid., par. 434.

<sup>371</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, Chambre préliminaire, par. 69.

<sup>372</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang* (voir *supra*, note de bas de page 3), par. 65 à 67.

Et, dans les *Affaires des essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a directement réaffirmé le principe des pouvoirs implicites dans le contexte des cours et tribunaux internationaux [...]

[...]

[...] le principe général du droit international réaffirmé dans les *Affaires des essais nucléaires* et la jurisprudence examinée ci-dessus s'étaient depuis longtemps cristallisés de la manière présentée ci-après. Une institution internationale – en particulier, un tribunal international – est réputée disposer de tels pouvoirs implicites qui sont essentiels à l'exercice de sa compétence en première instance ou de l'accomplissement de ses attributions et fonctions essentielles.

En effet, le principe général du droit international a été reconnu en tant que tel par les juristes les plus éminents – et bien avant la création de la Cour internationale de Justice<sup>373</sup>.

208. Après avoir procédé à l'identification du « principe général du droit international » susmentionné, la Chambre de première instance a ensuite utilisé ce principe à l'appui de son raisonnement et pour justifier sa compétence en matière d'assignation de témoins à comparaître :

À lui seul, ce principe des pouvoirs implicites, en tant que principe général du droit international, suffit à justifier la compétence accessoire d'une Chambre de première instance de la Cour pénale internationale en matière d'assignation de témoins à comparaître. Il n'est donc pas utile de continuer à tergiverser sur la portée de toute disposition du Statut de Rome qui n'exclut pas expressément et clairement la possibilité d'accorder ce pouvoir de manière implicite<sup>374</sup>.

209. Dans un arrêt rendu dans l'affaire relative à la *Situation en Ouganda*, la Chambre préliminaire a fait mention d'« un principe fondamental et bien connu »<sup>375</sup> et d'« un principe établi du droit international »<sup>376</sup> concernant la compétence des organes judiciaires, principe qui trouve son origine et que l'on retrouve dans la jurisprudence et les instruments des cours et tribunaux internationaux :

Selon un principe fondamental et bien connu, tout organe judiciaire, y compris tout tribunal international, conserve le pouvoir et le devoir de déterminer les limites de sa juridiction et de ses compétences. Un tel pouvoir et un tel devoir, que l'on appelle communément « Kompetenz-Kompetenz » en allemand et « compétence de la compétence » en français, sont clairement établis à l'article 36, paragraphe 6 du Statut de la Cour internationale de Justice, en vertu duquel « en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ». Ce principe a été énoncé à plusieurs reprises par la Cour internationale de Justice [...]

[...] et a également été affirmé par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans une décision qui fait date, à savoir son « arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence » dans l'affaire *Tadic*.

<sup>373</sup> Ibid., par. 77 et 78 et 81 et 82.

<sup>374</sup> Ibid., par. 87.

<sup>375</sup> Cour pénale internationale, *Situation en Ouganda (Le Procureur c. Joseph Kony et Vincent Otti)*, affaire n° ICC-02/04-01/05, Decision on the Prosecutor's Application that the Pre-Trial Chamber Disregard as Irrelevant the Submission Filed by the Registry on 5 December 2005, 9 mars 2006, par. 22.

<sup>376</sup> Ibid., par. 35.

[...]

[...] En effet, selon un principe établi du droit international, toute organisation internationale « doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne pas expressément énoncés [...], lui sont, par une conséquence nécessaire, conférés en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci ». Un tel principe, énoncé par la Cour internationale de Justice dès 1949, est généralement désigné sous l'expression de la doctrine des « pouvoirs implicites » ou « des pouvoirs inhérents » et a été également appliqué par la Cour internationale de Justice aux organes d'une organisation internationale<sup>377</sup>.

210. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre d'appel s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) aux fins d'identifier « le principe général qui peut être tiré de ces affaires, à savoir que la notification à l'accusé d'une requalification juridique à un stade tardif de la procédure n'emporte pas, en soi, violation du droit à un procès équitable » :

Les droits de l'homme internationalement reconnus n'exigent pas que cette disposition légale soit interprétée différemment. Les affaires de la CEDH auxquelles la Chambre de première instance a fait référence révèlent que des modifications de la qualification juridique des faits peuvent être considérées à des stades tardifs de la procédure, y compris au stade de l'appel ou dans le cadre de recours devant les plus hautes juridictions nationales, sans que cela soit nécessairement source d'iniquité. [...]

La Chambre d'appel a examiné les arguments de M. Katanga concernant la jurisprudence de la CEDH mais ne les a pas trouvés convaincants. Aucun d'eux n'affaiblit le principe général qui peut être tiré de ces affaires, à savoir que la notification à l'accusé d'une requalification juridique à un stade tardif de la procédure n'emporte pas, en soi, violation du droit à un procès équitable<sup>378</sup>.

211. La Chambre de première instance a également examiné « les principes généraux du droit national ou international visés par l'article 21 du Statut » concernant l'admission des éléments de preuve, y faisant également référence sous la dénomination de « principes juridiques généralement acceptés » :

Dans ce contexte, la Chambre considère que la règle générale de l'admissibilité peut être simplement formulée de la manière suivante : tous les éléments de preuve *prima facie* pertinents sont admissibles sous réserve de l'exclusion par la Chambre d'un élément de preuve pertinent en vertu de dispositions du Statut de Rome ou de principes généraux du droit national ou international applicables conformément à l'article 21 du Statut. [...] En outre, [...] l'élément de preuve doit également présenter des indices de fiabilité, et notamment d'authenticité, qui soient suffisants compte tenu des circonstances conformément aux principes juridiques généralement acceptés<sup>379</sup>.

<sup>377</sup> Ibid., par. 22 et 23 et 35 (notes omises). Voir également Cour pénale internationale, *Demande relevant de la norme 46-3 du Règlement de la Cour*, affaire n° ICC-RoC46(3)-01/18, Decision on the « Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute », 6 septembre 2018, Chambre préliminaire, par. 29 à 33 ; *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang* (voir *supra*, note 363), par. 83 à 87, 94 et 104.

<sup>378</sup> Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07 OA 13, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue par la Chambre de première instance II le 21 novembre 2012 intitulée « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés », 27 mars 2013, Chambre d'appel, par. 93 et 94 (note omise).

<sup>379</sup> *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Decision on the Prosecution's Request for Admission of Documentary Evidence (voir *supra*, note 363), par. 15.

212. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre d'appel a fait référence à ce qu'elle a appelé « le principe général de droit public international », en matière de réparations, en référence, entre autres, à la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant l'identification de ce principe :

L'important, comme il a été noté ci-dessus s'agissant du premier motif d'appel de M. Katanga, c'est que l'objectif des réparations est de réparer le préjudice infligé aux victimes. Ceci correspond au principe général de droit public international suivant lequel les réparations devraient, dans la mesure du possible, tenter de restaurer le *statu quo ante*. Pour ces raisons, la Chambre d'appel conclut que, en principe, la question de savoir si d'autres individus peuvent également avoir contribué au préjudice résultant des crimes pour lesquels la personne a été condamnée n'est pas pertinente pour la responsabilité de la personne condamnée à réparer ce préjudice<sup>380</sup>.

### 3. Reconnaissance

213. Comme il ressort de la sous-section 2 ci-dessus, dans sa jurisprudence, la Cour pénale internationale a déterminé qu'il ne suffisait pas que cinq juridictions nationales reconnaissent un principe pour considérer celui-ci comme un principe général du droit, notant qu'on « ne saurait dégager un principe général du droit à partir de l'examen de seulement cinq systèmes juridiques nationaux, dont les pratiques ne sont même pas uniformes »<sup>381</sup>.

214. En outre, la Chambre d'appel a jugé que l'uniformité de la reconnaissance pouvait être importante dans le contexte d'un argument soulevé par le Procureur concernant « l'existence supposée d'un principe général du droit interdisant aux anciens procureurs de rejoindre la défense immédiatement après avoir quitté leurs fonctions » : « Sans vouloir définir en détail les conditions requises pour établir un principe général du droit, la Chambre d'appel note que la pratique des cinq pays auxquels a fait référence le Procureur n'est pas uniforme. En particulier, comme le concède le Procureur, la pratique de l'un de ces pays (le Royaume-Uni) semble être contraire à celle invoquée par le Procureur. »<sup>382</sup>

215. En outre, la Chambre préliminaire a mis l'accent sur la reconnaissance « dans différents systèmes juridiques ». Elle a en effet souligné que le principe selon lequel les parties à un procès devaient respecter les décisions judiciaires était également un principe de droit reconnu dans différents systèmes juridiques et qu'il s'appliquait à toutes les phases de la procédure engagée devant la Cour, citant en note de bas de page la législation et la jurisprudence de la France, du Nigéria, des États-Unis et de l'Inde, ainsi que le Statut de la Cour internationale de Justice, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence

<sup>380</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled « Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute » (voir *supra*, note 363) par. 178 (note omise).

<sup>381</sup> *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et al.* (voir *supra*, note 359), par. 27. Voir aussi *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès (voir *supra*, note 357), par. 41.

<sup>382</sup> *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, affaire n° ICC-02/05-03/09 OA, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber IV of 30 June 2011 entitled « Decision on the Prosecution's Request to Invalidate the Appointment of Counsel to the Defence », 11 novembre 2011, Chambre d'appel, par. 33 (note de bas de page omise).

du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal spécial pour le Liban<sup>383</sup>.

216. Dans l'affaire *Ruto et Sang*, la Chambre de première instance se réfère à la reconnaissance en ces termes : « reconnus par les nations civilisées et qui servent de source de loi » (« seront aussi considérés tous comportements qui pourraient représenter... qui pourraient... de ce type comme étant des outrages à la Cour au titre du droit international et des principes de droit généraux tels qu'ils sont reconnus par les nations civilisées et qui servent de source de loi applicable en l'espèce... dans cette... devant cette Cour au titre de l'article 21 de ce... notre Statut »)<sup>384</sup>.

#### 4. Transposition

217. La Cour pénale internationale n'a pas fait de référence expresse à la transposabilité dans l'ordre juridique international des principes généraux du droit appliqués dans les systèmes juridiques nationaux. Dans l'affaire *Bemba et al.*, se référant à la « tentative d'invoquer certains principes internes » et rappelant que « la Cour pouvait uniquement appliquer les sources de droit énumérées à l'article 21 du Statut », la Chambre d'appel a considéré que la tentative faite par M. Kilolo d'invoquer certains principes internes prévoyant une « exception d'infraction ou de fraude » au privilège était infondée<sup>385</sup>.

#### 5. Fonctions et relations avec d'autres sources du droit international

##### a) Fonctions

218. La Cour pénale internationale a souvent appliqué des principes généraux du droit à titre de source de droit international de dernier ressort pour combler les vides juridiques<sup>386</sup>. On peut citer comme exemple l'affaire *Katanga*, dans laquelle la Chambre de première instance a établi ce qui suit : « la Chambre n'appliquera [...] les sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut que lorsqu'elle constatera qu'il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement »<sup>387</sup>. La Cour s'est dans certains cas prêtée à l'exercice de déterminer s'il existait un vide juridique, parvenant dans un cas à la conclusion suivante : « la Chambre estime qu'il n'y a à cet égard pas de vide juridique qu'il faudrait combler en se référant aux sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut »<sup>388</sup>. De même, dans l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance a déclaré que la fonction des principes généraux du droit était de fournir une source de droit subsidiaire lorsqu'il y avait un vide juridique dans le Statut, l'article 21 fixant une « hiérarchie des sources » :

La Chambre tient à souligner que l'article 21 du Statut établit une hiérarchie des sources du droit applicable et que, dans toute décision qu'elle est appelée à

<sup>383</sup> *Situation sur les navires battant pavillon comorien, grec et cambodgien*, affaire n° ICC-01/13, Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros », 15 novembre 2018, Chambre préliminaire I, par. 107 (notes de bas de page omises).

<sup>384</sup> *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, transcription du procès, 18 septembre 2013, lignes 16 à 20.

<sup>385</sup> *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba et al.* (voir *supra*, note 369), par. 434.

<sup>386</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire n° ICC-01/05-01/08, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, Chambre de première instance III, par. 69-71 ; *Situation en République du Kenya*, affaire n° ICC-01/09, Decision on the « Victims' Request for Review of Prosecution's Decision to Cease Active Investigation », 5 novembre 2015, Chambre préliminaire II, par. 16 à 18.

<sup>387</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, Chambre de première instance II, par. 39 (note de bas de page omise).

<sup>388</sup> *Situation en République du Kenya* (voir *supra*, note 386), par. 18.

rendre, elle se doit de faire application, « en premier lieu », des dispositions pertinentes du Statut. Compte tenu de la hiérarchie ainsi instaurée, la Chambre n'appliquera dès lors les sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut que lorsqu'elle constatera qu'il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement.

La Chambre considère [...] ne pas avoir à faire application [...] des sources de droit subsidiaires visées aux articles 21-1-b et 21-1-c dudit Statut [...]

Enfin, ainsi que le prévoit l'article 21-2 du Statut, la Chambre pourra aussi faire application des principes et des règles de droit tels qu'ils ont été définis dans les décisions antérieures des chambres préliminaires et de première instance de la Cour ainsi que dans les arrêts de la Chambre d'appel<sup>389</sup>.

219. Lorsqu'elle a examiné et rejeté un argument en faveur de l'application des principes généraux du droit dans l'affaire *Situation en République du Kenya*, la Chambre préliminaire a également jugé qu'elle pouvait se fonder sur ces principes en cas de vide juridique dans le Statut, mais qu'en l'espèce, le Statut réglementait déjà la question :

[...] les Victimes font valoir que le contrôle judiciaire d'un défaut d'enquête ou de poursuites est prévu par un principe général du droit applicable en vertu de l'article 21-1-c du Statut et est également compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus conformément à l'article 21-3 du Statut.

La Chambre rappelle que l'article 21 du Statut a pour objet de réglementer les sources de droit applicables par la Cour et d'établir une hiérarchie entre ces sources. L'alinéa a) du paragraphe 1) dudit article dispose expressément que le Statut est la première source de droit. Les sources de droit subsidiaires mentionnées aux alinéas b) et c) ne peuvent être appliquées qu'en cas de vide juridique dans le Statut ou le Règlement, comme l'a établi la Chambre d'appel.

La Chambre note que l'article 53 du Statut régit en détail sa compétence pour ce qui est d'examiner la façon dont la Procureure exerce ses pouvoirs en ce qui concerne les enquêtes et les poursuites, ainsi que les limites de l'exercice de cette compétence. Par conséquent, la Chambre estime qu'il n'y a à cet égard pas de vide juridique qu'il faudrait combler en se référant aux sources de droit subsidiaires visées aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut<sup>390</sup>.

220. La Cour pénale internationale a également évoqué, au titre du paragraphe 2 de l'article 27 de son Statut, les « principes du droit international » consacrés par le Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg) et reconnus par la Commission, ainsi que le droit international coutumier :

Il convient de noter que le paragraphe 2 de l'article 27 du Statut est une disposition claire en droit conventionnel, mais relève aussi du droit international coutumier. À cet égard, la Chambre d'appel note tout d'abord l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg [...]

Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a confirmé les « principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et par l'arrêt de cette Cour » et a invité la Commission du droit international, nouvellement créée, à « considérer comme une question d'importance capitale les projets visant à formuler [...] les principes [qui y étaient] reconnus ». La

<sup>389</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga* (voir *supra*, note 387), par. 39, 40 et 42 (notes de bas de page omises).

<sup>390</sup> *Situation en République du Kenya* (voir *supra*, note 386), par. 16 à 18 (note de bas de page omise).

Commission du droit international a par la suite formulé les Principes de Nuremberg [...]

Le même principe figure à l'article 3 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission<sup>391</sup>.

221. La Chambre d'appel a estimé qu'elle n'avait pas le même besoin de s'appuyer sur les principes généraux du droit que, par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire *Lubanga*, elle a déclaré ce qui suit :

Ensuite, il y a lieu de souligner que les instruments juridiques du TPIY ne contiennent aucune disposition semblable à la norme 55. C'est la raison pour laquelle, dans le jugement *Kupreškić*, les juges se sont posé la question de savoir s'il était possible de combler cette lacune des textes juridiques du TPIY en se référant à un principe général du droit ; ils ont conclu qu'il n'existait « aucun principe général de droit pénal commun aux principaux systèmes juridiques du monde » régissant la modification de la qualification juridique des faits. À la Cour, la situation est différente. Les juges de la Cour ont adopté la norme 55 dans le cadre du Règlement de la Cour. Il n'est donc pas nécessaire de se référer aux principes généraux de droit pour conclure qu'il est possible ou non de modifier la qualification juridique des faits.

La Chambre d'appel n'est donc pas convaincue par l'argument de Thomas Lubanga Dyilo selon lequel la norme 55 ne devrait pas être appliquée au motif qu'elle serait incompatible avec les principes généraux du droit international<sup>392</sup>.

222. La Chambre préliminaire a également interprété que les alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome pouvaient être appliqués « si nécessaire », notant que l'application de ces éléments était aussi étayée par les principes et règles du droit international applicables :

Considérant que le Statut est, par nature, un traité international, la Chambre appliquera les critères d'interprétation fixés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (en particulier les critères relatifs à la lettre, au contexte et à la finalité) afin de déterminer le seuil de gravité visé à l'alinéa d) du paragraphe 1) de l'article 17 du Statut. Conformément aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut, la Chambre appliquera également, si nécessaire, « les traités applicables et les principes et règles du droit international » et les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde ».

L'application de ces éléments est aussi étayée par les principes et règles du droit international applicable<sup>393</sup>.

## b) Relations avec d'autres sources du droit international

223. Conformément au Statut de Rome, les principes généraux du droit ont souvent été présentés par la Cour pénale internationale comme des sources de droit subsidiaires appliquées lorsque les instruments de cette dernière ou le droit conventionnel et les « principes et règles du droit international » ne permettaient pas

<sup>391</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, 6 mai 2019, Chambre d'appel, par. 103 à 105 (notes de bas de page omises).

<sup>392</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (voir *supra*, note 358), par. 80 et 81 (note de bas de page omise).

<sup>393</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (voir *supra*, note 356), par. 42 (note de bas de page omise) et 55.

de régler la question<sup>394</sup>, comme, dans l'affaire *Katanga*, où la Chambre d'appel a établi ce qui suit :

Il conviendra, pour la Chambre, lorsque les textes fondateurs ne résolvent pas précisément telle ou telle question, de se référer, notamment, au droit conventionnel et coutumier humanitaire ainsi qu'aux principes généraux du droit. À cette fin, elle pourra, par exemple, être conduite à faire référence à la jurisprudence élaborée en ce domaine par les tribunaux ad hoc comme par d'autres cours<sup>395</sup>.

224. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de première instance a déclaré qu'il était généralement admis que l'expression « les principes et règles du droit international », visée à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 21, faisait référence au droit international coutumier :

Les alinéas b) et c) de l'article 21-1 énoncent les « sources de droit subsidiaires », auxquelles il peut être recouru en cas de vide juridique dans les dispositions écrites des sources mentionnées à l'alinéa a). Aux termes de l'article 21-1-b, la Chambre peut appliquer, 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 ».

Il est généralement admis que l'expression « les principes et règles du droit international » fait référence au droit international coutumier. Lorsque c'était pertinent et utile, la Chambre s'est ainsi appuyée, pour identifier ces principes et règles, sur la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux, en particulier la Cour internationale de Justice (CIJ)<sup>396</sup>.

225. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de première instance a ajouté ce qui suit :

À défaut de dispositions pertinentes dans les sources primaires de droit énumérées à l'alinéa a) de l'article 21-1 ou dans les sources subsidiaires énumérées à son alinéa b), l'alinéa c) autorise la Chambre à appliquer « 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 »<sup>397</sup>.

En outre, la Chambre de première instance a estimé qu'elle pouvait appliquer « les principes et règles de droit tels qu'énoncés dans les décisions antérieures de la Cour » et ainsi « fonder ses décisions sur sa jurisprudence antérieure, ou sur celle d'autres chambres de la Cour »<sup>398</sup>.

226. Dans l'affaire *Muthaura et al.*, la Chambre d'appel a confirmé que les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut étaient une source de droit subsidiaire à laquelle il pouvait être fait référence si les sources de droit visées aux alinéas a) et b) ne régissaient pas la question à l'examen, et, enfin, que l'alinéa c), du fait de l'expression « selon qu'il convient » qui y était employée,

<sup>394</sup> Statut de Rome, qui dispose que « [à] défaut, les principes généraux du droit [...] » [art. 21, par. 1 c)].

<sup>395</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga* (voir *supra*, note 387), par. 47.

<sup>396</sup> *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo* (voir *supra*, note 386), par. 69 et 71 (notes de bas de page omises). Dans une note de bas de page au sujet de la Cour internationale de Justice, la Chambre de première instance a déclaré ce qui suit : « La CIJ joue un rôle d'autant plus notable à cet égard que l'article 38-1-b de son Statut retient entre autres sources primaires du droit applicable "la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit" ».

<sup>397</sup> *Ibid.*, par. 73.

<sup>398</sup> *Ibid.*, par. 74.

permettait à la Cour de dégager ces principes généraux à partir des lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, mais ne lui imposait pas de le faire ; elle n'était donc pas tenue d'appliquer la loi kényane en l'espèce<sup>399</sup>.

227. I.A.15. Dans l'affaire *Ruto et Sang*, la Chambre de première instance a estimé qu'un principe général du droit international suffisait à justifier sa compétence, déclarant ce qui suit : « Invoqué isolément, le principe des pouvoirs implicites, à titre de principe général du droit international, suffit amplement à justifier la compétence incidente d'une chambre de première instance de la CPI d'appeler des témoins à comparaître. » Elle a également déclaré qu'il n'était pas nécessaire de se référer au Statut : « Il n'est donc pas nécessaire de se torturer l'esprit sur l'objet d'une disposition du Statut de Rome qui n'exclut pas expressément et clairement la possibilité de conclure à l'existence implicite du pouvoir. »<sup>400</sup> Dans la même affaire, la Chambre d'appel a toutefois considéré que l'on ne pouvait recourir aux principes généraux du droit que lorsqu'un vide juridique existait :

[I]l serait erroné d'examiner l'application du concept des « pouvoirs implicites » ou de la « procédure pénale internationale coutumière » pour ce qui est de la question de savoir si la Chambre de première instance est compétente pour appeler un témoin à comparaître devant la Cour dans les cas où le cadre juridique de la Cour offre un fondement juridique probant. En effet, comme l'a déjà fait valoir la Chambre d'appel, le recours à d'autres sources de droit n'est possible qu'en cas de vide juridique, conformément au paragraphe 1 de l'article 21 du Statut [...] Comme expliqué ci-après, la Chambre d'appel est d'avis qu'il n'y a pas de vide juridique en ce qui concerne l'interprétation des questions contestées. Elle n'examinera donc pas plus avant la question [...]<sup>401</sup>

228. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre d'appel a discuté du principe *ultra petita* comme d'un éventuel principe général du droit, mais a établi que d'autres sources existaient déjà sur la question en cause :

La Chambre d'appel rappelle que, en vertu de l'article 21-1-c du Statut, la Cour peut appliquer « les principes généraux du droit dégagés [...] à partir des lois nationales représentant les systèmes juridiques du monde ». Cela étant, même si le principe *ultra petita* peut être considéré comme un principe général du droit, la même disposition impose à la Cour d'appliquer en premier lieu son Statut, son Règlement et les éléments des crimes. Au vu du cadre juridique de la Cour énoncé ci-dessus, le principe ne s'applique pas aux procédures en réparation dont est saisie la Cour<sup>402</sup>.

<sup>399</sup> *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et al.*, affaire n° ICC-01/09-02/11 OA 4, Decision on the « Request to Make Oral Submissions on Jurisdiction under Rule 156(3) », 1<sup>er</sup> mai 2012, Chambre d'appel, par. 11 (note de bas de page omise).

<sup>400</sup> *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation (voir *supra*, note 358), par. 87.

<sup>401</sup> *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11 OA 7 OA 8, Judgment on the Appeals of William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the Decision of Trial Chamber V (A) of 17 April 2014 entitled « Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation », 9 octobre 2014, Chambre d'appel, par. 105.

<sup>402</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled « Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute » (voir *supra*, note 358), par. 148 (note de bas de page omise).

229. Dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire a également évoqué le droit des victimes à la vérité, le qualifiant à la fois de principe du droit international coutumier émergent et de principe général du droit :

En raison de sa reconnaissance par des instruments internationaux de défense des droits de l'homme et par la jurisprudence des instances appliquant ses instruments, ainsi que par la pratique législative et jurisprudentielle des États, bon nombre d'auteurs ont déclaré que le droit des victimes à la vérité, au sens de l'établissement des faits, de l'identification des responsables et de la déclaration de leur responsabilité, est actuellement une norme coutumière émergente, ainsi qu'un principe général de droit<sup>403</sup>.

---

<sup>403</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, décision relative à l'ensemble des droits procéduraux associés à la qualité de victime dans le cadre de la procédure préliminaire en l'espèce, 13 mai 2008, Chambre préliminaire I, p. 18, note de bas de page 39.